

INCITACIÓN AL ODIO RELIGIOSO O “HATE SPEECH” Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Por

FRANCISCA PÉREZ-MADRID
Profesora Titular
Universidad de Barcelona

fperez_madrid@ub.edu

Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado 19 (2009)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. III. LA DEFINICIÓN DE “HATE SPEECH”. IV. LA INCITACIÓN AL ODIO EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES EUROPEAS. 4.1. Panorámica de la legislación penal europea. 4.2. Ofensas por motivos de raza y religión. 4.3. La legislación española sobre “hate speech”. V. LA “INCITACIÓN AL ODIO” POR MOTIVOS RELIGIOSOS EN LA PRAXIS JURISPRUDENCIAL. VI. LA DIFAMACIÓN DE LAS RELIGIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Es para mí un honor participar en el número extraordinario de la *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, promovido con ocasión del noventa cumpleaños del Profesor López Alarcón. Desde los comienzos de mi andadura académica he tenido diversas ocasiones de poder conversar con D. Mariano sobre la protección penal de la libertad religiosa, tema que traté en una monografía en 1995 y que él había desarrollado con anterioridad de manera brillante en el manual “*Derecho Eclesiástico del Estado Español*”.

La necesidad de garantizar el respeto a la libertad religiosa por medio de la *ultima ratio* penal está asegurado en la propia Ley Orgánica de 1980; en su artículo cuarto, declara que “los derechos reconocidos en esta Ley ejercitados dentro de los límites que la misma señala serán tutelados mediante amparo judicial ante los Tribunales Ordinarios y amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional en los términos establecidos en su Ley Orgánica”. Hasta el momento presente desconocemos cuáles serán los perfiles y el alcance de la anunciada reforma de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, al parecer motivada por las nuevas circunstancias de la sociedad española. En cualquier caso, la Ley Orgánica deberá seguir garantizando la protección efectiva del derecho fundamental, a través de la jurisdicción española y de los tribunales internacionales.

Una de las cuestiones que preocupan en los foros internacionales y que quizá podría encontrar mayor eco en la nueva Ley Orgánica es la relativa a los conflictos entre libertad religiosa y libertad de expresión provocados por la intolerancia. ¿Existe un derecho a no ser molestado en el ejercicio de las propias creencias religiosas mediante ataques ofensivos y gratuitos tanto por medio de la palabra como a través de la libre creación artística?¹

La Resolución del Consejo de Europa 1510(2006) sobre libertad de expresión y respeto a las creencias religiosas subrayó que no puede haber una sociedad democrática sin el derecho fundamental a la libertad de expresión. Esta libertad es aplicable no sólo a las expresiones favorables o consideradas como inofensivas² sino también a las que pueden ofender, disturbar a algún sector de la población, de acuerdo con el art. 10 de la Convención europea de Derechos Humanos³. Pero no se puede olvidar que la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión es igualmente un requisito necesario en la sociedad democrática y una de las libertades esenciales de los individuos reconocida en el art. 9 del Convenio. Así, el juego entre la libertad de expresión y la libertad de pensamiento en una sociedad democrática debería permitir el debate abierto y respetuoso sobre las cuestiones relativas a la religión y las creencias, especialmente en el ámbito europeo donde cristianos, musulmanes y judíos así como miembros de otras muchas religiones conviven juntos en una misma sociedad⁴.

Pues bien, no se puede olvidar que la Resolución citada se aprobó poco después de la publicación de las viñetas de Mahoma en el periódico danés *Jyllands-Posten*, que

¹ Sobre estas cuestiones ver también M.J. GUTIÉRREZ DEL MORAL, *Libertad de expresión y protección de los sentimientos religiosos. La autorregulación de los medios de comunicación*, en "Base para el conocimiento jurídico", en www.iustel.com.

² Sentencia TEDH, caso *De Haes y Gijssels c. Bélgica*, de 24 de febrero de 1997, § 49.

³ Esta idea ya aparecía en la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 15 de octubre de 1982 donde se decía: «la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática (...) que comprende no sólo las informaciones consideradas como inofensivas o indiferentes, o que se acojan favorablemente, sino también aquellas otras que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población, pues así resulta del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática». De estas palabras cabría deducir en consecuencia que la libertad de expresión debería tomarse como la regla primaria por encima de las posibles lesiones a los sentimientos individuales, como una lógica consecuencia del pluralismo democrático, aunque éstos merecieran tutela jurídica en los casos calificables como ataques intolerables. Sin embargo, me parece oportuno traer aquí otra sentencia del mismo Tribunal, la STC 20/1990 de 15 de febrero: las restricciones que de dicho conflicto pueden derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental no resulte desnaturalizado. Hay pues un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, *de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. De ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos*».

⁴ Igualmente se reconoce en la Recomendación 1805 (2007) sobre *Blasfemia, insultos religiosos e incitación al odio por razón de su religión*.

tuvieron una repercusión tan violenta por toda Europa. De ahí que insista en que la discusión crítica, la sátira, la expresión de humor y artística deberían gozar de un grado amplio de libertad de expresión y que el recurso a la exageración no debería ser visto como una provocación. La Asamblea opina que la libertad de expresión tal y como está protegida en el art. 10 de la Convención europea de Derechos Humanos, no debería sujetarse a mayores limitaciones como respuesta a las sensibilidades crecientes de ciertos grupos religiosos, aunque declara que la "incitación al odio" o el "hate speech" contra un grupo religioso no es compatible con los derechos fundamentales y las libertades garantizadas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El derecho a la libertad de expresión no es absoluto y tanto en el derecho internacional como en la mayoría de las legislaciones nacionales se prevé la posibilidad de imponer restricciones a este derecho para salvaguardar intereses públicos o privados preponderantes. Así, en el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se prevé que la libertad de expresión entraña "deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; y b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

También en el art. 10, 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales señala que este derecho "podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

Del mismo modo, tampoco la libertad religiosa puede considerarse ilimitada. Una religión cuya doctrina contradijera derechos fundamentales sería inaceptable, y por eso el art. 9,2 del Convenio Europeo permite las restricciones que estén previstas por la ley, sean necesarias en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás⁵. En términos similares, el art.18, 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos trata sobre los límites de la libertad religiosa.

Efectivamente, sería tan absurdo pretender una libertad religiosa sin límites como el exigir carta de naturaleza a las ofensas graves de los sentimientos religiosos en razón de

⁵ Ver también sobre este punto la Recomendación del Consejo de Europa 1804(2007), sobre *Estado, Religión, Laicidad y derechos humanos*.

la tolerancia que debe reinar en una sociedad democrática⁶. La tolerancia no sólo debe esgrimirse para defender la libertad de expresión sino también para proteger eficazmente la integridad de los grupos sociales⁷.

La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ponía de relieve en un *Informe sobre la incitación al odio racial y religioso y la promoción de la tolerancia*⁸ del año 2006 que la experiencia mundial, desde las atrocidades nazis al genocidio en Rwanda y otros episodios más recientes, demuestra que es posible abusar de la palabra hablada y de los medios de comunicación en general para promover el odio, la discordia e incluso la violencia.

El problema es cómo hacer frente al efecto nefasto del discurso de odio sin poner en peligro la libertad de expresión, el libre intercambio de pensamientos e ideas y otras libertades que constituyen el fundamento mismo de los derechos humanos. Por esta razón, el derecho internacional y la mayor parte de la jurisprudencia regional y nacional consideran que toda acción encaminada a limitar la libertad de expresión o a sancionar su ejercicio será una medida excepcional únicamente aplicable en circunstancias delimitadas y a partir de criterios claramente identificados.

II. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Muchos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos tratan diversos aspectos de la incitación a la intolerancia y al odio religioso. Entre los internacionales podemos hablar de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La justificación jurídica de la prohibición del discurso de odio se funda en la igualdad fundamental de todos los seres humanos. Como se afirma en el artículo 1 de la

⁶ La Recomendación 1804(2007) sobre *Estado, religión, secularidad y derechos humanos* trataba tangencialmente estas cuestiones. En su número 19 declaraba que a pesar del deber reconocido de respetar a los demás y de evitar los insultos innecesarios, la libertad de expresión no puede ser restringida por consideración a ciertos dogmas o creencias de una comunidad religiosa. Añadía además que los Estados no deben permitir la propagación de principios religiosos que en la práctica, puedan significar la violación de los derechos humanos. En caso de duda, deberían solicitar a los líderes religiosos una toma de postura clara a favor de la precedencia de los derechos humanos, por encima de cualquier otro principio. La Recomendación se dedica especialmente a comentar la separación de Iglesia y Estado, calificada en el texto como uno de los valores compartidos en Europa. Destaca a la vez el papel de las organizaciones religiosas como parte de la sociedad, promovidas por ciudadanos que tienen el derecho a la libertad religiosa.

⁷ Así lo recordaba R.NAVARRO-VALLS en un artículo publicado en *El Mundo* el 24-09-2007.

⁸ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea general, de 15 de marzo de 2006*, titulada "Incitación al odio racial y religioso y promoción de la tolerancia: informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/2/6, 20 de septiembre de 2006.

Declaración Universal, "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Y en el artículo 2 se prevé el goce igual de los derechos y libertades proclamados en la Declaración "sin distinción alguna de raza, color (y sexo)", por lo que, en el artículo 7, se reconoce la protección contra la discriminación y contra la incitación a la discriminación. Por último, el artículo 29 de la Declaración Universal versa sobre los deberes de toda persona para con la comunidad y reconoce que puede ser necesario y legítimo imponer ciertas limitaciones a los derechos para lograr, entre otras cosas, "el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás".

La *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* de 1948, contempla un supuesto especialmente grave de incitación al odio. Se considera como genocidio una serie de actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) la matanza de miembros del grupo; b) la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; y e) el traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo. Pues bien, a tenor del art. 3 será sancionable "la instigación directa y pública a cometer genocidio".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con un criterio más limitado, prevé en el párrafo 2 de su artículo 20 que "toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, a la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley".

Además debemos recordar la *Declaración sobre Todas las Formas de Intolerancia y de Discriminación basadas en la Religión o las Convicciones* de 1981, y la *Declaración de Viena*, adoptada el 9 de octubre de 1993, que llamó la atención internacional sobre el resurgir del racismo, la xenofobia y del antisemitismo, y sobre el desarrollo de un clima de intolerancia.

En el ámbito regional, el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos* de 1950, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 1969 y la *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos* de 1981, permiten que los Estados puedan prohibir el discurso y la apología del odio que tengan su origen en motivos religiosos. No obstante abordan de forma muy diversa cómo se ha de articular el equilibrio entre la prohibición del discurso de odio y el respeto a la libertad de expresión.

El *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* no contiene una disposición explícita que prohíba la incitación al odio racial y religioso. Sin embargo, las cláusulas de limitación general contenidas en el artículo 9 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), y en el artículo 10

(libertad de expresión) permiten limitar esos derechos para preservar el orden público y social, proteger la salud y la moral y también los derechos ajenos. Se refieren más directamente a la cuestión del «discurso de odio» la *Recomendación núm. R (97) 20* aprobada el 30 de octubre de 1997 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y la *Recomendación del 13 de diciembre de 2002 de política general acerca de la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial* de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI). En el siguiente apartado comentaremos más detenidamente estas dos disposiciones.

La *Convención americana* condena específicamente el “hate speech”. Así, en su art. 13,2 establece que “estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”⁹.

La *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*, en cambio, únicamente establece en su art. art. 2 que “todo individuo tendrá derecho al disfrute de los derechos y libertades reconocidos y garantizados en la presente Carta sin distinción de ningún tipo como raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social y nacional, fortuna, nacimiento u otro status”¹⁰. Asimismo los arts. 8 y 9 reconocen la libertad religiosa y la libertad de expresión respectivamente.

⁹ Por la peculiaridad de la redacción de este artículo se ofrece el texto completo: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

¹⁰ Y en el art. 28 establece que “todo individuo tendrá el deber de respetar y considerar a sus semejantes sin discriminación, y de mantener relaciones encaminadas a promover, salvaguardar y fortalecer el respeto y la tolerancia mutuos”.

III. LA DEFINICIÓN DE "HATE SPEECH"

A pesar de la multiplicidad de textos jurídicos que hacen alusión al "hate speech", no existe una definición universalmente aceptada sobre dicho concepto y no es necesario destacar la importancia de compartir una noción clara de la incitación al odio para poder evaluar su aplicabilidad en situaciones prácticas, para determinar las circunstancias precisas en las que se puede prohibir la incitación, y valorar el posible alcance de las sanciones y los recursos admisibles que se pueden emplear.

Por parte de la doctrina, el politólogo indio B. Parekh distingue tres características fundamentales en este tipo de discurso.

En primer lugar, el discurso *ha de delimitar a un individuo o grupo de individuos* a partir de ciertas características. Si alguien dice que odia a todos los seres humanos, no se puede decir que esa declaración sea calificable como discurso del odio. Por tanto, será irrelevante el discurso que no se dirija contra un cierto sector de la Humanidad o que incluya también al sujeto que realiza las declaraciones; tampoco, el grupo que sea tan abstracto e indeterminado que no pueda implicar o inspirar una acción determinada contra él.

En segundo lugar, el discurso del odio *estigmatiza a su "objetivo"* adjudicándole una serie de cualidades que son consideradas en general como indeseables. La generalización del estereotipo implica que se consideren esas cualidades como algo inamovible, que están siempre presentes en los componentes de dicho grupo.

En tercer lugar *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 inaceptable¹¹.

En el ámbito normativo internacional, como decía al principio del epígrafe, no se ha llegado a una definición unívoca. Además, la terminología varía en los distintos instrumentos internacionales. Ahora bien, la multiplicidad de referencias al "hate speech" en textos de muy diversa naturaleza jurídica, nos permite realizar un perfil detallado de esta figura jurídica.

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* en su art. 20 habla de "incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia" mientras que la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* alude a la "difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial". De la comparación de ambos textos cabe extraer algunas observaciones de interés.

¹¹ B. PAREKH, *Hate speech: Is there a case for banning*, en "Public policy research" (2006), pp.660-661.

Mientras que la discriminación o la violencia son términos aquilatados desde el punto de vista jurídico, no podemos decir lo mismo del odio, ni de la hostilidad. No hay criterios claros para poder determinar cuándo se está ante la presencia de dichas disposiciones.

Por otra parte, el Comité de Derechos Humanos y el Comité para Eliminación de la Discriminación Racial entienden que la incitación al odio puede darse desde el momento en que se causa un *estado de ánimo pasivo*, sin necesidad de dicho ánimo vaya a dar paso a una acción. La Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos explicaba en 2006 que la noción de incitación se suele utilizar para connotar por lo menos tres ideas diferentes: a) la incitación a un acto ilegal que tiene lugar (por ejemplo, el genocidio, la violencia, y la discriminación); b) la incitación a un acto ilegal que no tiene lugar, pero que crea en la mente del destinatario el deseo requerido de cometer un acto ilegal; y c) la creación de cierto estado de ánimo -odio racial, racismo- sin vinculación con un acto ilegal preciso. Las dos primeras son evidentemente las menos problemáticas desde el punto de vista práctico para su calificación, pero se debe recordar que la tercera clase es verdadera incitación al odio ¹².

Y en tercer lugar, de la comparación entre la definición aportada por el PIDCP y la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, vale la pena destacar que en el art. 4, a) de la última se prohíbe la mera difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial. Es decir, en virtud de esta Convención, lo que motiva la sanción es la mera difusión de la idea en sí misma, sin otra condición de propósito lesivo o efecto violento. De ahí se puede concluir que según este precepto podría hablarse de incitación al odio en un sentido muy amplio.

El Consejo de Europa ha dedicado también notables esfuerzos a delimitar el concepto y a regular su alcance. En 1997, el Comité de Ministros aprobó la Recomendación 97 (20) a sobre el *hate speech*, donde lo definía como "... cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia". Entre las posibles formas de intolerancia, incluía expresamente la que se manifestaba a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, y los inmigrantes o personas de origen inmigrante ¹³.

Además de esta definición, se añadía en el Anexo de la Recomendación una serie de principios que los Estados debían asumir en su actuación pública.

¹² CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea general, de 15 de marzo de 2006*, titulada "Incitación al odio racial y religioso y promoción de la tolerancia: informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/2/6, 20 de septiembre de 2006.

¹³ Recomendación (97) 20, de 30 de octubre de 1997.

En primer lugar, los Gobiernos de los Estados miembros deberán evitar las declaraciones, en particular de los *medios de comunicación*, que puedan ser entendidas razonablemente como "incitación al odio" o como un discurso que pueda legitimar la propagación o la promoción del odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras forma de discriminación u odio basado en la intolerancia. Si se dieran tales declaraciones, deberán ser prohibidas y desautorizadas.

En segundo lugar, los gobiernos de los Estados miembros del Consejo de Europa deberán establecer o mantener un marco legal adecuado donde se hagan *previsiones legales* civiles, criminales y administrativas sobre los supuestos de "hate speech" para asegurar tanto el respeto por la libertad de expresión y el respeto por la dignidad humana como la protección de la reputación o de los derechos de los demás.

Además, la ley nacional y la práctica deberán permitir que los tribunales conozcan los casos de discurso del odio que pueden ser ofensivos para los individuos o grupos que les priven del nivel de protección contemplado en el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Por último, dice también la Recomendación (97) 20 que en la persecución de asuntos relacionados con el discurso del odio, se deberá tener en cuenta particularmente, el derecho a la libertad de expresión del acusado puesto que las sanciones criminales de ordinario suponen una seria interferencia en dicha libertad. Se deberá asegurar también que las sanciones respetan el principio de proporcionalidad.

Fue años más tarde, en la Recomendación de 13 de diciembre de 2002 sobre *los elementos clave de la legislación nacional de los Estados miembros para luchar contra el racismo y la intolerancia*, cuando la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI) concretó que la Ley debía erigir en infracciones penales los siguientes comportamientos si eran intencionados: la incitación pública a la violencia, al odio o a la discriminación, así como las injurias o difamaciones públicas y las amenazas ¹⁴. Se introduce así la necesidad del elemento intencional.

Ha sido la Recomendación 1805 (2007) sobre *Blasfemia, insultos religiosos y discurso del odio contra personas por razón de su religión* la que ha analizado más detalladamente el "hate speech" y la necesidad de una sanción penal de estas acciones.

En el texto llama la atención que la Asamblea se refiera explícitamente al discurso del odio "contra una persona o un específico grupo de personas", sea por motivos religiosos o de otra naturaleza. Por tanto, indirectamente descarta la relevancia de dicha incitación frente a ideas o instituciones.

¹⁴ También hay que recordar en 2003 el *Protocolo de la Convención sobre el Ciber-crimen relativo a la condena de actos de racismo, de naturaleza xenófoba a través de sistemas de computación*.

Cada Estado será responsable –dice la Recomendación-, de determinar lo que debe ser tenido en cuenta como una ofensa criminal dentro de los límites impuestos por la jurisprudencia del TEDH.

Ahora bien, la Asamblea aporta una serie de consideraciones generales sobre la conveniencia de sancionar cada una de las posibles conductas en las que se da un conflicto entre la libertad religiosa y la libertad de expresión.

Así, considera que la *blasfemia*, como insulto a la religión no debería ser contemplada como una ofensa criminal porque pertenece al plano moral y no al ámbito legal. Argumenta que las leyes relativas a la blasfemia obedecen a la posición dominante de una religión particular en determinados Estados. De ahí que, a partir de la gran diversidad de creencias en Europa y del principio de separación entre Estado y religión, estas leyes deberían ser revisadas por los gobiernos. Por otra parte, sostiene que de acuerdo con la *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial* de Naciones Unidas, los Estados miembros están obligados a condenar la discriminación y a tomar medidas contra ésta. Se debería asegurar que nadie es privilegiado o perjudicado, y para la Asamblea, esto podría ser difícil en el marco legal establecido por las leyes sancionadoras de la blasfemia.

Respecto a los *insultos religiosos*, dice la Recomendación que las Confesiones religiosas deben tolerar las afirmaciones críticas públicas y el debate sobre sus actividades, enseñanzas y creencias, siempre que tal crítica no promueva *insultos gratuitos e intencionales o la incitación al odio y no incite a disturbar la paz, la violencia o la discriminación contra los fieles de una religión*. No obstante, la Asamblea reconoce que mientras hay poco margen para restringir el discurso político o en el debate de cuestiones de interés general, el Tribunal europeo de Derechos Humanos acepta un mayor margen de apreciación en relación a cuestiones que pueden ofender las convicciones personales, porque caen dentro de la esfera de la moral o especialmente de la religión. Pero el margen de apreciación no es ilimitado y debe ajustarse a la jurisprudencia del TEDH. Por tanto, las leyes nacionales deberían “sólo” penalizar las expresiones sobre cuestiones religiosas en la medida en que disturben *intencionalmente y gravemente* el orden público y promuevan la violencia pública.

Sin embargo, la Asamblea afirma categóricamente en el n. 12 de la Recomendación que el *hate speech* sea por motivos religiosos o de otra naturaleza, debería ser penado por ley. Y declara: “para que pueda hablarse de “*hate speech*” hace falta que se dirija contra una persona o grupo específico de personas. La ley nacional debería penalizar las declaraciones que busquen que una persona o grupo de personas sean sometidos a odio, discriminación o violencia por motivo de su religión”. En resumen, la Asamblea recomienda al Comité de Ministros que se penalicen las afirmaciones que promuevan el

odio, la discriminación y la violencia hacia una persona o grupo de personas, pero de alguna manera restringe la sancionabilidad a los supuestos en los que la incitación sea la *causa de una acción externa violenta*, apartándose así de las orientaciones del ECRI sobre estas mismas cuestiones.

IV. LA INCITACIÓN AL ODIO EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES EUROPEAS

4.1. Panorámica de la legislación penal europea

La Asamblea del Consejo de Europa pidió en 2006 a la *Comisión Europea para la Democracia por el Derecho*, uno de sus órganos consultivos, que preparara un informe sobre la legislación nacional en Europa sobre la blasfemia, los insultos de naturaleza religiosa y la incitación al odio religioso. En octubre de 2008 la llamada Comisión de Venecia publicó un extenso documento a partir de los resultados de una larga encuesta enviada previamente a cada país de la Organización internacional. En las próximas páginas comentaremos ese texto ¹⁵.

La primera conclusión del trabajo era que, en el marco de las legislaciones nacionales, no hay un concepto de *hate speech* universalmente aceptado, a pesar de que la mayor parte de los países del Consejo de Europa han adoptado normas que prohíben las expresiones calificables como "incitadoras al odio".

Al analizar la presencia de los tipos penales en los distintos países, constata que la *blasfemia* sigue siendo delito únicamente en una minoría de Estados (Austria, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Italia, Liechtenstein, Países Bajos y San Marino) mientras que el tipo penal referente al *insulto religioso* está presente en la mitad de los países miembros (Andorra, Chipre, Croacia, Chequia, Dinamarca, España, Finlandia, Alemania, Grecia, Islandia, Italia, Lituania, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rusia, Eslovaquia, Turquía y Ucrania). En cambio, en todos los países del Consejo de Europa excepto en Andorra y San Marino se considera que *la incitación al odio* es una acción criminal; no obstante, en Austria, Chipre, Grecia, Italia y Portugal, la ley penaliza los actos que dan lugar a una verdadera discriminación o a la violencia, no solamente cuando se promueve el odio. En cualquier caso la presencia extendida de este delito en los códigos europeos tiene un valor simbólico muy significativo ¹⁶.

¹⁵ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Report on the relationship between freedom of expression and freedom of religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred*, Study no. 406/2006. Adoptada por la Comisión de Venecia en la Comisión Plenaria 76 (Venecia, 17-18 Octubre 2008).

¹⁶ En algunos países la comisión de un delito por motivos religiosos es una circunstancia agravante (Francia, Georgia, Italia, Luxemburgo, Suecia, España y Ucrania). Además, la *discriminación* realizada por motivos religiosos, está prohibida a nivel constitucional en todos los

Ahora bien, a la hora de valorar *la necesidad de una legislación criminal* que prohíba la blasfemia y las ofensas religiosas, la Comisión de Venecia sostiene que se trata de algo controvertido y advierte cómo hay distintas posturas en el ámbito internacional. Considera que no es necesario crear un tipo penal dedicado a las ofensas de los sentimientos religiosos, como puede ser el “insulto religioso” o el escarnio *simpliciter*, según la terminología del Código penal español, como tipo penal independiente de la incitación al odio ¹⁷. Tampoco considera necesario imponer sanciones penales por un insulto que consista en denigrar a una persona por su pertenencia a una religión particular.

4.2. Ofensas por motivos de raza y de religión

La Comisión de Venecia se cuestiona también en su informe si hay una diferencia esencial entre las ofensas racistas y las motivadas por aspectos religiosos. Como explicaba antes, mientras que el art. 4 a) de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, prohíbe la simple difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial, independientemente de su resultado, el art. 19, 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, acepta ciertas restricciones de la libertad de expresión *sólo* en la medida en que sea necesario para proteger el interés público en cuestión.

A partir de aquí podría llegarse a la conclusión de que es aceptable un mayor grado de crítica respecto a la religión que respecto a cuestiones raciales marcando así un doble estándar de protección para el trato discriminatorio cometido por uno u otro motivo. ¿En qué basan esa diferenciación? La razón que aportan algunos autores no resulta convincente: mientras que la raza se hereda y no se puede cambiar, la religión presupone la libertad. Así, se llega a defender que mientras las ideas de superioridad de raza son totalmente inaceptables, es posible hacer una cierta valoración entre las

Estados miembros que en algunos casos cuentan con leyes específicas o previsiones contra dicha discriminación.

¹⁷ El art. 1 de la Propuesta de Decisión Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, aprobada por el Consejo de la Unión Europea en reunión de 20 de abril de 2007, limita la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas para garantizar que se castigue la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio a los casos en los que “la conducta se ejecute de tal manera que pueda implicar una incitación a la violencia o al odio” contra el grupo social afectado. Esta es la clave para determinar la oportunidad de una sanción penal, a no ser que la ofensa al orden público exija otra cosa. Se transmite el mensaje de que una democracia no puede permanecer indiferente ante comportamientos que menosprecian sus valores fundamentales: tolerancia, pluralismo, respeto por los derechos humanos y la no discriminación. Pero es esencial que la aplicación de la legislación acerca de la incitación al odio se haga de un modo no discriminatorio. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Report on the relationship between freedom of expression and freedom of religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred*, Study no. 406/2006. Adoptada por la Comisión de Venecia en la Comisión Plenaria 76 (Venecia, 17-18 Octubre 2008).

diversas opciones religiosas; de ahí que un creyente pueda rechazar algunas ideas e incluso cambiarse a otra religión que considera *más valiosa*.

En opinión de la Comisión de Venecia, no se puede usar este argumento para desdibujar la línea divisoria entre lo que puede considerarse una discusión teórica sobre ideas religiosas y los insultos religiosos gratuitos contra un creyente de lo que se considera como una fe "inferior" o "carente de valor". Por otra parte, en los instrumentos internacionales la raza y la religión son materias tratadas en pie de igualdad acerca de las cuales no se permite discriminación alguna o crear una diferencia.

Pero a pesar de estas argumentaciones, y de admitir que la sanción de los insultos religiosos podría ser un gesto significativo para todos, tanto para las potenciales víctimas como para los ofensores, que pusiera de relieve que las declaraciones y publicaciones gratuitamente ofensivas no son toleradas en una sociedad democrática, la Comisión reitera que el recurso a la ley penal sólo debe ser aplicado en los supuestos en que no haya otro remedio eficaz, y que en caso de que se acuda a esta *ultima ratio* se haga con extrema prudencia especialmente en las cuestiones que afecten al ámbito de la libertad de expresión. Por esto, sugiere que la indemnización por daños podría ser una solución adecuada, siempre que se evite el llamado *chilling effect*, es decir el efecto disuasorio a la hora de publicar por temor a la responsabilidad civil.

Sobre la equiparación cualitativa para valorar la incitación por motivos de raza o de religión, resulta muy esclarecedor recordar el contexto histórico en el que se aprobó la Convención Internacional para la eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Cuando Naciones Unidas prestó atención a una serie de brotes anti-semitas en 1959-1969, la Asamblea General condenó "todas las manifestaciones y prácticas de odio racial, religioso y nacional" (Resolución 1510 de 1960).

Al valorar cómo implementar esta Resolución hubo diversas opiniones. Algunos Estados propusieron preparar una Convención sobre discriminación racial; otros preferían adoptar únicamente una Declaración mientras que algunos se inclinaban por un instrumento que tratara tanto sobre la discriminación racial como sobre la religiosa. Finalmente, la Asamblea General adoptó unas Resoluciones en las que solicitaba la preparación de declaraciones y proyectos de convenciones que trataran separadamente ambas cuestiones (Resoluciones 1780 y 1781 de 1962).

En 1963 ya se había adoptado una Declaración sobre la raza, y la Convención finalizó en 1965. Sin embargo, en cuanto a la religión, hubo que esperar hasta 1981 para que se aprobara la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones* y el proyecto de Convención ha quedado pendiente, *sine die*.

Por esta razón, destaca Lerner, la Convención para la eliminación de la Discriminación racial no se refiere a la religión, pero parece razonable que se puedan aplicar por analogía, las previsiones que sean más relevantes a la discriminación o la intolerancia basada en motivos religiosos ¹⁸.

4.3.La legislación española sobre “hate speech”

En el caso del derecho español, el Código penal prevé un delito específico de “hate speech” en su art. 510. Este castiga la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía. También serán castigados los que difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, a sabiendas de la falsedad de dichas afirmaciones o con desprecio temerario hacia la verdad.

Por otra parte, lo que el Consejo de Europa llama “insultos religiosos” están tipificados en el art. 525: “Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses 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. 2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna”.

Las fronteras entre el insulto a los sentimientos religiosos y el *hate speech* se pueden difuminar y en ese caso, será difícil identificar cuándo estamos ante un discurso insultante y cuando hay incitación al odio.

Llama la atención, que en nuestra legislación, no se requiera explícitamente el elemento intencional para considerar que hay un delito de incitación al odio. Simplemente se sanciona a quienes provocaren el odio a través de sus actuaciones. Ahora bien, resulta difícil imaginar que se puedan realizar acciones “provocadoras” sin que haya mediado un propósito orientado a dicho fin.

En cambio, en Inglaterra el pasado febrero de 2006 se aprobó la *Racial and Religious Hatred Act*, tras una serie de enmiendas provocadas precisamente por la cuestión del

¹⁸ Cfr. el paper de N. LERNER, *Intervención en el Expert seminar on the links between articles 19 and 20 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR): Freedom of expression and advocacy of religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence* (2-3 October 2008, Geneva, Palais des Nations, Room XXI). www2.ohchr.org.

elemento subjetivo del injusto. Se aprobó finalmente que únicamente sería punible el comportamiento "amenazante" -no el "amenazante, insultante e intrusivo" según la redacción inicial de la disposición-, siempre que se pruebe que ha habido *intención de provocar* el odio religioso ¹⁹.

V. LA "INCITACIÓN AL ODIOS" POR MOTIVOS RELIGIOSOS EN LA PRAXIS JURISPRUDENCIAL

El Comité de Derechos Humanos ha evitado ofrecer una definición del discurso de odio y en cambio se ha centrado en el posible perjuicio de ese discurso para los derechos ajenos ²⁰.

En el caso *Ross v. Canadá*, el Comité estimó que el recurrente era culpable de haber cometido incitación al odio. Malcom Ross era un profesor de lectura para niños retrasados que en sus tiempos libres había escrito varios libros sobre temas religiosos, así como sobre aborto, el conflicto entre el judaísmo y el cristianismo y la defensa de la religión cristiana. Aunque sus opiniones no formaban parte de sus enseñanzas, un padre judío le denunció ante la Junta Escolar, por lo que fue gravemente sancionado. El Comité estudia si ha habido violación de los derechos del recurrente tras haber sido privado de puesto y sueldo durante una semana y trasladado posteriormente a un puesto no docente. En el texto de la Sentencia, al menos pueden servirnos de pauta las siguientes afirmaciones: "tanto la Comisión de Investigación como el Tribunal Supremo estimaron que las afirmaciones del autor eran *discriminatorias* en relación con las personas de fe y ascendencia judías y que *denigraban* la fe y las creencias de los judíos e *instaban a los verdaderos cristianos no solamente a que pusieran en cuestión la validez de las creencias y enseñanzas judías, sino para que despreciaran* a las personas de fe y ascendencia judías por socavar la libertad, la democracia y las creencias y los valores cristianos. (...) El Comité llega a la conclusión de que las restricciones que se le impusieron tenían por objeto proteger los "derechos o la reputación" de las personas de fe judía, incluido el derecho a disfrutar de la enseñanza en el sistema de enseñanza pública que fuera libre de sesgo, prejuicios e intolerancia". Por otra parte, se habla de "una relación causal entre las expresiones del autor y el "ambiente escolar envenenado" que percibieron los niños judíos en el distrito escolar. En este contexto, el hecho de apartar al autor de un puesto docente puede considerarse una restricción necesaria para

¹⁹ El texto de la ley es bastante amplio y además de definir el odio religioso, establece como punibles el uso de palabras o comportamiento ofensivo, el reparto de material escrito así como su publicación y distribución; la representación pública de una obra que sea ofensiva, la proyección, distribución de una grabación, la inclusión de una programación.

²⁰ Cfr. *Ross c. Canadá (2000)* y *Faurisson c. Francia (1986)*, que tratan sobre el efecto de las declaraciones en la creación de sentimientos antisemitas.

proteger el derecho y la libertad de los niños judíos a disfrutar de un sistema escolar libre de sesgo, prejuicios e intolerancia”.

El Tribunal Penal Internacional para Rwanda en el caso *Nahimana*, entendió que el discurso del odio era "la generalización de la etnicidad combinada con su denigración", así como la forma discriminatoria de agresión que elimina la dignidad de aquellos pertenecientes al grupo sometido al ataque. Crea un estatus inferior no sólo a los ojos de los propios miembros del grupo sino también a los ojos de los demás que los perciben y tratan a esas personas de forma infra-humana ²¹. La definición no resulta muy clarificadora.

En este epígrafe nos centraremos especialmente en las sentencias emanadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin llegar a adoptar una definición precisa, ha aportado múltiples datos para delimitar los perfiles delictivos del *hate speech*. Así, ha entendido que se da esta acción antijurídica en aquellas formas de expresión que propagan, incitan, promueven o justifican el odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia religiosa ²². No obstante, es difícil a veces la identificación de las expresiones que pueden ser calificadas como *hate speech* porque la lesividad del discurso no se manifiesta necesariamente de manera explícita sino que puede contenerse en afirmaciones que, a primera vista, pueden parecer objetivas o racionales.

Es preciso recordar que este Tribunal, cuando ejerce su control, no pretende sustituir a los tribunales internos competentes, sino que en los conflictos entre libertad religiosa y libertad de expresión, pretende verificar desde el punto de vista del artículo 10 si las sentencias han sido legítimamente dictadas en virtud de su poder de apreciación ²³. El Tribunal debe considerar «la injerencia» litigiosa a la luz del *conjunto* del asunto, incluido el *contenido* de las declaraciones en cuestión y el *contexto* en el que fueron difundidas, para determinar si era «proporcionada a los fines legítimos perseguidos» y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla eran «pertinentes y suficientes». Además, también se deberá tener en cuenta la naturaleza y la gravedad de las penas impuestas. Es decir, el Tribunal ha de juzgar si las autoridades nacionales,

²¹ La Sentencia de 2003 dice: “The Chamber considers it evident that hate speech targeting a population on the basis of ethnicity, or other discriminatory grounds, reaches this level of gravity and constitutes persecution. Hate speech is a discriminatory form of aggression that destroys the dignity of those in the group under attack. It creates a lesser status not only in the eyes of the group members themselves but also in the eyes of others who perceive and treat them as less than human. The denigration of a person on the basis of his or her ethnic identity or other group membership in and of itself, as well as in its other consequences, can be an irreversible harm”.

²² Sentencia del TEDH, caso *Müslüm Gündüz contra Turquía* (2003), n.40.

²³ Así se dice explícitamente en muchas Sentencias, por ejemplo en Sentencia TEDH, caso *Fressoz v. Roire* (1999); también en *Klein v. Eslovaquia* (2006).

fundándose en una apreciación aceptable de los hechos pertinentes, aplicaron las normas conforme a los principios consagrados por el artículo 10²⁴.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede resolver si la libertad de expresión está en conflicto con otro derecho garantizado por la Convención a través del art. 17 y del art. 10.

El art. 17 del Convenio europeo prohíbe el abuso de derecho, que se daría por ejemplo en el caso de que con la libertad de expresión se persiguiera o eliminara otro derecho contenido en el texto internacional, como puede ser la libertad religiosa o el principio de igualdad de todos ante la ley²⁵. El artículo 17 pretende garantizar el sistema de valores democráticos evitando que los grupos mayoritarios ejerzan sus derechos de un modo que destruyan los derechos y libertades establecidos en la convención. Este artículo ha sido aplicado a afirmaciones que expresan mensajes racistas, que defienden el nacionalsocialismo o que niegan el holocausto. La Corte por ejemplo, ha afirmado que se puede restringir la libertad de expresión para evitar la negación del Holocausto, ya que al mismo tiempo es la negación de un crimen contra la Humanidad y una incitación del odio contra los judíos²⁶.

Si no se diera un abuso de esa naturaleza, y por tanto no se pudiera justificar una restricción de la libertad de expresión según el art. 17, habría que ver si la ley nacional da cobertura a las limitaciones, impuestas en atención a los objetivos previstos en el art. 10,2. En dicho artículo se establece que, en el ejercicio de la libertad de expresión, se pueden establecer "ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido estableciendo una serie de precisiones para valorar estas formalidades, condiciones y restricciones²⁷.

²⁴ Sentencia TEDH, caso *Chauvy y otros v. Francia* (2004).

²⁵ Artículo 17. Prohibición del abuso de derecho. Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho de cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.

²⁶ Sentencia TEDH, caso *Garaudy c. Francia*, de 24 de junio de 2003; Sentencia TEDH, caso *Lehideux e Isorni v. Francia*, de 23 de septiembre de 1998.

²⁷ Sentencia TEDH, *Handyside v. Reino Unido*, de 7 diciembre 1976; Sentencia TEDH, caso *Nur Radyo v. Televizyon Yayincılığı* de 2007; Sentencia TEDH, *Gündüz v. Turquía* de 2003, Sentencia TEDH, caso *Giniewski v. Francia* de 2006.

Así, aunque las autoridades nacionales gozan de cierto margen de apreciación para valorar dichas limitaciones, éstas sólo serán aceptables si responden a una “*pressing social need*”, una necesidad social imperiosa, así como cuándo los medios usados sean proporcionados al objetivo perseguido²⁸. Se ha de tener en cuenta que el impacto potencial de medio donde se canaliza el discurso es un factor importante para valorar la proporcionalidad de la interferencia. Respecto a esta cuestión, en el caso *Klein v. Eslovaquia* (2003) el Tribunal valora que un artículo ofensivo contra un Arzobispo fuera publicado en un suplemento periodístico dirigido a personas intelectuales, con una tirada limitada y que fuera escrito en un lenguaje no entendible por todos.

Como decíamos antes, para determinar si ha habido discurso del odio, se debe analizar cuál era el *objetivo* de la persona que pronunció las declaraciones ofensivas. Se puede decir que en realidad aquí está la clave para decidir si hubo o no una acción de dicha naturaleza.

En el caso *Jersild*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que la transmisión de un programa de televisión que comprendía declaraciones de odio por extremistas racistas estaba protegida porque la *intención* del productor era generar un debate público sobre el tema.

Así, el Tribunal entiende que el simple hecho de exponer y defender la *sharia*, sin emplear la violencia para establecerla, no puede ser considerado como «discurso de odio»²⁹, a pesar de reconocer en su jurisprudencia la dificultad de compatibilizar la *sharia* y el respeto a la democracia³⁰. Ésta tiene un carácter estable e invariable y se distancia

²⁸ Dice la Sentencia TEDH, asunto *Kutlular v. Turquía* de 29 abril 2008: “El adjetivo «necesario», en el sentido del apartado 2 del artículo 10, implica una necesidad social imperiosa. De forma general, la «necesidad» de una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión debe encontrarse establecida de manera convincente. Ciertamente, en primer lugar corresponde a las autoridades nacionales evaluar si existe tal necesidad capaz de justificar esta injerencia y, con este fin, gozan de un margen de valoración «amplio» cuando lo que está en tela de juicio es la libertad de expresión, siendo ésta susceptible de ofender las convicciones personales íntimas relacionadas con la moral o la religión (ver *Otto Preminger-Institut contra Austria*, Sentencia de 20 septiembre 1994 [TEDH 1994, 29] , serie A núm. 295-A, ap. 50 y *Aydın Tatlav contra Turquía*, núm. 50692/99, ap. 24, de 2 mayo 2006 [PROV 2006, 139132]). Sin embargo, también hay un control por parte del Tribunal sobre la Ley y sobre las decisiones que la aplican”.

²⁹ Sentencia del TEDH *Müslüm Gündüz v. Turquía* (2003) y Sentencia TEDH, caso *I.A. v. Turquía* de 13 septiembre 2005.

³⁰ Sentencia *Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros v. Turquía* (2003). El Tribunal considera que la sanción impuesta a los demandantes puede razonablemente ser considerada como respondiendo a una «necesidad social imperiosa» en la medida en la que los responsables del RP, bajo pretexto de que daban un contenido diferente al principio de laicidad, habían declarado tener la intención de establecer un sistema multijurídico e instaurar la ley islámica (la «Charia») y habían dejado planear la duda sobre su posición en cuanto al recurso a la fuerza a fin de acceder al poder y principalmente de permanecer en él. Considera que, incluso si el margen de apreciación de los Estados debe ser estrecho en materia de disolución de partidos políticos, siendo el pluralismo de las ideas y de los partidos inherente a la democracia, el Estado implicado puede razonablemente impedir la realización de tal proyecto político, incompatible con las normas del Convenio, antes de que sea puesto en práctica mediante actos concretos que corren el riesgo de

claramente de los valores del Convenio, principalmente en cuanto a sus normas de Derecho Penal y procedimiento penal, el lugar que reserva a las mujeres en el ordenamiento jurídico y a su intervención en todos los ámbitos de la vida privada y pública conforme a las normas religiosas.

En cambio, consideró que la negación del Holocausto no puede entenderse amparada por la libertad de expresión en cuanto que implica un *propósito* "de difamación racial hacia los judíos y de incitación al odio hacia ellos" (Decisión Garaudy c. Francia, de 24 de junio de 2003). En concreto, en esa ocasión se trataba de diversos artículos publicados que negaban la realidad del Holocausto con la declarada finalidad de atacar al Estado de Israel y al pueblo judío en su conjunto, de modo que el Tribunal tuvo en cuenta decisivamente la *intención* de acusar a las propias víctimas de falsificación de la historia³¹, atentando contra los derechos de los demás³².

Como con frecuencia esa intencionalidad puede ser difícil de determinar, la Corte da gran importancia al *contexto* en el que se hizo la afirmación; es decir, tendrá gran importancia determinar si el autor de la afirmación estaba propagando ideas racistas o intolerantes intencionadamente a través del uso de la incitación al odio o bien estaba intentando informar al público de una cuestión de interés general³³. En este último caso, esas declaraciones estarían protegidas por el art. 10 CEDH.

Por ejemplo, en relación al *contexto*, en el caso *Müslüm Gündüz v. Turquía* (2003) se tuvo en cuenta que las declaraciones orales hechas en el transcurso de una emisión de televisión en directo, no daban al demandante la posibilidad de reformularlas, perfeccionarlas o retirarlas antes de que fueran hechas públicas. En *Kutlular v. Turquía* de 29 abril 2008, el Juez Türmen alude también al contexto al sostener en un voto particular, que un discurso que imputaba la culpabilidad de una catástrofe a los "infeles", debería considerarse como incitación al odio porque el incidente tuvo lugar en la mayor mezquita de Ankara, lugar de expresión de profundos sentimientos religiosos, donde se

comprometer la paz civil y el régimen democrático en el país.

³¹ Por parte de la doctrina, B. Parekh discute que no pueda hablarse en propiedad de discurso del odio en el "negacionismo" ya que a pesar de que en ese tipo de declaraciones se falte a la verdad, se trata de una opinión más que debe ser tolerada en una sociedad "del mismo modo que toleramos a quienes creen en la brujería o que la tierra es plana". No obstante admite que puede tratarse de un modo cifrado de afirmar que no se puede confiar en los judíos, que su presencia es incómoda en la sociedad o que no es posible convivir con ellos. B. PAREKH, *cit.*, p. 662.

³² Posteriormente, ha advertido, *obiter dicta*, de la diferencia entre el debate todavía abierto entre historiadores acerca de aspectos relacionados con los actos genocidas del régimen nazi, amparado por el art. 10 del Convenio y la mera negación de "hechos históricos claramente establecidos" que los Estados pueden sustraer a la protección del mismo en aplicación del art. 17 CEDH (Sentencia del TEDH, caso *Lehideux e Isorni v. Francia*, de 23 de septiembre de 1998; *Chauvy y otros v. Francia*, de 23 de junio de 2004, § 69).

³³ Cita la necesidad de valorar el texto y el contexto para calificar la legitimidad de la injerencia del Estado en la limitación de la libertad de expresión Sentencia del TEDH, asunto *News Verlags GmbH & CoKG v. Austria* (2000).

juntan a diario una cantidad de fieles muy considerable; dicha circunstancia confiere al discurso un carácter más lesivo.

También serán factores determinantes: si el autor o la víctima de las afirmaciones es un periodista o político ³⁴, el perfil de las personas destinatarias de las opiniones y expresiones, la publicidad y el impacto potencial de la expresión -por ejemplo, si se distribuyó en un periódico de masas o en una obra literaria-, como también, la naturaleza y gravedad de la restricción.

Respecto a si hace falta que la violencia esté presente en el discurso del odio, la jurisprudencia del TEDH no es unívoca en este aspecto. El ECRI, en su Recomendación de 13 de diciembre de 2002 sobre los componentes clave de la legislación nacional de los Estados miembros para luchar contra el racismo y la intolerancia, precisa que la Ley deber erigir en infracciones penales los siguientes comportamientos, si son intencionados: a) la incitación pública a la violencia, al odio o a la discriminación, b) las injurias o difamaciones públicas o c) las amenazas. Sin embargo también en *Kutlular v. Turquía* de 29 abril 2008, se descarta que un discurso sea sancionable porque ni incita a la violencia, ni pretende fomentar el odio contra las personas que no forman parte de la comunidad religiosa a la que pertenece el sujeto. Querría destacar una afirmación contenida en el voto particular, que a mi juicio es muy acertada: el discurso del odio puede nacer de la intolerancia y no tiene por qué conllevar la violencia que es inherente a este discurso ³⁵.

Un caso paradigmático en el que el TEDH ha reconocido que hubo discurso del odio y por tanto una injerencia ilegítima por parte de las autoridades nacionales, ha sido el asunto *Soulas y otros v. Francia*, de 10 de julio de 2008.

En febrero de 2000, Gilles Soulas publicó un libro titulado «La colonización de Europa» con el subtítulo «Discurso verdadero sobre la inmigración y el Islam». En esta obra, el autor pretendía «subrayar particularmente lo que él cree ser la incompatibilidad

³⁴ En este sentido el TEDH ha mantenido que hay poco margen para las restricciones en el discurso político o en el debate de cuestiones de interés público. Las injerencias en la libertad de expresión de los miembros y dirigentes de los partidos políticos exigen de dicho Tribunal un control especialmente estricto (caso *Castells v. España*, § 42 y caso *Incal*, § 46). No obstante, se ha de tener en cuenta que los políticos han de evitar especialmente cualquier tipo de incitación al odio “it is of crucial importance that politicians in their public speeches refrain from making any statement which can provoke intolerance.” Sentencia del TEDH, caso *Erbakan v. Turkey*, 6 de julio de 2006, § 64.

³⁵ En el ámbito doctrinal B. Parekh ha afirmado en el mismo sentido que no es necesario que deba derivarse la violencia del discurso del odio aunque este tipo de declaraciones llevan implícitamente el espíritu de destrucción y violencia. Podría ser que el grupo objeto de las ofensas no reaccionara o que se replegara en sí mismo como efecto de dicho discurso. Por eso, sostiene que es un error definir el discurso del odio como aquel que probablemente llevará a un desorden público y a prohibirlo únicamente en esos casos. Lo que importa es el contenido, lo que se dice acerca de un individuo o de un grupo, no la probabilidad de sus consecuencias inmediatas. B. PAREKH, *Hate speech: Is there a case for banning?*, en “Public policy research” (2006), p. 661.

de la civilización europea con la civilización islámica en un área geográfica concreta». Se le acusó del delito de incitación a la discriminación, el odio o la violencia respecto a una persona o grupo de personas debido a su origen, su pertenencia o no pertenencia a una raza, nación, etnia o religión, sobre la base concretamente de los artículos 23 y 24.6 de la Ley francesa de 29 de julio de 1881. En el capítulo dedicado a las soluciones para remediar lo que él considera "la colonización de Europa por el tercer mundo", afirmaba que "solamente si estalla una guerra civil étnica podrá hallarse la solución". Se basaba en el crecimiento previsible, en su opinión, de "la delincuencia y las guerrillas territoriales que llevan a cabo las bandas étnicas así como en la voluntad de implantación organizada del Islam en Europa en la que insiste nuevamente, y pone el acento en la necesidad en esta perspectiva de preparar una minoría activa en la juventud, un núcleo duro al que se unirán nuevos combatientes".

El TEDH comenzó por señalar que las cuestiones abordadas en el libro son *de interés general*: los problemas vinculados al establecimiento y la integración de los emigrantes en los países de acogida son ampliamente debatidos en las sociedades europeas actualmente, tanto en el plano político como en los medios de comunicación. Por tanto, en principio, la libertad de expresión en esta materia debe estar ampliamente garantizada.

La obra en litigio se publica en un *contexto* que en Francia tiene un aspecto particular, dada la gran inmigración islámica en el país. Se deduce de esta afirmación que el Tribunal valora la mayor capacidad potencial de reacción y la peligrosidad de su propia sociedad, como elemento que puede modalizar la responsabilidad penal.

Por otra parte, está escrita por un periodista y se presenta en forma de ensayo que trata cuestiones sociológicas de actualidad. De fácil lectura y con un lenguaje familiar a los lectores de prensa escrita, va dirigida a un amplio público. El plan del libro está concebido según un esquema clásico, que incluye un análisis de la situación, algunas propuestas y sus efectos eventuales y, por último, una previsión para el futuro. Aunque la sentencia no lo diga explícitamente, cabe concluir que el Tribunal subraya estas circunstancias para justificar la mayor lesividad potencial de la obra dado su carácter divulgativo.

Respecto al contenido, el Tribunal señala que varios pasajes del libro dan una imagen negativa de las comunidades citadas. El estilo es en ocasiones polémico y la presentación de los efectos de la inmigración es catastrofista. El Tribunal de apelación había subrayado que las palabras utilizadas en el libro tenían por objeto provocar en los lectores un sentimiento de rechazo y antagonismo, acrecentado por la imitación del lenguaje militar, frente a las citadas comunidades, designadas como el enemigo principal, y llevarlos a compartir la solución recomendada por el autor.

Por dichos motivos, el TEDH consideró que la condena por incitación al odio estaba basada en motivos pertinentes y que la injerencia tenía como fin asegurar la defensa del orden y proteger la reputación y los derechos ajenos.

VI. LA DIFAMACIÓN DE LAS RELIGIONES

En las páginas anteriores he comentado la postura de la Comisión de Venecia respecto a la sanción penal de los insultos religiosos y el discurso del odio en las legislaciones nacionales. A su entender “*el Convenio no garantiza explícitamente el derecho a la protección de los sentimientos religiosos. Más exactamente tal derecho no puede derivarse del derecho a la libertad religiosa, que en realidad, incluye un derecho expresar puntos de vista que critiquen las opiniones religiosas ajenas*”³⁶.

Admite que el respeto por los sentimientos religiosos puede ser violado por presentaciones provocativas de objetos de veneración religiosa y ataques ofensivos a los principios religiosos y sus dogmas, y considera que estas actuaciones van contra el espíritu de tolerancia propio de una sociedad democrática. Además reconoce que la Convención ha de ser leída como un todo, por lo que la libertad de expresión debe ser sopesada con el derecho de otros a ser respetados en su religión y creencias así como con el interés general de preservar el orden público (incluida la “paz religiosa”) ³⁷. Pero, he aquí el problema, a pesar de estos razonamientos, la Comisión concluye que “no es necesario ni deseable crear un delito de insultos religiosos (es decir, de insultos a los sentimientos religiosos) *simpliciter*, sin el elemento de la incitación al odio como un elemento esencial”³⁸.

En mi opinión hay un error de base en este planteamiento, en cierto modo explicable. Mientras que no es difícil distinguir los insultos religiosos y el delito de *blasfemia*, ya que en el primero se protege al creyente y en el segundo a la creencia, cuando se sostiene que el bien jurídico protegido en el insulto religioso - delito de escarnio en España o vilipendio en Italia-, es el respeto a los *sentimientos religiosos*, existe un riesgo y es que se tiende a considerar éste como algo desvinculado de la libertad religiosa. Mientras que

³⁶ Sin embargo admite que puede ser legítimo, atendiendo a la finalidad del artículo 10, proteger los sentimientos religiosos de ciertos miembros de la sociedad frente a las críticas y los insultos de cierta gravedad; la tolerancia debe extenderse en doble sentido y no se pueden autorizar los ataques violentos e injuriosos contra un grupo en una sociedad democrática.

³⁷ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW, (Venice Commission), *Draft preliminary report on the national legislation in Europe concerning insults and inciting religious hatred*, prepared on the basis of comments by Mr. Louis-Léon Christians (expert, Belgium), Mr. Pieter van Dijk (member, the Netherlands), Ms Finola Flanagan (member, Ireland), Ms Hanna Suchocka (member, Poland). Study no. 406 / 2006, Strasbourg, 12 March 2007.

³⁸ *Idem*. Y añade: “The Commission reiterates that, in its view, criminal sanctions are only appropriate in respect of incitement to hatred (unless public order offences are appropriate)”.

nadie duda de la proporcionalidad y necesidad de la protección penal de la libertad religiosa, los sentimientos religiosos son considerados como algo de menor entidad jurídica; por tanto, se concluye que no merecen la intervención de la *ultima ratio* penal.

Como ya afirmé en otra ocasión, no hay por qué someter los tipos penales relativos al factor religioso a una fuerza centrífuga que lleve a una multiplicación de los bienes jurídicos protegidos³⁹. Así, a partir de la profundización en el «contenido esencial» de la libertad religiosa, cabe hacer, a mi modo de ver, un paralelismo con la terminología *in fieri* e *in facto esse* del Derecho matrimonial. Si se reduce el contenido de la libertad religiosa a las situaciones en las que el sujeto decide si asiste o no a un acto, si se adscribe o no a una confesión, como mera inmunidad de coacción, se contempla parcialmente la libertad religiosa, estimando solo su dimensión *in fieri*. En cambio, la libertad religiosa comprende otras situaciones *en el goce y disfrute pacífico* de tal libertad, que necesitan también ser amparadas por la tutela penal. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo ha reconocido en diversas ocasiones. Así en *Klein v. Eslovaquia*, en su n. 47, sostiene: “aunque las garantías del artículo 10 se aplican también a las ideas que ofenden, chocan o molestan, quienes ejercen la libertad de expresión asumen deberes y responsabilidades. Entre ellos —en el contexto de las opiniones religiosas y las creencias- se pueden incluir legítimamente una obligación de asegurar el pacífico disfrute de los derechos garantizados bajo el artículo 9 a quienes mantienen dichas creencias, incluyendo el deber de evitar en la medida de lo posible una expresión que sea, en relación a objetos de veneración, gratuitamente ofensiva”⁴⁰

Es imposible que se tutele una libertad religiosa sin que se tutelen, a la vez, personas, cosas y valores. No se trata de forzar el concepto de «contenido esencial» para justificar esta postura; el contenido esencial de los derechos fundamentales, que, según la Constitución española en su art. 53, deberá respetar la ley en cualquier caso —por tanto, también la ley penal—, está constituido por las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea *recognoscible* y para que queden satisfechos los intereses jurídicos protegibles; por otra parte, de la doctrina civil cabe deducir que el objeto de los derechos subjetivos es el haz de facultades o ámbito de poder sobre el objeto y el goce, la ganancia o la ventaja, en la que se materializa la situación de poder, o sea, los intereses jurídicamente protegibles⁴¹.

³⁹ F. PÉREZ-MADRID, *La tutela penal del factor religioso en el Derecho español*, Pamplona 1995, pp.220-225.

⁴⁰ Sentencia TEDH, asunto *Klein v. Eslovaquia* de de 31 de octubre de 2006.

⁴¹ En la época liberal dos grandes codificaciones europeas —Alemania e Italia—, tradujeron y consolidaron, aunque con matices distintos, los cambios dogmáticos, lógicos e histórico-políticos, a través de los cuáles el sentimiento religioso como objeto de tutela penal pasaba a ser considerado desde el punto de vista individual más que colectivamente. En estos Códigos de fines del

El sentimiento religioso, a mi juicio, es merecedor de tutela penal como *expresión de la personalidad*, como momento central de una dignidad por decir así existencial, como dato originario e inherente de la naturaleza humana ⁴². En este sentido, la protección penal no se presta en relación al reconocimiento emotivo con esta o aquella explicación trascendente de la vida, sino a la dignidad de la relación entre la persona y unos valores ⁴³.

Aunque la libertad de expresión es un valor importante no es un valor absoluto ni el único que se ha de garantizar. Pero a partir de las conclusiones de la Comisión de Venecia y del reciente *Manuel sur le discours de haine* ⁴⁴, se advierte que el Consejo de Europa ha privilegiado la protección de la libertad de expresión elevando el umbral de lo penalmente punible a las acciones calificables como "hate speech", convirtiendo de esta forma el escarnio o los insultos religiosos en un tipo de acciones que no sólo están protegidos por la libertad de expresión sino también de alguna manera por la propia libertad religiosa.

Así, en el ámbito jurisprudencial, como ha destacado Martínez-Torrón ⁴⁵, cuando se comparan los casos *Otto-Preminger-Institut* y *Wingrove* con algunos casos más recientes, llama la atención que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin haber modificado explícitamente sus criterios de decisión, en los últimos años tiende a resolver los conflictos entre libertad religiosa y libertad de expresión a favor de esta última. Así, en el caso *Giniewski v. Francia* de 31 de enero de 2006, dónde los tribunales franceses habían visto una grave acusación de antisemitismo a los católicos, y de ser parcialmente responsables de las masacres perpetradas por los nazis, el Tribunal Europeo vio simplemente la exposición de una tesis sobre las causas de la persecución a los judíos

liberalismo se renuncia a proteger la dimensión ética, objetiva, histórico-cultural del fenómeno religioso para fijar la atención sobre una dimensión distinta de los valores. Es decir, se pone el acento en la relación del hombre con lo trascendente, sobre todo el sentimiento religioso del creyente como un acto personalísimo de conciencia. La tutela penal ya no está condicionada desde el grado de difusión cuantitativa de las distintas religiones, ni de la tradición cultural de aquéllas ni la capacidad de cohesión social del factor religioso como aparecía en el modelo del sentimiento religioso colectivo.

⁴² Sobre esta cuestión, cfr. P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione*. Milano 1983, p. 272.

⁴³ Martínez Torrón razona cómo es necesario un clima de respeto y tolerancia en el que los individuos puedan ejercer libremente su derecho de libertad religiosa sin intimidación en su artículo *Freedom of Expression versus Freedom of Religion in the European Court of human Rights*, en el volumen colectivo "Censorial Sensitivities: Free Speech and Religion in a Fundamentalist World" (ed. por A. Sajó), Budapest 2007, p.263.

⁴⁴ A. WEBER, *Manuel sur le discours de haine (Council of Europe manuals)*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2009.

⁴⁵ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Freedom of Expression versus Freedom of Religion in the European Court of Human Rights*, en el volumen colectivo "Censorial Sensitivities: Free Speech and Religion in a Fundamentalist World" (ed. por A. Sajó), Budapest 2007, pp. 233-269; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia de Estrasburgo*, en "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica" XVI, nº 1 (2008), pp. 15-42.

en Europa. Consideró que el artículo de prensa del demandante no contenía propiamente un ataque *gratuito* a las creencias religiosas en cuanto tales, sino más bien una reflexión sobre un tema importante en el momento de los hechos⁴⁶.

Por esto, resulta sorprendente que frente a esta tendencia en el ámbito europeo a fomentar la tolerancia frente a la crítica o la ofensa a los sentimientos religiosos, Naciones Unidas haya aprobado varias Resoluciones consecutivas sobre la Difamación de las Religiones⁴⁷, si bien es verdad gracias al apoyo de los países islámicos y siempre por escaso margen de votos.

Como el texto de todas ellas es muy similar, podemos detenernos a analizar la última Resolución, aprobada el 18 de diciembre de 2008⁴⁸. No hace falta una lectura muy atenta para advertir que se trata de una llamada de atención a la comunidad internacional acerca de las muestras de intolerancia y las generalizaciones negativas respecto a la religión y las creencias, y atribuye la causa de ese fenómeno a los eventos del 11 de septiembre. La asociación del Islam con el terrorismo y las violaciones de los derechos humanos, alentada por los medios de comunicación e internet, llevan a la incitación de la violencia, la xenofobia, la intolerancia y la discriminación. Las consecuencias, que también denuncia la Resolución son los ataques a lugares de culto, centros culturales, negocios y símbolos religiosos. Por este motivo urge a los Estados a que tomen una acción resuelta a prohibir la difusión de ideas racistas y xenófobas o material que promueva la incitación a la discriminación, incitación o violencia⁴⁹.

Es cierto que en algún pasaje se hace alusión a la difamación de todas las religiones, pero el texto insiste de forma destacada y explícita en la necesidad de proteger al Islam y los musulmanes. Éste ha sido, sin duda, uno de los principales motivos por lo que esta

⁴⁶ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia de Estrasburgo*, en "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica" XVI, nº 1 (2008), p.28.

⁴⁷ Resoluciones de la Asamblea General 60/50, 61/164, 62/154; las Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos 1999/82, 2000/84, 2001/4, 2002/9, 2003/4, 2004/6, 2005/3; y las Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 4/9, 7/19.

⁴⁸ A/HRC/7/L.15, Proyecto presentado el 20 de marzo de 2008 por Pakistán, en nombre de la Organización de la Conferencia Islámica.

⁴⁹ Solicita que todos los Estados aseguren que la administración, las autoridades, militares, funcionarios y educadores, en sus deberes oficiales respeten las diferentes religiones y creencias y no discriminen por motivos de religión o creencias; que se realicen acciones a nivel local, nacional, regional e internacional a través de la educación y toma de conciencia. En otro orden de medidas, urge a los Estados a asegurar un acceso igualitario a la educación para todos, en la ley y en la práctica basada en el respeto a los derechos humanos, la diversidad, la tolerancia sin discriminación de ningún tipo, y descartar cualquier medida que suponga la segregación racial en el acceso a la escolarización. Además de invitar a que se dé una mayor profundización y diálogo sobre la diversidad, requiere que el Relator especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial xenofobia e intolerancia continúe examinando la situación de los musulmanes y las personas árabes en distintas partes del mundo, la discriminación afrontada por ellos con respecto al acceso a la justicia, la participación política, el respeto a las culturas, los ataques contra los lugares de culto.

decisión de Naciones Unidas ha sido ampliamente criticada⁵⁰. Si el texto pretende evitar la creación de estereotipos y promover dentro de un clima de respeto y tolerancia la libertad religiosa ¿qué sentido tiene esa focalización en el Islam, cuando la Resolución habrá de ser observada en muy diversos lugares del ámbito internacional?

Hasta cierto punto se entiende que en el ámbito de Naciones Unidas pueda salir aprobarse un texto en dichos términos con los votos de los países pertenecientes a la OIC. Pero causa mayor perplejidad que también el Consejo de Europa “trata desigualmente” las religiones y “discrimina positivamente” cuando facilita orientaciones o pautas para promover la tolerancia. Así, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia ha aprobado dos Recomendaciones de política general dedicadas a la lucha contra la intolerancia y la discriminación: una en referencia a los musulmanes⁵¹ y otra sobre la lucha contra el antisemitismo⁵². En la primera, en relación con las posibles ofensas a las creencias religiosas islámicas, únicamente se recomienda a los Estados que “alienten el debate con los medios de comunicación y los profesionales de la publicidad sobre la imagen que ofrecen del Islam y de la comunidades musulmanas y sobre su responsabilidad a este respecto para evitar la perpetuación de los prejuicios y la información tendenciosa”. Sin embargo en la Recomendación relativa al anti-semitismo las recomendaciones tienen unas pretensiones más ambiciosas. Concretamente se solicita de los Estados que “aseguren que el derecho penal en el ámbito de la lucha contra el racismo abarque el antisemitismo y penalice: (...) los insultos y difamación en público de una persona o grupo de personas por motivo de su identidad u origen judíos reales o presuntos; la expresión en público, con un objetivo antisemita, de una ideología que desprecie o denigre a una agrupación de personas por motivo de su identidad u origen judíos”⁵³.

En segundo lugar, se ha comentado también que la promoción indirecta de leyes anti-difamación de las religiones, supone indirectamente la aceptación de que ciertas ideas religiosas y figuras merecen protección del Estado para asegurar que las sensibilidades

⁵⁰ El Relator de la Libertad de Expresión de Naciones Unidas, de la OSCE, de la Organización de Estados Americanos (OAS) y de la Comisión Africana de derechos humanos y de los pueblos (ACHPR) publicaron una declaración conjunta en rechazo de la declaración.

⁵¹ Recomendación n.5 de Política general de la ECRI de 16 de marzo de 2000.

⁵² Recomendación n.9 de Política general de la ECRI de 25 de junio de 2004.

⁵³ También “la difusión o distribución públicas, o la producción o el almacenamiento encaminados a la difusión o distribución públicas, con un propósito antisemita, de material escrito, con imágenes o de cualquier otro material que contenga las manifestaciones abarcadas en los puntos a), b), c), d), e), f), anteriores”. Los puntos citados se refieren a la incitación al odio, los insultos, la negación del Holocausto, la trivialización del genocidio entre otras cuestiones similares”.

de sus respectivos creyentes no son ofendidas⁵⁴. En un sistema aconfesional, podría cuestionarse la coherencia legal de tales medidas.

Además, como subrayaba el representante de la Santa Sede ante Naciones Unidas, el concepto de difamación de las religiones en el contexto internacional actual corre el riesgo de trasladar el centro de atención de *un derecho básico de los individuos* y los grupos a la *protección de algunas instituciones, símbolos e ideas*, cuando precisamente a la vez se está debilitando la protección de los sentimientos religiosos de los creyentes⁵⁵.

Por otra parte, querría hacer una breve reflexión desde el punto de vista del derecho penal sobre la posibilidad de proteger la difamación de las religiones desde esta rama del derecho. En la doctrina, se suele entender que tanto la injuria como la calumnia únicamente pueden cometerse contra personas físicas, al atentar contra su honor, al menoscabar su fama o al atentar contra su propia estimación (art. 208 Código penal español). Por tanto, resulta forzado pensar en la "difamación" de una Confesión religiosa o de un credo por alguna de dichas causas. Además, es preciso recordar, como subraya Bajo Fernández, que la lesión jurídico-penal del honor por emisión de juicios de valor u opiniones sobre una persona o sus actuaciones, es algo problemático. Un juicio no es una afirmación sobre hechos objetivos, sino una interpretación subjetiva sobre dichos hechos, una apreciación en principio *amparada por la libertad de expresión*, y por tanto no constitutiva de delito. Ahora bien, la situación será distinta cuando el juicio de valor encubra una afirmación falsa sobre hechos graves o cuando el juicio sea una descalificación global del otro en su dignidad de persona⁵⁶. Entonces, en ambos casos, estaríamos ante supuestos de *hate speech* o bien, de ofensas a los sentimientos religiosos.

La difamación de las religiones, en la práctica, podría llevar a que se impida la libertad de expresión en la plaza pública, o a una especie de control *a priori* por parte de los grupos mayoritarios de lo que es *religiosamente correcto*, especialmente en países islámicos donde no existe un pleno reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales⁵⁷. De ahí que un blindaje del Islam ante cualquier comentario o crítica

⁵⁴ Especialmente la organización internacional *Article 19* en defensa de la libertad de expresión, ha sido uno de los agentes más activos en criticar la Resolución "Combating defamation of religions".

⁵⁵ C. MIGLIORE, *Mensaje en el 63ª sesión de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre libertad religiosa*, 29 de octubre de 2008, Nueva York. Recogido por Zenit.org.

⁵⁶ M. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de derecho penal*, Editorial Universitaria Ramón areces, 2003, p. 260.

⁵⁷ Ver por todos Z. COMBALÍA, *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Pamplona 2001.

podría llevar a una mayor represión de las minorías de otras religiones en países islámicos, y de los propios musulmanes.

Ahora bien, el problema principal es que no podemos entresacar del texto un concepto claro de “difamación de las religiones”. ¿Qué significa exactamente difamación en este contexto? ¿Podemos decir que trata de una subespecie del *hate speech*, o tiene una naturaleza distinta? Sobre esta última pregunta, me atrevo a decir que son dos figuras jurídicas diversas. Resulta obvio que el *hate speech* tiene un espectro más amplio de posibilidades ya que puede cometerse por motivos de raza, religión, etnia, ideología, sexo, u otras cuestiones similares. Pero además, en el caso de la *Difamación de las Religiones*, el sujeto pasivo es siempre la creencia, el sistema religioso, mientras que en la incitación al odio, será una persona o grupo de personas individuadas por un criterio determinado que se considera intolerable.

Como ha señalado acertadamente Lerner, la diferencia entre la crítica aceptable de una determinada religión al sostener que un dogma es erróneo, absurdo o falso por un lado y la incitación al odio contra esa misma religión, no es algo meramente una cuestión cuantitativo o de grado. Y además, una cuestión fundamental será determinar cuando la crítica se convierte en difamación y cuándo la difamación se convierte en incitación a la discriminación, la hostilidad y la violencia⁵⁸. La intención, obviamente debería jugar un papel decisivo.

Concluimos que, por los motivos formales y materiales aquí expuestos, la fórmula conocida hasta ahora de condena a la Difamación de las religiones tiene más peligros e inconvenientes que ventajas. Cualquier tipo de Resoluciones o iniciativas legislativas internacionales en este sentido, deberá proteger el pacífico ejercicio de la libertad religiosa de todas las personas de todos los credos sin distinción. A mi juicio, si dentro del contenido de la libertad religiosa se incluye la protección de los sentimientos religiosos, cualquier escarnio intencionado y grave de las creencias, del culto o de la moral de una Confesión para ofender dichos sentimientos, sería considerado como antijurídico. De ahí, comparto la propuesta de quienes reclaman que en lugar de Resoluciones contra la “Difamación de las religiones”, deberían aprobarse “Resoluciones para la protección de los sentimientos religiosos”⁵⁹. Pero, como dice el antiguo refrán, *allá van leyes, do quieren reyes*.

⁵⁸ N. LERNER, Intervención en *el Expert seminar on the links between articles 19 and 20 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR): Freedom of expression and advocacy of religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence* (2-3 October 2008, Geneva, Palais des Nations, Room XXI). www2.ohchr.org.

⁵⁹ BECKET FUND FOR RELIGIOUS LIBERTY, *Issues Brief submitted to the UN Office of the High Commissioner for Human Rights. Combating defamation of Religions*, 2 June 2008, p. 8.