

**LIBERTADES DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD RELIGIOSA:
SITUACIONES DE CONFLICTO Y CRITERIOS PARA SU TRATAMIENTO**

Miguel Ángel Cabellos Espiérrez
Universidad de Girona

Abstract: Regarding conflicts between freedom of expression and information and freedom of religion, weighting criteria are not clearly set, and this is further aggravated by the difficulty of determining the legally protected right when trying to limit freedom of expression in name of preserving religious freedom. This paper aims to review how the ECHR has resolved cases of collision between those freedoms; draw conclusions from this case law; define the legally protected right; study the relevance it may have the type of media used to express; substantiate why it's unnecessary to bring these collisions via criminal proceedings; and finally establish some criteria which allow legally address the conflict of rights examined here.

Keywords: Freedom of speech, freedom of information, freedom of religion, hate speech.

Resumen: En lo relativo a los conflictos entre las libertades de expresión e información y la libertad religiosa los criterios de ponderación no están claramente fijados, y ello se ve agravado además por la dificultad de determinar el bien jurídico protegido cuando se pretende limitar las libertades de expresión en nombre de la preservación de la libertad religiosa. El presente trabajo tiene como objeto revisar cómo el TEDH ha resuelto los casos de colisión entre las mencionadas libertades, extraer conclusiones a partir de dicha jurisprudencia, delimitar el bien jurídico protegible, estudiar la relevancia que pueda tener el tipo de soporte empleado para expresarse, fundamentar por qué es innecesario llevar estas colisiones por la vía penal, y finalmente establecer algunos criterios que hayan de permitir afrontar jurídicamente la colisión de derechos que aquí examinamos.

Palabras clave: Libertad de expresión, libertad de información, libertad religiosa, discurso del odio.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Alcance y límites de la utilidad de la jurisprudencia del TEDH.- 2.1. Introducción.- 2.2. Primera etapa: la renuncia del TEDH a ejercer un control efectivo y la remisión a la decisión de los Estados.- 2.3. Segunda etapa: control efectivo del TEDH sobre los requisitos que llevarían a limitar la libertad de expresión y, en particular, de la necesidad de la limitación en una sociedad democrática.- 2.4. Algunas consideraciones al hilo de la evolución jurisprudencial del TEDH.- 3. La necesidad de precisar el bien jurídico protegido y la problemática de la vía penal como forma de protección del mismo.- 4. De la opinión molesta (incluso de la manifestación gratuita u ofensiva) al discurso del odio. ¿Dónde fijar la línea?- 5. Las particularidades de la libertad de creación artística.- 6. Recapitulación. Elementos para realizar la ponderación entre los derechos en conflicto.-

1. INTRODUCCIÓN

Constituye un postulado comúnmente aceptado, y reiterado en la jurisprudencia de todos los niveles, que las libertades de expresión e información son consustanciales a una sociedad democrática, por cuanto contribuyen a dotar de contenido y a fundamentar el pluralismo político y a conformar una opinión pública libre¹. El ejercicio de estas libertades, lógicamente, puede llegar a plantear conflictos en relación con el ejercicio de otros derechos; en este sentido, es paradigmática la tensión que puede generarse entre las libertades de expresión e información, de un lado, y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, de otro, tensión o conflicto para cuyo tratamiento disponemos de una serie de pautas y elementos de ponderación sumamente desarrollados desde el plano jurisprudencial².

¹ Como ha subrayado Revenga Sánchez, “la libertad de expresión se encuentra en una relación tan simbiótica con la democracia constitucional que cualquier debate sobre su contenido o sobre la razón de ser de las limitaciones a la libertad de expresarse acaba por convertirse en una discusión sobre los fundamentos y la justificación de la democracia misma. Si procedemos por elevación, a igual resultado podemos llegar a propósito de cualesquiera de los derechos constitucionales, pero en el caso de la libertad de expresión parece como si el punto hasta el que estemos dispuestos a llegar en su defensa diera la medida de nuestra concepción de la democracia”. Vd. REVENGA SÁNCHEZ, M., “Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?”, en REVENGA SÁNCHEZ, M., (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 2015, pág. 16. Véase igualmente una exposición sintética de la evolución histórica de la libertad de expresión y su consideración como garantía institucional en TARODO SORIA, S., “Estudio preliminar. Hacia un estudio constitucional de la libertad de producción y creación artística y literaria”, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., et al., coords., *Libertad de expresión y sentimientos religiosos*, Juruá Editora, Curitiba, 2012, págs. 17 ss.

No ocurre exactamente lo mismo, o al menos no con igual precisión, en lo relativo al tratamiento de la relación conflictual entre las mencionadas libertades de expresión e información² y la libertad religiosa. En dicha relación, las posibles pautas de ponderación se ven muy difuminadas por la concurrencia de una serie de elementos de compleja apreciación. Entre otros, y por una parte, la dificultad de determinar el bien jurídico protegido cuando se pretende limitar las libertades de expresión en nombre de la preservación de la libertad religiosa: ¿constituyen dicho bien jurídico cada una de las confesiones religiosas en sí mismas? ¿los sentimientos religiosos de la comunidad de creyentes de una determinada religión? ¿los sentimientos religiosos del creyente individualmente considerado? ¿un concepto más estricto de libertad religiosa desvinculado de concretas creencias y sentimientos?

Por otra parte, en la resolución de dicho conflicto es determinante saber quién fija el límite que determina cuándo se considera vulnerada la libertad religiosa. Si tal límite se establece por referencia a la decisión de cada confesión religiosa, es evidente que entonces las libertades de expresión se convierten en rehenes de las sensibilidades de cada grupo de creyentes, igual que si la decisión se adopta por remisión al sentimiento de un creyente concreto que se haya sentido ofendido por una determinada expresión. Tales formas de determinar el mencionado límite vaciarían por completo a las libertades de expresión para dejarlas al albur de los sentimientos subjetivos de grupos o personas.

La necesidad de objetivar los criterios que determinen cuándo se ha ido más allá de lo tolerable al ejercer las libertades de expresión en relación con la libertad religiosa ha llevado a la doctrina, como se verá, a establecer diferentes supuestos de posible conflicto, que se gradúan de menos a más y abarcan, en ese sentido ascendente, (a) la opinión molesta, por discrepante, para los miembros de una confesión religiosa; (b) la opinión molesta que incorpora algún componente secundario de tipo ofensivo; (c) la opinión que esencialmente ofende a aquellos miembros y cuyo contenido se agota en eso; y (d) el discurso del odio. Lógicamente, son diferentes estadios que pueden en algunos casos confundirse por no tener entre ellos fronteras claras y plantean el problema de decidir en cada supuesto en cuál de ellos incluir una determinada expresión, pues no siempre ésta va a poder ser valorada de forma unívoca e indiscutible por todos. Con todo, como veremos, algunas conclusiones pueden extraerse de este tipo de categorizaciones.

² Vd. entre otras, las SSTC 104/86, 6/88, 165/87, 107/88, 51/89 o 105/90, por limitarnos simplemente a las que en nuestro Tribunal Constitucional fueron trazando las líneas que después éste ha continuado siguiendo hasta la actualidad.

³ En adelante, y por abreviar, nos referiremos genéricamente a las “libertades de expresión” para

En los apartados sucesivos, se pretende en primer lugar revisar cómo el TEDH ha resuelto los casos de colisión entre libertades de expresión y libertad religiosa, para ver si podemos extraer criterios útiles para tratarlos y, al mismo tiempo, detectar los elementos discutibles de dicha jurisprudencia. Se analizará igualmente cuál es el bien jurídico protegible desde el punto de vista de la libertad religiosa cuando ésta pueda colisionar con las libertades de expresión. Asimismo la relevancia, a la hora de fijar el límite que decida la prevalencia de unas u otras libertades, no solo del contenido de lo expresado sino también del soporte empleado: por ejemplo, las particularidades de la libertad de expresión artística frente a la expresión que se lleva a cabo mediante la palabra o el escrito, particularidades que se debe determinar si se traducen en un diferente tratamiento del problema, y en qué sentido. También se analizará lo altamente discutible (e innecesario) de llevar estas colisiones por la vía penal, y con todo ello se intentará establecer cuáles son los elementos de juicio que hayan de permitir, al menos en línea de principio, afrontar jurídicamente la colisión de derechos que aquí examinamos. Colisión que, por otra parte, en su manifestación más extrema ha deparado en los últimos años ejemplos que se han saldado con reacciones violentas procedentes de sectores radicales, y que han alcanzado su cénit con el caso de las caricaturas de Mahoma, desde su inicio en el diario danés *Jyllands Posten* en 2005 hasta su más reciente y trágica continuación en los atentados de París en 2015 contra la redacción del semanario *Charlie Hebdo*⁴.

2. ALCANCE Y LÍMITES DE LA UTILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

2.1. INTRODUCCIÓN

El TEDH ha tenido ocasión, lógicamente, de abordar los conflictos entre las libertades de expresión y la libertad religiosa desde diversas vertientes, habida cuenta de la protección que a tales derechos brinda el CEDH. Con todo, como se verá, el análisis de la jurisprudencia de aquél arroja la existencia de fases muy diversas, así como muestra las limitaciones que, bien el propio TEDH o bien el carácter vago o genérico de algunas disposiciones del CEDH, imponen en ocasiones a la mencionada jurisprudencia.

No sin razón, por ello, ha podido señalar Revenga Sánchez que, mientras que el TEDH ha ido, con el tiempo, rechazando claramente todo ejercicio de la libertad de expresión que suponga incurrir en algún tipo de discurso del odio

englobar a ambas libertades.

⁴ Sobre la publicación en Dinamarca de las caricaturas y las consecuencias hasta 2009 vd. COMBALÍA SOLÍS, Z., “Libertad de expresión y difamación de las religiones: el debate en Naciones Unidas a propósito del conflicto de las caricaturas de Mahoma”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 19, 2009, págs. 2-5, y PALOMINO LOZANO, R., “Li-

(señaladamente los que implican negación del holocausto, apología del terrorismo o xenofobia), el Tribunal ha sido, en el resto de los casos que no llegan a este extremo, mucho más timorato a la hora de determinar si las injerencias nacionales sobre el ejercicio de la libertad de expresión, en aquellos supuestos en que tal ejercicio pudiera colisionar con los sentimientos religiosos, estaban justificadas o no. El Tribunal, indica Revenga, “ha preferido parapetarse tras el margen de apreciación nacional y la (presunta) mejor posición de los Estados para decidir. El inconveniente de esta actitud escapista es que el TEDH se nos aparece como un “buey mudo“ con escaso aporte a las tradiciones constitucionales en este terreno (...)”⁵. Con todo, a mi juicio hay que señalar que esta tendencia se da más en una primera fase que en la ulterior.

Veamos brevemente por qué ello ha podido ser así y en qué medida. Martínez Torrón ha puesto de manifiesto cómo la jurisprudencia del TEDH en torno a los conflictos entre libertades de expresión y libertad religiosa es en realidad reconducible a más de un subámbito. En concreto, subraya la existencia de un primer grupo de sentencias sobre expresiones ofensivas para grupos religiosos, otro grupo de sentencias sobre expresiones religiosas ofensivas para ateos, otras religiones o la democracia laica, y finalmente un grupo de sentencias relativas a ofensas a la reputación de ministros religiosos⁶. A los efectos de nuestro trabajo, el grupo relevante es el primero, y es preciso detenerse brevemente sobre las sentencias relativas al mismo para poder calibrar cuál ha sido el papel del TEDH y cómo ha ido evolucionando, pues es posible apreciar cuando menos dos grandes etapas en su jurisprudencia.

2.2. PRIMERA ETAPA: LA RENUNCIA DEL TEDH A EJERCER UN CONTROL EFECTIVO Y LA REMISIÓN A LA DECISIÓN DE LOS ESTADOS

2.2.1. Antes de la entrada en vigor del Protocolo XI del CEDH: la decisión de la Comisión de considerar infundada la demanda en el caso X Ltd. e Y contra el Reino Unido (7 de mayo de 1982)

Como es sabido, hasta la entrada en vigor del Protocolo XI del CEDH en 1998 los ciudadanos no podían litigar directamente ante el TEDH sino que la Comisión actuaba como filtro y determinaba si una demanda estaba bien fundada y, por ello, podía pasar al TEDH y ser resuelta por éste o, por el contrario,

bertad religiosa y libertad de expresión”, *Ius Canonicum*, 98, 2009, págs. 518-523.

⁵ Vd. REVENGA SÁNCHEZ, M., “Discursos del odio y modelos de democracia”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 50, 2015, pág. 35.

⁶ Vd. MARTÍNEZ TORRÓN, J., “¿Libertad de expresión amordazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo”, en CAÑAMARES ARRIBAS, S., MARTÍNEZ TORRÓN, J., eds., *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 87-88.

se consideraba insuficientemente fundada y por ello ya no llegaba al Tribunal. En realidad, la labor de la Comisión le llevaba a entrar en el fondo del asunto, y su decisión no dejaba de ser una toma de postura sobre el mismo por parte del sistema de protección del CEDH, por lo que merece la pena reseñar la existencia de casos como el de X Ltd. e Y contra el Reino Unido, respecto del que el 7 de mayo de 1982 la Comisión dictó la inadmisión.

En el caso que traemos a colación, un periodista había publicado en la revista inglesa orientada al público homosexual en la que trabajaba un poema en el que se narraban actos sexuales referidos a Jesucristo y a sus apóstoles. A raíz de una demanda individual, los tribunales ingleses condenaron a multa a la revista, y a multa y 9 meses de cárcel al periodista, por blasfemia. Las diversas apelaciones fueron rechazadas.

La Comisión, en aplicación de lo previsto en el art. 10.2 CEDH en relación con la posibilidad de limitación de los derechos, constata en primer lugar la previsión legal de las sanciones impuestas en el Derecho inglés⁷. En cuanto a la finalidad perseguida por las penas, dado que no fueron las autoridades públicas quienes promovieron el proceso, sino un particular, la Comisión estima que no era la de proteger el orden o la moral públicos sino la de defender los derechos del particular a no ver sus sentimientos religiosos ofendidos (cdo. 11), lo que era un objetivo legítimo en opinión de la Comisión. Por último, pasa a analizar si la restricción impuesta era necesaria en una sociedad democrática (cdo. 12), y aquí la ausencia de un examen riguroso de este aspecto por parte de la Comisión es patente: “si se admite que los sentimientos religiosos del ciudadano merecen protección contra los ataques considerados indecentes sobre cuestiones que el interesado considere sagradas, se puede igualmente considerar necesaria, en una sociedad democrática, estipular que estos ataques, que tengan una cierta gravedad, constituyan una infracción penal”. Y tras considerar “no desproporcionado con el fin perseguido que la infracción comporte responsabilidad objetiva independientemente de la intención de blasfemar, de la audiencia y de la posibilidad del ciudadano de abstenerse de leer la publicación” concluye que no solo el demandante sino todas las instancias judiciales que examinaron el caso consideraron blasfemo el poema, por lo que la Comisión estima que “la aplicación de la norma sobre blasfemia podía ser considerada necesaria dentro de las circunstancias del caso” y rechaza la demanda por infundada. Como se ve, pues, la decisión se basa en un razonamiento que, lejos de considerar qué sea o no necesario en una sociedad democrática, y de atender a las circunstancias concretas del caso, se basa exclusivamente en último término en la propia valoración del demandante sobre sus propios sentimientos.

⁷ Con la particularidad en este caso de que tal previsión no se hallaba en una ley escrita sino en los principios del *Common Law* aplicados por los tribunales ingleses.

2.2.2. STEDH Otto Preminger Institut contra Austria (20 de septiembre de 1994)

En este primer caso culminado con sentencia, el TEDH admite la incautación previa por parte de las autoridades austríacas de una película que a juicio de éstas podía ofender los sentimientos religiosos de la comunidad católica por las imágenes, representaciones y afirmaciones satíricas que contenía, y que por ello no pudo ser objeto de las exhibiciones públicas que habían sido previstas⁸.

El TEDH, en aplicación de los criterios que según el ya citado art. 10.2 CEDH permitirían la limitación de la libertad de expresión, entendió que las autoridades judiciales austríacas aplicaron la normativa interna que permitía tal medida (de modo que ésta estaba prevista por la ley), actuaron con un fin legítimo (la protección de los sentimientos religiosos así como la defensa del orden público) y por último dichas medidas eran (dice el TEDH) necesarias en una sociedad democrática. Por lo demás, en el cdo. 49 realiza el Tribunal una referencia a la necesidad de evitar las expresiones gratuitamente ofensivas y que no contribuyan a ninguna forma de debate público capaz de favorecer el progreso humano⁹, y reconoce asimismo a las autoridades nacionales un margen de maniobra en temas como éste. Todo ello lleva en realidad al Tribunal a evitar profundizar en el análisis de la colisión entre derechos¹⁰.

Como puede verse, con la aplicación de los criterios del art. 10.2 CEDH de la manera en que los aplica el Tribunal, casi cualquier medida restrictiva sería admisible. La clave está en si el TEDH entra por sí mismo a analizar lo que sea o no necesario en una sociedad democrática, o por el contrario se remite este aspecto a la decisión de las autoridades nacionales, que se da por buena en generosa aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional. En este último caso, todo control resultará ilusorio, dado por lo demás que el cumplimiento

⁸ Y ello pese que se había anunciado de modo expreso por parte de la productora su carácter y contenido, había sido clasificada por las autoridades como para mayores de 17 años, y se iba a programar en una sala de arte y ensayo previo pago de la correspondiente entrada, medidas todas ellas que parecían impedir su difusión masiva o bien a personas no avisadas de lo que iban a contemplar.

⁹ Esta referencia a “la obligación de evitar en lo posible las expresiones que son gratuitamente ofensivas a los demás y constituyen, pues, una violación de sus derechos y que, por tanto, no contribuyen a ningún tipo de debate público capaz de fomentar el progreso en los asuntos del género humano” (cdo. 49) resulta especialmente arriesgada a mi juicio para la preservación de la libertad de expresión. ¿Quién decide qué es lo que contribuye o no al progreso humano, o qué es lo que ofende gratuitamente o no? ¿Las autoridades estatales? Ya solo la aplicación del criterio relativo a la contribución al mencionado progreso podría acabar con una buena parte de las manifestaciones de la libertad de expresión.

¹⁰ En cuanto a la incautación de la película, no le plantea al TEDH ningún problema: era la consecuencia necesaria en el Derecho austríaco de tener que evitar la difusión del film, por las razones citadas; no hay, pues, desproporción a su juicio en la decisión adoptada, ni se plantea el Tribunal otras alternativas menos gravosas.

de los otros dos requisitos (la previsión en ley o el fin legítimo –concepto particularmente genérico–) resultará normalmente muy sencillo de argumentar.

Es por todo ello mucho más atendible el voto particular de los jueces Palmet, Pekkanen y Makarczyk que, frente al análisis superficial que realiza la sentencia del papel de la libertad de expresión, profundiza más en dicho papel y extrae consecuencias del mismo¹¹. Además, no debe poder el Estado, señala el voto, juzgar cuándo una manifestación artística contribuye o no al debate público de modo que haga progresar al género humano¹². El CEDH, por lo demás, no garantiza explícitamente, señalan los jueces, un derecho a la protección de los sentimientos religiosos¹³. La necesidad de una acción represiva que comporte la prohibición completa del ejercicio de la libertad de expresión no es aceptable, concluye el voto, salvo que la conducta llegue a un nivel tan elevado de insulto y suponga una denegación tal de la libertad de religión de otro que pierda por ello el derecho a ser tolerada por la sociedad (cdo. 7)¹⁴.

2.2.3. STEDH Wingrove contra Reino Unido (25 de noviembre de 1996)

De nuevo en esta sentencia el TEDH justifica la prohibición de la difusión de un cortometraje en el Reino Unido, adoptada por las autoridades de éste en aplicación de la normativa penal sobre blasfemia (que además solo protegía a

¹¹ Recuerda, en primer lugar, el carácter básico de la libertad de expresión en una sociedad democrática (que ya había sido subrayado por el Tribunal en el caso *Handyside*) y que como hemos visto la sentencia, más allá de proclamar formalmente, acaba ignorando de hecho. Frente a esto, el voto estima que, precisamente por ese carácter básico, los límites a la libertad de expresión deben ser interpretados de manera especialmente estricta, y entenderse, así, que el margen de apreciación del Estado no es tan amplio como en otros casos. Toda injerencia debe estar, por ello, especialmente justificada, en especial la que supone, como en este supuesto, una incautación que impide que la obra se vea.

¹² Tal decisión, señala el voto, estaría claramente influida por la idea que tengan las autoridades nacionales sobre el progreso (cdo. 3). Contrasta por lo demás la decisión de las autoridades austríacas (y muestra bien las diferencias en este punto entre Europa y EE.UU.) con la decisión que en EEUU había tomado unas décadas antes su TS en relación con la censura previa en la sentencia *Joseph Burstyn Inc. vs. Wilson*: “El Estado no tiene un interés legítimo en la protección de una o todas las religiones frente a puntos de vista desagradables para ellas, que sea suficiente para justificar restricciones previas sobre la expresión de esos puntos de vista. No es función del gobierno en nuestro país reprimir los ataques reales o imaginarios contra una doctrina religiosa en particular, tanto si figuran en publicaciones, discursos o películas” (*STS EE.UU., Joseph Burstyn Inc. vs. Wilson*, 343 U.S. 495, 505, de 26 de mayo de 1952).

¹³ Que no puede derivarse de la libertad religiosa, indica el voto, libertad que en realidad debe ser compatible con el derecho a expresar críticas contra la visión religiosa de otro (cdo. 6).

¹⁴ Sin embargo, en el caso estudiado, independientemente de que la película pudiera o no llegar a ese extremo, señala el voto cómo las medidas tomadas por la productora del film (emisión previo pago, obtención de una determinada calificación que excluye a menores de 17 años, anuncios sobre el carácter del film...) muestran un esfuerzo por limitar el posible daño, y ello justificaba por sí mismo la innecesariedad de la incautación del film en cualquier caso.

la iglesia anglicana). La aplicación del mismo test del art. 10.2 CEDH, junto con la presunción de que los Estados están en mejor situación para decidir en el caso concreto, lleva al TEDH a admitir la restricción practicada¹⁵.

Mejor fundamentados están, a mi juicio, los votos particulares. Así, el juez Pettiti, en su voto concurrente, critica la prohibición total adoptada sobre la base de que se pudiera llegar a incurrir en delito de blasfemia o difamación: no puede haber esa automaticidad, indica, cuando nos hallamos ante la libertad de expresión. La potencialidad de la incriminación penal no puede justificar una incautación o secuestro total. Por su parte, el juez De Meyer, en su voto discrepante, sostiene que una restricción previa pura y simple como la que se había aplicado no es admisible en el ámbito de la libertad de expresión: ni para escritos ni para videos. En esta misma línea, el juez Lohmus, en su voto igualmente discrepante, sostiene que la injerencia no es necesaria en una sociedad democrática: la censura previa hace que sea la autoridad quien tome la decisión, cuando los miembros de la sociedad aún no han podido dar su opinión y no se sabe cómo reaccionarían. Difícilmente puede darse aquí una “necesidad social imperiosa”, y menos aún cuando la normativa inglesa solo protege a una parte de la sociedad (los anglicanos). Y subraya, por último, que el margen de apreciación de las autoridades nacionales que el TEDH reconoce se amplía o reduce en función de la ocasión sin que sepamos bien por qué.

Este último aspecto es especialmente relevante: en la medida en que el TEDH reconoce ese margen de apreciación, y renuncia a intervenir salvo en casos extremos o de manifiesta desproporción, renuncia él mismo a realizar su función de un modo adecuado, y se limita a levantar acta de lo hecho previamente por los Estados.

2.2.4. STEDH I.A. contra Turquía (13 de septiembre de 2005)

La reticencia del TEDH a proteger la libertad de expresión de modo efectivo alcanza su punto más álgido en la sentencia del caso I.A., relativa a la sanción que recibió en Turquía el autor de un libro que, en opinión de los tribunales turcos, ofendía al Islam. La aplicación del test del art. 10.2 CEDH, interpretado del modo laxo y meramente formalista que el TEDH había usado en las anteriores sentencias, permite de nuevo aceptar las medidas adoptadas por las au-

¹⁵ Debe hacerse notar igualmente que, en los cdos. 62 y 63, el TEDH señala que, dada la difusión de los aparatos de vídeo en el Reino Unido, si se pusiera en el mercado la cinta, aunque fuera solo en sex-shops, podría acabar llegando a cualquier persona vía venta, alquiler, préstamo, etc. Por ello, dice el Tribunal, no es irrazonable la prohibición total de difusión de la película, porque en otro caso podría acabar llegando a mucha gente. Obviamente, si este razonamiento se sostenía en 1996, cuando internet estaba tan solo iniciando su expansión, hoy en día serviría para autorizar cualquier tipo de censura previa, dadas las casi infinitas posibilidades de difusión hoy existentes a través de la red.

toridades nacionales. El TEDH indica que no fue objeto de discusión en el proceso interno que las medidas adoptadas (cárcel, que luego se sustituyó por leve multa) estuvieran previstas en la ley turca, o que las mismas estuvieran destinadas a prevenir desórdenes y a proteger la moral y los derechos de otros, sino que se litigó en torno a si esas medidas eran necesarias en una sociedad democrática (cdo. 22).

Sobre ello, el Tribunal recuerda que el art. 10.2 CEDH permite en ciertos casos limitaciones a la libertad de expresión y reitera su jurisprudencia anterior en torno a que ésta conlleva obligaciones, entre ellas evitar expresiones que sean gratuitamente ofensivas frente a otros. Los Estados, dice el TEDH, tienen un margen de apreciación, no ilimitado, para determinar qué restricción es necesaria en una sociedad democrática. Dado que no hay en Europa una concepción uniforme sobre lo que es admisible o no cuando entran en conflicto libertad religiosa y libertades de expresión, ese margen de apreciación estatal es más amplio, sin perjuicio de que el TEDH pueda finalmente juzgar si las medidas adoptadas son necesarias en una sociedad democrática, así como si son proporcionales al fin perseguido (cdos. 25-26).

Por más que hace un intento de valorar la libertad de expresión¹⁶, el TEDH acaba concluyendo que nos hallamos no solo ante comentarios ofensivos u opiniones provocativas, sino ante un “ataque abusivo” a Mahoma, que el Tribunal, como antes los tribunales turcos, localiza en un concreto pasaje del libro¹⁷, de lo que se derivaría que las medidas adoptadas por los tribunales turcos quisieron evitar ataques ofensivos a temas sagrados para los musulmanes, y que había una necesidad social imperiosa de tomar tales medidas (cdo. 29). Además, considera el Tribunal, se actuó con proporcionalidad, porque no se incautó el libro sino que se impuso una leve multa (cdos. 30-32).

El voto particular discrepante de los jueces Costa, Cabral y Jungwiert señala por su parte las inconsistencias de la sentencia. La idea expresada por el Tribunal de que la libertad de expresión es consustancial a una sociedad democrática, y el resto de proclamaciones que hace el TEDH en el mismo sentido parecen quedarse, señalan, en una mera afirmación ritual que el propio Tribunal no se toma en serio. El libro tuvo poca difusión dada su reducida tirada, cosa que no fue valorada por los jueces turcos, y el hecho de que un Estado esté, como Turquía,

¹⁶ Intento en realidad incoherente a tenor de la decisión que acaba adoptando, y en el que el Tribunal recuerda que pluralismo, tolerancia y apertura de mente son consustanciales y al mismo tiempo emblemas de una sociedad democrática, y que quienes profesan una religión han de aceptar críticas, e incluso la propagación de doctrinas hostiles a su fe (cdo. 28).

¹⁷ El pasaje en cuestión decía lo siguiente: “Algunas de estas palabras [de Mahoma] fueron, por otra parte, inspiradas por una oleada de júbilo, en los brazos de Aisha (...). El mensajero de Dios rompió su ayuno teniendo relaciones sexuales, después de la cena y antes de la oración. Mahoma no prohibió las relaciones sexuales con una persona muerta o un animal vivo”.

muy clericalizado, o que haya en un libro un pasaje ofensivo no puede ser la base para condenar un libro entero e imponer sanciones incluso penales, so pena de convertir una sociedad democrática en una sociedad teocrática.

Especialmente relevante es, por último, su refutación de la tesis mayoritaria que consideraba que la sanción finalmente impuesta (y que sustituyó a la inicial pena de prisión de dos años) fue leve, lo que denotaba (según el parecer mayoritario del Tribunal) que las autoridades nacionales habían actuado respetando el principio de proporcionalidad. El voto señala con acierto que, por más que la multa fuera leve, toda condena tiene un efecto disuasorio (*chilling effect*) de cara al futuro, de modo que desincentiva a editores y autores de hacer libros que no sean estrictamente conformistas o política o religiosamente correctos. El riesgo de autocensura es, pues, grande y muy peligroso para la libertad de expresión, esencial en democracia¹⁸.

2.3. SEGUNDA ETAPA: CONTROL EFECTIVO DEL TEDH SOBRE LOS REQUISITOS QUE LLEVARÍAN A LIMITAR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y, EN PARTICULAR, DE LA NECESIDAD DE LA LIMITACIÓN EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

2.3.1. STEDH Paturel contra Francia (22 de diciembre de 2005)

Con la sentencia Paturel se inicia una etapa en la que el TEDH va a ser más activo en la defensa de la libertad de expresión¹⁹. La sentencia analiza el caso del autor de un libro sobre “sectas, religiones y libertades públicas” que, demandado por difamación por una asociación católica dedicada a luchar contra las sectas y que es citada de forma crítica en el libro, es condenado por los tribunales franceses. El TEDH considera que la base legal existe, el fin legítimo (proteger los derechos de otro) también, pero a diferencia de lo ocurrido en las sentencias hasta ahora examinadas, considera que no concurre la necesidad en una sociedad democrática de la restricción impuesta. La decisión de los tribunales nacionales responde a la, a juicio de estos, escasa fundamentación del libro, pero el TEDH subraya que a los juicios de valor no se les puede exigir la fundamentación que se pide a los datos fácticos (aunque también les sea exigi-

¹⁸ Por ello, los jueces discrepantes ven llegada la hora de revisar la línea abierta por sentencias como Otto Preminger y Wingrove, que a su juicio ponen demasiado énfasis en el conformismo y la uniformidad de pensamiento, y reflejan una concepción de la libertad de prensa excesivamente cauta y tímida.

¹⁹ Con todo, hace notar Palomino Lozano cómo también hay autores que interpretan que lo que cambia es que en las sentencias anteriores el vehículo de la libertad de expresión eran imágenes con elementos que podían ser percibidos como zafios o groseros, y en Paturel, Gimiewski y Aydin eran escritos en un contexto más de debate de ideas. Vd. PALOMINO LOZANO, R., “Libertad religiosa...”, ob.cit., pág. 538. Sin embargo, a mi juicio, pese a ello la visión del TEDH es objetivamente menos restrictiva respecto de la libertad de expresión, y en la sentencia I.A. el soporte no eran medios audiovisuales, sino un libro.

ble una mínima base fáctica, pues sin ella podrían resultar excesivos). Por lo demás, estamos ante un tema de interés público (las sectas) y, por otra parte, las asociaciones se exponen a un control más minucioso dado que descienden a la arena del debate público y, al desarrollar sus actividades en el dominio público, deben tener un mayor grado de tolerancia frente a las críticas de sus oponentes en relación con sus objetivos y actividad (cdo. 46). Por todo ello, la restricción adoptada no supera el requisito de la necesidad.

El interés de esta sentencia recae, especialmente, en dos factores: la alusión del Tribunal a que los juicios de valor no pueden ser tratados igual que los datos fácticos, y el hecho de que el Tribunal entre por primera vez en el ámbito que estudiamos a valorar realmente la necesidad en una sociedad democrática de una sanción, señalando además que las asociaciones han de tener un mayor grado de tolerancia frente a ataques. Cabe deducir que esto también debiera servir, *mutatis mutandis*, en el caso de las iglesias. Contrasta todo ello con la visión dada por el propio TEDH pocos meses antes en el caso de la sentencia I.A., y marca, pues, el inicio de una nueva fase jurisprudencial.

2.3.2. STEDH *Giniewski contra Francia* (31 de enero de 2006)

Paul Giniewski, periodista e historiador, publicó en un diario francés un artículo a propósito de la encíclica *Veritatis Splendor*, en el que, entre otras cuestiones, sostenía que “el antijudaísmo de las Escrituras y la doctrina del cumplimiento de la antigua alianza por la nueva [doctrina desarrollada en la encíclica], conducen al antisemitismo y han formado la base de la que ha surgido la idea y el cumplimiento de Auschwitz”. La asociación *Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne* demandó al autor y al periódico por difamación contra la comunidad cristiana, sobre la base de una ley de 1881 sobre libertad de prensa. Tras resoluciones contradictorias en instancia y casación, finalmente el periodista y el director del medio fueron objeto de una sanción económica.

El TEDH considera en su sentencia que hay previsión legal y fin legítimo, pero no necesidad en una sociedad democrática de imponer la sanción indicada. Es cierto, afirma el Tribunal, que la libertad de expresión no es infinita, y que conlleva el deber de evitar ofensas gratuitas que atenten contra los derechos de otros sin contribuir de ningún modo a forma alguna de debate público que favorezca el progreso humano, y que los Estados tienen un margen de apreciación, aunque no ilimitado, pero el Tribunal no comparte que haya difamación y que ésta fundamente la necesidad de sancionar. Una encíclica, señala el Tribunal, interesa a todo el orbe cristiano, donde por cierto hay personas que no aceptan la autoridad del Papa, y lo que el autor hizo fue aportar una visión personal a un debate relevante, como es el de las causas posibles del exterminio de los ju-

díos en Europa, debate que en una sociedad democrática debe poder ser tenido con libertad, y lo ha hecho sin atacar las convicciones religiosas de otros. No es, pues, necesaria la condena en una sociedad democrática, ni responde a una necesidad social imperiosa. Por el contrario, por más que la sanción sea de carácter simbólico, el hecho de que se diga que ha habido difamación genera un efecto disuasorio para futuras personas interesadas en participar en este debate.

Como puede verse, en este caso el presunto ataque no se dirigía contra dogmas de una religión o contra símbolos o representantes de la misma, sino que se trataba más bien de una cuestión ligada en mayor modo al honor que a la libertad religiosa. En cualquier caso, el Tribunal sí que hace el esfuerzo aquí de ir más allá de la valoración de los tribunales internos y determinar por sí mismo la necesidad de la sanción impuesta, primando la importancia del debate público (y por ende de la libertad de expresión) sobre la ofensa subjetivamente percibida por una concreta asociación (que, por lo demás, solo se representa a sí misma, y no a la iglesia católica ni al resto de los creyentes). Especialmente relevante es también, a mi juicio, que el Tribunal tome en consideración el factor del efecto disuasorio de las restricciones a la libertad de expresión, que como vimos había aparecido en el voto particular de los jueces Costa, Cabral y Jungwirth en la sentencia I.A. contra Turquía.

2.3.3. STEDH Aydin Tatlav contra Turquía (2 de mayo de 2006)

E. Aydın Tatlav, periodista, había publicado en 1992 una obra en cinco volúmenes titulada “La realidad del Islam”. Sus cuatro primeras ediciones no plantearon ningún problema, pero al salir la quinta edición en 1996 un particular le demandó por considerar que en el primer volumen se contenían ofensas contra el Islam²⁰. Ello motivó una condena penal del autor a un año de cárcel y una multa, siendo posteriormente sustituida la pena de cárcel por una multa superior.

El autor invocó ante el TEDH su libertad de expresión, y éste, con cita de su jurisprudencia anterior, recuerda la posibilidad de restringirla para proteger otros intereses legítimos, la existencia de un cierto margen de apreciación estatal que el TEDH analizará en último término, y pasa a examinar si concurren los requisitos para que pueda darse una tal limitación. No discuten las partes sobre la previsión legal de la pena impuesta, ni sobre su finalidad ligada a preservar el orden público, la moral o los derechos de otros, y la controversia se centra

²⁰ El libro contenía párrafos que, entre otras cosas, negaban la existencia de Dios, y consideraban al Islam una religión sin confianza en sí misma dada la dureza de las sanciones que promovía contra los no creyentes, su tendencia a reprimir el pensamiento libre o la violencia que a juicio del autor impregna las políticas del Islam para con la infancia. Igualmente se consideraba la religión obra de la conciencia de analfabetos, y se calificaba de insensatos los principios enunciados por Mahoma, y de repetitivos y faltos de toda profundidad los contenidos del Corán.

en la necesidad de la medida adoptada en una sociedad democrática. En relación con esto, el TEDH recuerda que el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura deben caracterizar a toda sociedad democrática, y que ninguna religión puede pretender razonablemente quedar fuera de toda crítica, sino que deben aceptar el rechazo y la propagación de doctrinas hostiles a su fe (cdo. 27). El libro examinado, por más que muy crítico con el Islam, no contenía un tono insultante dirigido directamente a los creyentes ni un ataque injurioso a los símbolos sagrados (cdo.28), siendo igualmente de notar que en las cuatro primeras ediciones del libro no se había planteado polémica alguna, y que toda condena penal, por leve que sea, puede tener un efecto disuasorio futuro para autores y editores, y obstaculizar así el pluralismo indispensable en toda sociedad democrática (cdos. 29-30). No hay, pues, una necesidad social imperiosa que justifique la injerencia en la libertad de expresión y la haga proporcionada a la finalidad perseguida.

2.3.4. STEDH Klein contra Eslovaquia (31 de octubre de 2006)

Martin Klein, periodista y crítico cinematográfico, publicó en una revista un artículo satírico contra un arzobispo eslovaco que previamente había criticado en televisión el cartel de la película “El pueblo contra Larry Flynt”, por considerarlo blasfemo. El artículo contenía algunas frases que, utilizando la sátira, relacionaban al arzobispo con el incesto, y se preguntaba cómo personas decentes podían pertenecer a una organización como la que el arzobispo representaba, la iglesia católica. Dos asociaciones religiosas demandaron penalmente al periodista por considerar heridos los sentimientos religiosos de sus miembros²¹ y el arzobispo se unió al proceso como ofendido. Finalmente el periodista fue condenado a pagar una multa²².

En el proceso ante el TEDH, Eslovaquia alegó en su defensa que el artículo fue publicado cerca de Semana Santa y era necesario proteger los sentimientos de las personas católicas; que el artículo estaba falto de argumentos y sobrepasaba los límites de la libertad de expresión y, por último, que la multa fue leve.

²¹ Por ello en este caso estaríamos ante una sentencia a caballo de dos de los grupos que, como hemos visto *supra*, siguiendo a Martínez Torrón, podrían servir para clasificar los casos llevados ante el TEDH pues, de una parte, se ha atendado presuntamente contra un representante de una iglesia (un arzobispo), lo que encuadraría el caso en el tercer grupo, pero al mismo tiempo el proceso fue derivado hacia la presunta vulneración de los sentimientos religiosos de los católicos eslovacos (primer grupo), razón por la que lo tratamos aquí.

²² El arzobispo renunció finalmente a la vía penal, para llevar el caso únicamente por la vía civil, pero las asociaciones mantuvieron la acusación. En cuanto a la multa impuesta, tanto el periodista (por entender que no había hecho más que ejercer su libertad de expresión aunque fuera a través de la sátira) como las asociaciones (por opinar que la multa era demasiado leve) apelaron. Las apelaciones fueron desestimadas.

Por su parte, el periodista alegó que, aunque el artículo pudiera ofender a los creyentes que apreciaban al arzobispo, no interfirió en el derecho de aquellos o de éste a expresar y ejercer su religión ni denigró el contenido de su fe, y por otra parte fue publicado en un semanario especializado, de difusión limitada.

Constatada la base legal y la finalidad perseguida, el TEDH se detiene a examinar si la injerencia cumple el requisito de ser necesaria en una sociedad democrática, para lo cual estima que debe determinar (a) si dicha injerencia responde a una necesidad social imperiosa, (b) si es proporcional al fin perseguido (para lo cual el potencial impacto del medio de comunicación es un factor importante) y (c) si las razones dadas por las autoridades nacionales son relevantes y suficientes: estas tienen un margen de apreciación, pero no ilimitado.

El TEDH valora que el artículo fuera publicado en un semanario de un ámbito especializado desde el punto de vista intelectual. No entra ni en la calidad del texto ni en si había base fáctica (pues nos hallamos ante juicios de valor) y constata que la condena fue por “difamación de nación, raza o creencia” porque el autor se preguntaba por qué los miembros decentes de la iglesia no la abandonaban, afirmación que –según el tribunal nacional– habría desacreditado y menospreciado a los creyentes.

El TEDH no comparte lo anterior. Las opiniones peyorativas se dirigían al arzobispo, y por ello el TEDH no considera que desacreditasen o menospreciasen a un sector de la población por razón de su credo. El TEDH acepta el argumento del condenado de que su artículo no interfirió en el derecho de dicho sector a expresar y ejercer su religión ni denigró el contenido de su fe (cdo. 52). Por tanto, la condena no está fundada, no se basa en una necesidad social imperiosa ni fue proporcionada al fin perseguido. Por ello, no fue necesaria en una sociedad democrática.

2.4. Algunas consideraciones al hilo de la evolución jurisprudencial del TEDH

Si examinamos los requisitos que, siguiendo lo dispuesto en el art. 10.2 CEDH, pueden llevar a limitar la libertad de expresión para evitar que lesione la libertad religiosa, constatamos que las referencias de dicho precepto a la previsión legal (entendida en sentido amplio, con independencia del rango de la norma) y a la existencia de una finalidad, son con gran frecuencia meros formalismos rituales, en la medida en que siempre se podrá localizar una u otra norma interna en la que se fundamente la medida adoptada²³, y las finalidades,

²³ Es cierto que el Tribunal exige también que la norma sea accesible y que se formule en términos que permitan al destinatario “poder prever, rodeándose para ello de consejos clarificadores, las consecuencias de un acto determinado. Estas consecuencias no tienen necesidad de conocerse con una certidumbre absoluta” (STEDH Sunday Times, de 27/10/1978, cdo. 49). Pero tales requisitos

ligadas a términos de contornos tan vagos como el orden público, la seguridad pública, la protección de los sentimientos de otros, etc., serán siempre fácilmente reconducibles a dicha medida²⁴. Como se señaló anteriormente, la clave está, pues, en si se decide o no el TEDH a controlar la necesidad de ésta en una sociedad democrática o si, por el contrario, renuncia a ello y delega en el “margen de apreciación” de las autoridades nacionales, lo que en casos como estos sería otro modo de no realizar la labor que el TEDH tiene encomendada²⁵.

Dado el papel que tiene la libertad de expresión en la conformación de una opinión pública libre, no debiera ser admisible que el Tribunal renuncie a comprobar la necesidad en una sociedad democrática de una sanción o pena impuesta a quien hubiera pretendido ejercer dicha libertad: el margen de apreciación estatal debe subordinarse al propio análisis del TEDH. Las referencias de éste, en las sentencias de su primera etapa, a que dicho margen de apreciación debía ser reconocido (por más que casi a modo de cláusula de estilo se añadiera acto seguido que no era ilimitado) y la consiguiente ausencia de análisis ulterior por parte del TEDH, no era más que una forma de renuncia del Tribunal a realizar su función. El hecho de que no exista en Europa una concepción común sobre la relación entre las libertades religiosa y de expresión no solo no debe ser, contra lo que en ocasiones ha afirmado el TEDH, causa que fundamente el reconocimiento acrítico de aquel margen nacional, sino que debiera ser el acicate que lleve al TEDH a ir conformando él mismo dicha concepción europea, sin renunciar ni una sola vez a examinar la necesidad de la sanción en una sociedad democrática: en tal sentido, la evolución de la jurisprudencia del Tribunal ha ido, como se ha visto, en la dirección de realizar por sí mismo dicho control, lo que obviamente redundará positivamente en la paulatina (y sin duda ardua) construcción de la mencionada concepción.

Por lo demás, como ya se ha dicho, la referencia del TEDH a la necesidad de evitar las expresiones gratuitamente ofensivas y que no contribuyan a nin-

tampoco plantearán problemas salvo en casos extremos.

²⁴ En esta línea, en referencia a la sentencia I.A., Martínez Torrón critica con razón que el Tribunal consolidaba en ella una tendencia “a abordar esta clase de casos siguiendo un mismo y rígido esquema. En primer lugar, una reiteración rutinaria —una mera transcripción, en realidad— de los principios generales aplicables a la interpretación del artículo 10 CEDH, y en particular a los conflictos entre libertad de expresión y libertad religiosa. Y, en segundo lugar, una sucinta, ambigua y a veces incluso descuidada apreciación de las circunstancias de hecho a las que debían aplicarse esos principios”. Vd. MARTÍNEZ TORRÓN, J., “¿Libertad de expresión amordazada?...”, ob.cit., pág. 95.

²⁵ Sobre la aplicación de la doctrina del margen de aplicación nacional por el TEDH, y las incógnitas y problemas que de la misma se derivan, puede verse, en la doctrina constitucionalista, GARCÍA ROCA, J., “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 117-143, y del mismo autor, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010.

guna forma de debate público capaz de favorecer el progreso humano es en sí misma discutible por su carácter absolutamente genérico: ¿qué debate contribuye a favorecer el progreso humano, cuál no y quién lo decide? Por otra parte, cuando hablamos de manifestaciones artísticas la dificultad se eleva a su máxima expresión: ¿hay arte que contribuye al progreso y arte que no? La historia muestra cómo este tipo de clasificaciones, debidamente distorsionadas, son propias más bien de las dictaduras²⁶.

Asimismo, como sostuvieron los magistrados Palmet, Pekkanen y Markarczyk en la sentencia Otto Preminger, lo que se deriva del CEDH no es un derecho a la protección de los “sentimientos religiosos”, sino de la libertad religiosa. Es, pues, cuando ésta se ve impedida o gravemente dificultada por la virulencia de un ataque cuando la libertad de expresión deberá retroceder. Pero no, obviamente, siempre que una persona o colectivo consideren vulnerados sus particulares sentimientos religiosos. Lo necesario en una sociedad democrática es impedir que la libertad religiosa deje de poder ser ejercida o se vea gravemente en entredicho, y no limitar la libertad de expresión siempre que los sentimientos religiosos de una persona o colectivo puedan ser, desde la subjetiva consideración de sus titulares, perturbados.

Interesa igualmente señalar que el argumento de la levedad de la sanción impuesta no puede servir para justificar en todo caso la misma, como si la proporcionalidad lo fuera todo y las libertades de expresión pudieran ser ignoradas a condición de que la sanción o la pena que frente a ellas se impongan sean simbólicas. Entra aquí en juego el efecto disuasorio o de desaliento, reconocido por el propio Tribunal en sus sentencias Giniewski o Aydin Tatlav: por más que una persona acabe recibiendo una pena o una sanción simbólicas, antes ha tenido que ser denunciada, ha tenido que pasar por un proceso y, finalmente, ha recibido una condena. Todo ello, independientemente del contenido final de ésta y de su levedad o gravedad, ejercerá un evidente efecto de desaliento para todas aquellas personas que en el futuro quisieran opinar o bien ejercer su libertad de expresión en ámbitos pertenecientes a (o colindantes con) el hecho religioso, con la consiguiente imposición de autocensura en muchos casos. Este es, pues, un efecto irradiador *pro futuro* de este tipo de condenas que, por tanto, no pueden justificarse por su levedad.

Por otra parte, entra en juego también el interés público del hecho religioso: en la sentencia Paturel pone de manifiesto el TEDH cómo las asociaciones se exponen a un mayor control en tanto que participan en la arena del debate público, desarrollan sus actividades en el dominio público y, por ello, deben tener un mayor grado de tolerancia frente a las críticas de sus oponentes en re-

²⁶ Vd. sobre ello VÁZQUEZ ALONSO, V.J., “La libertad de expresión artística: una primera aproximación”, *Estudios de Deusto*, 62/2, 2014, págs. 78 ss.

lación con sus objetivos y actividad. Ello puede predicarse igualmente de las asociaciones de índole religiosa y de las propias iglesias. Asimismo, es igualmente relevante la observación del TEDH, recogida en la misma sentencia, de que a los juicios de valor no se les puede exigir la base fáctica que se les pide a los datos, por más que sí una mínima base fáctica.

Particularmente importante es, por último, que en el análisis de si existe necesidad en una sociedad democrática de imponer una sanción, el Tribunal, además de la proporcionalidad (que como hemos visto por sí sola no debiera erigirse en justificación de una sanción) o de las razones aportadas por las autoridades nacionales, examine si la injerencia a la libertad de expresión responde a una necesidad social “imperiosa”. Interesa resaltar este último adjetivo empleado por el TEDH porque –tal y como se insistirá más adelante– incorpora un matiz restrictivo que resulta coherente con la función de las libertades de expresión en una sociedad democrática, y permite fundamentar a mi juicio que dicho necesidad se da solo cuando de otro modo el ejercicio de la libertad religiosa se vería objetiva y seriamente dificultado, pero no cuando simplemente se aduce que los sentimientos de una persona o colectivo han podido recibir, desde un punto de vista subjetivo, una ofensa; a ello volveremos en los próximos apartados.

La jurisprudencia del TEDH, por tanto, nos permite fijar algunos puntos de partida, tanto por referencia a lo que el Tribunal dejó de hacer en sus primeras sentencias como, en sentido opuesto, a consideraciones de interés que ha ido estableciendo desde el momento en que ha comenzado a examinar la necesidad o no de la limitación de las libertades de expresión en una sociedad democrática. Partiendo de todo ello, estamos en situación de poder profundizar en torno a las principales cuestiones que se suscitan.

3. LA NECESIDAD DE PRECISAR EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LA PROBLEMÁTICA DE LA VÍA PENAL COMO FORMA DE PROTECCIÓN DEL MISMO

En el conflicto entre libertades de expresión y libertad religiosa es particularmente relevante identificar el bien jurídico protegido en relación con esta última. Si el bien jurídico se sitúa en la protección de los sentimientos religiosos de una persona o grupo, ello conduce directamente a la imposibilidad de prever con una mínima seguridad las consecuencias de sus actos por parte de quien vaya a ejercer la libertad de expresión. ¿Cómo poder prever en la mayoría de casos que una determinada manifestación escrita, verbal o artística no vaya a herir la particular susceptibilidad de ninguna persona o colectivo? Si a ello se une la posibilidad de la imposición de una pena o de una multa, lógicamente las posibilidades de ejercicio de la libertad de expresión se reducen notable-

mente, por la propia autorrestricción que se aplicará a sí mismo quien pretendiera expresarse²⁷.

Distinto es, en cambio, que lo que se proteja sea la posibilidad de ejercer la propia libertad religiosa²⁸, pues en tal caso solo determinadas manifestaciones, desde luego graves²⁹, podrán ser idóneas para comprometer dicho ejercicio y, en tal caso, se puede considerar razonable y proporcionado limitar las libertades de expresión, no obstante su papel en la conformación de una opinión pública libre, por cuanto un ejercicio inmoderado de las mismas estaría impidiendo el ejercicio real de otro derecho fundamental.

Se trata, pues, de objetivar la lesión, que no puede depender de las consideraciones subjetivas de una persona o grupo, de tal modo que las libertades de expresión se convirtieran en rehén de sus particulares concepciones o de su no menos particular sensibilidad³⁰, que además irá variando de grupo en grupo

²⁷ Por otra parte, la protección de los sentimientos religiosos entendidos en sentido colectivo, como recuerda Ojer Candicort, “parte de la presunción incorrecta de que existe una mínima base común en la colectividad (...) que provoca que la mayoría de la población se sienta en su interior ofendida ante las manifestaciones vertidas (...)”. Además, señala la autora, se acabaría protegiendo sentimientos religiosos mayoritarios, y la doctrina penal ha puesto de manifiesto cómo la vaguedad de este término es poco compatible con la noción de bien jurídico. Vd. OJER CANDICORT, L.J., “Libertad de expresión...”, ob.cit., pág. 116. También Tarodo Soria considera que la tutela de este bien jurídico de carácter colectivo “no parece compatible con los principios constitucionales de laicidad, pluralismo y personalismo”. Vd. TARODO SORIA, S., “Estudio preliminar...”, ob.cit., pág. 33. Si consideramos los sentimientos religiosos desde un punto de vista individual, las críticas que acaban de hacerse pueden reiterarse igualmente aquí, aparte de que, recuerda Ojer, se entraría en una inevitable subjetivización que haría depender el castigo del efecto psíquico en el sujeto pasivo o el ánimo de ofender del activo (idem, pág. 118). Vd. también un repaso de las críticas oponibles a la protección penal de los sentimientos religiosos (colectivos o individuales) en TAMARIT SUMALLA, J.M., *La libertad ideológica en el derecho penal*, PPU, Barcelona, 1989, pág. 163-168.

²⁸ En esta línea, Ferreiro Galguera sostiene que “lo que nuestro ordenamiento jurídico protege no es el fenómeno religioso en sí mismo sino el ejercicio de la libertad respecto a las creencias religiosas o ideológicas. En suma, nuestro sistema normativo protege a los individuos, aislados o en grupo, cuando en el ejercicio de su libertad adoptan una actitud creyente, atea o agnóstica”. Vd. FERREIRO GALGUERA, J., “Libertad ideológica y religiosa: garantías procesales y tutela penal”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 6, 2002, pág. 373.

²⁹ Es especialmente importante definir de modo preciso la libertad religiosa en cuanto bien jurídico protegible, pues como recuerda Ojer Candicort, si cualquiera de sus vertientes fuera penalmente protegible se acabaría protegiendo de nuevo los sentimientos religiosos (vd. OJER CANDICORT, L.J., “Libertad de expresión...”, ob.cit., pág. 119), por lo que siguiendo a autores como MINTEGUIA ARREGUI, I., *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 227, o TAMARIT SUMALLA, J.M., *La libertad ideológica...*, ob.cit., pág. 175, aboga por referirse únicamente a la inmunidad de coacción, de modo que se proteja “la inmunidad de coacción entendida como la exclusión de fuerza física o presión moral, con la finalidad de que no se obligue a nadie a violentar su pensamiento o conciencia” (vd. OJER CANDICORT, idem, pág. 121).

³⁰ En opinión de Garay, las sensibilidades religiosas “no pueden tomar como rehenes a las sociedades democráticas. El umbral de sensibilidad de algunos grupos puede resultar demasiado bajo en algunas circunstancias particulares e, incluso, se pueden producir incidentes en lugares distintos, y a veces muy distantes, del lugar en el que surgió el problema en un comienzo, lo que no debiera

y de persona en persona³¹, sino que se desplace el foco al análisis de si, objetivamente, una persona o grupo va a poder ver impedido o gravemente dificultado el ejercicio de su libertad religiosa³².

Al tiempo que es preciso objetivarla, es necesario también centrar la lesión en las personas o grupos de personas individualizables, no en las confesiones religiosas consideradas en abstracto o como conjunto de dogmas. No son éstas las que han de recibir, en su caso, la protección, sino las personas que deciden conformar su existencia en torno a las mismas. Por ello mismo, no resultan aceptables desde un punto de vista democrático las resoluciones impulsadas en el seno de la ONU por países islámicos durante la primera década de los años 2000 dirigidas a perseguir la “difamación de las religiones”, pues ponen el acento no en la protección de los individuos sino de las religiones mismas³³, con el resul-

constituir automáticamente una razón para prohibir toda forma de discusión sobre temas religiosos (...). Vd. GARAY, A., “Libertad de religión y libertad de expresión ante el Consejo de Europa”, en Cañamares Arribas, S., MARTÍNEZ TORRÓN, J., eds., *Tensiones...*, ob.cit., págs. 79-80. Por otra parte, cabe recordar que, como apunta Combalía Solís, hay religiones como el Islam que no conciben que la libertad de expresión pueda usarse para nada que pueda considerarse ofensivo para las creencias religiosas, de modo que aquella pasa a ocupar un papel subordinado a éstas. Se produce en el Islam lo que la autora define como “la confusión entre sociedad civil y sociedad religiosa”. Vd. COMBALÍA SOLÍS, Z., “Libertad de expresión y difamación...”, ob.cit., págs. 9-12. También Palomino Lozano abunda en este hecho: “para el occidente secularizado, el valor de lo sagrado se encarna precisamente en las libertades públicas en clave de autonomía del individuo, como garantía de los plurales mundos sagrados que coexisten en el mismo espacio. Pero para el mundo islámico (...) las libertades se ponen al servicio de realidades sagradas por encima del debate frívolo y de la discusión transgresora”. Vd. PALOMINO LOZANO, R., “Libertad religiosa...”, ob.cit., pág. 528. Vd. igualmente LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A., “Libertad de expresión y libertad religiosa en el mundo islámico”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 30, 2012.

³¹ Como señala Vázquez Alonso, “la sensibilidad religiosa posee también una geometría variable. Así, aquellas comunidades religiosas con un equipaje dogmático más amplio y menos habituado a la crítica liberal, van a ser más susceptibles de sentirse ofendidas. Sin embargo, la propia lógica del principio de igualdad impide que esta asimetría en la sensibilidad religiosa sirva de justificación para que en la esfera pública determinadas formas de religiosidad se conviertan en límites específicos de la libertad de expresión del resto” Vd. VÁZQUEZ ALONSO, V. J., “Libertad de expresión y religión...”, ob.cit., págs. 113-114.

³² Esta limitación, en este caso, sería por lo demás coherente con la previsión del art. 17 CEDH, que justifica la restricción o prohibición del ejercicio de un derecho cuando con el mismo se produjera la destrucción o la limitación abusiva de otro derecho. En el plano constitucional interno habrá que recurrir en cualquier caso a la ponderación entre los derechos en conflicto, pues no existe, como recuerda el TC en su STC 235/2007, un precepto equivalente al art. 17 (que además, para aplicarlo, el TEDH exige no solo “la constatación de un daño, sino que es preciso corroborar además la voluntad expresa de quienes pretenden ampararse en la libertad de expresión de destruir con su ejercicio las libertades y el pluralismo o de atentar contra las libertades reconocidas en el Convenio” (STC 235/2007, FJ 5).

³³ Recuerda Combalía Solís cómo, en el marco de la discusión de la Resolución 62/154 sobre la lucha contra la difamación de las religiones, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 2007, la representante de la UE manifestó, en sentido crítico, que la difamación de las religiones debe ser sustituida por la incitación al odio religioso, y que el primero “no es un concepto válido en un discurso sobre derechos humanos”, pues “los miembros de comunidades re-

tado implícito de que de tal protección pueda derivarse la anulación de las libertades de expresión cuando se ejerzan contra la religión oficial o mayoritaria³⁴. Como con razón subraya Palomino Lozano, la admisión de esa categoría de la difamación de las religiones supondría obligar al Estado “a formular juicios de ortodoxia acerca de qué ideas o creencias son correctas, son verdad, y qué ideas o creencias no lo son. La anti-difamación se convierte entonces en arma política y, con ella, el Estado puede interferir en la libertad religiosa y de creencias de aquellos que, teóricamente, difaman una religión (...)”³⁵.

Por todo lo indicado hasta ahora, cabe coincidir con Martínez Torrón cuando critica la existencia del art. 525.1 CP³⁶, 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, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican”, y en el segundo apartado,

ligiosas o de creencias no deben verse como partes de entidades homogéneas. El derecho internacional sobre derechos humanos protege principalmente a las personas en el ejercicio de su libertad de religión o de creencias, no a las religiones en sí”. Vd. COMBALÍA SOLÍS, Z., “Libertad de expresión y difamación...”, ob.cit., pág. 20.

³⁴ Sobre ello véase MARTÍNEZ TORRÓN, J., “¿Libertad de expresión amordazada?...”, ob. cit., págs. 83-84, y COMBALÍA SOLÍS, Z., “Libertad de expresión y difamación...”, ob.cit., *passim*.

³⁵ Vd. PALOMINO LOZANO, R., “Libertad religiosa...”, ob.cit., pág. 527. Resulta igualmente de interés la opinión de Puppink, para quien “el concepto de *difamación de religiones* se opone a la cultura política y jurídica moderna en [el hecho de] que, por una parte, manifiesta un vínculo entre *ley de Dios* y *ley de los hombres* y, por otra, reintroduce la religión en su dimensión social y colectiva en perjuicio del acercamiento individualista, propio del pensamiento moderno de los derechos humanos”. Recuerda igualmente el autor cómo el Consejo de la UE, en una declaración de 16 de noviembre de 2009, señaló que “los países que disponen de una legislación sobre la difamación de religiones la utilizan a menudo para oprimir a las minoridades religiosas y limitar la libertad de expresión, así como la libertad de religión o de convicción”. Vd. PUPPINCK, G., “Lucha contra la difamación de religiones”, *European Centre for Law and Justice*, 2010, págs. 12 y 15. Es por todo ello que la existencia de un delito de blasfemia denota, como ha recordado Vázquez Alonso, “una sociedad no pluralista o bien un Estado que no ha renunciado a afirmar su identidad política sobre una preexistente identidad religiosa. (...) El delito de blasfemia emerge como un tipo penal cuya lógica es difícil de conciliar con los presupuestos igualitarios y liberales del constitucionalismo”. Vd. VÁZQUEZ ALONSO, V. J., “Libertad de expresión y religión en la cultura liberal. De la moralidad cristiana al miedo postsecular”, en REVENGA SÁNCHEZ, M., *Libertad de expresión...*, ob.cit., pág. 92.

³⁶ También podría hablarse del art. 524 CP (profanación) pero este tiene menos incidencia en relación con las libertades de expresión. Como indica Minteguija Arregui: “las creaciones artísticas [que serían en teoría las idóneas para llevar a cabo el tipo penal] solamente serían aptas para constituirse en medio comisivo idóneo para la consumación de este delito en el caso de que el sujeto activo utilizara algún objeto sagrado en el soporte artístico que atentase contra los sentimientos del sujeto pasivo. Además, esta acción debería producirse en los lugares o en los actos que son descritos en el tipo. Por otra parte, el dolo específico requerido para la sanción penal de estas acciones dejaría al margen a aquellos supuestos en los que la obra artística es únicamente la manifestación de la concepción estética del autor, pues en estos casos la motivación del autor nunca podría ser la de herir los sentimientos de las personas ofendidas por el contenido de su trabajo creativo”. Vd. MINTEGUIJA ARREGUI, I., “El arte ante el debido respeto...”, ob.cit., págs.35-36.

no menos vistoso que el primero, castiga asimismo el escarnio de quienes no profesan religión o creencia alguna, se supone que para compensar la previsión del apartado previo. Se aprecia claramente que quien recibe aquí protección son los “sentimientos”, que el primer apartado pone en relación con los dogmas, ritos, ceremonias... Pero como el autor citado indica, “la tutela de los sentimientos religiosos no forma parte, de suyo, de la garantía de la libertad religiosa”³⁷. Nos hallamos, por tanto, ante un bien jurídico desligado realmente de todo derecho fundamental, y de notable inconsistencia, que sin embargo fundamenta una sanción penal³⁸.

Algunos autores, como Mintegua Arregui, han sostenido la posibilidad de vincular la protección de los sentimientos religiosos con el derecho al honor: “una vez que conformamos en libertad nuestras convicciones (de carácter religioso o no) estas pueden pasar a formar parte de nuestra propia identidad y, por lo tanto, se integran en el objeto de protección del derecho al honor”³⁹. Con

³⁷ Vd. MARTÍNEZ TORRÓN, J., “La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para el análisis jurídico”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 50, 2015, pág. 27. Por contra, a favor de considerar la tutela de los sentimientos religiosos en tanto que “expresión de la personalidad, como momento central de una dignidad por así decir existencial, como dato originario e inherente de la naturaleza humana” se manifiesta Pérez Madrid (Vd. PÉREZ MADRID, F., “Incitación al odio religioso o «hate speech» y libertad de expresión”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 19, 2009, págs. 22 ss. Con todo, esta derivación del principio de dignidad (art. 10.2 CE) no podría prevalecer frente a un derecho fundamental como el relativo a la libertad de expresión, y tampoco de esa construcción teórica se deriva elemento alguno que permita disipar los múltiples problemas para otros derechos fundamentales que se derivarían de una inmoderada ampliación del contenido de la libertad religiosa para que abarcase la protección de los sentimientos.

³⁸ Sobre la muy escasa aplicación de los delitos de profanación y de escarnio vd. MINTEGUA ARREGUI, I., “Religión, moral y expresión artística”, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., et al., coords., *Libertad de expresión y sentimientos religiosos*, Juruá Editora, Curitiba, 2012, págs. 91-98. Igualmente puede hallarse, en el marco de un mayor desarrollo, el estudio de ésta y del resto de las cuestiones tratadas en este trabajo y que en adelante se citarán, en el libro del mismo autor *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, Dykinson, Madrid, 2006, págs. 208 ss. y en su trabajo “El arte ante el debido respeto...”, ob.cit., págs. 30 ss., en que estudia en detalle los elementos de los dos tipos penales, como también lo hace FERREIRO GALGUERA, J., “Libertad religiosa e ideológica...”, ob.cit., págs. 388 ss. Por último, resulta igualmente de interés la referencia a este aspecto de GARCÍA GARCÍA, R., “La libertad de expresión ejercida desde los derechos de reunión y manifestación en colisión con la libertad religiosa”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 37, 2015, págs. 35-40.

³⁹ Vd. MINTEGUA ARREGUI, I., “Religión, moral...”, ob.cit., pág. 85. Asimismo, en sus obras *Sentimientos religiosos, moral pública...*, ob.cit., págs. 289 ss. y en “El arte ante el debido respeto...”, ob.cit., págs. 23 ss., recoge las opiniones doctrinales favorables a la desaparición de tipos penales que tengan como objeto la protección de los sentimientos religiosos (para reconducirlos a la protección del honor a través del delito de injurias, como el propio autor propugna), así como aquellas que aún propugnan su mantenimiento. También García García propone derivar a la vía civil, mediante la protección del honor, “extralimitaciones de la libertad de expresión que contienen injurias graves contra los sentimientos religiosos de una/s persona/s o de una/s entidad/es religiosa/s”, al tiempo que aporta algunos ejemplos recientes que podrían a su juicio haberse vehiculado procesalmente de ese modo. Vd. GARCÍA GARCÍA, R., “La libertad de expresión ejercida...”, ob.cit., pág. 47. Con todo, de los

todo, esta posibilidad no encaja fácilmente, a mi juicio, con la propia concepción que la jurisprudencia constitucional ha establecido del derecho al honor, y que por ejemplo la STC 51/2008, de 14 de abril, sintetiza diciendo que el derecho al honor “ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio (por todas, SSTC 185/1989, de 13 de noviembre, FJ 4; 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 3; 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4; y 52/2002, de 25 de febrero, FJ 5)” (FJ 3). Indica la misma sentencia que no podrá considerarse suficiente para atentar contra el honor la presencia de expresiones que no sean “en sí mismas injuriosas o denigrantes y no pretendan escarnecer o humillar al personaje aludido” (FJ 6). De lo anterior se sigue que, aunque no pueda excluirse de manera taxativa o absoluta, no será desde luego corriente que un ataque realizado genéricamente contra los sentimientos religiosos pueda por sí mismo ser apto para ser considerado al mismo tiempo un ataque contra el honor individual de una concreta persona, por estar orientado a menospreciarla a ella y a incidir negativamente sobre la consideración que los demás tengan de la misma, mediante su humillación o escarnio. Otra cosa sería, como se verá posteriormente, que con tales ofensas se incurriera en discurso del odio contra un colectivo y sus integrantes⁴⁰.

Resulta, en definitiva, relevante la distinción que realiza López Guerra al distinguir dos tipos de perspectivas a la hora de aproximarse a la blasfemia o al

propios ejemplos que aporta el autor se deriva, a mi juicio, la dificultad de identificar en algunos casos el bien jurídico protegido y la legitimación activa para poder emprender la vía jurisdiccional civil; será preciso examinar las circunstancias de cada caso concreto que se suscite.

⁴⁰ Tal como señaló a modo de excepción y para este concreto tipo de supuestos el TC en su STC 214/1991 (caso Friedman) que, como es sabido, reconoció legitimación para recurrir en amparo en defensa del derecho al honor a “un miembro de un grupo étnico o social determinado, cuando la ofensa se dirigiera contra todo ese colectivo, de tal suerte que, menospreciando a dicho grupo socialmente diferenciado, se tienda a provocar del resto de la comunidad social sentimientos hostiles o, cuando menos, contrarios a la dignidad, estima personal o respeto al que tienen derecho todos los ciudadanos con independencia de su nacimiento, raza o circunstancia personal o social (arts. 10.1 y 14 C.E.)” pues de lo contrario se “permitiría el surgimiento de campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenóforo, contrarias a la igualdad, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama (art. 1.1 C.E.) y que el art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresamente proscribire («toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley»)” (FJ 3). Y es que, aunque “el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es valor referible a personas individualmente consideradas (...) lo anterior no ha de entenderse en sentido tan radical que sólo admita la existencia de lesión del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad” (FJ 6).

insulto a una religión que ofendan los sentimientos religiosos de los creyentes: una perspectiva que el autor denomina psicológica, en tanto que se puede ofender la sensibilidad religiosa de un individuo; y una perspectiva social en tanto que aquellas manifestaciones supongan “amenazas o (...) impedimentos de hecho frente a la expresión o la práctica de las convicciones religiosas, creando un clima de intolerancia y confrontación pública (...)”. Mientras que en el primer caso nos hallamos simplemente ante un problema de determinación del ámbito de las libertades de expresión, es en el segundo en el que se manifiesta un conflicto entre derechos fundamentales, las libertades de expresión y la libertad religiosa⁴¹ y, como el propio autor recuerda, cada vez más las resoluciones de organismos como la asamblea parlamentaria del Consejo de Europa⁴² o, dentro de este Consejo, la Comisión de Venecia, se orientan a reservar la adopción de sanciones al segundo grupo de casos, aquél en el que por sus características de incitación al odio, amenazas, etc., se dificulta o impide gravemente la práctica religiosa, y no en aquellos casos en los que meramente determinados miembros de una creencia manifiestan haberse sentido ofendidos, pero sin que ello haya dificultado de ningún modo la práctica de sus creencias⁴³.

Por lo demás, el recurso a la vía penal en estos casos (tanto si se tipifica propiamente la blasfemia contra una religión como si, tal como ocurre en España, el objeto de protección son los sentimientos religiosos de los creyentes)⁴⁴ constituye un problema añadido, más que una solución, para el tratamiento de la colisión entre libertad religiosa y libertades de expresión. En el caso español, la primera –libertad religiosa– se confunde, en la identificación del bien jurídico protegido, con la evanescente noción de sentimientos religiosos, a la que ya antes nos hemos referido. Esta confusión lleva al resultado de poner el derecho

⁴¹ Vd. LÓPEZ GUERRA, L., “Libertad de expresión y libertad de religión a la luz de la jurisprudencia del TEDH: blasfemia e insulto a la religión”, *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, 46, 2013, págs. 82-83.

⁴² Puede verse su Resolución 1510 (2006), en la que destaca como “las leyes castigando la blasfemia y crítica de prácticas religiosas y dogmas ha tenido a menudo un impacto negativo en el progreso social y científico” (cdo. 7). “La disputa crítica, la sátira, el humor y la expresión artística deben tener un grado más amplio de libertad de expresión y el recurso a la exageración no debe ser visto como una provocación” (cdo. 9). “La libertad de expresión (...) no debe ser más restringida para satisfacer la creciente sensibilidad de ciertos grupos religiosos. Al mismo tiempo, la Asamblea enfatiza que el discurso del odio contra grupos religiosos no es compatible con los derechos fundamentales y libertades garantizados por la Convención y la jurisprudencia de la Corte” (cdo. 12). También en su Recomendación 1805 (2007) se manifiesta en el sentido de penalizar el discurso del odio pero no la blasfemia (cdo.17.2).

⁴³ Vd. LÓPEZ GUERRA, L., “Libertad de expresión...”, ob.cit., págs. 90-91. El propio autor señala cómo progresivamente el TEDH ha ido restringiendo paulatinamente la posibilidad de admitir sanciones cuando no concurra el elemento de la incitación al odio, esto es, cuando no esté comprometida la libertad religiosa, hasta el punto de admitirla en casos muy aislados.

⁴⁴ Puede verse una comparación relativa a qué se tipifica penalmente en diversos países europeos en VÁZQUEZ ALONSO, V. J., “Libertad de expresión y religión...”, ob.cit., págs. 97-107.

penal al servicio de la protección de sentimientos de colectivos, lo que plantea la dificultad de identificar tanto a aquellos sentimientos como, por otra parte, a los colectivos que hipotéticamente los ostentan, pudiendo darse la paradoja, por ejemplo, de que una determinada manifestación de la libertad de expresión sea penalmente reprimida pese a que solo un grupo reducido dentro de una comunidad religiosa —o incluso una persona— hayan considerado que les resultaba ofensiva, y otros grupos dentro de la misma comunidad no lo crean así.

Ojer Candicort ha estudiado con detalle la problemática que plantea la utilización de la vía penal en la resolución de los conflictos entre los derechos que estudiamos, recordando, siguiendo asimismo a Llamazares Fernández, que la Constitución se basa en este punto en el principio de laicidad, que las actividades religiosas no son fines estatales, que frente al Estado creyentes y no creyentes están en posición de igualdad y que lo que el Estado hace es valorar positivamente la libertad ideológica y religiosa en tanto que derecho fundamental⁴⁵. En cuanto a la libertad religiosa, la autora recuerda, siguiendo lo dispuesto por el TC en su jurisprudencia, cómo aquella plantea una dimensión objetiva (neutralidad de los poderes públicos, cooperación de estos con las confesiones religiosas) y una subjetiva, con una proyección interna y otra externa; la interna, relativa a “la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación personal ante el hecho religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual”⁴⁶, y la externa, definida por el TC en su STC 46/2001 como “la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso” (FJ 4). Son, en definitiva, las conductas impeditivas o que dificulten gravemente esta posibilidad de ejercicio de la libertad religiosa las que deben ser, en un Estado social y democrático de Derecho que parte de una perspectiva laica, abordadas desde la perspectiva penal (a ello nos referiremos en el próximo apartado), siendo suficiente la vía civil para los casos en los que se pueda sostener la afectación de bienes jurídicos como el honor, que, por lo demás, como antes se dijo tampoco serán frecuentes.

Y es que la elevación de los sentimientos religiosos a bien jurídico protegible, como en la actualidad ocurre en los arts. 524 y 525 CP, lleva en la práctica a la imposibilidad de emplear estos tipos penales por la dificultad de probar elementos tales como la idoneidad de la burla para afectar a los sentimientos religiosos, la propia existencia y composición de estos, o el tipo subjetivo (el ánimo específico de ofender, de escarnecer) por cuanto dicho ánimo ofensivo

⁴⁵ Vd. OJER CANDICORT, L.J., “La relevancia penal de los sentimientos religiosos como límite a la libertad de expresión. Especial referencia al delito de escarnio (art. 525 CP)”, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., et alt, coords., *Libertad de expresión...*, ob.cit., pág. 107-108.

⁴⁶ Vd. OJER CANDICORT, L.J., “Libertad de expresión...”, ob.cit., pág. 109.

puede en realidad no concurrir sino darse en cambio una determinada voluntad artística vanguardista, el deseo de criticar, la voluntad informativa, la sátira que no busca ofender sino poner en tela de juicio ideas o hechos... O una mezcla de varias de esas finalidades⁴⁷. En definitiva: la propia configuración de estos tipos penales, y su base en un bien jurídico tan evanescente y discutible, provoca su inaplicación en la práctica⁴⁸, que se aprecia de modo particularmente evidente desde la vigencia del actual Código Penal de 1995⁴⁹. Es el ejercicio de la libertad

⁴⁷ Sobre todo ello, con cita de jurisprudencia, Vd. OJER CANDICORT, L.J., “Libertad de expresión...”, ob.cit., págs. 137-138. En diferente sentido, Combalía Solís estima que “es cuestionable la afirmación de que no basta la idoneidad objetiva de la conducta para herir los sentimientos religiosos de la generalidad de los miembros de una confesión. Entiendo que, si la conducta o expresión es “objetivamente” idónea para herir, y no consta que en el acusado concurriera otra intención -no es trata de una expresión artística, de una reflexión crítica, etc.-es difícil entender que no hay ánimo de ofender. Cuestión distinta es la oportunidad de que exista un delito que penalice el insulto religioso”. Vd. COMBALÍA SOLÍS, Z., “Los conflictos entre libertad de expresión y religión: tratamiento jurídico del discurso del odio”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 31, 2015, pág. 369. Con todo, considero que precisamente la dificultad de probar que “no consta” otra intención (siempre podrá alegarse que lo que se quería era ejercer la crítica -por más que immoderada- frente a un dogma, no escarnecer a sus seguidores) hace que en la práctica el tipo penal sea, pese a todo, de casi imposible aplicación.

⁴⁸ Inaplicación de la que ya se hizo eco de manera realista la Comisión de Venecia en su informe 406/2006 al señalar, junto con las posibles ventajas, las no pocas desventajas de un tratamiento penal de estos casos: “crear expectativas en relación con la persecución de delitos relacionados con la religión puede resultar poco realista, dada la dificultad de probar dichas ofensas”. Y, en cambio, “se podrían crear mártires y amplificar los efectos propagandísticos de manifestaciones ofensivas injustificadas, y al mismo tiempo se podría generar autocensura” (cdo. 42). También las Orientaciones sobre el fomento y la protección de la libertad de religión o creencias, aprobadas por el Consejo de la UE el 24 de junio de 2013 (ref. 11491/13), señalan, en relación con la penalización de la blasfemia, que debe recordarse desde la UE que “las leyes que tipifican la blasfemia como delito incurrir en restricción de la libertad de expresión relativa a las creencias religiosas u otras; que a menudo se aplican con el fin de perseguir, maltratar o intimidar a personas pertenecientes a minorías religiosas u otras, y que pueden surtir un efecto inhibitor grave de la libertad de expresión y de la libertad de religión o creencias, por lo que recomendarán [las instituciones de la UE] que dichas infracciones dejen de estar tipificadas como tales” (cdo.32).

⁴⁹ Como señala Minteguiá Arregui, desde entonces no ha llegado al TS ningún caso relacionado con estos tipos penales, y la aplicación de estos preceptos en instancias inferiores es muy escasa, limitada a contados supuestos que no han acabado en condena. Vd. sobre ello MINTEGUIÁ ARREGUI, I., *Sentimientos religiosos, moral pública...*, ob.cit., págs. 271 ss. y 283 ss. Cfr. también COMBALÍA SOLÍS, Z., “Los conflictos entre libertad de expresión y religión...”, ob.cit., págs. 367-369. Es excepción de lo anterior el reciente caso de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 6 de Madrid (sentencia 69/2016, de 18 de marzo), que condena a la dirigente de Podemos Rita Maestre por un delito de profanación del art. 524 CP, cometido durante su participación en 2011 en la entrada en la capilla del Campus de Somosaguas de la UCM, en la que la ahora condenada tomó parte en la lectura de un manifiesto despojándose luego de su camiseta, quedándose en sujetador. La sentencia estima que las personas presentes en la capilla se sintieron ofendidas, y que ello (que no deja de ser, como se ha dicho, un sentimiento subjetivo de compleja prueba) junto con el hecho de que la acción se realizara alrededor del altar (no importando que no se tocara éste) es bastante para integrar el tipo delictivo, siendo igualmente indiferente que no se usara violencia física o verbal, que no se dañara ningún objeto, o que no se estuviera celebrando ningún oficio religioso. Probada, en opinión del juzgador, la intención de ofender los sentimientos religiosos y el hecho de hacerlo junto

religiosa el que, bajo determinadas condiciones, debe constituir el bien jurídico protegible. La delimitación de en qué supuestos dicho bien jurídico ha de llevar a restringir las libertades de expresión constituye el objeto del próximo apartado.

4. DE LA OPINIÓN MOLESTA (INCLUSO DE LA MANIFESTACIÓN GRATUITA U OFENSIVA) AL DISCURSO DEL ODIOS. ¿DÓNDE FIJAR LA LÍNEA?

Ante la dificultad de proyectar sobre un sujeto o grupo de sujetos una manifestación que se ha hecho en relación con una creencia, dogma o rito de una confesión a la que aquellos pertenecen; ante el hecho, además, de que dicha pertenencia no es consustancial a la persona en la misma medida en que lo son la raza o el sexo sino que, a diferencia de estos, es una condición que puede ser variada de manera (al menos en comparación) relativamente sencilla⁵⁰ y, por último, ante la inoportunidad, desde el punto de vista de la política criminal de un Estado democrático, de proteger penalmente sentimientos frente a libertades como las de expresión o información, que son consustanciales a dicho Estado democrático en la medida en que contribuyen a la formación de algo tan esencial en el mismo como una opinión pública libre, la doctrina ha ido tendiendo paulatinamente a sostener una interpretación restrictiva de los casos en los que la libertad religiosa pudiera actuar como límite frente a las libertades de expresión, y con frecuencia tal interpretación ha puesto la línea en lo que ha dado en denominarse discursos del odio⁵¹.

al altar, todo ello lleva a condenar a doce meses de multa, con independencia de cualquier otra consideración. El examen que se hace del derecho a la libertad de expresión apenas ocupa unas líneas, y la sentencia en general es ella misma una muestra de lo desproporcionado de optar por la vía penal para sancionar algo que tendría la vía civil como alternativa óptima, o la vía de la sanción administrativa si se altera el orden público, etc.

⁵⁰ Digo “relativamente” sencilla por cuanto, como se indicará *infra*, se trata de un tema muy discutido.

⁵¹ En sentido crítico con dicha denominación vd. REVENGA SÁNCHEZ, M., “Discursos del odio...”, ob.cit., pág. 33. Considera el autor que “es una traducción literal del *hate speech* norteamericano que no debemos aceptar sin ser conscientes de la incongruencia que supone regalar el término «discurso» a expresiones que en la mayoría de los casos no traslucen sino los prejuicios irracionales y los deseos de injuriar de quien las profiere”. Por lo demás, el autor señala cómo en Estados Unidos ha existido tradicionalmente en la jurisprudencia un mayor margen de tolerancia que en Europa en relación con los discursos del odio, si bien tras los atentados del 11-S ha comenzado a variar ese estado de cosas (ob.cit., pág. 34). También es muy crítico con el concepto de discurso del odio Rey Martínez, para quien es una expresión imprecisa y excesiva, siendo preferible la de discurso discriminatorio: “la expresión discurso del odio es inconveniente tanto por exceso (no remite a un odio universal, sino selectivo), como por defecto (ya que tiende a expulsar de sí las formas menos graves). El discurso del odio debería comprender no solo el odio, no solo la ira, sino también el desprecio, la humillación, la falta de respeto, la vejación, el insulto, etc., por parte de unas personas sobre otras en atención a la pertenencia de estas sobre ciertos grupos sobre los que recaen generalizaciones negativas hondamente arraigadas en la sociedad”. Vd. REY MARTÍNEZ, F., “Discurso del odio y racismo líquido”, en REVENGA SÁNCHEZ, M., *Libertad de expresión...*, ob.cit., pág. 54.

No todos los anteriores aspectos son igualmente indiscutidos: sobre la diferencia entre religión y otras circunstancias como raza o sexo en cuanto a la mayor o menor facilidad de cambiar, subraya Palomino Lozano cómo “hay dos modos abstractos de pre-concebir jurídicamente la religión. Uno de ellos identifica la religión como factor de identidad personal (...). El otro (...) como factor de elección autónoma, ciertamente honorable (...) y merecedor de protección como derecho fundamental”⁵². Desde la primera concepción, la facilidad para cambiar de religión resulta mucho menor, sobre todo en determinados ámbitos o comunidades⁵³.

Así pues, la consideración de la religión como una elección mudable y no consustancial a la persona no resulta en realidad tan evidente como a primera vista pudiera. Con todo, sigue siendo cierto que, aunque a menor distancia de la que en ocasiones se ha sostenido, sigue siendo un factor menos inmodificable que otros como raza o sexo, al tiempo que se basa en un corpus de creencias externo al creyente y que éste hace suyo⁵⁴. La posibilidad de criticar, incluso de un modo que pueda ser considerado ofensivo, a dicho corpus no ha de traducirse automáticamente en un ataque a cada uno de los creyentes individualmente considerados ni impedir a estos la práctica de sus creencias (no habría, pues, verdadera colisión con la libertad religiosa), mientras que coartar la li-

⁵² PALOMINO LOZANO, R., “Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto”, en CAÑAMARES ARRIBAS, S., MARTÍNEZ TORRÓN, J., eds., *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 43.

⁵³ Sobre ello vd. PALOMINO LOZANO, R., “Libertad de expresión y libertad religiosa...”, ob.cit., pág. 46. El autor considera que la afirmación de dicha sencillez o facilidad constituye una “reinención de lo que son las creencias religiosas” y aboga por aproximar raza y religión cuando convergen en un grupo determinado. Asimismo, en la línea de que las creencias religiosas no son sin más equiparables a cualesquiera ideas, señala Vázquez Alonso que: “las creencias nos cifan estrechamente hasta el punto de definir nuestra identidad y nuestra auto-comprensión de la realidad (...) son el lugar intelectual desde el que nos planteamos la comprensión del mundo y de nuestra presencia en él. En este sentido, si las ideas son algo contingente, las creencias son una necesidad de la existencia. (...) No obstante, es evidente que las creencias (...) no tienen por qué ser de carácter religioso”. Vd. VÁZQUEZ ALONSO, V. J., “¿Por qué la religión es constitucionalmente diferente?”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXXI, 2015, pág. 178. El autor asimismo distingue, siguiendo a Ortega y Gasset, entre creencias e ideas, y señala que en cuanto a las primeras surge, entre el creyente y éstas, “una relación singular de identidad con el conjunto de dogmas y símbolos de su fe, hasta el punto de que las críticas hacia estos suponen también una ofensa hacia su propia persona. El hombre religioso, en definitiva, sitúa sus creencias en un lugar de específica sensibilidad”. Vd. VÁZQUEZ ALONSO, V. J., “Libertad de expresión y religión...”, ob.cit., pág. 91.

⁵⁴ La Comisión de Venecia, en su informe 406/2006, señaló en esta línea que “parece haber una diferencia entre insultos racistas e insultos religiosos: mientras la raza es heredada y no sustituible, la religión no lo es, y está en cambio basada en principios y valores que el creyente tenderá a sostener como la única verdad. Esto parecería admitir como lícito un más amplio margen de crítica respecto a la religión que (...) a la raza” (cdo. 28). Con todo, la propia Comisión es prudente en su formulación y añade a pie de página que “ciertamente, las fronteras entre raza y religión no son claras”.

bertad de expresión siempre que pudiera sostenerse que se ha producido una ofensa para alguien llevaría rápidamente a ésta a una minoración inasumible en un Estado democrático.

Otra cosa es que el ejercicio de la libertad de expresión se realice de tal modo que ponga o contribuya a poner a un grupo religioso en una situación tal en la sociedad, a través del uso de la ofensa, que, en palabras de Palomino Lozano, “estaría generando un efecto inhibitorio hacia el derecho de la persona a tener y a manifestar libremente la religión o las creencias (...)”. El TEDH se refirió a ese efecto inhibitorio en su sentencia *Otto Preminger* (cdo. 47). Como ha señalado Martínez Torrón, el ejercicio de la libertad religiosa requiere “un clima de tolerancia y respeto, libre de ataques que puedan de hecho retraer a los ciudadanos de manifestar sus creencias sin intimidación (...). Un ambiente de agresividad verbal o de violencia no constituye ciertamente el hábitat más adecuado para el ejercicio de las libertades”⁵⁵. La clave, pues, está en cuándo unas manifestaciones escritas, verbales, artísticas, etc., pueden llegar al extremo de causar ese efecto de retraer, esa consecuencia de dificultar o impedir *de facto* el ejercicio de la libertad religiosa⁵⁶. Ciertamente en aquellos casos en los que, como señala Palomino Lozano, se “refuerce modelos de discriminación que, a su vez, causen daño a grupos minoritarios o desventajados”. Con todo, el autor advierte de la dificultad de probar el nexo causal entre el ejercicio de la libertad de expresión y la causación del daño⁵⁷. Sin embargo, dada la función e importancia de los derechos a restringir –las libertades de expresión– estimo que la prueba de dicho nexo es inexcusable⁵⁸, pero dicho daño no ha de ser necesariamente entendido (en una interpretación extrema) como la exclusión actual e inmediata de un colectivo o la supresión de su posibilidad de ejercer la libertad religiosa, sino como la agravación de situaciones existentes de discriminación que sea susceptible de conducir a ese retraimiento o dificultad en la práctica del ejercicio de la libertad religiosa⁵⁹. Por las razones antedichas, será más im-

⁵⁵ Vd. MARTÍNEZ TORRÓN, J., “¿Libertad de expresión amordazada?...”, *ob.cit.*, pág. 112.

⁵⁶ En Alemania, el tipo penal que recoge la ofensa a credos religiosos o ideológicos (nótese, pues, que no se limita la protección a los primeros) exige que tal ofensa se haya realizado “en un modo apropiado para perturbar la paz pública” (art. 166 CP), y la doctrina entiende que el bien jurídico protegido, por tanto, no lo son los mencionados credos o corpus de creencias, sino el orden público. Se aprecia, pues, cómo el Derecho penal se reserva para aquellos casos en que se pone en peligro la convivencia social, no cuando simplemente se ha podido ofender a unos determinados sentimientos. Vd. Sobre ello en detalle MINTEGUA ARREGUI, I., *Sentimientos religiosos, moral pública...*, *ob.cit.*, págs. 240 ss.

⁵⁷ Vd. PALOMINO LOZANO, R., “Libertad de expresión y libertad religiosa...”, *ob.cit.*, pág. 53.

⁵⁸ De lo contrario, lo que se produciría sería la inhibición de quienes pretendieran expresarse, como señalaba el voto particular discrepante de los magistrados Costa, Cabral y Jungwiert a la sentencia I.A.

⁵⁹ Y tampoco tiene por qué traducirse la actuación reprobable en el llamamiento expreso y directo a cometer un acto de violencia; como ha señalado el TEDH, “la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los abusos contra

probable que, bajo los requisitos indicados, se pueda estimar que haya habido daño real y suficientemente relevante cuando las manifestaciones se dirijan contra religiones mayoritarias en un territorio⁶⁰.

Existe acuerdo general en que tales efectos perniciosos para la práctica de la libertad religiosa se dan cuando se incurre en el denominado discurso del odio por razones religiosas. Señala Palomino Lozano que tal discurso forma parte de la categoría de los delitos de odio, delitos en que la víctima es elegida en función de su pertenencia a un grupo caracterizado por unos rasgos comunes (raza, sexo, religión, origen, incapacidad, etc.), y que recibe distinto tratamiento penal en función de los países (existencia de tipos penales específicos, inexistencia de estos pero tratamiento como circunstancia agravante, o ausencia total de previsión en la normativa penal)⁶¹. En el discurso del odio, según Pérez Madrid, se realiza una operación en dos fases: por una parte, “se estigmatiza al objetivo adjudicándole una serie de cualidades que son consideradas en general como indeseables”, cualidades que se consideran “como algo inamovible, que están siempre presentes en los componentes de dicho grupo”. Por otra, “se desplaza a dicho grupo fuera de las relaciones sociales normales. Se achaca a los individuos de dicho grupo que no pueden observar con normalidad las reglas de la sociedad y se considera su presencia como hostil e inaceptable”⁶². También

las personas cometidos al insultar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y de grupos específicos de la misma o la incitación a la discriminación (...) son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que lleva a socavar la dignidad o la seguridad de estas partes o grupos de la población. Los discursos políticos que inciten al odio basados en prejuicios religiosos, étnicos o culturales suponen una amenaza para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos” (STEDH Féret c. Bélgica, de 16 de julio de 2009, cdo. 73).

⁶⁰ En este sentido, Martínez Torrón estima que, si hablamos de casos graves que discriminan y dificultan el ejercicio de la práctica religiosa, será más fácil que esto suceda con minorías religiosas que con la religión mayoritaria. Vd. MARTÍNEZ TORRÓN, J., “La tragedia de Charlie Hebdo...”, ob.cit., pág. 27.

⁶¹ Vd. PALOMINO LOZANO, R., “Libertad de expresión y libertad religiosa...”, ob.cit., pág. 60. Criticando esta orientación, común en doctrina y jurisprudencia, señala Rey Martínez que no es el discurso del odio una especie de los delitos de odio, sino al revés: los delitos de odio son una especie del género discurso del odio. La diferencia no es baladí: de considerar el discurso del odio una especie de los delitos de odio, esta última categoría “colapsa el concepto de discurso del odio y, actuando de este modo, se mutila gran parte del contenido de la idea de discurso del odio” pues las manifestaciones de éste menos intensas no serán objeto de protección al considerarse que no llegan a constituir delito de odio. Vd. REY MARTÍNEZ, F., “Discurso del odio...”, ob.cit., pág. 56.

⁶² Vd. PÉREZ MADRID, F., “Incitación al odio religioso...”, ob.cit., pág. 11. La autora sigue a B. Parekh en la configuración del contenido del concepto. Es importante, por ello, no realizar una identificación entre insulto y discurso del odio, pues son conceptos muy distintos, y el primero no será muchas veces apto para integrar este segundo concepto. No coincidimos, por tanto, con Ferreiro Galguera cuando dice que “la libertad de expresión (...) no ampara el derecho al insulto, *esto es, lo que la doctrina americana denomina el discurso del odio (hate speech)*” (cursiva mía). Esta equiparación entre insulto y discurso del odio, así expuesta, es inexacta. Vd. FERREIRO GALGUERA, J., “Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial”,

la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Recomendación 1805 (2007) se refirió a las “manifestaciones que llamen a someter a una persona o grupo de personas al odio, discriminación o violencia por razón de su religión” y a los actos que “intencionadamente y de manera severa perturben el orden público y llamen a la violencia pública mediante referencias a cuestiones religiosas” (cdo. 17.2)⁶³. Con todo ello, en última instancia, se atenta contra la dignidad de la persona⁶⁴.

El discurso del odio se muestra, pues, como una eficaz vía para la causación de violencia o de estigmatización social sobre sus destinatarios. El TC, en su STC 176/1995, referida no a la libertad religiosa sino a un caso de negación y burla del Holocausto, lo definió de manera precisa y trasladable al objeto que estudiamos: “a lo largo de sus casi cien páginas [se refiere al cómic objeto de enjuiciamiento] se habla el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación. El efecto explosivo de tales ingredientes así mezclados es algo que la experiencia ante nuestros ojos permite predecir sin apenas margen de error por haber un encadenamiento causal entre unos y otros. Es evidente que todo ello está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y refleja un claro menosprecio de los derechos fundamentales” (FJ 5). En la STC 235/2007, por lo demás, el TC ha profundizado en el tema categorizando los casos en que es posible la incriminación penal de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio, y ha tenido muy en cuenta el elemento de la incitación a la violencia y a la hostilidad⁶⁵. También la

Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 35, 2014, pág. 35. También en la pág. 50 se vuelve a incidir en esa equiparación.

⁶³ Los documentos, resoluciones, etc., de organismos internacionales que se aproximan al tema del discurso del odio son muy diversos. Puede verse una síntesis de los mismos en MARTÍN SÁNCHEZ, I., “El discurso del odio en el ámbito del Consejo de Europa”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 28, 2012, págs. 2-7. Además de lo allí citado, es relevante la Decisión Marco del Consejo de la UE núm. 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

⁶⁴ Sobre ello vd. GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 30, 2014, pág. 110.

⁶⁵ Cabrá dicha incriminación, dice el TC en la mencionada STC 235/2007, cuando “la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente”. Sucede así, dice el Tribunal, “cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración”; “cuando con la conducta (...) se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación”. Asimismo, “el comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas no puede encontrar amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas en el art. 20.1 CE, que no protegen «las expresiones absolutamente vejatorias,

jurisprudencia del TEDH ha puesto de manifiesto el efecto de que se induzca a la violencia (aun cuando no se inste directa y expresamente a ejercerla y a delinquir) y para juzgar si ello ha sido así será relevante el contenido, pero también los intervinientes, el medio o soporte utilizado, el impacto..., y distingue el Tribunal tal supuesto de aquellos otros casos en que el propósito sea informativo o divulgativo y no en realidad el de agitar el odio⁶⁶.

Lógicamente, la clave estará en determinar cuándo unas determinadas manifestaciones son idóneas para conducir a esa incitación a la violencia, a la estigmatización social, a la hostilidad por motivos religiosos (lo que se traduce en dificultades objetivas para el ejercicio de la libertad religiosa) y cuándo, pese a poder tener naturaleza ofensiva desde determinados puntos de vista, no llegan en su gravedad a encuadrarse en esta construcción: no será, en muchas ocasiones, una cuestión fácil de determinar⁶⁷. En este último caso, y aun siendo conscientes de las molestias que un modo poco respetuoso de ejercer las libertades de expresión puede causar, parece claro a mi juicio que debe priorizarse el ejercicio de las libertades de expresión, pues de lo contrario se generaría un efecto disuasorio en el ejercicio de éstas y una progresiva autocensura que, dada la posición que tiene este derecho en una sociedad democrática, causarían en ésta una lesión mayor que la que pueda causar el hecho de que, en esos casos de duda, se ubique en segundo plano a la libertad religiosa. Más si tenemos en cuenta que los posibles efectos de las libertades de expresión sobre la libertad

es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas» (por todas SSTC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4; 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8) (FJ 9). Sobre la sentencia vd. TERUEL LOZANO, G.M., “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal”, *InDret*, 4/2015.

⁶⁶ Sobre la jurisprudencia del TEDH en este ámbito vd. MARTÍN SÁNCHEZ, I., “El discurso del odio...”, ob.cit., págs. 18-30, esp. 18-23. En relación con los elementos a tener en cuenta para juzgar cada caso, vd. REY MARTÍNEZ, F., “Discurso del odio...”, ob.cit., pág. 84, quien a su vez hace suyos los criterios de la Recomendación General núm. 35 del Comité de Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación racial, sobre la lucha contra el discurso de odio racista (y que *mutatis mutandis* pueden ser aplicables al discurso del odio por razones religiosas): contenido y forma del discurso, clima socioeconómico en que se produjo, alcance del mismo por el tipo de audiencia y los medios de transmisión, y objetivo del discurso. En relación con la jurisprudencia a nivel español, vd. COMBALÍA SOLÍS, Z., “Los conflictos entre libertad de expresión y religión...”, ob.cit., págs. 369 ss. Por último, téngase en cuenta el muy distinto tratamiento del discurso del odio en Europa y en EEUU, como pone de manifiesto ALCÁCER GUIRAO, R., “Víctimas y disidentes. El discurso del odio en EEUU y Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 103, 2015, págs. 45-86.

⁶⁷ Como señala Palomino Lozano, “lo que termina siendo discurso de odio bien puede tener su origen próximo en lo que comenzó siendo solo una burla o una sátira”. Vd. Palomino Lozano, R., “Libertad de expresión y libertad religiosa...”, ob.cit., pág. 67. En todo caso, “la incitación [al odio] conduce a la discriminación, la hostilidad o la violencia. La difamación, sin embargo, no supone necesariamente violencia o promoción de la misma”. Vd. PALOMINO LOZANO, R., “Libertad religiosa...”, ob.cit., pág. 530. Igualmente en relación con la dificultad de determinar en sede penal cuándo ha habido incitación al odio vd. REY MARTÍNEZ, F., “Discurso del odio...”, ob.cit., pág. 62.

religiosa pueden darse incluso, en un mundo globalizado como el actual⁶⁸, en un lugar distinto y alejado de aquél en que se produjo el ejercicio discutible de dichas libertades de expresión, de modo que las causas para restringir éstas se multiplicarían⁶⁹. Por tanto, la necesidad de la restricción en una sociedad democrática, baremo del art. 10.2 CEDH, debe ser interpretada, como lo ha hecho el TEDH, en el sentido de ser una “necesidad social imperiosa”⁷⁰, concepto que, no obstante su relativa vaguedad, podríamos concretar en el ámbito que nos ocupa en la necesidad de evitar la exclusión social de una persona o grupo por razón de sus creencias religiosas, exclusión que quiera llevarse a cabo a través de la causación de odio social frente a ellos, mediante la negación de su dignidad, creando un ambiente hostil, etc. Este tipo de ataques serían los aptos para limitar las libertades de expresión⁷¹.

No son, en cambio satisfactorios, por su enorme potencialidad aplicativa, otros baremos como el de que las expresiones constituyan una ofensa gratuita a la religión y/o que no contribuyan a ninguna forma de debate público capaz de favorecer el progreso humano. Ambos criterios podrían interpretarse de modo que pudiesen aplicarse a un sinnúmero de casos, especialmente el segundo, cuya amplitud es solo comparable a su inutilidad: como ya señalamos *supra*, ¿quién decide qué no contribuye a “ninguna” forma de debate público? ¿Cuándo se contribuye a alguna? ¿Cuándo y cómo se “favorece” el “progreso” humano? ¿Hay arte que contribuye y arte que no? Pero también la “gratuidad” suscita perplejidad: ¿Hay ofensas gratuitas y ofensas necesarias? ¿Será el Estado quien reparta certificados de gratuidad?⁷². El recurso a la distinción entre

⁶⁸ Sobre ello vd. PALOMINO LOZANO, R., “Libertad de expresión y libertad religiosa...”, ob.cit., págs. 40-41.

⁶⁹ EL TEDH ha sido restrictivo en cuanto a si concurría o no discurso del odio en los pocos casos que han llegado ante él y en los que este concepto hubiera sido invocado ante las jurisdicciones nacionales y, por más que ciertamente admita el Tribunal la aplicación del concepto al ámbito de la religión y las creencias religiosas, en ninguno de los supuestos que ha tenido que analizar ha considerado el TEDH que realmente se diera. Vd. sobre los mismos MARTÍNEZ TORRÓN, J., “¿Libertad de expresión amordazada?...”, ob.cit., págs. 105-106.

⁷⁰ Vd. la STEDH Silver y otros c. Reino Unido, de 25 de marzo de 1983, en la que por un lado el TEDH dice que “necesario” no es indispensable, pero tampoco algo tan abierto o flexible como “admisible”, “ordinario”, “razonable” o “deseable”, y por otro lado estima que “necesaria en una sociedad democrática” es aquella restricción que corresponde a una “necesidad social imperiosa” y sea proporcionada al fin perseguido, atendiendo siempre a una interpretación restrictiva dado que estamos hablando de restringir un derecho (cdo. 97). Con ello, en la práctica, el TEDH se aproxima bastante a lo “indispensable”, aunque como él mismo señala no se pueda equiparar necesario a indispensable.

⁷¹ Y no solo, lógicamente, mediante la vía penal, que es en la que suele pensarse muchas veces. Como señala Rey Martínez hablando en general del discurso del odio, “aunque la respuesta jurídico-penal deba reservarse solo para los casos más graves, es preciso enfrentar el problema del discurso discriminatorio con otras herramientas jurídicas, la responsabilidad civil o el derecho sancionador administrativo (...)”. Vd. REY MARTÍNEZ, F., “Discursos del odio...”, ob.cit., pág. 67.

⁷² Recuerda Revenga, para mostrar la dificultad de juzgar cuando tratamos de la libertad de expresión, la conocida cita del Tribunal Supremo de EEUU en su sentencia *Cantbell vs. Connecticut*:

juicios de valor y declaraciones de hecho, para considerar que éstas, por tener una base fáctica, pudieran ser más susceptibles de un control objetivo y con ello de limitación estatal no resulta tampoco satisfactorio porque, como señala Martínez Torrón, “casi siempre el lenguaje ofensivo contiene una mezcla de afirmaciones de hecho y juicios de valor y la libre expresión de los segundos, según el TEDH, solo puede ser restringida por la ley nacional cuando carecen de todo fundamento de hecho real”⁷³.

Por ello, se hace necesario, como ya se dijo anteriormente, poder objetivar e individualizar la lesión. Objetivarla en el sentido de que, independientemente del malestar subjetivo que la opinión manifestada pueda causar a un sujeto o grupo, aquella sea susceptible de contribuir eficazmente⁷⁴ al señalamiento y exclusión social progresiva por motivos religiosos de los perjudicados, que al mismo tiempo deben poder ser individualizados, identificados, como destinatarios de dicho efecto⁷⁵. Ir más allá, por tanto, de la ofensa, por gratuita que resulte, que no produzca aquellos efectos, e ir más allá igualmente del vaporoso criterio de lo que contribuya o no al debate público⁷⁶. Con todo, es obvio que

“lo que resulta vulgar para unos, resulta para otros una expresión de lirismo”. Vd. REVENGA SÁNCHEZ, M., “Discursos del odio...”, ob.cit., pág. 33.

⁷³ Vd. MARTÍNEZ TORRÓN, J., “¿Libertad de expresión amordazada?...”, ob.cit., pág. 117. También subraya el autor, en referencia a la noción de ofensa gratuita, que “deja mucho margen –quizá demasiado– a la discrecionalidad del Estado, puesto que existe un amplio porcentaje de subjetividad en la tarea de juzgar cuándo un determinado modo (ofensivo) de expresar una idea carece de toda causa o justificación; es decir, cuándo es en rigor «gratuito»”. Ob.cit., pág. 118.

⁷⁴ Debe subrayarse que estamos hablando de idoneidad para causar ese efecto, no de que ya se haya causado el mismo, cuya llegada puede ser el resultado de un proceso más lento y al que eventualmente se acumulen otras causas. Como señala Martínez Torrón, “para apreciar la existencia de *hate speech* no hace falta tener la certeza de que habrá una relación causa-efecto entre las expresiones verdidas y los efectos inmediatos en la vida de las personas. El discurso de incitación al odio por motivos religiosos no es tolerable porque implica, por parte de quien lo profiere, una consideración de ciertas personas como inferiores, e incluso despreciables, por razón de sus creencias”. Vd. MARTÍNEZ TORRÓN, J., “La tragedia de Charlie Hebdo...”, ob.cit., pág. 28. Tampoco es preciso que se haya incitado directamente a cometer delitos concretos, como queda claro tras la reforma de 2015 del art. 510 CP, que no exige provocar el odio sino fomentar, promover o incitar el mismo, de modo que como recuerda Combalía Solís la incitación al odio “puede ser directa o indirecta y no exige que sea a actos concretos”, y evita la reducción de la operatividad que la versión previa del art. 510 CP había sufrido, incluso en una sentencia del TS (259/2011). Vd. sobre todo ello COMBALÍA SOLÍS, Z., “Los conflictos entre libertad de expresión y religión...”, ob.cit., págs. 370-378.

⁷⁵ Sobre la posibilidad de extender la protección a grupos, Teruel Lozano considera que este tipo de tutela colectiva debe admitirse de modo muy restrictivo, y “siempre desde la perspectiva de que los ataques u ofensas hayan podido humillar o vejear a personas miembros de ese grupo a través de su efectiva degradación”. Vd. TERUEL LOZANO, G.M., “La libertad de expresión...”, ob.cit., pág. 18.

⁷⁶ También la UE, en sus “Orientaciones sobre el fomento y la protección de la libertad de religión o creencias”, aprobadas por el Consejo de la UE el 24 de junio de 2013 (ref. 11491/13) ha fijado claramente la línea en el discurso del odio, indicando que la UE se guiará por los siguientes principios: “Cuando se manifiesten comentarios críticos sobre religiones o creencias que los practicantes de las mismas perciban como ofensivos hasta el punto de poder dar lugar a violencia contra ellos o por ellos mismos: si, a primera vista, esta expresión constituye un discurso de odio (es decir, co-

no existen fórmulas mágicas, y que los casos dudosos seguirán existiendo se ponga donde se ponga la línea entre lo admisible y lo que no lo es⁷⁷. De lo que se trata, en todo caso, es de no poner esa línea en un punto en el que se pueda causar sobre las libertades de expresión, y sobre la propia sociedad democrática en general, un mal muy superior al que se quería evitar a la libertad religiosa⁷⁸; de ahí las propuestas anteriormente realizadas.

5. LAS PARTICULARIDADES DE LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA

La valoración de qué grado posee una ofensa y de si llega o no a afectar al ejercicio de la libertad religiosa en los términos antes descritos resultará más o menos compleja de llevar a cabo en función del soporte o medio empleado para realizarla. Seguramente el medio que más dificultades plantea en este aspecto sea aquél en el que prepondera la imagen, a través de los diversos soportes mediante los que se puede llegar al público: pintura, escultura, fotografía, cine...⁷⁹. Qué sea arte y qué no constituye, por lo demás, una cuestión para la que resultaría imposible hallar una sola respuesta⁸⁰, o de la que incluso cabe dudar directamente que sea esperable obtener respuesta. En opinión de Paló responde al estricto ámbito de aplicación del artículo 20, apartado 2, del PIDCP [...] (...) la UE la denunciará y exigirá que el caso sea instruido y juzgado por un juez independiente. Si esta expresión no llega al nivel de la incitación prohibida por el artículo 20 del PIDCP, y es, por lo tanto, un ejercicio de la libertad de expresión, la UE: I. Hará caso omiso de todo llamamiento o tentativa de criminalización de dicho discurso. II. Tratará de emitir, por su cuenta o conjuntamente con Estados u organizaciones regionales, declaraciones que insten a abstenerse de la comisión de todo acto de violencia y que condenen la comisión de todo acto de violencia relacionado con dicho discurso. III. Animará a los actores estatales y otros actores influyentes, religiosos o no, a tomar la palabra e iniciar un debate público constructivo (...) IV. Recordará que la mejor manera de combatir una ofensa percibida en el ejercicio de la libertad de expresión es el recurso mismo a la libertad de expresión. (...)” (cdo. 32).

⁷⁷ Como recuerda Revenga Sánchez, “los conflictos a propósito de la libertad de expresión están, sin duda, entre aquellos que presentan márgenes de indeterminación más amplios, con respuestas que a menudo resultan contradictorias” y las respuestas que se dan cuando, por ejemplo, se ha de abordar el tema de los discursos del odio “por parte del juez, o por parte del legislador, son siempre respuestas tentativas, con un amplio margen de indeterminación, y una acusada dependencia de las circunstancias del caso”. Vd. REVENGA SÁNCHEZ, M., “Discursos del odio...”, ob.cit., pág. 33.

⁷⁸ Como ha señalado Martínez Torrón, “en caso de duda, es preferible que el Derecho se abstenga de interferir en la libertad de palabra, independientemente de lo deplorable que puedan resultar algunas expresiones ofensivas contra la religión. Un posible abuso de poder para restringir la libertad de expresión es más peligroso para la democracia y el pluralismo que el perjuicio para las creencias religiosas que podrían causar ciertas formas abusivas de expresión”. Vd. MARTÍNEZ TORRÓN, J., “¿Libertad de expresión amordazada?..”, ob.cit., pág. 120.

⁷⁹ Sobre el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica (art. 20.1.b CE) vd. MINTEGUIA ARREGUI, I., “El arte ante el debido respeto a los sentimientos religiosos”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 37, 2015, págs. 1-22, y la bibliografía allí citada.

⁸⁰ Vd. sobre ello VÁZQUEZ ALONSO, V.J., “La libertad de expresión artística...”, ob.cit., págs. 73 ss.

mino Lozano, “para el sector representado por los propios artistas y los críticos de arte del sector progresista, parece que arte es lo novedoso, la vanguardia (...) también (...) en el límite de lo socialmente aceptable (...). En este sentido, el artista gozaría de una total independencia y autonomía. (...) Por el contrario, para los sectores ajenos a ese círculo social específico, el arte plantea una concepción más alta y universal (...) guarda referencia con lo sublime, con la verdad, con la belleza, vinculada con la verdad y conectada con realidades superiores, una especie de evocación de lo espiritual, no necesariamente conectada con la intención del autor”⁸¹. Pero aparte de la dificultad de reducir las respuestas a solo dos, se aprecia bien cómo ambas se basan, por lo demás, en términos que son en sí mismos pródigos en suscitar discusión: vanguardia, belleza, verdad...

Por lo demás, como el mismo autor señala, el arte actual “se enmarca en un código interpretativo propio (...) [y] necesita con frecuencia de la transgresión como reclamo”⁸², por lo que, concluye, cuando se ofendan los sentimientos religiosos la respuesta será que se está haciendo arte, y solo en el caso de que se pruebe (cosa muy difícil) que existía verdadera y expresa intención de insultar y dañar será posible una persecución penal⁸³. Ese código propio del arte o, en palabras de Tarodo Soria, esas “reglas de funcionamiento que lo hacen esencialmente diferente del resto de manifestaciones de opinión”⁸⁴, provocan que no sea sencillo trasladar a la libertad de expresión artística de modo mimético las consideraciones que la jurisprudencia ha realizado en relación con la libertad de expresión que se vehicula a través de la palabra. Ello se ha traducido, en opinión de Tarodo Soria, en un tratamiento mucho más favorable por parte de la jurisprudencia del TEDH a las manifestaciones realizadas a través de la palabra, en cualquiera de sus formas, que a las realizadas mediante expresiones gráficas: en el primer caso –palabra– ha primado la libertad de expresión; en el segundo –expresiones gráficas– ha dado prioridad a los sentimientos religiosos; son expresivas de ello las sentencias Otto Preminger y Wingrove. Se produce, a su juicio, un cierto prejuicio del TEDH hacia las artes plásticas, que pone de manifiesto una insuficiente reflexión acerca de “las características singulares de las manifestaciones artísticas en general, el importante papel que desempeñan en la sociedad y las implicaciones jurídicas que de ello se pudieran deri-

⁸¹ Vd. PALOMINO LOZANO, R., “Libertad religiosa...”, ob.cit., pág. 516.

⁸² Vd. PALOMINO LOZANO, R., “Libertad de expresión...”, ob.cit., pág. 42.

⁸³ Que en la práctica, en el caso español, no ha tenido lugar en los contados casos en que en los tribunales inferiores se ha sustanciado un supuesto de hipotética vulneración de sentimientos religiosos por manifestaciones artísticas. Vd. sobre ello MINTEGUIA ARREGUI, I., *Sentimientos religiosos, moral pública...*, ob.cit., págs. 271 ss. y 283 ss.

⁸⁴ Vd. TARODO SORIA, S., “Estudio preliminar...”, ob.cit., pág. 28.

var”⁸⁵. Se ha juzgado más idónea la palabra para confirmar la opinión pública libre, y menos a la expresión plástica, valorando de modo insuficiente, a juicio de Tarodo, otras cualidades de ésta, que (siguiendo a Sánchez Ortiz de Urbina) ejemplifica en su función de compensación de la realidad, de dispositivo de resistencia, o en su función subversiva⁸⁶. Como recuerda Vázquez Alonso, el arte moderno está intrínsecamente ligado a un fuerte subjetivismo y a “la irreverencia, la desatención, en ocasiones ostentosa, hacia la moral establecida (...) Sin esta posibilidad de atacar la moralidad, la libertad de artística no sólo deja de ser reconocible como tal, sino que en buena medida pierde esa capacidad prospectiva y emancipadora que le es propia dentro de una sociedad”⁸⁷.

Todos estos factores hacen que aplicar a la libertad de expresión artística los criterios de la libertad de expresión ejercida mediante la palabra (tales como la adecuación de las expresiones, la inexistencia del ánimo de ofensa, la “gratuidad” de ésta) no resulte adecuado⁸⁸, pues causaría un efecto demasiado reductor sobre la expresión artística y llevaría a tener que extremar aún más la prudencia a la hora de afirmar en un caso concreto que la libertad de expresión artística debe ser limitada por generar los efectos que describíamos en el apartado anterior sobre personas o grupos, más aún teniendo en cuenta que su función en una sociedad democrática no debe ser considerada menor que la expresión vehiculada a través de la palabra o el escrito: como expone Vázquez Alonso, “la libertad artística adquiere una importancia objetiva excepcional dentro del Estado Constitucional, en tanto constituye una expresión visible de ciertas patologías sociales que en muchas ocasiones va[n] a manifestarse en [ese] espacio de reflexión específico que es el arte (...). Por ello, al igual que

⁸⁵ Vd. TARODO SORIA, S., “Estudio preliminar...”, ob.cit., pág. 30. Con todo, como se vio al inicio de este trabajo, la inicial jurisprudencia del TEDH resultaba en general menos propensa a la protección de la libertad de expresión que la jurisprudencia ulterior, lo que se vio igualmente en la sentencia I.A., que como se vio tenía como objeto un libro. Quiere con ello decirse que, además del soporte en el que la libertad de expresión se manifestó, también pudo influir en sus decisiones la visión más restrictiva del TEDH en aquel momento de la libertad de expresión. Con todo, es cierto que el TEDH no se ha detenido especialmente en las peculiaridades de la libertad de expresión artística; como indica Vázquez Alonso, se detecta una “ausencia en la jurisdicción de Estrasburgo de un concepto de libertad artística autónomo, que atienda a las peculiaridades que diferencian de esta forma de expresión de otro tipo de manifestaciones del espíritu. En realidad, (...) lo que singulariza el tratamiento de la obra artística en esta jurisprudencia es precisamente el perfil bajo de su protección jurídica, en tanto no se le reconoce esa dimensión objetiva o institucional dentro de un estado democrático con la que normalmente se asocia a las libertades de expresión e información”. Vd. VÁZQUEZ ALONSO, V.J., “La libertad de expresión artística...”, ob.cit., págs. 73-92.

⁸⁶ Vd. TARODO SORIA, S., “Estudio preliminar...”, ob.cit., pág. 32. El trabajo citado por éste de R. SÁNCHEZ ORTIZ DE URBINA es: “¿Qué hace el arte?”, *Revista Complejidad*, 4, 1999, págs. 24 ss.

⁸⁷ Vd. VÁZQUEZ ALONSO, V.J., “La libertad de expresión artística...”, ob.cit., págs. 88-91.

⁸⁸ Vd. TARODO SORIA, S., “Estudio preliminar...”, ob.cit., pág. 32.

no puede existir un Estado constitucional sin medios de comunicación libres, tampoco es imaginable sin artistas que realmente lo sean”⁸⁹.

6. RECAPITULACIÓN. ELEMENTOS PARA REALIZAR LA PONDERACIÓN ENTRE LOS DERECHOS EN CONFLICTO

El punto de partida en la consideración del tratamiento de las colisiones entre libertades de expresión y libertad religiosa es la específica función de las primeras en relación con la sociedad democrática. No se dice con ello que otros derechos, como la indicada libertad religiosa, no tengan una vinculación propia con aquella, pero sí que en el caso de las libertades de expresión dicha vinculación tiene un plus de intensidad al servir como mecanismo imprescindible para la conformación de una opinión pública libre. Por ello, la necesidad de restringir, de hacer ceder, las libertades de expresión debe obedecer a una necesidad, en palabras del TEDH, imperiosa, una necesidad especialmente apremiante. Éste es, de hecho, el eje real en torno al que gira el test que aplica el TEDH a los casos de colisión a partir de lo que dispone el art. 10.2 CEDH, por cuanto los demás elementos de dicho test (previsión en ley, finalidad perseguida) son más formales que reales en la práctica.

Por lo demás, y como señalara el TEDH en su sentencia *Paturel* (cdo.46), las asociaciones de todo tipo, y ello vale por tanto también para las religiosas y las confesiones, al desarrollar sus actividades en el dominio público deben tener un mayor grado de tolerancia frente a las críticas de sus oponentes. Unido esto a lo anterior, se sigue en consecuencia que los supuestos de limitación de las libertades de expresión por causa de la aplicación prevalente de la libertad religiosa deben ser interpretados de modo restrictivo.

Como se ha indicado, es particularmente relevante atender a la necesidad de objetivar el bien jurídico protegido: no se pueden proteger las “sensibilidades religiosas” de personas o grupos, haciendo a la sociedad (y a las libertades de expresión) rehenes de tales sentimientos subjetivos; lo que debe protegerse es la posibilidad de ejercer libremente la libertad religiosa.

Asimismo, quienes han de recibir protección no son las confesiones religiosas en cuanto tales, sino las personas o grupos de personas que ejercen su libertad religiosa, pero en este último caso (grupos) por remisión al daño efec-

⁸⁹ Vd. VÁZQUEZ ALONSO, V.J., “La libertad de expresión artística...”, *ob.cit.*, pág. 85. El mismo autor critica que en *Otto Preminger y Wingrove* el TEDH diera a la libertad artística “el tratamiento de una libertad de perfil bajo, una suerte de subespecie de la libertad de expresión, cuya contribución democrática o institucional se entiende que es menor y, por lo tanto, susceptible de ser sacrificada en caso de conflicto con otros bienes jurídicos”. Vd. VÁZQUEZ ALONSO, V. J., “Libertad de expresión y religión...”, *ob.cit.*, págs. 110-111.

tivo que se cause al ejercicio por parte de sus concretos miembros de la mencionada libertad. No han de ser el objeto de protección los dogmas, sino las personas. De ahí la improcedencia, desde un punto de vista democrático, de otorgar protección contra la “difamación de las religiones”, en el sentido en que se había formulado en algunas resoluciones de la ONU de principios de la década de 2000.

De lo anterior se deriva lo criticable de preceptos como el art. 525.1 CP, que castigan a los que para ofender “los sentimientos” de los miembros de una confesión religiosa, hagan escarnio de sus “dogmas, creencias, ritos o ceremonias”. Se vincula, así, algo tan difícilmente objetivable como los “sentimientos” junto con dogmas, ritos..., en una técnica de construcción del tipo penal que lleva a éste a su inaplicación práctica. Lo propio puede decirse de la existencia del tipo penal del art. 524 CP, de estructura semejante. Incluso en la medida en que se haya atentado contra el derecho al honor de una persona a través de dichos ataques (cosa compleja fuera de casos pertenecientes al terreno del discurso del odio) sería innecesaria la existencia de estos tipos específicos, al tener el Código Penal ya previstos otros tipos penales para estos supuestos.

Al enjuiciar un posible conflicto entre libertades de expresión y libertad religiosa, por tanto, lo que hay que tener en cuenta respecto de esta última es la propia libertad en sí, y no una derivación en forma de sentimientos religiosos; así, procederá limitar la libertad de expresión solo cuando se impida o dificulte gravemente la práctica de la libertad religiosa. Por lo demás, pretender usar la vía penal para ir más allá de esto no hace más que generar unas expectativas que luego no pueden cumplirse o, peor, si se cumplen causan un efecto disuasorio *pro futuro* muy importante en relación con el ejercicio de la libertad de expresión⁹⁰.

A la hora de poner la frontera entre lo admisible y lo inadmisible en relación con el alcance de las libertades de expresión y su incidencia sobre la libertad religiosa, situar esa línea en el terreno del discurso del odio facilita la

⁹⁰ Es importante a este respecto lo que el TC indicó en su STC 88/2003: “Tampoco puede el Juez, al aplicar la norma penal (como no puede el legislador al definirla), reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir “por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto ... disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada” (sobre tal “efecto desaliento”: STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 20; y STEDH, de 22 de febrero de 1989, § 29 [Barfod c. Noruega] (...))” (FJ 8). De ahí la importancia, como se ha dicho, de que la libertad de expresión ceda cuando lo que esté verdaderamente en juego sea la posibilidad o no de ejercer la libertad religiosa (no unos hipotéticos sentimientos subjetivamente identificados) o las propias bases de la convivencia, amenazadas por el discurso del odio.

objetivación e individualización de la lesión, que excede con mucho de lo que sería la ofensa de los sentimientos de los creyentes, y exige en cambio una actuación idónea para causar la exclusión de estos, la inhibición por parte de los mismos de realizar sus prácticas, en definitiva la puesta en peligro o la obstaculización real de la vertiente subjetiva externa (por seguir con la clasificación acuñada por el TC) de la libertad religiosa. Puede haber lógicamente dificultades en determinados casos para determinar si hay o no discurso del odio, pero en tal supuesto las propias dudas deben llevar a dar prevalencia a las libertades de expresión sobre la libertad religiosa. La necesidad de la restricción de aquéllas en una sociedad democrática debe ser interpretada, como ya se ha indicado *supra* que lo ha hecho el TEDH progresivamente, en el sentido de ser una “necesidad social imperiosa”. Las dudas, por otra parte, se darán de manera particularmente intensa cuando en vez de emplear la palabra se haya acudido a la expresión mediante manifestaciones artísticas, dado lo complejo de determinar qué sea o no arte, y el contenido transgresor que puede eventualmente tener éste. Sin embargo, las dificultades no deben llevar a aplicar en estos casos un baremo menos exigente que el que se emplee en el resto de supuestos para determinar cuándo han de ceder las libertades de expresión.

La limitación de las libertades de expresión, en definitiva, es susceptible de generar un efecto disuasorio respecto de quienes en el futuro vayan a ejercerlas, de modo además que estos no podrían fácilmente prever con anterioridad los posibles efectos que sus manifestaciones, en los diversos soportes posibles, fueran a tener sobre creyentes, grupos o asociaciones de estos o confesiones. Es decir, el coste desde el punto de vista de una sociedad democrática de tolerar una expresión respecto de la cual una persona o grupo puedan considerarse ofendidos por razón de sus creencias religiosas normalmente será menor que el de reprimir dicha expresión, por cuanto esto último generará, quizá no con un solo caso pero sí cuando esto se reitere, un efecto de desaliento en todas las personas que pretendan ejercer su libertad de expresión en ámbitos o temas que por cualquier causa pudieran llegar a entrar en conflicto con sensibilidades religiosas, de modo que la libertad de expresión sufriría con carácter general y *pro futuro*, y no solo en el concreto caso en que aquella haya sido limitada.

Y lo será, además, con base en elementos difícilmente previsibles, pues las sensibilidades religiosas son difícilmente concretables *a priori* por quien vaya a expresarse, tanto porque hay muchas y muy variadas religiones, como porque dentro de cada una de ellas hay, al mismo tiempo, casi tantas formas de percibir las y ejercerlas como creyentes de las mismas, o porque en la era de internet una manifestación no solo produce efectos en el lugar donde se lleva a cabo. La seguridad jurídica para quien vaya a expresarse sería, pues, ciertamente escasa. La exigencia de objetivar e individualizar la lesión, y de situar a ésta en

el terreno del discurso del odio (con los efectos antes descritos sobre el ejercicio de la libertad religiosa), es el mecanismo que permite lograr un equilibrio que, aun no siendo plenamente satisfactorio, resulte sostenible desde la perspectiva de una sociedad democrática. En los demás casos, incluso asumiendo que en muchos de ellos quien se ha expresado lo habrá hecho de manera poco o nada responsable, las confesiones y los creyentes pueden exponer sus razones y elaborar un discurso frente a lo que perciban como ofensa, pero no pueden pretender prohibir o castigar todo lo que designen como tal⁹¹.

⁹¹ En esta línea de hacer valer la argumentación y no la prohibición vd. igualmente VÁZQUEZ ALONSO, V. J., “Libertad de expresión y religión...”, ob.cit., pág. 121, y las antes citadas “Orientaciones sobre el fomento y la protección de la libertad de religión o creencias”, aprobadas por el Consejo de la UE el 24 de junio de 2013 (ref. 11491/13), apartados III y IV.