

LIBERTAD RELIGIOSA VS. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

José M. Contreras Mazarío

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

RESUMEN

En este trabajo se pretenden abordar las relaciones entre la libertad religiosa y la libertad de expresión, y en concreto a plantearse cuestiones tales como la presencia de los grupos religiosos dentro del espacio público, los términos en los que hay que proteger jurídicamente el sentimiento religioso, o hasta qué punto la ofensa religiosa rebasa los límites constitucionales de la libertad de expresión, entre otras. Se trata, en definitiva, de buscar ajustes democráticos entre ambas libertades, y para ello el recurso a la jurisprudencia de los tribunales ha sido una constante, tanto en el caso español (especialmente la del Tribunal Constitucional [en adelante, TC]), como respecto de la significativa jurisprudencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), los cuales, atendiendo a la especialidad de cada uno de los casos que se les han ido planteando, han ido construyendo pautas para modular y salvaguardar el contenido y el ejercicio de ambas libertades.

PALABRAS CLAVES

Libertad religiosa, libertad de expresión, contenido esencial, protección penal.

ABSTRAC

This paper is intended to address the relationships between religious freedom and freedom of expression, and to consider issues such as: the presence of religious groups within the public space, the terms in which must be legally protected religious feeling, or to what extent religious offence exceeds the constitutional limits of freedom of expression, among others. *It's in short, to seek democratic settings between both freedoms, and for this recourse to the jurisprudence of the courts has been constant, both in the Spanish case (especially that of the Constitutional Court [hereinafter TC]), how about the significant jurisprudence issued by the European Court of Human Rights (in hereinafter ECHR), which, according to the specialty of each one of the cases that they have been raised they*

leave been building guidelines for modular and safeguard the content and the exercise of both freedoms.

KEYWORDS:

Freedom of religion, freedom of expression, substance, criminal protection.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Libertad de conciencia y libertad de expresión en la Constitución española 2.1. El derecho de libertad de conciencia y religiosa. 2.2. Los derechos a la libertad de expresión y de información. 3. Libertad de conciencia y libertad de expresión: fundamento y límites. 3.1. Fundamento. 3.2. El carácter preferente de la libertad de expresión. 4. Libertad de conciencia y libertad de expresión: práctica. 4.1. Límites de la libertad de expresión y de información religiosa. 4.1.1. Coacciones y libertad de expresión religiosa. 4.1.2. Delitos de odio. 4.1.3. Delitos de negación del holocausto y de apología. 4.2. La libertad de conciencia como límite de la libertad de expresión. 4.2.1. Delito de escario. 4.2.2. Libertad de expresión y honor. 4.2.3. Libertad de expresión y moralidad pública. 5. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo va a versar sobre las relaciones entre los derechos de libertad expresión y de información (Art. 20 CE) y las libertades de pensamiento, conciencia y religión (Art. 16 CE)¹, también llamadas "libertades del espíritu"², en especial las situaciones en que se han producido conflictos entre ella. Una aproximación superficial llevaría a pensar que los supuestos de conflicto resultan escasos, aunque en algunas ocasiones han podido tener

¹ Cfr. BUENO SALINAS, S. y GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J.: *Proselitismo religioso y Derecho*, Ed. Comares, Granada 2002; LLAMAZARES CALZADILLA, M.C.: *Secularización y libertad de expresión en España*, BOE/Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2001; PALOMINO, R.: "Libertad religiosa y libertad de expresión", en *Ius Canonium*, vol. XLIX, n. 98 (2009), pp. 509-548; RUBIO FERNÁNDEZ, E.M.: "Expresión frente a religión: un binomio necesitado de nuevas vías de entendimiento y de superación de sus interferencias", en *Anales de Derecho*, nº 24 (2006), pp. 201-231.

² Sobre las libertades del espíritu, vid. BREILLAT, D.: *Les libertés de l'esprit, libertés et droits fondamentaux. Examen d'entrée au C.R.F.P.A., Montechrestien, París 1996*; SOUTO, J.A.: "La libertad religiosa y las libertades espirituales", en *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época*, vol. 12 (2011), pp. 385-414 (consultar en: http://dx.doi.org/10.5209/rev_ANDH.2011.v12.38110); VALERY, P. y ARTAUD, A.: *La libertad del espíritu*, Ed. Leviatán, Madrid 2005.

un fuerte impacto mediático. Tal son los casos de las caricaturas de Mahoma³, por un lado, o de la apología de la guerra o del terrorismo por parte de grupos como Al Qaeda o Daesh⁴, por otro. Posiblemente sea cierto que las discusiones sobre los conflictos entre libertad de expresión y de religión se han centrado, la mayoría de las ocasiones, en la cuestión referida a los límites a la libertad de expresión por parte del Estado (blasfemia, escarío, profanación, etc.), y de una manera secundaria se han planteado los supuestos en los que se han producido un uso o, más bien, un abuso del derecho a expresarse libremente (como son los supuestos del negacionismo del holocausto, la apología de la guerra o de la violencia y los discursos de odio). No obstante, afrontar genéricamente las relaciones entre libertad de expresión y libertad religiosa obligaría a plantearse cuestiones tales como la presencia de las confesiones dentro del espacio público, los términos en los que hay que proteger jurídicamente el sentimiento religioso, hasta qué punto la ofensa religiosa rebasa los límites constitucionales de la libertad de expresión, el acceso de las confesiones religiosas a los medios de comunicación social, o la proyección del pluralismo religioso en los medios de comunicación, entre otras. Las relaciones entre la libertad de conciencia y religiosa y la libertad de expresión e información pueden producirse, por tanto, bien desde el plano de la conexión, bien desde la perspectiva del conflicto. Los ejemplos más significativos de esta conexión van desde la Declaración de Virginia, de 1776⁵, y la Constitución de los EE.UU.⁶, a los grandes textos internacionales de derechos humanos del siglo XX, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸, el Convenio Europeo para la Salvaguarda y Protección de los Derechos Hu-

3 FERREIRO GALGUERA, J.: "Las caricaturas sobre Mahoma y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 12 (2006), pp. 1 y ss. (consultar en; web [http://www.reei.org/reei%2012/FerreiroGalguera\(reei12\).pdf](http://www.reei.org/reei%2012/FerreiroGalguera(reei12).pdf)).

4 Cfr. MAGDALENO ALEGRIA, A.: "Libertad de expresión, terrorismo y límites de los derechos fundamentales", en *Revista de Derecho Político*, núm. 69 (2007), pp. 181-218.

5 Arts. 10 y 11.

6 Enmienda 1. Cfr. LEVY, L.W.: *The Establishment Clause. Religion and the First Amendment*, 2 ed., The University of North Carolina Press, North Carolina 1994; SMOLLA, R.A.: *The First Amendment. Freedom of Expression, Regulation of Mass Media, Freedom of Religion*, Carolina Academic Press, Durham 1999.

7 Arts. 18 y 19.

8 Arts. 18 y 19.

manos y Libertades Fundamentales, la Carta de Derechos Fundamentales⁹ de la Unión Europea¹⁰, y la Convención Americana de Derechos Humanos¹¹.

Mientras que los supuestos de conflictos tienen relación directa con la temática de los límites de los derechos humanos, así como con las reglas de solución cuando dichos conflictos se produzcan. Se trata, en definitiva, de buscar ajustes democráticos entre ambas libertades¹², y para ello el recurso a la jurisprudencia de los tribunales ha sido una constante, tanto en el caso español (especialmente la del Tribunal Constitucional [en adelante, TC]), como respecto de la significativa jurisprudencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), los cuales, atendiendo a la especialidad de cada uno de los casos que se les han ido planteando, han ido construyendo pautas para modular y salvaguardar el contenido y el ejercicio de ambas libertades. Y es a esta segunda temática la que va a ser abordada en el presente trabajo.

2. LIBERTAD DE CONCIENCIA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, DE 1978

En la CE, las libertades de conciencia y religión y de expresión están garantizadas, respectivamente, en los artículos 16 y 20, lo que no es óbice para afirmar la relación directa que existe entre ambos derechos también en nuestro sistema constitucional.

2.1. *El derecho de libertad de conciencia y religioso*

A este respecto, cabe afirmar que la libertad de conciencia y religiosa supone una doble dimensión: objetiva, la primera, y subjetiva, la segunda. Una dimensión objetiva que comporta, por un lado, la neutralidad de los poderes públicos, inherente al principio de laicidad del Estado¹³ y, por otro, "el mantenimiento de relaciones de cooperación

⁹ Arts. 9 y 10.

¹⁰ Arts. 10 y 11.

¹¹ Art. 13.

¹² RUIZ RUIZ, R.: "La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 10 (2006/2007), pp. 53-77 (consultar en: <http://www.rtfed.es/numero10/3-10.pdf>; visitado el 14 de enero de 2017).

¹³ TC, sentencia 340/1993, de 16 de noviembre; 177/1996, de 11 de noviembre; 46/2001, de 13 de febrero, y 101/2004, de 18 de julio.

de los poderes públicos con las diversas iglesias¹⁴. Esto es, la laicidad positiva del Estado no supone su total incomunicación con las diferentes confesiones religiosas, si bien debe garantizarse que la cooperación con éstas no favorezca a alguna más allá de los términos de igualdad¹⁵. Mientras que, como derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene, a su vez, un doble contenido: interno y externo¹⁶. A través de su contenido interno, se "garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual"¹⁷. Dentro de este contenido, el derecho a profesar las creencias libremente elegidas o el derecho a no profesar ninguna constituye su manifestación esencial, estando directamente relacionada con el derecho a la intimidad¹⁸, y para garantizarlo el artículo 16.2 CE establece un elemento negativo al determinar que "nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias". Así, pues, las creencias y convicciones son una cuestión privada e íntima, y éstas, "cualesquiera que sean, no pueden someterse a enjuiciamiento, y nadie, como preceptúa el artículo 14 de la CE, puede ser discriminado en razón de sus opiniones"¹⁹. Al tiempo que, en su contenido externo, la libertad religiosa comprende "la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades"²⁰. En consecuencia, los ciudadanos podrán actuar de acuerdo con sus propias convicciones, manteniéndolas tanto frente a los poderes públicos como a terceros.

A efectos de su relación con la libertad de expresión, la libertad de conciencia y religiosa tiene como contenido esencial, entre otros, los derechos: i) a expresar o manifestar libremente las propias creencias o con-

¹⁴ TC, sentencias 177/1996, de 11 de noviembre, y 46/2001, FFJJ 4 y 7.

¹⁵ STC 62/1982, de 15 de octubre, FFJJ 3 y 7.

¹⁶ TC, sentencias 19/1985; 120/1990, FJ 9; 137/1990; 177/1996, FJ 9; y 101/2004, de 2 de junio.

¹⁷ STC 177/1996, FJ 5.

¹⁸ *Ibid*, FJ 9.

¹⁹ TC, sentencias 62/1982, de 15 de octubre; 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 63/1994, de 28 de febrero.

²⁰ STC 46/2001, FFJJ 4 y 7.

vicciones religiosas o filosóficas²¹, la ausencia de las mismas, o abstenerse a declarar sobre ellas; ii) a difundir todo tipo de ideas o creencias relacionadas con las convicciones profesadas²², y iii) a recibir todo tipo de tipo de información relacionada con las mismas, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento (Art. 2.1.a) y e) LOLR)²³. Ello supone no sólo un derecho a la libertad de expresión religiosa e ideológica, sino también un derecho a la libertad de información y comunicación de carácter religioso. Unos derechos estos últimos que encuentran, por lo que se refiere a sus manifestaciones, su límite en el orden público protegido por la ley (Art. 16.1 CE)²⁴. Un orden público marcado, además de en la no coacción como puso de manifiesto el TEDH en el caso *Larissis, Mandalarides y Sarandis c. Grecia*²⁵ (y al que haremos referencia posteriormente), en el deber de abstenerse de toda propaganda en favor de guerra, así como de toda actividad que suponga apología del odio nacional, racial o religioso, tal y como se establece en el artículo 20 del PIDCyP. Al tiempo que los poderes públicos atentarán contra el presente derecho cuando, por un lado, sus actos perturben o impidan de algún modo la adopción o el mantenimiento en libertad de una determinada creencia o convicción, y no simplemente que se incida en la expresión de determinados criterios, y —por otro— se exige que entre el contenido y sostenimiento de éstos y lo dispuesto en los actos que se combatan quepa apreciar una relación de causalidad²⁶. Amén de la imposibilidad de que sea aplicada por los poderes públicos como una cláusula abierta que pueda servir de asiento a meras sospechas sobre posibles comportamientos de futuro y sus hipotéticas consecuencias²⁷.

²¹ STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 5.

²² Ahora bien, debe precisarse que la publicidad relativa a una creencia cuando ésta tenga un carácter puramente comercial no formaría parte de este contenido (Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 5 de mayo de 1979, asunto *Iglesia de la Cienciología c. Suecia*).

²³ Art. 6 DIR-1981: "... el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprende, en particular, las libertades siguientes: (...) d) la de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes a esas esferas".

²⁴ Ver STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 3.

²⁵ STEDH de 24 de febrero de 1998, asunto. *Larissis, Mandalarides y Sarandis c. Grecia*.

²⁶ Ver TC, sentencia 137/1990, de 19 de julio, FJ 8, y auto 19/1992, de 27 de enero, FJ 2.

²⁷ Ver, por todas, STC 46/200 1, de 15 de febrero, FJ 11.

2.2. Los derechos a la libertad de expresión y de información

Por su parte, el artículo 20 de la CE garantiza, entre otros, los derechos a la libertad de expresión y de información²⁸. La libertad de expresión, en palabras del TC, puede definirse como “la libre manifestación de creencia, juicios o valoraciones subjetivas, esto es, como libre difusión de ideas u opiniones²⁹”. En relación con la emisión y difusión de opiniones, éstas pueden proyectarse, igualmente, a favor de una determinada opinión o convicción religiosa. En el ámbito de protección de este derecho se incluye, por tanto, no sólo la palabra, sino también lo expresado en un cartel, en una transparencia o de cualquier otro modo, que por su forma de expresión puede llegar a reforzar la opinión manifestada³⁰, incluso cuando ésta suponga una crítica molesta, acerba o hiriente³¹, así la crítica a la esencia misma de la propia Constitución³² o del Estado democrático³³. En su sentencia 177/1988, de 22 de julio, el citado Tribunal ha señalado que la libertad de expresión protege no sólo la expresión de opiniones “inofensivas o indiferentes, o que se acojan favorablemente, sino también aquéllas 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” (FJ 2)³⁴. Al tiempo que se le reconoce un ámbito institucional, en cuanto que garantiza para “la formación y existencia de una opinión pública libre”, que la convierte “en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática³⁵”. Ahora bien, ello

²⁸ SOLOZABAL ECHAVARRIA, J.J.: “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y del derecho a la información”, en *Revista española de Derecho constitucional*, nº 23 (1988), págs. 139-155.

²⁹ STC 235/2007, de 7 de noviembre.

³⁰ TC, sentencias 6/1981, FJ 3; 12/1992, FJ 3, y 177/2015, de 22 de julio, FJ 3.b). Ver también, STEDH de 21 de octubre de 2014, asunto *Murat Vural c. Turquía*, págs. 44-51.

³¹ TC, sentencias 6/1981, FJ 3; 174/2006, de 5 de junio, FJ 4; 9/2007, de 15 de enero, FJ4; 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4; y 50/2010, FJ 7.

³² TC, sentencias 62/1982, FJ 5; 85/1992, FJ 4, y 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4.

³³ TEDH, sentencias de 7 de diciembre de 1976, asunto *Handyside*, y de 24 de febrero de 1997, asunto *De Haes y Gijssels c. Bélgica*, pág. 49.

³⁴ En esta misma línea, ver TC, sentencias 6/1981, de 16 de marzo; 12/1982, de 31 de marzo; 6/2000, de 17 de enero; 41/2001, de 11 de abril, FJ 4; 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4; 108/2008, de 22 de septiembre; 50/2010, de 4 de octubre, y 177/2015, de 22 de julio, FJ 2.b).

³⁵ TC, sentencias 6/1981, de 16 de marzo; 12/1982, de 31 de marzo; 41/2001, de 11 de abril, FJ 4; 50/2010, de 4 de octubre, y 177/2015, de 22 de julio FJ 2.a).

no es óbice para poder afirmar que la libertad de expresión, como el resto de derechos y libertades fundamentales, no es absoluta ni ilimitada³⁶, por lo que se debe advertir que la crítica de la conducta de una persona no permite utilizar expresiones formalmente injuriosas o innecesarias³⁷, tampoco aquellas que incorporen amenazas o intimidaciones a las personas³⁸, ni aquellas que produzcan, propaguen, inciten, promuevan o justifiquen la violencia, el odio o la intolerancia³⁹, ni tampoco, finalmente, aquéllas que no respeten la dignidad, la reputación o los derechos de terceros⁴⁰, aptitudes todas ellas que quedan fuera del ámbito protegido por la libertad de expresión. No obstante, se debe precisar que la aplicación de todas estas limitaciones han de ser interpretadas de tal modo que el derecho no quede desvirtuado⁴¹.

Mientras que, por su parte, el derecho de información supone el derecho a difundir mediante cualquier medio de difusión información noticiable y veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública, que no contenga expresiones vejatorias o afrentosas⁴². Por tanto, las facultades

³⁶ Vid. STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2.c).

³⁷ TC, sentencias 171/1990, FJ 5; 336/1993, FJ 6; 108/2008, de 22 de septiembre; 29/2009, de 26 de enero; 77/2009, de 23 de enero; 50/2010, de 4 de octubre, y 89/2010, de 15 de noviembre.

³⁸ TC, sentencias 104/1986, de 17 de julio; 85/1992, de 8 de junio; 19/1996, de 12 de febrero; 1/1998, de 12 de enero; 13611999, de 20 de julio, FJ 15; 148/2001, de 27 de junio, y 177/2015, FJ 4, y auto 240/1997, de 25 de junio. Ver también TEDH, sentencias de 26 de abril de 1979, asunto *Sunday Times*; de 8 de julio de 1986, asunto *Ligens c. Austria*; de 28 de agosto de 1992, asunto *Schwade*; de 26 de abril de 1995, asunto *Praeger y Oberrschlick*; de 13 de julio de 1995, asunto *Tolstoy Miloslavski*; de 29 de agosto de 1997, asunto *Worm*; y de 21 de junio de 1999, asunto *Fressoz y Roire*.

³⁹ STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 4. En este mismo sentido, ver TEDH, sentencias de 7 de diciembre de 1976, asunto *Handyside c. Reino Unido*; de 8 de julio de 1986, asunto *Ligens c. Austria*; de 23 de septiembre de 1998, asunto *Lehideux y Isorny c. Francia*; de 8 de julio de 1999, asunto *Baskaya y Okcuoglu c. Turquía*; de 29 de septiembre de 1999, asunto *Oztürk c. Alemania*; de 16 de noviembre de 2004, asunto *Norwood c. Reino Unido*; de 29 de marzo de 2005, asunto *Alinak c. Turquía*; de 6 de julio de 2006, asunto *Erbakan c. Turquía*; de 2 de octubre de 2008, asunto *Leroy c. Francia*; de 4 de noviembre de 2008, asunto *Balsvte-lideikiene c. Lituania*, y de 16 de julio de 2009, asunto *Feret c. Bélgica*, pág. 64.

⁴⁰ TEDH, sentencias de 23 de abril de 1992, asunto *Castells c. España*, pág. 43, y de 15 de marzo de 2011, asunto *Otegui c. España*, pág. 55.

⁴¹ Ver STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 4.

⁴² TC, sentencias 2811996, de 26 de febrero, FJ 2, y 29/2009, de 26 de enero.

des que integran el contenido del derecho a la información⁴³ son tres: i) la facultad de investigar para obtener información directamente o para comprobar la recibida de modo mediato; ii) la facultad de difundir información, y iii) la facultad de recibir información propiamente tal, es decir, aquella en la que los mensajes sean conformes a su naturaleza y no hagan inefectivo a otros derechos humanos que prevalecen sobre el derecho a la información⁴⁴.

Ello permite afirmar que en el artículo 20 se integran dos derechos subjetivos: la libertad de expresión y el derecho de información. La libertad de expresión hace referencia a la transmisión de ideas, opiniones o juicios de valor, mientras que con la libertad de información lo que se transmiten son relatos de hechos; la expresión de ideas no está sometida al principio de veracidad, pero sí la información que se transmite⁴⁵. En consecuencia, puede afirmarse que la libertad de expresión es más amplia que el derecho de información, al no operar en el ejercicio de aquélla el límite interno de la veracidad que es aplicable a la segunda, lo que se justifica en que la primera "tiene por objeto presentar ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos que no se prestan a una demostración de su exactitud⁴⁶". A este respecto, cabe señalar que para el TC, en su sentencia 240/1992, de 21 de diciembre, manifiesta que "el requisito constitucional de la veracidad no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, quedando exenta de toda protección o garantía constitucional las informaciones erróneas o no probadas, cuanto a negar esa protección o garantía a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinua-

⁴³ BUSTOS, R.: "La libertad de información: contenido esencial (I y II)", en *Debate Abierto*, n° 7 y 8 (1992), págs. 1 y ss.

⁴⁴ SORIA, C.: "La tutela del sentimiento religioso en los medios de comunicación social", en *Ius Canonicum*, vol. XXVII, n° 53 (1987), págs. 325-326.

⁴⁵ TC, sentencias 168/1986, de 22 de diciembre, FJ 2; 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 5; 28/1996, de 26 de febrero; 134/1999, de 15 de julio; 199/1999, de 8 de noviembre; 110/2000, de 5 de mayo; 297/2000, de 11 de diciembre; 2/2001, de 15 de enero, y 29/2009, de 26 de enero.

⁴⁶ STC 511981, de 22 de febrero.

ciones" (FJ 3)⁴⁷. En definitiva, la veracidad no equivale a verdad, sino a la intención de no tergiversar ni informar sin la debida diligencia, que en el caso de un profesional de la comunicación implica la constatación de la información. En este sentido, se ha afirmado que "la verdad, en cuanto lugar común de la información, puede entenderse como la adecuación aceptable entre el hecho y el mensaje difundido, la manifestación de lo que las cosas son. Se trata, pues, de la misma sustancia de la *noticia, de su constitutivo*⁴⁸".

Por consiguiente, cabe señalar que la transmisión de información comprende el derecho a investigar, y también el deber de diligencia en la comprobación de los hechos mediante un juicio de razonabilidad a fin de valorar la veracidad, de ahí que el valor preferente del derecho de información no signifique dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información, que ha de sacrificarse sólo en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática, como establece el artículo 10.2 del CEDH⁴⁹. Como manifiesta VAQUER, en la actividad de comunicación hay dos grandes fuentes de mensajes: la información (datos y sucesos) y la cultura (ideas y manifestaciones estéticas⁵⁰). Esta distinción entre ideas y noticias o datos es fácil en abstracto, pero no es tan nítida en la realidad. Y así lo ha manifestado nuestro TC, en la sentencia 6/1988, de 21 de enero, al señalar que "es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece no siempre es fácil separar la expresión de pensamiento, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos, y a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no será nunca un estado químicamente puro y comprende, casi siempre algún

⁴⁷ Ver también STC 29/2009, de 26 de enero.

⁴⁸ CREMADES, J.: *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, Madrid 1995, págs. 233-234.

⁴⁹ Cfr. LAZCANO, I.: "Artículo 10. Libertad de expresión", en LASAGABASTER, I. (dir.): *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentarios sistemáticos*, Thomson-Cívitas, Madrid 2004; LECLER, H.: "La liberté d'expression", en TEITGEN-COLLY, C. (ed.): *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruselas 2002.

⁵⁰ VAQUER CABALLERÍA, M.: *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución Española*, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, Madrid 1998, pág. 83.

elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión" (FJ 5)⁵¹.

3. LIBERTAD DE CONCIENCIA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: FUNDAMENTO Y LÍMITES

3.1. Fundamento

Todo lo anterior permite señalar que, en no pocas ocasiones, se ha insistido en la innegable interdependencia o complementariedad del derecho de libre expresión y del derecho de libertad religiosa; convergiendo las dos libertades en la protección de la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad, contenidos en el artículo 10.1 de la CE, en tanto que los dos derechos encuentran en dicho contenido su fundamento. La libertad de expresión no puede verse, en consecuencia, como amenaza potencial a la religión, sino como condición para la libertad religiosa en plenitud⁵². Junto a ello, cabe señalar que los derechos fundamentales son considerados como indispensables para la existencia misma del pluralismo en una sociedad democrática⁵³. En concreto, el TC manifiesta que los derechos fundamentales "son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada histórica-

⁵¹ CATALÁ 1 BAS, A.: *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*, Ediciones Revista General del Derecho, Valencia 2001.

⁵² Este ha sido igualmente el posicionamiento del Relator Especial para la protección del derecho de libertad de opinión y de expresión, quien, en su Informe General de 2007, afirmó que "no existe contradicción alguna entre los principios de la libertad de religión y la libertad de expresión, que se refuerzan mutuamente y fomentan la base humana y espiritual de sociedades y poblaciones" (cit. Conclusiones n.º. 69 y 70 del 14.º Informe General del Relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, en UN Doc. A/HRC/4/27, de 2 de enero de 2007).

⁵³ El TC, en su sentencia 20/1990, de 15 de febrero, manifiesta que: "Hay que tener presente que sin la libertad ideológica consagrada en el art. 16.1 CE, no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el art. 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de derecho que en dicho precepto se insta. Para que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva y no la enunciación teórica de unos principios ideales, es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlos, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático que nos hemos dado en la Constitución de 1978" (FJ 3).

mente en el Estado de derecho y más tarde en el Estado social y democrático de derecho⁵⁴”, pero son además “los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política, son, en fin, como dice el artículo 10 CE, el fundamento del orden político y de la paz social⁵⁵”. Mientras que su configuración como derechos fundamentales lleva al TC a afirmar que ambos derechos reconocen “un ámbito de libertad y una esfera *agere licere*⁵⁶”, que permite a los individuos “actuar con plena inmundidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales⁵⁷”.

Se puede afirmar, además, que el derecho a la libertad de expresión encuentra su fundamento en el derecho a la libertad de pensamiento e ideológica. Así lo ha reconocido el TC, que considera que la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones, sino que comprende además una dimensión externa de *agere licere* con arreglo a las propias ideas o creencias, y que entre las manifestaciones externas de dicha libertad figura muy principalmente la de expresar libremente lo que se piensa⁵⁸. Ello, unido a la libre formación de la conciencia, lleva a reconocer un doble contenido en el ámbito de la libertad de expresión, a saber: de un lado, como derecho de libertad frente al poder y, de otro, co-

⁵⁴ STC 25/1981, FJ 5.

⁵⁵ STC 53/1985, FJ 4.

⁵⁶ Ver STC 12011992, de 27 de junio, FJ 8.

⁵⁷ TC, sentencias 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1; 166/1996, de 28 de octubre, FJ 2, y 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4.

⁵⁸ Ver, por todas, STC 20/1990, de 15 de febrero: “el artículo 16.1 de la CE garantiza la libertad ideológica sin más limitaciones en sus manifestaciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. En este sentido, no hay inconveniente en reconocer que entre tales manifestaciones, y muy principalmente, figura la de expresar libremente lo que se piense. A la libertad ideológica que consagra el artículo 16.1. Le corresponde el correlativo derecho a expresar la que garantiza el artículo 20.1.a), aun cuando ello no signifique que toda expresión de ideología queda desvinculada del ámbito de protección del artículo y 6.1, pues el derecho que éste reconoce no puede entenderse simplemente absorbido por las libertades del artículo 20, o que toda expresión libremente emitida al amparo del artículo 20 sea manifestación de la libertad ideológica del artículo 16.1” (FJ 3).

mo “garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático⁵⁹”.

2. Por su parte, y en relación con los conflictos entre ambas libertades, ésta nos sitúa directamente en la temática de los límites. Como los demás derechos fundamentales, ni la libertad religiosa ni la libertad de expresión son derechos absolutos. En este sentido, el TC advierte que el legítimo ejercicio de la libertad de expresión no implica que pueda llegar a ser considerado como un “derecho absoluto”, a través del cual se puedan difundir frases y expresiones ultrajantes u ofensivas no relacionadas con el propósito⁶⁰, tal y como ocurre —por ejemplo— con los discursos racistas o xenófobos⁶¹. Y de igual modo, el TC, en su sentencia 2/1982, de 29 de enero, ha manifestado que “ni la libertad de pensamiento ni el derecho de reunión y manifestación comprenden la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio, porque ello es contrario a bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral (artículos 10 y 15 de la Constitución) que han de respetar no sólo los poderes públicos, sino también los ciudadanos, de acuerdo con los artículos 9 y 10 de la norma fundamental. Un límite de cada derecho es respetar el derecho de los demás” (FJ 5).

2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN: CARÁCTER PREFERENTE

Por lo que se refiere a la doctrina del carácter institucional de la libertad de expresión y de información, como garantía de una opinión pública libre y bien informada, cabe señalar que la misma ha servido al TC para argumentar la posición prioritaria o preferente de las libertades del artículo 20.1 de la CE. Aunque con matices, el Tribunal ha declarado la posición preferente y prevalente, pero no jerárquica, de dichas libertades sobre los derechos de la personalidad, entre otros de los artículos 16 y 18 de la

⁵⁹ STC 19/1996, de 12 de febrero, FJ 2.

⁶⁰ Ver STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 5. Vid. también TEDH, sentencia de 23 de abril de 1992, asunto *Castells c. España*, y de 29 de febrero de 2000, asunto *Fuentes Bobo c. España*.

⁶¹ Vid. TC, sentencias 204/1997, de 25 de noviembre; 11/2000, de 17 de enero; 49/2001, de 26 de febrero; y 160/2003, de 15 de septiembre.

CE, en los casos de colisión de aquéllas con éstos⁶². No obstante, se debe precisar que el Tribunal, ya desde sus primeras sentencias, liga la posición preferente al ejercicio de la libertad de expresión y de información siempre que se comuniquen hechos veraces de relevancia pública, siguiendo la jurisprudencia del TEDH que, en la sentencia del asunto *Handyside*⁶³, había extendido la doctrina de la posición preferente a la libertad de expresión cuando se trate de opiniones sobre asuntos públicos, afirmando que en estos casos sus efectos actúan sobre las expresiones ofensivas que puede contener el mensaje, pues la confrontación de opiniones necesarias para que el debate democrático sea robusto exige admitir como parte del mismo expresiones que en ocasiones puedan “ofender, inquietar o perturbar” al Estado o a una parte de la población e, incluir, poder difundir ideas u opiniones contrarias a la Constitución⁶⁴.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional relativiza, en numerosas sentencias, el valor preferente de las libertades de la comunicación, al negarles una posición jerárquica superior a la de otros derechos fundamentales. “Tal valor preferente —afirma el Tribunal— no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo de tal efecto legitimador cuando las libertades de expresión e información se ejerciten de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución le concede su protección preferente⁶⁵”. El valor preponderante de las libertades públicas del artículo 20 de la CE, en cuanto se asienta en la función que éstas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las

⁶² Ver, entre otras, TC, sentencias 104/1986, FFJJ 5 y 6; 159/1986, FJ 6; 171/1990, FJ 5; 172/1990, FJ 2; y 19/1996, FFJJ 2 y 3.

⁶³ STEDH de 7 de diciembre de 1976, asunto *Handyside*.

⁶⁴ Cfr. sentencias 6/1981, FJ 2, y 235/2007, FFJJ 4 y 5. En este sentido, ver también TEDH, sentencias de 7 de diciembre de 1976, asunto *Handyside c. Reino Unido*, párrafo 49; de 8 de julio de 1986, asunto *Ungens c. Austria*, párrafo 41, y de 4 de diciembre de 2003, asunto *Gürüz c. Turquía*, párrafo 37.

⁶⁵ STC 171/1990, FJ 5.

materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de relevancia pública, obligados por ello soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, "pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática"⁶⁶. De acuerdo con esta línea de interpretación, la prevalencia de estas libertades frente a los derechos de la personalidad se debe condicionar (mediante una ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto) a que aquéllas verdaderamente ejerzan de garantía de la opinión pública⁶⁷. Según esta matización de la doctrina de la preferencia, el TC niega una prevalencia a priori de unos derechos sobre otros⁶⁸; habrá, pues, que determinar, en cada caso concreto que se plantee, si el ejercicio del derecho invocado se ha mantenido en el ámbito constitucionalmente reconocido y protegido⁶⁹, optándose de este modo por la aplicación del criterio de ponderación en los supuestos de conflicto entre derechos fundamentales.

En relación con la emisión y difusión de opiniones, el Tribunal, en su sentencia 62/1982, de 15 de octubre, ha manifestado que la libertad de expresión protege no sólo la expresión de opiniones "inofensivas o indiferentes, o que se acojan favorablemente, sino también aquéllas 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" (FJ 5)⁷⁰. En reiterada jurisprudencia, el Tribunal ha interpretado que la libertad de expresión ampara la crítica, incluso

⁶⁶ STC 107/1988, FJ 2.

⁶⁷ STC 19/1996, FJ 2.

⁶⁸ Ver TC, sentencias 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 3; 320/1994, de 28 de noviembre, FJ 2; y 14/2003, de 28 de enero, FJ 5.

⁶⁹ Ver, por todas, TC, sentencias 20/1992, de 14 de febrero, FJ 2; 286/1993, de 4 de octubre, FJ 5; y 158/2003, de 15 de septiembre, FJ 2.

⁷⁰ Ver también, STC 85/1992, FJ 4.

la crítica molesta, acerba o hiriente⁷¹, pero advirtiendo que la crítica de la conducta de una persona no permite utilizar expresiones formalmente injuriosas o innecesarias, que quedan fuera del ámbito protegido por la libertad⁷². La libertad religiosa puede, por tanto, llegar a ser un límite a la libertad artística, pero ello requiere determinar cuándo la libertad religiosa de terceros se ve lesionada por una actividad artística. Ahora bien, debe precisarse que, en nuestro orden constitucional, el bien jurídico protegido es la libertad religiosa, y no la religión, como ocurría en tiempos pasados. El TC ha declarado que nadie puede pretender verse protegido de la necesidad de confrontarse con confesiones de fe que le son ajenas, con el ateísmo y con el nihilismo, y esto ha de aplicarse también a las expresiones artísticas. Nadie puede aspirar a que sus concepciones religiosas o morales resulten inatacadas o inatacables de palabra o mediante imágenes artísticas o publicitarias⁷³. Sin embargo, sí es una tarea objetiva del Estado la protección de la paz pública, y, como parte de ella, de la paz religiosa. A este respecto, debemos recordar la STC 176/1995, de 11 de noviembre (caso cómic racista), en la que el objeto enjuiciado era un cómic en el que dibujos y textos eran un verdadero insulto al pueblo judío. El TC hizo uso expreso de la doctrina del TEDH en el asunto *Handyside* relativa a la necesidad de tener en cuenta, a la hora de ponderar los intereses en conflicto, el público al que va destinada la publicación, la infancia y la juventud, personas que, por estar formándose todavía, son más vulnerables y fáciles de corromper. Lo que le permitió concluir a favor de la legítima restricción del derecho de libertad de expresión garantizada en el artículo 20 de la CE (FJ 5).

Por su parte, y como ejemplo de defensa de la libertad de expresión contra el ataque a la religión, debe recordarse la STEDH del caso *Gi-*

⁷¹ STC 6/1981, FJ 3. A este respecto, ver también TEDH, sentencias de 23 de septiembre de 1998, asunto *Lehideux y Isorny c. Francia*; de 8 de julio de 1999, asunto *Baskaya y Okcuoglu c. Turquía*, y de 29 de septiembre de 1999, asunto *Oztürk c. Alemania*.

⁷² Ver, por todas, STC 336/1993, FJ 6. El TEDH también ha dado carta blanca a la libertad de expresión utilizando la baza del pluralismo y la tolerancia, concretamente ha dicho: "*el pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras, sin las cuales no hay sociedad democrática, exige dar cobertura a las ideas o informaciones contempladas como inofensivas o indiferentes, pero también aquellas otras capaces de ofender, sacudir o molestar al Estado o a un sector de la población*" (STEDH asunto *Handsyde c. Reino Unido*, pág. 65).

⁷³ STC 106/1996, de 12 de junio.

*niewski c. Francia*⁷⁴, en el demandante, Paul Giniewski, es un periodista, sociólogo e historiador que investigaba sobre judíos y cristianos. En enero de 1994, la revista *Le Quotidien* de París publicó un artículo firmado por el acusado, en el que criticaba la Encíclica *Veritatis Splendor*, del Papa Juan Pablo II. En este artículo se afirmaba que “la Iglesia Católica se auto-instituye como la *única detentadora de la verdad divina, proclama enérgicamente* la culminación de la antigua alianza por la nueva alianza, y la superioridad de esta *última*. Numerosos cristianos han reconocido que el antijudaísmo, y la doctrina de la culminación de la antigua alianza en la nueva alianza conducen al antisemitismo, y ha abonado el terreno donde ha germinado la idea y la realización de Auschwitz” (pág. 14). Se presentó, entonces, una demanda penal ante el Tribunal correccional de París contra el autor y el director de la revista. La justicia francesa entendió que la ofensa se dirigía contra un grupo de personas identificadas por su pertenencia a una religión y que las asociaciones cristianas demandantes tenían derecho a la protección de su buen nombre. El Tribunal parisino sostenía que el acusado no elaboraba un análisis crítico de algunos aspectos de la doctrina católica, sino que se excedía, hasta el extremo de llegar a afirmar que a través de la Encíclica se propagaban ideas que habían contribuido a sentar las bases del genocidio nazi. El Tribunal de Apelación de París revocó la sentencia de condena en el año 1995, y la Corte de Casación francesa confirmó la sentencia de apelación en su parte penal en el año 1998, pero lo relativo a la acción civil se reenvió a la Corte de Apelación de Orléans, que, en diciembre de 1998, elevó a 10.000 francos la cantidad que debía pagarse a la alianza general contra el racismo y el respeto a la fe cristiana. El TEDH considera que no se observa en el análisis de los hechos, que el autor haya culpado a los católicos de antisemitismo o de las masacres de judíos perpetradas por los nazis (pág. 49). Juzga que las críticas del autor se dirigían contra la posición adoptada por el Papa Juan Pablo II en una Encíclica, y no contra la generalidad de los cristianos (pág. 49). Para el Tribunal, el periodista pretendía expresar una tesis sobre la posible conexión entre un dogma religioso y los orígenes del holocausto, una tesis tremendamente discutible, pero que toca cuestiones de importancia en la historia contemporánea de Occidente (pág. 51). El Tribunal, por unanimidad, favoreció la causa del periodista, fundamentado en dos razones: en primer lugar, porque la injerencia en la libertad de expresión

⁷⁴ STEDH de 26 de enero de 2006, caso *Giniewski c. Francia*.

no se correspondía con una “necesidad social imperiosa”, puesto que el artículo había querido elaborar una tesis, obviamente discutible, sobre el origen del holocausto y suponía, por ello, una contribución a un debate de ideas, sin abrir una polémica gratuita (pág. 51); y, en segundo lugar, porque la sanción impuesta por las autoridades nacionales era desproporcionada y podía llevar a disuadir a la prensa y a los autores de participar en la discusión de cuestiones de interés general (pág. 51). Y concluye que “la búsqueda de la verdad histórica forma parte integrante de la libertad de expresión” (pág. 53).

4. LIBERTAD DE CONCIENCIA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: PRÁCTICA PENAL

El legislador penal ha adoptado un conjunto de medidas limitativas de ambos derechos. Nosotros vamos a hacer referencia sólo a algunas de ellas; diferenciando aquellas que pueden suponer un límite a la libertad de expresión o de información religiosa, de aquellas otras en las que la libertad de conciencia y religiosa actúa, directa o indirectamente, como límite a la libertad de expresión⁷⁵. Dentro de las primeras incluiremos los delitos de coacciones o presiones, el de odio y la negación de los genocidios, mientras que dentro de las segundas se hará referencia al delito de escarnio, a la moralidad pública y al honor.

4.1. La libertad de expresión y de información religiosa: límites

4.1.1. Las coacciones y la libertad de expresión religiosa

Con relación al uso de la coacción o de la presión como factor de ilicitud, debemos comenzar señalando que para el TEDH el proselitismo religioso es una actividad lícita en el marco de la libertad religiosa, y que prohibirlo o castigar a quienes lo realizan significa no confiar en las capacidades de los ciudadanos para elegir sus propias creencias⁷⁶. Esa fue precisamente la decisión en el caso *Kokkinakis*⁷⁷, en el que se declaró que una

⁷⁵ RIGAUX, F.: “La liberté d’expression et ses limites”, en *Revue trimestrielle des Droits del 'Homme*, n. 13 (1993), págs. 408-411.

⁷⁶ TEDH, sentencias de 25 de mayo de 1993, asunto *Kokkinakis c. Grecia*; y de 24 de febrero de 1998, asunto *Larissis, Mandalarides y Sarandis c. Grecia*.

⁷⁷ STEDH de 25 de mayo de 1993, asunto *Kokkinakis c. Grecia*.

condena penal por un delito de proselitismo no era ajustada a las necesidades de una sociedad democrática (pág. 36). El Tribunal europeo manifestó, además, que “el testimonio, en palabras y en actos, se encuentra ligado a la existencia de convicciones religiosas (...). Ella (la libertad religiosa) implica en principio el derecho de intentar convencer a su prójimo, por ejemplo, por medio de una ‘enseñanza’, sin lo cual además la ‘libertad de cambiar de religión o de convicción’, consagrada por el artículo 9, sería letra muerta” (pág. 31).

Esto no quiere decir que toda limitación de la actividad proselitista sea ilícita. En efecto, el Tribunal europeo ha establecido una distinción entre formas lícitas e ilícitas de proselitismo. Por eso, *contrario sensu*, sí resultan legítimas las limitaciones cuando, por ejemplo, la persona que realiza una actividad proselitista intenta prevalerse de una relación de dependencia o jerarquía que la vincula con el destinatario de su actividad. Esto se produjo en el caso *Larissis, Mandalarides y Sarandis c. Grecia*⁷⁸, en el que los actos de proselitismo eran realizados por militares respecto de sus inferiores. Este tipo de limitaciones no son incompatibles con la autonomía de los individuos y su libertad en la elección de las creencias religiosas, porque de lo que se trata es de impedir que se usen estructuras jerárquicas estatales establecidas con finalidades de interés público para la propagación de creencias religiosas privadas. Lo que en el ámbito puramente civil puede ser visto como un simple intercambio de ideas, en el ámbito de la vida militar puede significar una situación de acoso de un superior a un subordinado, y los Estados pueden legítimamente sancionar este tipo de proselitismo (pág. 51)⁷⁹.

⁷⁸ STEDH de 24 de febrero de 1998, asunto *Larissis, Mandalarides y Sarandis*.

⁷⁹ Cfr. GARAY, A.: “Liberté religieuse et prosélytisme: l’expérience européenne”, en *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, núm. 5 (1994), págs. 7-29; HAARSCHER, G.: “Le blasphémateur et le racisme”, en *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n. 23 (1995), págs. 419 y ss.; LENER, N.: “Proselytism, Change of Religion and International Human Rights”, en *Emory International Law Review*, núm. 12 (1998), págs. 447-561; MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: “La libertad de proselitismo en Europa”, en *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, n.º 10 (1994), págs. 59-71; MOTILLA, A.: “Proselitismo y libertad religiosa en el derecho español”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XVII (2001), págs. 179-192.

4.1.2. Delitos de odio

1. Un segundo ámbito viene determinado por los llamados “delitos de odio” (Art. 51O CP)⁸⁰. En ellos, la expresión religiosa encuentra su límite, pero también cualquier otra expresión, manifestación o difusión que propague, incite, promueva, fomente o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, la discriminación y la hostilidad contra, entre otras causas, las minorías, los inmigrantes y personas nacidas de la inmigración⁸¹, así como las incluidas por motivos religiosos o de convicción⁸². A este respecto, resulta relevante la definición lograda en el ámbito de la OSCE, según la cual “*cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas (A) o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo como los definidos en la parte B*” puede ser definido como un delito o crimen de odio. (B) Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su raza real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual⁸³. Y en el mismo sentido, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, en Recomendación General nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorandum explicativo, adoptada el 8 de diciembre de 2015, da la siguiente definición de discurso de odio: “9. El discurso de odio a efectos de la Recomendación debe entenderse como el uso de una o más formas de expresión específicas, por ejemplo, la defensa, promoción

⁸⁰ En este apartado no se va a diferenciar entre delitos de odio y discurso de odio, aunque somos conscientes de que no son lo mismo, y que resulta un error interpretar el segundo de los términos a partir del concepto del primero.

⁸¹ Estas acciones suelen afectar a grupos de población en situación de subordinación o discriminación. En algunos casos son minorías o bien grupos vulnerables (EUROPEAN UNION FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY: *Data in Focus Report. Minorities as Victims of Crime*, 2012, págs. 3-16).

⁸² Los conceptos de difamación de las religiones y de discurso de odio no son idénticos. La frontera que separa difamación e incitación al odio o a la violencia no es fácil de delimitar netamente. La incitación conduce a la discriminación, la hostilidad o la violencia. La difamación, sin embargo, no supone necesariamente violencia o promoción de la misma. Ver a este respecto Resolución 151 O (2006), de 28 de junio de 2006, sobre *la libertad de expresión y el respeto de las creencias religiosas*.

⁸³ Consultar en: http://tandis.odhr.pl/hcr2020/pdf/Hate_Crime_Report_full_version.pdf; visitado el 2 de enero de 2017.

o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestación es basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o *étnico* al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual.

10. Los elementos esenciales a efectos de la Recomendación sobre los actos constitutivos de discurso de odio, que son diferentes de aquellos que aparecen en muchos otros documentos, son:

- El fomento, promoción o instigación en cualquiera de sus formas, al odio, la humillación o el menosprecio, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza;
- uso que no solo tiene por objeto incitar a que se cometan actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, sino también actos que cabe esperar razonablemente que produzcan tal efecto; y motivos que van más allá de la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad, origen *étnico* o nacional y ascendencia⁸⁴.

Esta línea es la reconocida por la jurisprudencia de nuestro TC, quien advierte que “el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia son incompatibles con el respeto a la dignidad humana⁸⁵”. Así sucede, según el Tribunal, “cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración” o bien “cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados 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” (STC 235/2007, FJ 9)⁸⁶.

⁸⁴ Véase, también, Recomendación n. 97 (20), del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre el Discurso del odio.

⁸⁵ TC, sentencias 214/1991, de 11 de noviembre, y 176/1995, de 11 de noviembre.

⁸⁶ En esta misma línea, ver TEDH, sentencias de 25 de noviembre de 1997, asunto *Zana c. Turquía*; de 26 de noviembre de 1997, asunto *Sakik y otros c. Turquía*; de 9 de enero de 1998, asunto *Inca! c. Turquía*; de 8 de julio de 1999, asunto *Arslan c. Turquía*; de

Por su parte, el TEDH ha acogido un concepto más próximo al discurso del odio⁸⁷, y no tanto relacionado con que el mismo esté o no tipificado, por lo que se trataría de un concepto autónomo en el que se incluirían todas aquellas formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia⁸⁸, y no estaría, pues, vinculado por la clasificación que al respecto puedan realizar los tribunales

8 de julio de 1999, asunto *Gerger c. Turquía*; de 8 de julio de 1999, asunto *Baskaya y Okçuoglu c. Turquía*; de 8 de julio de 1999, asunto *Okçuoglu c. Turquía*; de 8 de julio de 1999, asunto *Sürek y Ozdemir c. Turquía*; de 8 de julio de 1999, asunto *Sürek c. Turquía* (nº 1); de 8 de julio de 1999, asunto *Sürek c. Turquía* (nº 2); de 8 de julio de 1999, *Caso Sürek c. Turquía* (nº 3); de 8 de julio de 1999, asunto *Sürek c. Turquía* (nº 4); de 8 de julio de 1999, asunto *Polar c. Turquía*; de 8 de julio de 1999, asunto *Karatas c. Turquía*; de 8 de julio de 1999, asunto *Erdogdu y Ince c. Turquía*; de 15 de julio de 2000, asunto *Erdogdu c. Turquía*; de 10 de octubre de 2000, asunto *İbrahim Aksoy c. Turquía*; de 17 de julio de 2001, asunto *Sadak y otros c. Turquía*; de 17 de julio de 2001, asunto *Association EKJN c. Francia*; de 4 de junio de 2002, asunto *Yagmurdereli c. Turquía*; de 15 de octubre de 2002, asunto *Ay: je Oztürk c. Turquía*; de 15 de octubre de 2002, asunto *Karakor; y otros c. Turquía*; de 5 de diciembre de 2002, asunto *Yalçın Küçük c. Turquía*; de 2 de octubre de 2003, asunto *Kizilyaprak c. Turquía*; de 6 de abril de 2004, asunto *Mehdi Zana c. Turquía*; de 27 de mayo de 2004, asunto *Yurttas c. Turquía*; de 23 de septiembre de 2004, asunto *Feridun Yazar y otros c. Turquía*; de 19 de octubre de 2004, asunto *Varli y otros c. Turquía*; de 10 de noviembre de 2004, asunto *Ka/in c. Turquía*; de 9 de diciembre de 2004, asunto *Elden c. Turquía*; de 7 de febrero de 2006, asunto *Halis Dogan c. Turquía*; de 25 de julio de 2006, asunto *Halis Dogan c. Turquía* (no. 2); de 14 de junio de 2007, asunto *Hünkar Demirel c. Turquía*; de 2 de octubre de 2008, asunto *Leroy c. Francia*; de 17 de julio de 2008, asunto *Yihnaz & Kilic c. Turquía*; y de 15 de febrero de 2011, asunto *Çamiar y Berktaş c. Turquía*.

⁸⁷ En efecto, en el asunto *Feret e Bélgica*, el TEDH reproduce la definición de la Recomendación núm. R (97) 20 del Consejo de Europa, según la cual "el término 'discurso del odio' abarca 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 que se manifiestan a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes o personas de origen inmigrante".

⁸⁸ Este es el concepto que se recoge en las sentencias del TEDH de 7 de diciembre de 1976, asunto *Handyside c. Reino Unido*; de 8 de julio de 1986, asunto *Lingens c. Austria*; de 23 de septiembre de 1998, asunto *Lehideux y Jorny c. Francia*; de 8 de julio de 1999, asunto *Baskaya y Okcuoglu c. Turquía*; de 29 de septiembre de 1999, asunto *Oztürk c. Alemania*; de 24 de junio de 2003, asunto *Garaudy c. Francia*; de 4 de diciembre de 2003, asunto *Gundez c. Turquía*; de 16 de noviembre de 2004, asunto *Norwood c. Reino Unido*; de 29 de marzo de 2005, asunto *Alinak c. Turquía*; de 6 de julio de 2006, asunto *Erbakan c. Turquía*; de 2 de diciembre de 2008, asunto *Leroy c. Francia*; de 4 de noviembre de 2008, asunto *Balsvtelideikiene c. Lituania*, y de 16 de julio de 2009, asunto *Feret c. Bélgica*.

internos⁸⁹. Así, pues, y siguiendo a QUESADA ALCALÁ, se puede afirmar que en dicho concepto quedan incluidos tres categorías de actos, a saber: “en primer lugar, la incitación al odio racial o contra personas o grupos de personas por distintos motivos; en segunda instancia, la incitación a otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo (...). Y, finalmente, la incitación al odio por motivos religiosos⁹⁰”. Respecto de esta última resulta relevante hacer referencia a la Recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre Blasfemia, insultos religiosos y discursos de odio contra personas por causas de su religión⁹¹, según la cual “las manifestaciones en las que se pide que una persona o grupo de personas sean objeto de odio, discriminación o violencia por motivo de su religión o por cualquier otro motivo” serán consideradas discurso de odio⁹².

⁸⁹ TEDH, sentencias de 8 de julio de 1999, asunto *Sürek & Odemir c. Turquía*, párr. 63; de 8 de julio de 1999, asunto *Siirek c. Turquía*, párr. 62; de 8 de julio de 1999, asunto *Sürek c. Turquía* (n. 2); de 8 de julio de 1999, asunto *Sürek c. Turquía* (n. 3); de 8 de julio de 1999, asunto *Sürek c. Turquía* (n. 4), párr. 60, y de 8 de julio de 1999, asunto *Erdogdu & Ince c. Turquía*, párr. 54.

⁹⁰ QUESADA ALCALÁ, C.: “La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en tomo al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española”, en *Revista electrónica de Estudios internacionales*, nº 30 (2015), pág. 8 (consultar en: <file:///C:/Users/JOSE/Downloads/Dialnet-LaLaborDelTribunalEuropeoDeDerechosHumanosEnTomoA-5335857.pdf>; visitado el 27 de diciembre de 2016).

⁹¹ PARLAMENTARY ASSEMBLY, *Recommendation 1805 (2007), Blasphemy, religious insults and hate speech against persons or groups of their religion* (consultar en: <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=idocuments/adoptedtext/tao7/erec1805.htm>; visitado el 27 de diciembre de 2016).

⁹² La ECRI adoptó, el 13 de diciembre de 2002, la Recomendación nº 7, relativa a las legislaciones nacionales para la lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial, en la que se establece que “deben tipificarse como delitos penales los comportamientos siguientes: cuando se muestren de forma intencionada: a) la incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación; b) las injurias o la difamación públicas, o e) las amenazas, cuando se dirijan contra una persona o un conjunto de personas por razón de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico”. En dicha Recomendación se recoge igualmente la represión contra las expresiones públicas con fines racistas de una ideología que propugne la superioridad de un conjunto de personas por razón de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen étnico, o que calumnie o denigre a un conjunto de personas por estos motivos. Se incluyen, igualmente, en dichos actos, la negación, la minimización grosera, la justificación o la apología públicas, con fines racistas, de los

2. Probablemente el mayor obstáculo al que se deben enfrentar los tribunales a la hora de dirimir en este tipo de casos es determinar cuándo unas declaraciones alientan o no la intolerancia⁹³. A este respecto, para el TEDH queda claro que "la incitación al odio no requiere necesariamente un determinado acto de violencia o acto criminal⁹⁴", así como que las difamaciones contra sectores de la población, grupos específicos o la incitación a la discriminación son suficientes para que las autoridades enfatizen la lucha contra el discurso racista y la libertad de expresión irresponsable⁹⁵. Y todo ello —como se pone de manifiesto en el asunto *Féret c. Bélgica*⁹⁶, donde las declaraciones son realizadas por una figura pública y se dirigen contra determinados colectivos, principalmente contra inmigrantes y musulmanes (pág. 77)— con la intención de hacer un llamamiento recordando que es del todo crucial "que los políticos en sus discursos públicos. Eviten difundir declaraciones que tiendan a alimentar la intolerancia" (pág. 78)⁹⁷. A pesar de lo

genocidios, los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra (ver ECRI, *General Policy Recommendation n. 7 on National/Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination* (consulta en: http://www.coe.int/tidghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation_n7/ecri03-8%20recommendation%20r%207.pdf; visitada el 28 de diciembre de 2016).

⁹³ En este sentido constituye un apoyo importante la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal (*Diario Oficial de la Unión Europea* L 328/55, de 6 de diciembre de 2008), según la cual se considerarán punibles como delitos penales determinados actos cometidos con objetivos racistas o xenófobos, tales como la incitación pública a la violencia o al odio, dirigidos contra un grupo de personas o contra un miembro de dicho grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión o creencia, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como la difusión, por cualquier medio, de escritos, imágenes u otros soportes de contenido racista o xenófobo (Arts. 1 y 2).

⁹⁴ STEDH asunto *Féret c. Bélgica*, párrafo 73.

⁹⁵ STEDH asunto *Féret c. Bélgica*, párrafo 78. Junto a ello, para el Tribunal europeo la finalidad que se persigue con este tipo de delitos es la de humillar y vejar a la víctima, creando en la misma un sentimiento de terror, de angustia y de inferioridad por la gratuidad del ataque sufrido (ver TEDH, sentencias de 13 de junio de 2002, asunto *Anguelova c. Bulgaria*; de 6 de julio de 2005, asunto *Nachova y otros c. Bulgaria*, de 30 de noviembre de 2005, asunto *Moldovan y otros c. Rumania*, y de 13 de noviembre de 2007, asunto *DH y otros c. República Checa*).

⁹⁶ STEDH de 16 de julio de 2009, asunto *Féret c. Bélgica*.

⁹⁷ Ver, a este respecto, la Recomendación nº 15 de la ECRI, relativa a la lucha contra el Discurso de odio (consulta en: <https://plataformaciudadanacontraislamofobia>).

cual, en este caso el Tribunal no entendió que con dichas expresiones se violara el artículo 10 del CEDH⁹⁸.

En sentido contrario, debe traerse a colación la sentencia del TEDH relativa al asunto *Norwood c. Reino Unido*⁹⁹, en el que el reseñado partido político mostró una fotografía de las Tonos Gemelas en llamas con la expresión: "Islam out of Britain Protect the British People", y el símbolo de la media luna con una señal de prohibición. El Tribunal consideró que las manifestadas expresiones contra un grupo religioso, vinculándolo con el terrorismo, resulta incompatible con los valores proclamados y garantizados por el Convenio europea, sobre todo con la tolerancia, la paz social y la no discriminación. Por consiguiente, para el Tribunal la exhibición de dicho poster por parte del demandante constituía un acto incluido en el artículo 17 del CEDH, por lo que no podía gozar de la protección de los artículos 10 ó 14 del CEDH¹⁰⁰.

Sin embargo, ésta línea no resulta tan clara en otras ocasiones¹⁰¹. Así sucedió, por ejemplo, en el caso *Gündüz c. Turquía*¹⁰², el cual se caracteriza por el hecho de que el demandante fue sancionado por declaraciones calificadas por los tribunales internos de "discurso de odio". A la vista de los instrumentos internacionales y de su propia jurisprudencia, el Tribunal europeo subraya principalmente que la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen

files.wordpress.com/2017/01/recomendacion-ecri-no-15-discurso-de-odio-traduccion-espanol.pdt).

⁹⁸ ALCÁCER GUIRAO, R.: "Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminal*, n. 14/2 (2012), págs. 5 y ss.

⁹⁹ STEDH de 16 de noviembre de 2006, asunto *Norwood c. Reino Unido*.

¹⁰⁰ Ver TEDH, sentencias de 4 de diciembre de 2003, asunto *Gündüz c. Turquía*, y de 16 de julio de 2009, asunto *Feret c. Bélgica*.

¹⁰¹ Ver STEDH de 6 de julio de 2006, asunto *Erbakan c. Turquía*. Este asunto hace referencia a un político turco, quien, durante la campaña para las elecciones municipales, pronunció un discurso contra los no musulmanes, con acusaciones de explotación y opresión del mundo islámico, y con una abierta invitación a instaurar una fraternidad basada en el Islam. El discurso fue interpretado por los tribunales nacionales turcos como incitación al odio y a la hostilidad, y el Sr. Erbakan fue condenado a penas pecuniarias y de prisión. El TEDH estimó, en cambio, que la sanción impuesta a nivel interno por discurso de odio entraba en contradicción con el artículo 10.2 del CEDH.

¹⁰² STEDH de 4 de diciembre de 2003, asunto *Gündüz c. Turquía*.

el fundamento de una sociedad democrática y pluralista (pág. 42)¹⁰³. De ello resulta que, en principio, se puede juzgar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar o prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen un odio (pág. 44). No obstante, el Tribunal observa, en primer lugar, que la emisión en cuestión estaba consagrada a la presentación de una secta cuyos adeptos atraían la atención del gran público. El señor Gündüz, considerado como el dirigente de ésta y cuyas ideas son bien conocidas por el público, estaba invitado a ella con un fin preciso: la presentación de su secta y de sus ideas no conformistas, principalmente, en cuanto a la incompatibilidad de su concepción del Islam con los valores actuales, y se limitaba a un intercambio de puntos de vista sobre el papel de la religión en una sociedad democrática. Este tema era ampliamente debatido en los medios de comunicación turcos y se refería a una cuestión de interés general, campo en el que las restricciones a la libertad de expresión exigen una interpretación rigurosa (pág. 43). Por lo que respecta al primer pasaje de las afirmaciones de Gündüz¹⁰⁴, se puede señalar que para el Tribunal estas palabras denotan una actitud intransigente y un descontento profundo frente a las instituciones actuales de Turquía, tales como el principio de laicidad y la democracia; pero que, sin embargo, examinadas en su contexto no pueden considerarse una llamada a la violencia, ni un discurso de odio basado en la intolerancia religiosa (pág. 48). Mientras que, en relación con el segundo de los pasajes, el Tribunal afirma que "si una persona pasa su noche de bodas después de que su matrimonio hubiera sido celebrado por un funcionario del ayuntamiento habilitado por la República de Turquía, el niño que nazca de esta unión será un bastardo" (pág. 49)¹⁰⁵. Ciertamente, el Tribunal no puede dejar de lado el hecho de que la población

¹⁰³ Ver también TEDH, sentencias de 8 de julio de 1999, asunto *Súrek c. Turquía*, y de 16 de julio de 2009, asunto *Feret c. Bélgica*.

¹⁰⁴ En concreto: "toda persona que se dice demócrata, laica (...) no tiene religión (...). La democracia en Turquía es despótica, sin piedad e impía (...). El sistema laico (...) es hipócrita, trata a unas personas de una manera y a otras de modo diferente (...). Mantengo estas afirmaciones sabiendo que constituyen un crimen según las leyes de la tiranía. ¿Por qué tendría que dejar de hablar?, ¿hay otra vía diferente de la muerte?".

¹⁰⁵ En turco, el término "piç" (bastardo) designa peyorativamente a los hijos nacidos fuera del matrimonio y/o nacidos de un adulterio y su uso en la lengua corriente constituye un insulto tendente a ultrajar a la persona afectada.

turca, profundamente vinculada a un modo de vida secular del que forma parte el matrimonio civil, puede legítimamente sentirse atacada de manera injustificada y ofensiva. Subraya, sin embargo, que se trataba de declaraciones orales hechas en el transcurso de una emisión de televisión en directo, lo que no daba al demandante la posibilidad de reformularlas, perfeccionarlas o retirarlas antes de que fueran hechas públicas (pág. 44).

Asimismo, el Tribunal constata que los jueces turcos, mejor situados que los jueces internacionales para evaluar el impacto de tales palabras, no concedieron una importancia especial a este hecho (pág. 47). Por lo que el TEDH considera que, al sopesar, por un lado, los intereses de la libertad de expresión y, por otro, los relativos a la protección de los derechos ajenos, a la vista del criterio de la necesidad planteado por el artículo 10.2 del CEDH, procede conceder más importancia al hecho de que el demandante participaba activamente en una discusión pública (pág. 49). Evidentemente, pues, no cabe ninguna duda de que, a semejanza de cualquier otra declaración contra los valores que subyacen en el Convenio, las expresiones que tienden a propagar, incitar o justificar el odio basado en la intolerancia, incluida la intolerancia religiosa, no se benefician de la protección del artículo 10 del CEDH (pág. 50). Sin embargo, en opinión del Tribunal, el simple hecho de defender la Sharia, sin emplear la violencia para establecerla, no podría ser considerado como un "discurso de odio" (pág. 51)²⁰⁶.

3. En nuestro Derecho, los casos suscitados versan, por un lado, sobre asuntos en los que, con o sin sanción, tienen su origen en conflictos provocados por discursos de inspiración religiosa de diversa índole: por ejemplo, contra las mujeres o contra los homosexuales, por representantes islámicos y de la Iglesia Católica, respectivamente. Y, por otro, en discursos y propaganda de partidos políticos que están

²⁰⁶ Algunas de las temáticas que subyacen en esta cuestión ya habían sido abordadas por el TEDH con anterioridad al hilo de los asuntos *Refah Partisi* (sentencias de 31 de julio de 2001 y de 13 de febrero de 2003) y *Partido Comunista Unificado de Turquía* (sentencias de 25 de mayo de 1998 y de 8 de diciembre de 1999). Por lo que respecta a la difusión de ideas islamistas a través de un partido político (asunto *Refah Partisi*), el TEDH considera algunos de sus contenidos resultan contrarios a las exigencias y valores del CEDH, en concreto a los principios de no discriminación y de libertad religiosa, y, por ende, al propio sistema democrático (sentencia de 31 de julio de 2001, apartados. 70 y 72).

dirigidos contra determinados grupos religiosos, esencialmente los musulmanes. En efecto, el primero de los ejemplos tiene su origen en la sentencia de 12 de enero de 2004, en la que el Juzgado de lo Penal de Barcelona condenó al imán de una mezquita de Fuengirola a quince meses de prisión por un delito de provocación a la violencia por razón de sexo como consecuencia de sus explicaciones en el libro "la mujer en el Islam" que, en aplicación del artículo 51O. 1 del CP, fueron consideradas vulneradoras del derecho a la integridad física y moral de la mujer. Es significativo el hecho de que en la sentencia se señale que, en un Estado aconfesional, aunque exista un respeto a la ortodoxia doctrinal no se puede justificar la violencia contra la mujer por razón de su sexo, promoviendo conductas que vulneran el derecho fundamental a la integridad física y moral atentado contra la dignidad de aquéllas. A este respecto, en este caso se enfatiza esa conexión con la dignidad, a propósito del discurso del odio, que se señalaba anteriormente por parte de la jurisprudencia del TEDH.

En cuanto al segundo de los supuestos, esto es los discursos de homofobia, cabe traer a colación el Auto de 10 de julio de 2012, del Juzgado de Instrucción de Alcalá de Henares, por el que se sobreseyó la querrela interpuesta por asociaciones del colectivo LGTB contra el Obispo de la diócesis de Alcalá de Henares, al entender que el contenido de la homilía en la misa del viernes santo tenía un carácter homófobo. En la resolución se entendió que las palabras del Obispo no permitían concluir de forma razonable que se estuviera provocando la discriminación, el odio o la violencia contra los homosexuales de tal forma que no procedía la aplicación del artículo 510.1 del CP. Para el Tribunal se trata de la manifestación de una opinión crítica contra la homosexualidad, que puede ser mantenida al amparo de la libertad religiosa por parte del Obispo.

En relación con esta misma temática se debe traer a colación el auto 562/2017, de 14 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 2), relativa a la toma de medidas cautelares respecto del autobús utilizado por la asociación Hazte Oír, en cuyo exterior aparecían los siguientes mensajes: "Los niños tienen pene. Las niñas tienen vulva. Que no te engañen. Si naces hombre eres hombre. Si eres mujer, seguirás siéndolo", "No permitas que manipulen a tus hijos en el colegio". El Tribunal, después de analizar otros supuestos análogos, llega a la conclusión de que los reseñados "mensajes del autobús...", por desagradables y agresivos que puedan considerarse, son dudosamente delictivos" (FJ 8).

Una cuarta sentencia, en esta ocasión del Tribunal Supremo, puede servir para delimitar la aplicación del artículo 510.1 de CP en su conexión para la protección de la libertad religiosa y de expresión. Esta no es otra que la sentencia 259/2011, de 12 de abril, por la que se enjuició a cuatro personas por los delitos de difusión de ideas genocidas y de asociación ilícita. Aunque tres de los cuatro encausados resultaron condenados por la AN, entre otros, por el delito del artículo 510.1 del CP, el Tribunal Supremo casó totalmente la sentencia, declarando la inocencia de los encausados. Por ello, el Tribunal Supremo distingue dos ámbitos conectados: por un lado, la organización de un ente asociativo de ideas nacionalsocialistas, según la propia definición de sus estatutos (FJ 2.2), y por otra, la redacción, edición y distribución de varios textos que atacan a discapacitados, extranjeros, negros y magrebíes, así como a judíos y homosexuales. En lo que aquí interesa, conviene destacar que el Tribunal Supremo mantuvo que el artículo 510.1 del CP puede colisionar con otros derechos constitucionalmente reconocidos, como son los de libertad ideológica (Art. 16.1 CE) y libertad de expresión (Art. 20 CE) de tal forma que su restricción sólo estará justificada cuando aquéllos colisionen con otros bienes jurídicos acreedores de una mayor protección, realizada la oportuna ponderación correspondiente, y que serían el derecho a la dignidad de la persona que consagra el artículo 10.1 CE, sus derechos a la igualdad según el artículo 14 CE y a su honor a tenor del artículo 18.1 CE (FJ 1.5 y 6). Para el Tribunal, la superación de los límites de los ámbitos protegidos por las libertades ideológica y de expresión, no implica directamente la tipicidad de las conductas, tan sólo no se da este caso cuando la difusión, atendiendo a la forma y el ámbito en que se lleva a cabo y a lo que se difunde, implique un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pueda concretarse en actos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes como tales (FJ 1.7). Ahora bien, para que el bien jurídico protegido se vea afectado, como consecuencia de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, es preciso que el autor acudiera a medios que no sólo facilitarían la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, pudieran, por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus sentimientos, primero, y su conducta, después, en una dirección peligrosa para aquellos bienes (FJ 1.8). Todo ello lleva al Tribunal Supremo a concluir que en el presente caso no se ha producido dicho ilícito por parte de los inculpados. Debe señalarse, no

obstante, que el artículo 51O CP ha sufrido una importantísima modificación con la aprobación de la última reforma del CP de 2015, de tal manera que, en la actualidad, ya no resulta necesaria la unión entre provocación y acción violenta²⁰⁷, bastando en la actualidad con la mera incitación a la discriminación; cuestión ésta que será abordada posteriormente.

En cuanto al segundo de los grupos, deben traerse a colación dos sentencias que plantean líneas jurisprudenciales absolutamente contradictorias entre sí. La primera fue promulgada por el Juzgado de lo Penal de Manresa, el 11 de noviembre de 2011, y condena a un miembro del Partido Plataforma per Catalunya (PxC) como autor de un delito de provocación a la violencia, a la discriminación y al odio, tipificado en el artículo 51O del CP, por hechos consistentes en la distribución de un panfleto en campaña electoral, en que se ironizaba, con comentarios degradantes, sobre supuestos tratos de favor que dan otros partidos políticos a los musulmanes de Cataluña. En concreto, el Tribunal manifiesta que, "identificado el contenido de dicho panfleto como discurso del odio según lo expuesto en el razonamiento anterior, nos encontramos, a juicio de quien suscribe, tal y como ha mantenido el Ministerio Fiscal, ante un delito de peligro abstracto, resultando extremadamente difícil, a tenor de la valoración de la prueba practicada, según se expondrá, poder determinar cuál es la capacidad real de un mensaje de ideas, del contenido concreto del panfleto en cuestión, de influir a posteriori en el comportamiento ilícito de sus receptores, pero resultando ciertamente inherente que dicho contenido haya tenido una real y efectiva influencia para la consumación del tipo aquí enjuiciado" (FJ 3).

Por su parte, la segunda sentencia, de 10 de diciembre de 2013, fue dictada por el Tribunal de lo Penal n. 18 de Barcelona, y en ella se absolvió al Alcalde de Badalona del Partido Popular, por el hecho de repartir folletos en la campaña electoral, así como ofrecer mítines y declaraciones en relación con los gitanos rumanos residentes en la citada ciudad. A pesar de calificarlos como una "lacra", "plaga" o "colectivos" que han venido únicamente a robar, el Tribunal concluyó que dichas declaraciones estaban amparadas por la libertad de expresión (FJ 3). En efecto, en la sentencia se dice que "el mensaje poseía (por su contenido y por sus destinatarios) un potencial lesivo en el sentido que era idóneo para

²⁰⁷ En esta misma línea, ver STEDH de 16 de julio de 2009, asunto *Féret c. Bélgica*, pág. 73.

incitar de manera indirecta o subliminal a formas de discriminación, desprecio y aún de violencia”, y contemplado en su conjunto refleja una actitud xenófoba y un claro aprovechamiento para cargar en momentos de crisis económica muy grave todos o la mayoría de los males “al otro”, “al diferente”. Pero el Tribunal concluye que, siendo claro que la información que se difunde ha de ser constitutiva de un delito de injurias, pero en este caso la intención del acusado fue “denunciar la existencia de la inseguridad ciudadana, exponer las que él creía podían ser soluciones a tal problema y ofrecer un compromiso al cuerpo electoral de la ciudad de Badalona de afrontar y tratar de resolver el mismo caso de ser elegido Alcalde”.

Una tercera sentencia, íntimamente relacionada con las anteriores, es la dictada por la AN, de 15 de noviembre de 2016, en el conocido como “caso Zapata”. En este caso, el citado concejal fue acusado de haber humillado a las víctimas y enaltecer el terrorismo a través de la publicación de una serie de tuits. El Tribunal absolvió a este concejal al entender que no concurría el elemento objetivo, ni se percibe un ánimo injurioso.

En definitiva, se puede afirmar que “la línea divisoria entre el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales mencionados y la conducta penalmente relevante se concreta en provocar dolosamente a la discriminación, violencia u odio o difundir informaciones injuriosas contra grupo o asociaciones en relación, en ambos casos, a los motivos típicos” establecidos en el artículo 510 del CP¹⁰⁸.

4. En el 2015, y a través de la L.O. 1/2015¹⁰⁹, se produce una modificación del Código Penal, que afecta de manera muy significativa al artículo

¹⁰⁸ COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M.: “Regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español. Modificación del artículo 510 del Código Penal ante la libertad de expresión”, 2016, pág. 5 (consultar en: http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/ambit/formacio_recerca_i_docum/formacio/jomades_congressos/just_penal_internacional/2016/ixjorn_just_penal_intem_20160524_regulado_comas.pdf; visitado el 15 de marzo de 2017); REVENGA, M.: “Discurso del odio y modelos de democracia”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 50 (2015), págs. 32-35; REY MARTÍNEZ, F., “Discurso de odio y racismo líquido”, en REVENGA M.: *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, Madrid 2015.

¹⁰⁹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

510. Esta modificación¹¹⁰, por lo que al presente delito se refiere, tiene como cambios más relevantes los siguientes:

- i) el nuevo redactado del artículo 510 no menciona ya el término “los que provocaren”, sino a los “que promuevan, inciten directa o indirectamente al odio”. Se ha de aplaudir esta modificación a fin de dar por finalizado el debate que ha dividido a la doctrina y a la jurisprudencia durante años respecto al alcance del término “provocar”, es decir, sobre si era o no equiparable a los actos preparatorios de provocación definidos en el artículo 18.1 CP exigiendo la prueba de que se ha incitado a la realización de algún acto discriminatorio constitutivo de delito¹¹¹. Con la reforma legislativa, el artículo 510.l.a) del CP queda desvinculado del artículo 18.1 del CP y se clarifica que, tanto las conductas “directas” como las “indirectas”, se integran en el tipo penal;
- ii) se amplía el catálogo de conductas y junto al “odio, discriminación” o “violencia” se introduce la “hostilidad” en la línea de la Re-

¹¹⁰ Esta modificación tuvo un triple motivo, a saber:

a) Para adaptar las conductas analizadas a la Decisión Marco 2008/913/JAI, de 28 de noviembre, del Consejo de Europa, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, que debería haberse incorporado al derecho interno antes del 28 de noviembre de 2010. La Decisión Marco impone la tipificación como delictivas por parte de los Estados miembro, entre otras conductas, la incitación pública a la violencia o al odio, dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de dicho grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión o creencia, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como la difusión, por cualquier medio, de escritos, imágenes u otros soportes de contenido racista o xenófobo que terminen en esa incitación pública.

b) Para adaptar su redactado a las exigencias de la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, que impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio o a la hostilidad contra minorías.

e) Para superar la división doctrinal y jurisprudencial, en la aplicación de los tipos penales vigentes debido a una deficiente técnica legislativa que hacía posibles interpretaciones muy dispares en los Tribunales en detrimento de las víctimas; acorde con las peticiones de mejora suscitadas desde diversos ámbitos doctrinales y jurídicos.

¹¹¹ Cfr. LERNER, N.: “Freedom of expression and advocacy of group hatred. Incitement to hate crimes and religious hatred” (consultar en: http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles_1920_iccpriexperts_papers.htm).

- comendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre (Art. 510.1.a) CP)¹¹²;
- iii) se explicita el requisito de que la conducta típica ha de ser llevada de forma “pública”, al carecer de sentido perseguir estas conductas en el ámbito privado dada la naturaleza de estos delitos (Art. 510.1.a) CP);
 - iv) se introduce en el apartado segundo (Art. 510.1.b) como novedad en la conducta típica “la posesión o creación de materiales idóneos para materializar las conductas reseñadas, con intención de distribuirlos”, no exigiéndose que se haya consumado la distribución. Basta la posesión con la finalidad de distribuir, sin que el tipo penal alcance la posesión a título personal. Se configura, por tanto, como una conducta de “peligro abstracto”; v) en el tercer apartado (Art. 510.1.c) se incluyen las conductas del antiguo artículo 607.2 CP (que queda derogado) relativas a los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos. Se incluye, por tanto, no solo el genocidio, sino además los cometidos “en contra de la comunidad internacional”, como son los de “lesa humanidad” o los perpetrados contra personas y bienes en el marco de un conflicto armado. Y se circunscribe a la negación típica anudada a que con la conducta negacionista se “promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos o individuos señalados en el tipo penal”. El tiempo dirá como los tribunales de la jurisdicción ordinaria interpretan esta nueva exigencia en el sentido de entender sí la nueva regulación sigue colisionando con el derecho a la libertad de expresión, lo que determinará que pueda producirse algún nuevo planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, que obligue al Tribunal Constitucional a

¹¹² PÉREZ-MADRID, F.: “Incitación al Odio o Hate Speech y libertad de expresión”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 19 (2009), págs. 1-19.

- posicionarse al igual que lo hizo en la conocida y ya comentada STC 235/2007, de 7 de noviembre;
- vi) en todas las conductas anteriormente descritas se incrementa la pena hasta cuatro años de prisión (de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses). Con anterioridad, la pena de prisión máxima era hasta tres años;
 - vii) se introducen en el punto 2 del precepto (Art. 510.2) dos tipos atenuados a fin de respetar el principio de proporcionalidad en la aplicación de las penas: a) los actos de humillación o menosprecio contra los grupos o personas referidas en el apartado anterior y que suponen una lesión a la dignidad de las personas, sin que tengan la entidad suficiente para generar el clima de violencia, discriminación o enfrentamiento que se exige en las conductas del apartado 1, y producidos mediante un discurso oral público o mediante la posesión de escritos o materiales con la finalidad de distribuirlos. La pena es la de seis meses a dos años de prisión y multa de seis a doce meses; y b) el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos grupos del apartado 1 o sus integrantes con una motivación discriminatoria, a través de un medio de expresión pública o de difusión, sin perjuicio de su castigo más grave cuando se trate de acciones de incitación al odio o a la hostilidad contra los mismos, o de conductas idóneas para favorecer un clima de violencia (Art. 510.2 b) in fine);
 - viii) En el apartado 3 del precepto se regulan dos tipos agravados de forma que la pena debe imponerse en su mitad superior (Art. 510.3) para los supuestos de comisión de estos delitos a través de internet u otros medios de comunicación social, o incluso en la superior en grado (Art. 510.4) para los supuestos en los que se trate de conductas que, por sus circunstancias, o por el contexto en el que se produzcan, resulten idóneas para alterar la paz pública o menoscabar gravemente el sentimiento de seguridad de los integrantes de los grupos afectados;
 - ix) también como novedad se prevé, que en todas las conductas anteriores, preceptivamente se imponga una pena accesoria de “inhabilitación especial para profesión u oficio educativos en el ámbito docente y deportivo y de tiempo libre”, en protección a

los menores y jóvenes a fin de que no sean ideologizados a partir de idearios racistas y discriminatorios (Art. 510.5);

- x) se incluyen de forma imperativa medidas para la destrucción de los documentos, archivos o materiales por medio de los cuales se hubiera cometido el delito, o para impedir el acceso a los mismos bloqueando el acceso a páginas web (Art. 510.6); y
- xi) se prevé la agravación de las penas en el caso de existencia de organizaciones delictivas, y se incluye la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Art. 510 bis)¹¹³.

4.1.3. Delitos de negacionismo¹¹⁴ y de apología¹¹⁵

Dos supuestos diferentes, pero íntimamente unidos al anterior, son el delito de negación del genocidio (antiguo Art. 607.2) y la figura de la apología (Art. 18)¹¹⁶.

1. TEDH ha abordado la temática de la negación del Holocausto con ocasión del asunto *Garaudi c. France*¹¹⁷, en el que el objeto de controversia lo constituía una publicación revisionista del holocausto. El Tribunal consideró que el objetivo y el tenor general del libro eran marcadamente contrarios al Convenio, ya que el demandante pretendía hacer uso de su libertad de expresión para finalidades que, en caso de resultar ampara-

¹¹³ COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M.: "Regulación del discurso del odio...", *op. cit.*, págs. 18-19.

¹¹⁴ n) "La 'negación del holocausto' describe el acto de negar, cuestionar o admitir dudas, de forma parcial o total, sobre el hecho histórico del genocidio de judíos durante la Segunda Guerra Mundial" (Apartado B) Definiciones, punto n), de la Recomendación General nº 15 ECRl).

¹¹⁵ "a) 'Apología' relacionada con la denigración, odio o vilipendio se refiere al apoyo intencionado y activo cuando se produzcan tales conductas y actitudes respecto a un grupo particular de personas" (Apartado B) Definiciones, punto a) de la Recomendación General no 15 ECRl).

¹¹⁶ Ver, a este respecto, Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal, en la que, junto al delito de odio, incluye otros delitos como la apología pública, negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, tal como se definen en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Art. 1).

¹¹⁷ STEDH de 23 de junio de 2003, asunto *Garaudi c. France*.

das, contribuirían a la destrucción de los derechos y libertades garantizados en la misma¹¹⁸.

La presente temática también fue abordada, en su momento, por nuestro TC, en la sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, llegando a la conclusión de que la mera negación neutral del holocausto o de un genocidio forma parte del derecho a la libertad de expresión (cfr. FJ 4) y, por tanto, su penalización resulta contraria a la Constitución (cfr. FJ 5). En concreto, el TC considera que “la libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución, y, por ende, de nuestro sistema político” (FJ 7). En apoyo a sus argumentos, el Tribunal alude, entre otras razones, a la falta de referencia explícita en el presente delito al elemento intencional (FJ 6). Amén de no aceptar la presunta función preventiva que el mismo supone, teniendo en cuenta que dichas actitudes podrían contribuir a la creación de un clima de intolerancia que perturbara la pacífica convivencia democrática. A este respecto, el TC argumenta que “una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades, la constitucionalidad, a priori, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del artículo 607.2 CP, a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado” (FJ 8)¹¹⁹. En consecuencia, para nuestro alto Tribunal la cues-

¹¹⁸ En esta misma línea, vid. STEDH de 23 de septiembre de 1988, asunto *Lehodeux e Isorni c. Francia*. En esta sentencia, el Tribunal europeo manifestó que aceptar una revisión histórica de lo ocurrido en Francia durante la II Guerra Mundial, podría vulnerar el honor de las personas que tuvieron que vivir estos duros acontecimientos, por lo que concluyó que la limitación en la expresión pública de teorías negacionistas, con el objeto de proteger al honor de un colectivo determinado, no tendría por qué plantear problemas para ser incluida dentro de los fines que legitimarían tal restricción, según el artículo 10.2 del CEDH, pues cabría dentro de la finalidad de protección de derechos ajenos.

¹¹⁹ BILBAO, J.M.: “La negación de un genocidio no es una conducta punible (Comentario de la STC 235/2007”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 85 (2009),

ción del negacionismo del Holocausto debe ponerse en conexión no sólo con los llamados “discursos de odio” (y, por tanto, de incitación al odio o a la hostilidad), sino también con la incitación a la comisión de ciertos delitos (FFJJ 6 y 9¹²⁰), y no tanto con la apología o el delito de genocidio, lo que ha tenido su reflejo en la última reforma del Código Penal, toda vez que dicha temática ha sido introducida en el nuevo artículo 510.I.c). El Tribunal sitúa, pues, la frontera en la tipificación penal, de tal modo que la negación del genocidio debe suponer una incitación directa a la violencia contra ciertos grupos o al menosprecio hacia las víctimas del genocidio, y en que no se trate tan sólo de una mera adhesión ideológica a postulados políticos, lo que si estaría cubierto por el artículo 16 de la CE en conexión con el artículo 20 de la misma (FJ 9)¹²¹.

2. Mientras que, respecto del delito de apología, en su conexión con el enaltecimiento¹²² del terrorismo, la mayor dificultad se produce a la hora de apreciar la concurrencia de los elementos configuradores del tipo (artículo 578 en relación con los artículos 572 a 577 CP). A este respecto, cabe mencionar la SAN 25/21O, de 21 de junio, en la que se abordaba la difusión en un foro de internet, en 2006, de unas viñetas, realizadas por

págs. 299-352; CATALÁ IBAS, A.; PÉREZ I SEGUI, Z.: “La negación del Holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 10 (2007), págs. 181 y SS.; LADA GOROSTIZA, J.M.: “Incitación al odio: evolución jurisprudencia] (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege data (A la vez un comentario a la STS 259/2011 —Librería Kalki— y a la STC 235/2007)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 7 (2012), págs. 297-346; SUÁREZ ESPINO, M.: “Comentario a la sentencia 235/2007 por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio”, en *Revista para el análisis del Derecho*, n. 2 (2008), págs. 1-12; TAJADURA TEJADA, J.: “Libertad de expresión y negación del genocidio: comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007”, en *Revista vasca de Administración Pública*, n. 80 (2008), págs. 233-255.

¹²⁰ A éste respecto, el TC condiciona la constitucionalidad a que “constituya una incitación indirecta a la comisión del genocidio”, o bien “...cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio 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” (FJ 9).

¹²¹ Ver, también, FFJJ 6 y 7.

¹²² “l) ‘Enaltecimiento’ se refiere a la alabanza o exaltación de una persona por haber hecho algo”.
(Apartado B) Definiciones, punto l) de la Recomendación General núm. 15 ECRI).

el ilustrador Gonzalo López Royo, en las que se ridiculizaba los atentados del 11-S, glorificando a los muyahidines y mostrando una bandera verde islámica clavada en un mapa de España con el lema "¡Hemos vuelto!". En este caso, la Audiencia Nacional no consideró que aquellos hechos, declarados probados, constituyesen infracción penal alguna. Es más, entendió que la consignación pública de la postura ideológica del acusado mediante los mencionados dibujos, no merecía otra calificación que la de su brutalidad expresiva. Así, absolvió al acusado de enaltecimiento y menosprecio de víctimas de delitos terroristas (Art. 578 CP), porque la manifestación pública en términos de elogio o de exaltación, de su apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas no puede confundirse con tales actividades y entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos.

Recientemente, la Audiencia Nacional ha vuelto a abordar esta temática con motivo de la divulgación de unos tuits (en total 13) difundidos por redes sociales en los que se hacían chistes y comentarios sobre el atentado de ETA a Carrero Blanco¹²³. En esta ocasión, sin embargo, el

¹²³ El acusado publicó a través de su cuenta las siguientes imágenes, vídeos y mensajes que se describen a continuación:

- El día 29 de noviembre de 2013, a las 14:38 horas: "ETA impulsó una política contra los coches oficiales combinada con un programa espacial".
- El día 20 de diciembre de 2013, a las 16:26 horas: "Película: 'A tres metros sobre el cielo' Producción: ETA Films. Director: Ezequias. Protagonista: Felicísimo. Género: Carrera espacial".
- El día 5 de abril de 2014, a las 22:22 horas: "Silvio le regaló a Felicísimo un trozo de la luna, ETA le pagó el viaje a ella".
- El día 28 de abril de 2014, a las 21:27 horas: "Si hacer chistes de Felicísimo es enaltecimiento del terrorismo ...!"
- El día 8 de julio de 2014, a las 13:40 horas: "Perdone usted@DIRECCIONOO 1, un respeto para el gran Felicísimo, la estación internacional de la ETA puso todo su esfuerzo".
- El día 30 de junio de 2015: "¿Ya no puedo hacer chistes de Felicísimo?"
- El día 4 de septiembre de 2015, a las 00:04 horas: "Elecciones el día del aniversario del viaje espacial de Felicísimo. Interesante".
- El día 22 de septiembre de 2015, a las 20:39 horas: Junto a la imagen de espaldas del héroe del cómic Spiderman viendo surcar por entre los edificios un vehículo largo: "Spidennan vs. Felicísimo".
- El día 21 de octubre de 2015, a las 20:21 horas: "¿Felicísimo también regresó al futuro con su coche? RegresoAlFuturo".
- El día 20 de diciembre de 2015, a las 00:39 horas: Junto con la imagen de los efectos del atentado en que perdió la vida el Almirante Felicísimo y dos imágenes que

Tribunal, en sentencia de 29 de marzo de 2017, si ha condenado a un año de prisión y siete de inhabilitación a la persona que ha realizado dichos tuits. Para la Sección Cuarta de la Audiencia, tuits como "Película: A Tres metros sobre el Cielo; Producción: ETA Films. Director: Argala; Protagonista: Carrero Blanco. Género: Carrera espacial", y otros de semejante tenor "constituyen desprecio, deshonor, descrédito, burla y afrenta" a "personas que han sufrido el zarpazo del terrorismo y sus familiares". El Tribunal manifiesta que "la lacra del terrorismo persiste, aunque con menor intensidad, y las víctimas del terrorismo constituyen una realidad incuestionable, que merecen respeto y consideración, con independencia del momento en que se perpetró el sangriento atentado". Los magistrados subrayan el hecho de que el atentado de Carrero Blanco "segó la vida de otras dos personas, no tan relevantes, pero también merecedoras de la misma deferencia". Todo ello supone —a juicio del Tribunal— "una actitud irrespetuosa y humillante que encaja dentro del delito de humillación a las víctimas".

Esta sentencia sigue la doctrina sentada por el TS¹²⁴, y entre otras con el caso Cesar Augusto Montaña (más conocido como César Strawberry), que da lugar a la sentencia núm. 656/2007, de 17 de julio. En dicha sentencia, el Tribunal condena a este tuitero a un año de prisión y a seis años y seis meses de inhabilitación como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación de las víctimas, por varios comentarios que publicó en su cuenta de Twitter, entre noviembre de

recrean el momento de la explosión y la trayectoria ascendente del vehículo oficial en el que iba el asesinado, publica la siguiente expresión: "Peli: 20 de diciembre".

– El día 20 de diciembre de 2015, a las 10:15 horas: Junto con la imagen de un astronauta con la cara del Almirante Felicísimo, en lo que parece ser la superficie lunar y la bandera de España de la dictadura, con el preconstitucional escudo del águila, publica la siguiente expresión: "20p".

– El día 21 de diciembre de 2015: Junto con dos imágenes: una con la cara del astronauta ruso Gines y otra con el rostro del Almirante Felicísimo, publica las siguientes frases: "URSS VS SPAIN@URSS vs SPAIN URSS Gines VS SPAIN Felicísimo".

– El día 16 de enero de 2016, a las 00:36 horas: Junto con una imagen de los efectos del atentado en el que perdió la vida el Almirante Felicísimo y otra que recibe la trayectoria ascendente del vehículo oficial en el que iba, publica lo siguiente: "*Contigo quiero volar para poder verte desde el cielo en busca de lo imposible que se escapa entre mis dedos*" (Hechos probados segundo).

¹²⁴ Cfr. TS, sentencias 4/2017, de 18 de enero de 2017; 825/2016, de 2 de noviembre de 2016; 623/2016, de 13 de julio de 2016, y 656/2007, de 17 de enero de 2007.

2013 y enero de 2014, en los que mencionaba, entre otras personas, al funcionario de prisiones secuestrado por ETA, José Antonio Ortega Lara, así como a los GRAPO. Tribunal considera que fueron mensajes de humillación y burla que “alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y obligan a la víctima ‘al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano’” (FJ 3). Y ello con independencia de que se haya acreditado o no que el fin haya sido la defensa “de los postulados de una organización terrorista” (FJ 3) o “despreciar o humillar a sus víctimas” (FJ 3), ya que para el Tribunal la intención a ese respecto del cantante es “irrelevante”, toda vez que el artículo 578 del Código Penal no exige acreditar con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación y “basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de resolver las diferencias políticas y la reiteración consciente de esos mensajes a través de Twitter”, advirtiendo que el objeto del proceso “no es la actitud del acusado hace más de una decena de años frente al fenómeno terrorista, sino los mensajes de humillación que difundió valiéndose de su cuenta de Twitter” entre noviembre de 2013 y enero de 2014 (FJ 4).

Respecto de esta temática resulta de interés traer a colación el voto particular presentado por uno de los cinco magistrados, Perfecto Andrés Ibáñez, para quien considera que debió rechazarse el recurso de la Fiscalía y confirmarse la absolución de César Montaña, ya que sus mensajes “no pasan de ser meros exabruptos sin mayor recorrido, que se agotan en sí mismos; desde luego francamente inaceptables, pero esto solo”. Los comentarios de Strawberry, según Andrés Ibáñez, “carecen de la menor posibilidad de conexión práctica con actores y acciones susceptibles de ser consideradas terroristas”, más en el momento en el que fueron escritas y difundidas, cuando ETA ya había decretado el fin de la violencia. Este dato, que parece desconocer el Tribunal Supremo, nos parece absolutamente relevante, ya que, de no existir actos terroristas o el terrorismo, no cabría un delito como el establecido en el artículo 578 del CP²²⁵.

²²⁵ Así, por ejemplo, en la STEDH de 25 de noviembre de 1997, caso *Zana*, que trata sobre un dirigente político que afirmó que “apoyaba el movimiento de liberación nacional del PKK”, el TEDH entendió que la “declaración no puede, (...), considerarse aisladamente. Dadas las circunstancias del caso tuvieron una gran repercusión que el demandante no podía ignorar. Tal y como el Tribunal señaló anteriormente (...), la

Amén de considerar a todas las víctimas de delitos de violencia iguales, ya que unas víctimas no pueden ser consideradas más víctimas que otras en base al tipo de delito que hayan sufrido¹²⁶.

A este respecto, el TEDH emplea un canon de ponderación aplicable a estos casos y por el que distingue entre la restricción de este tipo de mensajes y el que se debe aplicar al discurso político. Así, en el ámbito de la crítica o discusión política, el TEDH interpreta más restrictivamente los límites de la libertad de expresión, incluso suele llegar a amparar los mensajes que contienen una cierta virulencia o crítica gratuita en la discusión política¹²⁷. En concreto, el TEDH recuerda en numerosas acciones que “el artículo 10.2 del Convenio no deja apenas lugar a las restricciones a la libertad de expresión en el *ámbito* del discurso político o de las cuestiones de interés general¹²⁸”. Por el contrario, cuando un individuo incita o jus-

entrevista coincidió con atentados mortales perpetrados por el PKK contra civiles en el sudeste de Turquía, lugar donde reinaba, en el momento de los hechos, una tensión extrema. En estas circunstancias, el apoyo al PKK, calificado de ‘movimiento de liberación nacional’, por parte del antiguo alcalde de Diyarbakir, la ciudad más importante del sudeste de Turquía, en una entrevista publicada en un gran periódico nacional, podría agravar una situación ya de por sí explosiva en esa región” (párr. 59 y 60). Este criterio también ha sido seguido en la STEDH de 8 de julio de 1999, “caso *Sürek*”. El citado caso versa sobre la publicación en un periódico de unas cartas en las que se realiza una llamada a la venganza sangrienta contra las autoridades turcas. Concretamente, cuando el TEDH realiza la ponderación entre la libertad de expresión y el bien jurídico que justifica su restricción, afirma que: “*conviene (...) tener en cuenta la situación reinante en materia de seguridad en el sudeste de Turquía cuando se publicaron las cartas: aproximadamente desde 1985, graves disturbios causaban estragos entre las fuerzas de seguridad y los miembros del PKK y habían supuesto enormes pérdidas humanas y la proclamación del estado de emergencia en la mayor parte de la región (...). En este contexto, es preciso recordar que el contenido de las cartas era susceptible de favorecer la violencia en la región, insuflando un odio irracional contra los que eran presentados como responsables de las atrocidades que alegaban. De hecho, el lector saca la impresión de que el recurso a la violencia es una medida de autodefensa necesaria y justificada de cara al agresor*” (párr. 62).

¹²⁶ Establecer una relación jerárquica a este respecto carece —a nuestro juicio— de sentido, porque ello supondría que unas víctimas son más víctimas que otras. ¿Quién es más víctima quien sufre un atentado terrorista o una violencia de género o un asesinato o un ataque de odio? Todas son víctimas y todas tienen que estar igualmente protegidas.

¹²⁷ Véase, a este respecto, STEDH de 9 de marzo de 2004, caso *Abdullah Aydın*, párr. 31.

¹²⁸ El TEDH en el caso *Otegui* considera que “*los límites de la crítica admisible son más amplios respecto a un hombre político, contemplado en este carácter, que los de un particular; a diferencia del segundo, el primero se expone inevitable y conscientemente*

tifica públicamente la utilización de la violencia para conseguir objetivos políticos o incluso religiosos, desaparece esa especial protección y, por tanto, cobran fuerza o peso los fines que justifican su limitación. Por ello, para aplicar un canon u otro de ponderación, el TEDH analiza si las expresiones que se manifiestan públicamente justifican o amparan los métodos violentos o terroristas¹²⁹. En el caso de que se justifique la violencia, el TEDH ponderará la necesidad de la limitación de la libertad de expresión "a la luz del conjunto del asunto, incluido el contenido de las palabras reprochadas al demandante y el contexto en el que se pronunciaron"¹³⁰.

4.2. Libertad de conciencia y libertad de expresión: relaciones de conflicto

Analizados los supuestos de los límites a la libertad de expresión e información de carácter religioso, se van a abordar seguidamente los supuestos de conflicto, con especial atención a aquellos supuestos en los que la libertad de expresión colisiona con los sentimientos religiosos¹³¹, y en concreto el delito de escarnio.

*a un control atento de sus hechos y gestos tanto por los periodistas como por el conjunto de los ciudadanos; debe, por lo tanto, mostrar una mayor tolerancia (Lingens, antes citado, § 42, Vacío Aizsardzibas Klubs c. Letonia, n 57829/00, § 40, 27 de mayo de 2004, y Lopes Gomas DA Silva c. Portugal, n 37698/97, § 30, CEDDH 2000-X). Tiene ciertamente derecho a ver protegida su reputación, incluso fuera del marco de su vida privada, pero los imperativos de esta protección deben ponderarse con los intereses del libre debate de las cuestiones políticas, las excepciones a la libertad de expresión requieren una interpretación restrictiva (véase, en particular, Pakdemirli, antes citado, § 45, y Artun y Güvener c. Turquía, n° 75510101, § 26, 26 y de junio de 2007)" (párr. 50). En este mismo sentido, véanse TEDH, sentencias de 8 de julio de 1986, caso *Ligens*, párr. 42; de 23 de abril de 1992, caso *Castells*, párrs. 42 y 43; de 25 de noviembre de 1996, caso *Wingrove*, párr. 58, y de 15 de marzo de 2011, caso *Otegi*, párr. 54.*

¹²⁹ Sobre la cuestión, véanse TEDH, sentencias de 8 de julio de 1999, caso *Sürek*, párr. 62; de 28 de septiembre de 1999, caso *Oztürk*, párr. 68; de 15 de octubre 2002, caso *Karakor*, párr. 43; de 9 de marzo de 2004, caso *Abdullah Aydin*, párr. 31 y ss, y de 23 de septiembre de 2004, caso *Feridun Yazar*, párr. 27.

¹³⁰ Ver STEDH de 25 de noviembre de 1997, caso *Zana*, párr. 51.

¹³¹ Cfr. FERNÁNDEZ-CORONADO, A.: "La tutela penal de la libertad religiosa", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 2 (1986), págs. 17-55; FERNÁNDEZ-CORONADO, A.: "El contenido de la tutela de la libertad de conciencia en el Código Penal de 1995", en *Revista del Poder Judicial*, n° 52 (1998), págs. 135-176; FERREIRO GALGUERA, J.: *Protección jurídico-penal de la religión*, La Coruña 1998; FERREIRO GALGUERA, J.: *Los límites de la libertad de expresión. La cuestión de los sentimien-*

4.2.1. Delito de escarnio

Un primer ámbito de conflicto, y donde el mismo ha alcanzado un mayor reflejo en España, se ha articulado en torno al delito de escarnio (Art. 525 CP). Respecto del mismo, lo primero que cabe señalar es que, las mismas dificultades existentes para que concurren los elementos del delito de apología, aparecen también a propósito del presente delito. En concreto, respecto del elemento subjetivo del tipo, o —lo que es lo mismo— en el hecho de que el autor debe tener intención de ofender los sentimientos de una confesión religiosa, mientras que no parece necesario para la consumación del delito que se hayan lesionado efectivamente los sentimientos religiosos de un tercero. Puede realizarse tanto de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento y se refiere a los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa. A este respecto, resulta de interés traer a colación un caso planteado ante los tribunales del Reino Unido, el asunto *R. vs. Taylorm*³³², en el que se dijo que Cristo era un bastardo, junto a otras afirmaciones similares. En este supuesto, no se trata sólo de impedir la depravación de la moralidad pública, sino de castigar las ofensas contra las creencias religiosas de las personas.

En el mismo nivel de ofensa se puede situar al caso *Otto Preminger-Institut c. Austria*³³³, y en el que el TEDH establece que un film en el que se presentaba a Dios padre como un viejo senil, a Jesucristo como un estúpi-

tos religiosos, Madrid 1996; MORILLAS CUEVA, L.: "Los delitos contra la libertad de conciencia y de culto", en *Documentación jurídica*, nº 2 (1983), págs. 1337-1363; MOTILLA, A.: "La protección de la religión en el Código Penal español de 1995", en *Quaderni di Diritto e Política Ecclesiastica*, nº 2 (1996), págs. 453-463; OTADUY, J.: "La tutela penal del derecho de libertad religiosa", en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA, Pamplona 1994, págs. 511-542; PÉREZ-MADRID, F.: *La tutela penal del factor religioso en el Derecho español*, EUNSA, Pamplona 1995; REDONDO ANDRÉS, M.J.: *Factor religioso y protección penal*, Pamplona 1998; TERRADILLOS BASOCO, J.: "Protección penal de la libertad de conciencia", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 69 (1983), págs. 139-162.

³³² (1976) 3Keb 607; 84 ER 906.

³³³ STEDH de 20 septiembre 1994, asunto *Otto Preminger-Institut c. Austria*. Cfr. MARGIOTTA BROGLIO, F.: "Un scontro tra liberta: la sentenza Otto-Preminger-Institut della Corte Europea", en *Rivista di Diritto Internazionale*, no 2 (1995), págs. 368-378; WACHSMANN, P.: "La religion contre la liberté d'expression: sur un arret regrettable de la Cour européenne des droits humme. L'arret Otto-Preminger-Institut du 20 septembre 1994", en *Revue Universalle de Droits del 'Homme*, nº 12 (1994), págs. 441 y ss.

do y a la virgen María como una casquivana, podría ser confiscado, ya que se persigue un fin lícito como es el caso y es necesaria en una sociedad democrática (pág. 49), y ello a pesar de la injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión que sólo es admisible si está prescrita por el derecho. Para el Tribunal existen razones relevantes y suficientes cuando la libertad de expresión afecta a opiniones y creencias religiosas, porque el ejercicio de ese derecho incluye una obligación de evitar, en la mayor medida posible, expresiones que sean gratuitamente ofensivas para otros y que, por tanto, no contribuyen a ninguna forma de debate público capaz de promover el progreso de los asuntos humanos (pág. 50)³⁴.

En nuestro Derecho puede hacerse referencia a un conjunto de casos en los que la libertad de expresión y los sentimientos religiosos aparecen interrelacionados. El primero en el tiempo es el llamado caso *Comic Sor Agut-tias de la Crú*, y que dio lugar a la STS de 8 de abril de 1981, por la cual Tribunal condena a sus autores sobre la base de considerar que las burlas que se producen en el comic citado “no suponen un agravio o ultraje a una persona determinada, sino a los sentimientos religiosos de la comunidad en razón a que el hecho religioso es un valor comunitario, colectivo o social de primera magnitud”.

El segundo de los casos a reseñar tiene que ver con la publicación de un poema irreverente en la revista *Interviú*. Dicho poema, que había sido considerado blasfemo por un tribunal inglés, hace referencia a una relación entre un centurión y Jesucristo. El Tribunal Supremo, a petición de la Fiscalía, casó la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, por la que se absolvía a los acusados, y —en la sentencia de 14 de febrero de

³⁴ Lo mismo ha entendido el TEDH en los asuntos *Wingrove c. Reino Unido*, de 25 noviembre 1996, y *Müller c. Suiza*. En la primera de las sentencias se aborda la negativa de la oficina inglesa de clasificación de películas a otorgar su visto bueno a una película de video (titulada: “Visions of Ecstasy”), que versaba sobre ciertas experiencias místicas de Santa Teresa unidas a representaciones cargadas de un cierto erotismo y pasión carnal. Mientras que la segunda de las sentencias versa sobre el secuestro de tres cuadros de un artista en una exposición fotográfica (con imágenes bestialismo, sodomía, felaciones, etc.) y el posterior proceso penal seguido por las autoridades suizas contra dicho artista y contra los organizadores de la exposición por un delito de obscenidad.

Por el contrario, en el caso *Whitehouse vs. Lemmon* se discutía sobre un poema publicado en el *Gay News*, acompañado de un dibujo en el que aparecía Cristo teniendo relaciones sexuales con sus discípulos de un modo bastante detallado y explícito. El TEDH declaró inadmisibile la demanda, con fecha de 7 de mayo de 1982.

1984— los condenaba por considerar que el poema contiene palabras y frases que “implica burla y mofa sobre la esencia de la pureza que contiene la religión católica, desprendiéndose de la narración no sólo el carácter poético del escrito, sino el predominio, sobre el mismo, del ánimo de menoscabar; ridiculizar e injuriar a la religión católica”.

El tercero de los asuntos versa sobre una obra de teatro (“*Te Deum*”), publicada como tal y ofrecida al público en un recinto teatral, donde se hace una parodia de determinados ritos de la religión católica. El TS, en su sentencia de 26 de noviembre de 1990, anula el Auto de sobreseimiento de la Audiencia Provincial de Valencia, y condena a los acusados (Els Juglars) al entender que con dicha actuación teatral se ha producido una befa generalizada de los ritos de la liturgia cristiana, y de la católica en particular.

Un cuarto supuesto está referido a un video (titulado “La Edad de Oro”) en el que aparece una figura humana crucificada con cabeza de animal. En este caso, el TS, en su sentencia no 66811993, de 25 de enero, y en aplicación del Código anterior y con relación a una figura afín (artículo 208 CP de 1973, antecesor del 524 CP), absolvió a la presentadora del programa en el que se emitió el citado video, por considerar —entre otros motivos— que cualquier cruz no es un crucifijo y, por lo tanto, no siéndolo no puede haber acto de profanación respecto de ella, al tiempo que faltaba en su conducta la intención de ofender³³⁵, y ello con independencia de que concurren una intención burlesca en el sujeto actuante.

³³⁵ El TS considera que “*el elemento intencional de la procesada no fue el antijurídico exigido en el precepto penal que se cita como infringido, cual es el ánimo de ofender los sentimientos religiosos de los cristiano, por lo que aun cuando hipotéticamente se admite la concurrencia del elemento objetivo o el soporte material de la ofensa, al no poder deducirse de los hechos que ha concurrido el elemento psicológico o la intención de ofender, al menos por parte de la procesada, en cuanto que la proyección del video se hallaba enmarcada en la actuación de un grupo musical que intervenía en un programa realizado con la finalidad que se dice en la sentencia recurrida como era la de dar a conocer las tendencias musicales de vanguardia, ha de concluirse en el sentido de que los hechos narrados como probados en la sentencia dictada por el Tribunal a quo no pueden estimarse como constitutivos del delito por el que la procesada fue acusada como se entendió, acertadamente, por el Tribunal de instancia. Por lo que no procede la solicitud de casación de la misma y sí, en cambio, la desestimación del motivo*” (FJ 5).

Otras sentencias significativas en esta materia son la SAP de Sevilla (Sección 4) nº 553/2004, de 7 de junio; SAP de Valladolid (Sección 4) nº 367/2005, de 21 de octubre, y SAP de Valladolid (Sección 2) 251/2011, de 9 de junio.

El quinto asunto también tiene su origen en un cortometraje, en esta ocasión titulado: “Cómo cocinar un crucifijo”, emitido en 2004, y en el que se iba explicando una receta al tiempo que se hacía referencia a diferentes dogmas de la religión católica. El centro jurídico “Tomás Moro” presentó una demanda criminal por escarnio contra los autores del cortometraje y la directora del programa, que fueron imputados por un delito contra los sentimientos religiosos según lo establecido en el artículo 525.1 del CP. Juzgado de lo Penal nº 8 de Madrid, en sentencia de 8 de junio de 2012, entendió que no concurrían los elementos del tipo del delito, puesto que, aunque el crucifijo puede considerarse como un símbolo de una creencia, la elaboración y emisión del video no pretendía hacer escarnio del cristianismo, aunque fuera evidente el sentido satírico, provocador y crítico del mismo. Además, no se apreció el ánimo de ofender, puesto que, en el ánimo de los acusados no existía intención de herir los sentimientos religiosos. Por ello, la conducta es concebida como un legítimo ejercicio y difusión de una expresión artística que realiza una crítica del fenómeno religioso¹³⁶.

La sexta causa hace referencia a un individuo con trastornos de personalidad que caminaba por la calle con una pancarta en la que aparecía una imagen de la virgen María y de Jesucristo, a cuyo pie se podía leer la leyenda: “adúltera con bastardo”. La Audiencia Provincial de Valladolid, en su sentencia núm. 367/2005, de 21 de octubre, pone de manifiesto cómo, a pesar de darse los requisitos del tipo, no se da el elemento subjetivo del injusto, toda vez que “el acusado, que al parecer ha fundado una ONG denominada: ‘Movimiento Social Ciudadano sin Fronteras’, de la cual *él* es el *único* integrante, y que según el Informe forense padece un trastorno paranoide de la personalidad con repercusiones conductuales que le llevan a sentirse perseguido por opinar de manera distinta al resto de las personas debido precisamente a la concepción equivocada que tiene de la realidad, fue el primero en demandar lo que *él* consideraba que había sido un ‘acoso fanático integrista religioso’ por el hecho de que no se le permitiera manifestar sus opiniones, y ha explicado reiteradamente que su intención mostrando esas pancartas no fue la de despreciar o insultar a aquellos que profesan la religión católica, sino que lo pretendido

¹³⁶ Contra esta resolución fue interpuesto recurso ante la Audiencia Provincial de Madrid, que confirmó la absolución.

por él ha sido hacer uso de lo que considera es su libertad de expresión, y mostrar públicamente su opinión contraria al dogma relativo a la virginidad de María”.

El séptimo y último de los asuntos afecta a un show de carácter humorístico donde se realizan comentarios irónicos, chistes y críticas sobre la religión. La Audiencia Provincial de Valladolid, en sentencia núm. 251/2011, de 9 de junio, absuelve al acusado, al considerar que no se dan los elementos de la acción típica, ni de la culpabilidad, toda vez que no se hace una burla tenaz sobre los dogmas o ceremonias de la religión, sino que se trata “de una mezcla de ideas, de gags, de comentarios sobre libros o artículos y de ocurrencias, teñido de un fondo humorístico, que vienen amparadas por el derecho a la libertad de expresión”. Dichos comentarios se entienden como integrantes de la crítica social dentro de una sociedad democrática y pluralista, ya que “lo que ponen de relieve es un posicionamiento laico y, si se quiere, anticlerical del conferenciante sin que ello constituya realmente escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de la religión católica, ni vejación de quienes los profesan o practican, y tampoco apreciamos un dolo de ofender los sentimientos religiosos de tal confesión”. Todo ello le permite concluir que el elemento subjetivo no se produce dado que está claro el *animus iocandi* o el de mera crítica social.

4.2.2. Libertad de expresión y honor

Un segundo ámbito de conflicto se sitúa en el territorio del honor bien del personal religioso, bien de un grupo religioso³³⁷. Por lo que respecta al primero, se puede hacer referencia a la sentencia AP de Girona de 27 de octubre de 2012. En el origen de la misma está la emisión, el 7 de octubre de 2010, por Telemadrid del reportaje titulado “Los doce imanes de la yihad”, donde se desvelaba el rostro de los doce imanes más peligrosos de España, que en su mayoría profesaban el salafismo, la corriente más violenta del integrismo islamista, desde sus púlpitos apoyaban a Al Qaeda y difundían un mensaje a favor del yihadismo. En este programa se atribuyó al imán de Salt (Girona) la condición de salafista radical y a otro se le vinculó con atentados terroristas. Dichos dirigentes religiosos islá-

³³⁷ BERDUGO, I.: *Honor y libertad de expresión*, Madrid 1987.

micos denunciaron la existencia de una intromisión ilegítima en su honor ante el Juzgado de Primera Instancia de Girona. Tras la resolución de 7 de diciembre de 2011, los demandantes la recurrieron ante la Audiencia Provincial, la cual recordó que, al concurrir en un mismo texto elementos informativos y valorativos, es necesario separarlos, y sólo cuando sea imposible hacerlo habrá de atenderse al elemento preponderante. Puesto que en el reportaje se tildaba a los imanes como peligrosos y violentos, la Audiencia Provincial entendió que la cadena de televisión autonómica madrileña atentó contra el honor de los demandantes, ya que el contexto del documental superaba los límites del denominado reportaje neutral. La sentencia de la AP de Girona fue confirmada por STS de 12 de enero de 2015¹³⁸.

Mientras que, en relación con la segunda: la protección del honor de un grupo religioso, se debe hacer referencia a la STC 214/1991, de 11 de noviembre, más conocida como el "caso Violeta Friedman". La Sra. Friedman, judía, fue internada durante la Segunda Guerra Mundial en un campo de concentración, junto a su familia. Esta sobrevivió al mismo, junto con su hermana, pero el resto de su familia no superó el genocidio nazi. En lo que al caso concierne, son los comentarios de un ex general nazi en una revista, que niega el genocidio del pueblo judío, los que Violeta Friedman considera que lesionan su Derecho al honor. En la misma, la primera cuestión que se plantea está relacionada con la legitimación activa, respecto de la cual el Tribunal afirma que "en nuestro ordenamiento constitucional... están legitimados para interponer el recurso de amparo toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo". A diferencia, pues, de otros ordenamientos, tales como el alemán o el propio recurso individual ante la Comisión Europea de Derechos Humanos (Art. 25.1.a) CEDH), nuestra Ley Fundamental no otorga la legitimación activa exclusivamente a la "víctima" o titular del derecho fundamental infringido, sino a toda persona que invoque un interés legítimo, "... Tratándose, en el presente caso, de un derecho personalísimo, como es el honor, dicha legitimación activa corresponderá, en principio, al titular de dicho derecho fundamental" (FJ 3). Y continúa señalado que "esta legitimación originaria no excluye, ni la existencia de otras legitimaciones (v. gr. la legitimación por sucesión de los descendientes, contemplada en los artículos

¹³⁸ Ver TC, sentencias 107/1988, 105/1990 y 172/1990.

4 y 5 de la L.O. 1/1982, de protección del derecho al honor), ni que haya de considerarse también como legitimación originaria la de 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 CE). En tal supuesto, y habida cuenta de que los tales grupos *étnicos* sociales e incluso religiosos son, por lo general, entes sin personalidad jurídica y, en cuanto tales, carecen de órganos de representación a quienes el ordenamiento pudiera atribuirles el ejercicio de las acciones, civiles y penales, en defensa de su honor colectivo, de no admitir el artículo 162.1.b) CE, la legitimación activa de todos y cada uno de tales miembros, residentes en nuestro país, para poder reaccionar jurisdiccionalmente contra las intromisiones en el honor de dichos grupos, no sólo permanecerían indemnes las lesiones a este derecho fundamental que sufrirían por igual todos y cada uno de sus integrantes, sino que también el Estado español de Derecho permitiría el surgimiento de campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo, contrarias a la igualdad, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama (Art. 1.1 CE.) y que el artículo 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)³³⁹.

Por lo que se refiere al fondo, el TC analiza esencialmente dos cuestiones: de un lado, si ha habido o no la necesaria ponderación de los derechos fundamentales en conflicto por los órganos judiciales y, por otra, en caso afirmativo, si la ponderación efectuada se acomoda o no a los criterios perfilados por la jurisprudencia constitucional³⁴⁰. Pues bien, el Tribunal parte de la premisa de que sí ha habido por parte de los órganos judiciales la necesaria ponderación, mientras que respecto de la segunda de las cuestiones, afirma que "las declaraciones efectuadas en su

³³⁹ Ver también, FJ 4.

³⁴⁰ Ver FJ 7 en relación con el FJ 6.

día por el demandado, Sr. Degrelle, han de incardinarse, antes que en la libertad de información, dentro del ejercicio de la libertad de expresión (Art. 20.1 CE.), en relación con la libertad ideológica (Art. 16.1 CE.), puesto que, si bien en las mismas el demandado hace referencia a hechos históricos (en concreto respecto de la actuación nazi con los judíos durante la Segunda Guerra Mundial y de los campos de concentración), se limita a expresar su opinión y dudas sobre esos concretos acontecimientos históricos. Y en este sentido, aun cuando se suministre información sobre hechos que se pretenden ciertos y a la protección constitucional sólo se extiende a la información veraz, este requisito de veracidad no puede, como es obvio, exigirse respecto de juicios o evaluaciones personales y subjetivas, por equivocados o mal intencionados que sean, sobre hechos históricos" (FJ 7).

Rechazado por inexigible el requisito de veracidad, el análisis del TC, en orden a pronunciarse sobre la corrección o no de la ponderación judicial efectuada acerca del conflicto de derechos fundamentales, se centra, necesariamente, en comprobar si las declaraciones del demandado resultan amparadas por el derecho a la libertad de expresión o si, por el contrario, las mismas vulneran otros derechos constitucionales. Y, a este respecto, el Tribunal manifiesta que "de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos *étnicos*, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social" (FJ 8).

Todo lo anterior le lleva a concluir al Tribunal que "si bien parte de las manifestaciones en cuestión realizadas por el Sr. Degrelle estaban incluidas en el *ámbito* de la libertad de expresión, otra parte de ellas —las antes mencionadas no quedan justificadas por el artículo 20.1 CE.—, por lo que procede declarar la existencia, en el presente caso, de intromisión legítima en el honor y dignidad de la hoy recurrente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.1, 10.1 y 18.1 CE. Por tanto, y en congruencia con el *petitum* contenido en el suplico de la demanda, procede el otorga-

miento del presente recurso de amparo, anulando las Sentencias de los Tribunales en cuanto no reconocieron aquel derecho fundamental" (FJ 8).

4.2.3. Libertad de expresión y moralidad pública

Un tercer y último ámbito de manifestación del conflicto entre las dos libertades reseñadas se ha situado en la esfera de la moral pública. Pues bien, esta cuestión fue abordado por el TC, en su sentencia 62/1982, de 15 de octubre, por la que se resuelve un recurso de amparo por presunta vulneración, entre otros, del derecho a la libertad de expresión por la interdicción de un libro destinado a la educación sexual de los niños a través de sus padres o tutores, y en la que se condena a sus autores por delito de escándalo público. La decisión del Tribunal resulta de interés en relación a la moral como posible límite de la libertad de expresión. Según el Constitucional, de acuerdo con dicho precepto, "*en conexión con el artículo 53.1 de la Constitución, la Ley puede fijar límites siempre que su contenido respete el contenido esencial de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 20. Queda así planteada la cuestión de determinar si la moralidad pública puede ser un límite establecido por el legislador o si tal límite afectaría al contenido esencial de la libertad de expresión*" (FJ 3). El Tribunal llega a la conclusión de que "*el principio de interpretación, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (artículo 10.2 de la Constitución), nos lleva así a la conclusión de que el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador como límite de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 20 de la Constitución*" (FJ 3)²⁴¹.

El problema quedaría, entonces, reducido a determinar "*en qué medida y con qué alcance puede ser delimitada la libertad de expresión por la idea de moral pública*". Pues bien, el Tribunal Constitucional afirma, a este respecto, que "*la moral pública —como elemento ético común de la vida social— es susceptible de concreciones diferentes, según las distin-*

²⁴¹ Tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en el Convenio de Roma, se prevé que el legislador puede establecer límites con el fin de satisfacer las justas exigencias de la moral (artículo 29.2 de la Declaración), para la protección de la moral pública (artículo 19.3.b) Convenio Nueva York), para la protección de la moral (artículo 10 Convenio de Roma).

tas *épocas* y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social. Lo que nos lleva a la conclusión de que la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto *ético*, juridificado en cuanto es necesario un *minimun ético* para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico (artículo 10 de la Constitución)” (FJ 5). Así las cosas, el Tribunal entiende que “para precisar tales garantías hemos de acudir al Convenio de Roma de 1950, dado el contenido del artículo 10.2 de nuestra Constitución y a la competencia reconocida por España a la Comisión y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos... [añadiendo que] las garantías a las que nos referimos se deducen de los artículos 10.2 y 18 del mencionado Convenio, el primero de los cuales se refiere específicamente a la libertad de expresión, y el segundo —con carácter general— a las restricciones de los derechos y libertades de que trata el propio Convenio” (FJ 5).

Mientras que, por lo que se refiere a la finalidad legítima, el TC entiende que las resoluciones judiciales impugnadas, fundamentadas en la protección de la moral, con especial referencia a la protección de la juventud y de la infancia, “han observado la garantía exigida por el artículo 18 del Convenio de Roma de que la aplicación de la medida sancionadora lo ha sido con la finalidad para la cual ha sido prevista” (FJ 6). Mientras que, en relación con la proporcionalidad de la medida adoptada, para el Tribunal, “partiendo del artículo 20.4 de la Constitución..., la pornografía no constituye para el Ordenamiento jurídico vigente, siempre y en todos los casos, un ataque contra la moral pública en cuanto *minimun ético* acogido por el derecho, sino que la vulneración de ese *minimun* exige valorar las circunstancias concurrentes y entre ellas, muy especialmente tratándose de publicaciones. La forma de la publicidad y de la distribución, los destinatarios —menores o mayores—, e incluso si las fotografías calificadas contrarias a la moral son o no de menores y el texto en la parte que se califique así trata de actuaciones o no de menores, pues no cabe duda que cuando los destinatarios son menores —aunque no lo sean exclusivamente— y cuando éstos son sujeto pasivo y objeto de las fotografías y texto, el ataque a la moral pública y por supuesto a la debida protección a la juventud y a la infancia, cobra una intensidad superior” (FJ 6). A partir de aquí, el Constitucional considera que “para valorar si la pena impuesta ha sido o no desproporcionada desde la perspectiva constitucional, he-

mos de partir de que el libro cuestionado... fue distribuido a las librerías para su venta al público y expuesto en la Feria del Libro de Madrid de 1979, Sección de Literatura Infantil, siendo sus destinatarios los niños y los padres y siendo también los niños el objeto de algunas fotografías y partes del texto consideradas contrarias a la moral pública... A ello hay que añadir que son también contrarias a la protección de la juventud y de la infancia (artículo 20.4 de la Constitución)" (FJ 6). Todo ello lleva al Tribunal a concluir que "*las observaciones anteriores dan lugar a que no estimemos que la calificación como delito sea desproporcionada, si se tiene en cuenta que tal calificación es necesaria en el derecho español para poder acordar el comiso..., que este Tribunal no puede calificar de desproporcionada en cuanto se observa fácilmente que la consecución del fin comprende el comiso como medio útil de entre las penas previstas en el Código Penal*" (FJ 6).

5. CONSIDERACIONES FINALES

De todo lo expuesto se pueden deducir una serie de consideraciones finales que afectan tanto al ejercicio de los derechos analizados, como respecto a su aplicación y límites por parte de los poderes públicos, en especial por parte de los órganos judiciales.

La primera de las consideraciones que cabe formular es que las libertades de expresión y de información se configuran en nuestro Derecho no solo como un derecho fundamental, sino también como una garantía institucional absolutamente imprescindible para garantizar la participación, la representación y el propio sistema democrático. Por ello reciben una especial protección las opiniones referidas a asuntos de interés general o relevancia pública. Así pues, el Tribunal concluye, en su sentencia 6/1981, que con el reconocimiento de la libertad de expresión y de los restantes derechos del artículo 20 CE se garantiza también "el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de representación democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política" (FJ 3).

La segunda consideración que debe hacerse está relacionada con la propia formación de la opinión pública libre y el papel relevante que a tal

efecto adquiere la libertad de expresión. A este respecto, cabe señalar que desde la inicial sentencia 6/1981, el TC ha destacado que “la posibilidad de libre ejercicio de los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información garantiza un interés constitucional relevante: en la medida en que la libertad en la expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de noticias es necesaria premisa de la opinión pública libre” (FJ 3), el artículo 20, al proteger dichas libertades, está garantizando la libertad en la formación y en el desarrollo de esa opinión pública (STC 12/1982, FJ 3). Y esta garantía reviste una especial trascendencia, ya que la opinión pública libre es una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, lo que la convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática (SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3; 20/1990, de 15 de febrero; 336/1993, de 15 de noviembre; 101/2003, de 2 de junio; y 9/2007, de 15 de enero; y SSTEDH de 7 de diciembre de 1976, asunto *Handyside c. Reino Unido*; de 23 de abril de 1992, asunto *Castells c. España*, y de 29 de febrero de 2000, asunto *Fuentes Bobo c. España*).

Una tercera consideración, esta vez relacionada con el derecho a la libertad ideológica y religiosa (Art. 16.1 CE), permite afirmar que la libertad de pensamiento sólo puede ejercerse de manera real si existe una plena formación de la conciencia, y para ello las libertades de expresión y de información adquiere especial relevancia, a efectos de que puedan ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6). No obstante, se debe precisar que si bien a la libertad de conciencia le corresponde el correlativo derecho a expresarla que garantiza el artículo 20 de la CE (STC 20/1990, FJ 5), el derecho que éste reconoce no puede entenderse “simplemente absorbido” por las libertades del artículo 20 de la CE (STC 20/1990, FJ 3), ni tampoco que toda expresión libremente emitida al amparo del artículo 20 sea manifestación de la libertad ideológica o religiosa del artículo 16 de la misma (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 10, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 8).

En cuarto lugar, debemos señalar que en los supuestos de colisión entre los derechos fundamentales de la libertad de información y los del espíritu no se puede establecer apriorísticamente los límites o las fronteras entre uno y otro derecho, por lo que dicha delimitación habrá que hacerla caso por caso (STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 3). Así las cosas, se puede afirmar que los órganos judiciales deben valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias

concurrentes en el caso concreto (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2; y 127/2004, de 19 de julio), si la conducta que enjuicia constituye un juicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la misma (STC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3). En consecuencia, la ausencia del presente juicio deberá entenderse como inadmisibles (STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 3), al tiempo que constituye una vulneración de los derechos garantizados en el artículo 20 de la CE (SSTC 299/de 23 de octubre, FJ 3; 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3, y 177/2015, de 22 de julio, FJ 2.e).

Entrando en la casuística, y con ella en la quinta de las consideraciones, cabe precisar que en el supuesto concreto del discurso de odio, y aunque el mismo ha sido entendido, tanto por el TC como por el TEDH, como un límite tanto de la libertad de expresión como de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, sin embargo no resulta ni tan clara ni tan precisa su delimitación. Así, para el TC el negacionismo por sí solo no entra dentro del discurso del odio y no puede limitar el derecho de libertad de expresión (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 8). Para que esto último tenga lugar es preciso que éste vaya acompañado de un intento de banalización o menosprecio de un grupo étnico o religioso (STC 235/2007, FJ 9), o que se produzcan juicios ofensivos o expresiones vejatorias u oprobiosas (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8; 13/2001, de 29 de enero, FJ 7; 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; y 174/2006, de 5 de junio, FJ 4), comportamientos despectivos o degradantes hacia un grupo (STC 235/2007, FJ 9) o de humillación hacia las víctimas (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5). Mientras que el TEDH, por su parte a la hora de abordar estos supuestos ha utilizado dos vías previstas en el CEDH, a saber: i) la vía de exclusión de la protección de la Convención, prevista en el artículo 17 (prohibición del abuso del derecho)¹⁴², cuando el discurso de odio implica negación los valores fundamentales de la Convención (SSTEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto *Lehideux e Isorni c. Francia*; de 13 de febrero de 2003, asunto *Rafah Partisi y otros c. Turquía*; de 18 de mayo de 2004, asunto *Seurot c. Francia*, y Decisiones de 24 de junio de 2003, asunto *Garaudy c. Francia*; y de 17 de junio de 2004, asunto *Fdanoka c. Letonia*); y ii) la vía de las limitacio-

¹⁴² Esta disposición tiene por objeto impedir que las personas deduzcan de la Convención el derecho a ejercer o realizar actos destinados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades establecidos En el Convenio.

nes de la protección, prevista en el apartado 2 del artículo 10 (libertad de expresión)¹⁴³ de la Convención europea, cuando el discurso de odio vaya dirigido contra personas pertenecientes a grupos vulnerables (étnicos, religiosos, nacionales, raciales, orientación sexual, etc.) (STEDH de 15 de marzo de 2011, asunto *Otegui c. España*, pág. 54). Al tiempo que ha identificado el discurso de odio con cualquier forma de expresión que incite, promueva o propague el odio, en este caso, religioso, mediante la creación de un clima de hostilidad y exclusión, generador de un efecto cierto de amenaza que perturba el ejercicio de la igualdad de derechos por parte de los ciudadanos en general o contra determinados miembros de un grupo o minoría religiosa en particular (SSTEDH de 4 de diciembre de 2003, asunto *Gündüz c. Turquía*, pág. 41; de 6 de julio de 2006, asunto *Erbakan c. Turquía*; de 16 de julio de 2009, asunto *Féret c. Bélgica*, pág. 44; de 2 de febrero de 2010 (núm. 2), asunto *Christian Democratic People's Party c. Moldavia*, pág. 27, y de 21 de octubre de 2014, asunto *Murat c. Turquía*, págs. 44-51).

Una posición similar a la del TC han mantenido nuestros tribunales ordinarios en relación con el delito de escarnio (STS 668/1993, de 25 de enero), así como con los su puestos relacionados con la homofobia (Juzgado de Instrucción de Alcalá de Henares, auto de 10 de julio de 2012), ya que en ambos supuestos el carácter preponderante de la libertad de expresión supone que no se esté cometiendo un delito, en el primero de los supuestos contra los sentimientos religiosos (Art. 525 CP) y, en el segundo, de discriminación y de odio (Art. 510 CP).

Por el contrario, con relación a la protección de los sentimientos religiosos, el TEDH parece posicionarse en favor de éstos frente a la libertad de expresión o artística (SSTEDH de 4 de noviembre de 1976, asunto *Handyside c. Reino Unido*; de 28 de abril de 1988, asunto *Müller y otros c. Suiza*; de 23 de agosto de 1994, asunto *Otto Preminger-Institut c. Austria*; de 22 de octubre de 1996, asunto *Wingrove c. Reino Unido*), cuando respecto de estos hechos se debe precisar que en la mayoría de los asuntos se trata no tanto de delitos cuanto de situaciones de mala educación o de mal gusto. A este respecto, baste con recordar que el instrumento penal

¹⁴³ Restricciones que se consideren necesarias en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública, la prevención del desorden o la delincuencia, la protección de la salud o la moral y la protección de los derechos y libertades de los demás.

sólo será constitucionalmente lícito cuando, tras realizar de una manera adecuada los juicios de ponderación y proporcionalidad (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 3; 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5; 2/2001, de 15 de febrero, FJ 3; 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; 29/2009, de 26 de enero, FJ 3, y 104/2011, de 20 de junio, FJ 6), pueda concluirse que la conducta enjuiciada se desarrolló bajo la sola apariencia del ejercicio de un derecho fundamental (STC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5). A este respecto podría plantearse la idoneidad de la propia existencia de delitos basados en las creencias o las convicciones religiosas, como es el delito de escarnio o el de blasfemia. Baste con señalar en este momento que la tendencia actual en Europa es a descriminalizar este tipo de supuestos, pero manteniendo como delito las expresiones de odio por motivos religiosos. Aunque el respeto a las ideas, creencias o convicciones de los demás es una de las bases de la convivencia democrática, estamos de con DACEY cuando afirma que “el espacio para la blasfemia ética en la cultura está mejor protegido eliminando el delito de la blasfemia personal del derecho”²⁴⁴.

Desde el plano de los límites a los derechos fundamentales tomados en consideración, debe señalarse, y es la sexta de las consideraciones, que el TEDH precisa que la protección de la moral implica “la protección del *ethos*” moral o de los estándares éticos de la sociedad en su conjunto, pero puede también extenderse a la protección de los intereses morales y del bienestar de la fracción concreta de la sociedad. Ahora bien, lo que no podrá suponer en ningún caso —según nuestro TC— es que ese *ethos* moral coincida con una determinada y concreta moral religiosa (STC 24/1982). En consecuencia, la adopción de una medida de restricción de estos derechos debe implicar la existencia de una “necesidad social importante” (STEDH asunto *Handyside*), cuya valoración inicial corresponderá a la autoridad competente, quedando su decisión sometida a revisión por los tribunales ordinarios y, en última instancia, por el TC. Ahora bien, ese margen para la apreciación de dicha valoración inicial no debe ni tiene que ser idéntico respecto de cada uno de los fines que justifiquen una restricción al derecho (STEDH asunto *The Sunday Times*), ya que dicho margen deberá quedar afectado “no sólo por la naturaleza de la finalidad de la restricción, sino también por la naturaleza de las propias

²⁴⁴ DACEY, 2012: 15.

actividades implicadas" (STEDH asunto *Dudgeon*). Ello supone que toda restricción en una sociedad democrática deba ser proporcional al legítimo fin perseguido (STEDH asunto *Young, James y Waster*).

De lo expuesto, y por lo que a la limitación de las dos libertades de referencia se refiere, se pueden deducir un conjunto de consecuencias: en primer lugar, el presente derecho sólo puede restringirse en cuanto sea absolutamente necesario y sólo en la medida en que éste lo sea (SSTEDH asunto *Kjeldsen, Busk, Madsen y Pedersen* y asunto *Guzzardi*), por lo que se debe de estar ante una presunción a favor de la libertad, lo que supone aplicar el axioma: "máxima libertad posible, mínima restricción necesaria"; en segundo lugar, las limitaciones respecto de la libertad de conciencia deben ser establecidas por ley, no pudiendo establecerse arbitrariamente, ni con carácter discrecional (SSTEDH asunto *Marchx* y asunto *Van Oosterwijck*); y, en tercer lugar, los límites sólo pueden afectar a las manifestaciones externas de las creencias y no a las proyecciones internas de las mismas (SSTEDH asunto *Airey* y asunto *Buchholz*). Amén de resultar necesario la existencia de dos requisitos, a saber: que la incitación o la provocación produzca o intente producir un riesgo claro e inminente de desencadenar un daño sustancial [STS EE.UU. Asunto *Abrams c. US* (1919)].

Respecto de los medios de comunicación, y se trataría de la séptima y última consideración, cabe afirmar que un elemento fundamental en su función es la información y la noticia, para lo cual el factor de la veracidad juega un papel trascendente. Reuniendo tales condiciones, su ejercicio, en estos casos, prevalece sobre los derechos de la personalidad de los afectados por la información, siempre que ésta se encuentre en la base de una sociedad democrática. A este respecto, cabe señalar que entre los elementos a tener en cuenta en la valoración de la trascendencia pública de los hechos divulgados, cobran especial relevancia la materia de la información, su interés público y su contribución a la formación de la opinión pública libre. Desde esta perspectiva, la veracidad de la información no debe confundirse con la exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino de una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo o, si se prefiere, de la especial diligencia a fin de contrastar debidamente la información.