

COMUNICACIÓN 18

PAZ RELIGIOSA Y LIBERTAD DE  
EXPRESIÓN. LA JURISPRUDENCIA DEL  
TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS  
HUMANOS Y SU POSIBLE IMPACTO EN  
EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

ÍÑIGO LAZCANO BROTONS  
*Universidad del País Vasco/EHU*

1. INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, uno de los retos a los que se tendrán que enfrentar en los próximos años tanto la dogmática jurídica como la práctica forense sobre libertad de expresión, es al influjo que en el ejercicio de este derecho puede tener la multiculturalidad, especialmente la religiosa. La libertad de expresión y la de religión son dos derechos que poseen una compleja interrelación, derivada de su peculiar dinámica de ejercicio. En bastantes ocasiones ambos derechos son ejercidos por las personas simultánea y unidireccionalmente, resultando difícil encuadrar su conducta exclusivamente en uno de ellos. Es bastante habitual, por ejemplo, que en los procedimientos judiciales provocados por determinadas expresiones o manifestaciones de contenido más o menos religioso (piénsese, por lo que respecta al caso español, en el conocido caso del *imán* de Fuengirola<sup>1</sup>) los

---

<sup>1</sup> Se trata de la primera condena penal por el delito de provocación a la violencia contra grupos por razón de su sexo (art. 510.1 del Código Penal), dictada en base a las afirmaciones realizadas en su libro *La mujer en el islam* (vid. *El País*, de 15 de enero de 2004, p. 24).

recurrentes aleguen como fundamento de su discurso ambas libertades indistintamente. La libertad de religión implica la libertad de manifestar las convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos<sup>2</sup>. Esta facultad no es muy diferente de la que puede ser deducida a partir de la libertad de expresión, desde el momento en que ésta tutela también la libertad de opinión, libertad de opinión que, por supuesto, puede ser proyectada plenamente a favor de una determinada opción o convicción religiosa<sup>3</sup>. La proximidad, por lo tanto, entre ambos derechos es clara<sup>4</sup>.

La situación de estos derechos es aún más peculiar cuando se hallan enfrentados. La existencia de la libertad religiosa puede tener un determinado efecto neutralizante o restrictivo del ejercicio de la libertad de expresión, y viceversa. El fundamento jurídico de esta posibilidad limitativa, esta auténtica colisión o conflicto de derechos según la terminología jurídica al uso, es clara. Cuando el art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) fija las posibles causas justificadoras de una injerencia en la libertad de expresión, cita expresamente “la protección (...) de los derechos ajenos”, entre los cuales se encuentra, sin lugar a dudas, su derecho a la libertad religiosa. Otro tanto sucede con el art. 9.2 del CEDH, que al fijar los fines que legítimamente pueden limitar la libertad de religión incluye la referencia a “la protección de los derechos o las libertades de los demás”, que engloba, naturalmente, la libertad de expresión. El caso internacionalmente más conocido y controvertido de conflicto entre ambos derechos (aunque con adherencias ideológico-religiosas que impidieron hacer un análisis estrictamente jurídico del caso, por afectar a cuestiones más relevantes en materia de derechos humanos: la vida, la libertad, la integridad física, la tutela judicial, etc.) se planteó en el caso del libro *Versículos Satánicos*, publicado hace ya quince años por Salman Rushdie<sup>5</sup>. Antes de abordar la problemática derivada de la posición singular recíproca de ambos derechos ha de indicarse un fac-

---

<sup>2</sup> Así lo señala el art. 9.1 del CEDH. Ha de tratarse, en todo caso, de la expresión de convicciones religiosas. La publicidad relativa a una creencia religiosa pero de carácter puramente comercial no encaja en ese concepto (Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 5 de mayo de 1979, *Iglesia de la Cienciología c. Suecia*), SUDRE, 2003, p. 438.

<sup>3</sup> LAZCANO, 2004 (a), pp. 372 a 374.

<sup>4</sup> Aunque algunos autores reclaman una “especificidad” de la libertad religiosa, por sus exigencias e implicaciones prácticas: KOUBI, 2003, p. 1057.

<sup>5</sup> HAARSCHER, 1996, pp. 81 a 89.

tor más que añade cierta incertidumbre en la misma. Se trata de la posibilidad de que la libertad de expresión, en tanto que libertad de opinión, tenga también un componente gestual o simbólico, esto es, que vaya más allá del mero discurso verbal para adentrarse en la protección de determinados comportamientos, conductas, referencias visuales o estéticas, etc<sup>6</sup>. Esto no hace sino aproximar el entendimiento de estos derechos porque, como es sabido y ya se ha relatado, la libertad religiosa tiene también una proyección en todo aquello relativo al culto, a la práctica, a la observancia de los ritos, incluyendo la vestimenta<sup>7</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es, a estos efectos, una especie de laboratorio del pluralismo jurídico<sup>8</sup>, por los orígenes geográficos y culturales de los casos que plantea y por sus consecuencias en otros ámbitos estatales de diferentes características sociales y religiosas. Los polémicos casos *Otto-Preminger-Institut* (1994) o *Wingrove* (1996), fueron resueltos partiendo del paradigma de la uniformidad religiosa, por lo menos en el territorio de referencia. Los más recientes casos del TEDH, en especial el asunto *Müslüm Gündüz* (2003), obligan a repensar ese paradigma y a analizar el impacto de la doctrina del Tribunal en todos los ordenamientos europeos<sup>9</sup>.

## 2. LA PROTECCIÓN DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS COMO LÍMITE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Hasta el asunto *Otto-Preminger-Institut*, de 1994, el TEDH no analizó el papel de los sentimientos y de las convicciones religiosas como posibles límites del ejercicio de la libertad de expresión. No obstante, en el fondo de algunos asuntos en el que se abordaban cuestiones derivadas de la necesidad de

---

<sup>6</sup> El Consejo de Estado francés en el *arrêt Kherouaa*, de 2 de noviembre de 2002, en relación al hecho de llevar el *foulard* islámico en un centro escolar, afirmó que esta conducta “constituye un ejercicio de la libertad de expresión y de manifestación de las creencias religiosas”. El problema es determinar qué exigencias del buen funcionamiento del servicio público educativo pueden ser impuestas para limitarla y, sobre todo, cuáles de ellas son compatibles con los límites fijados en el CEDH. Sobre el tema pueden verse: SUDRE, 2003, p. 410; STIRN, 2003, p. 1081 y, comentando la reciente Ley n° 2004-228, de 15 de marzo, DURAND-PRINBORGNE, 2004, pp. 704 a 709.

<sup>7</sup> FROWEIN, 1995, p. 358. Ver también: LASAGABASTER, 2004 (a), *in toto*.

<sup>8</sup> DELMAS-MARTY, 1996, p. 92.

<sup>9</sup> LAZCANO, 2004 (b), en su totalidad.

proteger la moral sí que podía observarse un cierto reflejo difuso de aquellos valores<sup>10</sup>, de tal manera que se ha llegado a afirmar que se transponía a los mensajes con fines blasfemos la jurisprudencia existente relativa a la protección de la moral<sup>11</sup>. Como primera referencia puede citarse el caso *Handyside* (1976)<sup>12</sup>, motivado como consecuencia del secuestro y el ejercicio de la acción penal en el Reino Unido contra los editores de una pequeña publicación (“El Libro Rojo del Cole”) de carácter antiautoritario y permisivo en cuestiones relacionados con temas como el sexo y las relaciones sexuales, el aborto, las drogas, la educación, etc<sup>13</sup>. El TEDH consideró que no había sido vulnerado el art. 10 del CEDH, ni por la retirada de la circulación del libro, ni por la persecución penal de sus autores, por entender que, en principio, en cuestiones que tienen que ver con la protección de la moral como límite de ese derecho, las autoridades estatales se hallarían mejor posicionadas que las de Estrasburgo para apreciar las exigencias derivadas de la necesaria protección de la moral en una sociedad democrática. Se trata de la decisión que iba a consagrar, de una manera amplia en relación a la necesaria protección de la moral, un extenso “margen nacional de apreciación” en la materia<sup>14</sup>. En la justificación de la decisión, el TEDH utilizó afirmaciones que bordeaban conceptualmente el límite de lo que pudieran ser los valores religiosos como criterios de argumentación. Asumió el TEDH la posición del Gobierno británico cuando éste se refería a que las iniciativas procesales penales contra el editor podían explicarse “por el sentimiento sincero que los ciudadanos fieles a los valores morales tradicionales habían sentido”<sup>15</sup>. Por otra parte, y más explícitamente, al aludir a la apreciación de los aspectos antiautoritarios del libro, el TEDH los tomaba en consideración “únicamente en la medida en que, conociendo la influencia moderadora de los padres, de los profesores, *de las iglesias* y de las organizaciones juveniles, agravaban a los ojos de la jurisdicción de apelación, la tendencia a «depravar y corromper» que se desgajaba, según la jurisdicción, de otras partes de la obra”<sup>16</sup>. El posterior asunto

---

<sup>10</sup> PINTO, 1984, p. 184, había reprochado a la jurisprudencia dictada por el TEDH hasta esa fecha “exhalar un discreto perfume de moralismo cristiano-social un poco arcaico”.

<sup>11</sup> OETHEIMER, 2001, p. 105; MERRILLS y ROBERTSON, 2001, pp. 175 y 176.

<sup>12</sup> *Handyside c. Reino Unido*, sentencia de 4 de noviembre de 1976.

<sup>13</sup> Libro, por cierto, cuyo editor fue condenado en el Estado español por un delito de escándalo público (STS 24 de julio de 1982) a cuatro meses y un día de arresto mayor, multa e inhabilitación).

<sup>14</sup> YOURROW, 1996, p. 46; MOWBRAY, 2001, p. 449.

<sup>15</sup> *Handyside c. Reino Unido*, sentencia de 4 de noviembre de 1976, apdo. 52.

<sup>16</sup> *Handyside c. Reino Unido*, sentencia de 4 de noviembre de 1976, apdo 52.

*Müller* (1988)<sup>17</sup>, puede también ser interpretado en esta misma línea. Se trataba del secuestro de tres cuadros de un artista (con imágenes de sodomía, bestialismo, felaciones, etc.) en una exposición fotográfica y del ulterior procedimiento penal entablado por las autoridades suizas contra el mismo artista y contra los organizadores de la exposición por un delito de obscenidad. El TEDH, de una manera un tanto decepcionante<sup>18</sup>, reprodujo las consideraciones del caso *Handyside* sobre el margen estatal de apreciación, al no existir una concepción uniforme de la moral en los diversos ordenamientos de los Estados firmantes<sup>19</sup>. Para el TEDH, aunque las concepciones de la moral sexual hubieran cambiado en los últimos años, no resultaba irrazonable calificar las obras de una naturaleza tal que hería brutalmente “la decencia sexual de las personas dotadas de una sensibilidad normal”<sup>20</sup>. Tanto en este caso como en el anterior se estimó por el TEDH que no existía vulneración alguna de lo previsto en el art. 10 del CEDH sobre libertad de expresión.

La referencia primera y más explícita de la jurisprudencia del TEDH al tema de la protección de los sentimientos religiosos como hipotético límite del ejercicio de la libertad de expresión se halla en el caso *Otto-Preminger-Institut* (1994)<sup>21</sup>. Los hechos, acaecidos en 1985, fueron los siguientes. Una asociación austriaca de derecho privado, de carácter no lucrativo y cuyo objeto principal era promover la creatividad, la educación y el entretenimiento por medios audiovisuales, va a proyectar -en un cine gestionado por la propia asociación- un film (“Das Liebeskonzil”), anunciándolo en el periódico de la asociación (y señalando la prohibición de acceso de menores), en diversos expositores en Innsbruck y en un periódico de carácter regional. En los anuncios se indicaba que “bajo la forma de caricatura, el autor toma como diana las representaciones figurativas simplistas y los excesos de la fe cristiana, y analiza la relación entre las creencias religiosas y los mecanismos de opresión temporales”. A instancia de la diócesis de Innsbruck de la Iglesia católica romana, el fiscal procedió contra el gerente de la asociación *Otto-Preminger-Institut*, por un delito de denigración de doctrina religiosa, solicitando de manera inmediata el secuestro de la película, algo a lo que el juez accedió. Aunque la acusación penal decaerá con

<sup>17</sup> *Müller y otros c. Suiza*, sentencia de 28 de abril de 1988.

<sup>18</sup> LEZERTÚA, 1993, p. 235.

<sup>19</sup> *Müller y otros c. Suiza*, sentencia de 28 de abril de 1988, apdo. 34.

<sup>20</sup> *Müller y otros c. Suiza*, sentencia de 28 de abril de 1988, apdo. 36.

<sup>21</sup> *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, sentencia de 23 de agosto de 1994.

posterioridad, el asunto continuó tramitándose exclusivamente desde el punto de vista de la prohibición de difusión de la película y de su confiscación, según la ley austriaca relativa a los medios de difusión. La confiscación se mantendrá por los tribunales internos, si bien se pudo constatar en el procedimiento llevado en Estrasburgo que representaciones de la pieza original de teatro fueron representadas con posterioridad tanto en Viena como en la propia ciudad de Innsbruck.

Antes de abordar el contenido de la decisión del TEDH merece la pena describir qué tipo de discurso se incluía en la película. Ésta reproduce parcialmente una obra teatral de Oskar Panizza publicada en 1894. En el resumen de la misma realizado por el propio TEDH<sup>22</sup> se “representa a Dios Padre como un anciano enfermo e impotente, a Jesucristo como un niño de mamá dotado de una inteligencia débil y a la Virgen María, quien maneja los hilos de todo el entramado, como una libertina desvergonzada sin escrúpulos. Deciden conjuntamente que la humanidad debe ser castigada por su inmoralidad. Descartan la posibilidad de su destrucción completa en favor de una forma de castigo según la cual la humanidad tendrá siempre «necesidad de salud» y será siempre «capaz de redimirse». Impotentes de encontrar por ellos mismos semejante castigo, deciden llamar al diablo para que les auxilie. Este avanza la idea de una enfermedad sexual transmisible, de manera que hombres y mujeres se contaminarán unos a otros sin darse cuenta. El propio diablo engendrará de Salomé una hija que extenderá la plaga en la humanidad. Los síntomas descritos serán los de la sífilis”. En sí, la película va algo más lejos en sus descripciones satíricas que la propia obra de teatro. Describe el Dios de las religiones judía, cristiana e islámica como un viejo senil, que se postra ante el diablo y jura por él. En otras escenas se muestra a la Virgen María permitiendo que se le lea una historia obscena y se manifiesta una cierta tensión erótica entre ella y el diablo<sup>23</sup>.

EL TEDH consideró que ni el secuestro ni la posterior confiscación de la película suponían una vulneración de la libertad de expresión protegida por el CEDH, como luego analizaremos. De momento, se afirma por primera vez que el derecho al respeto de los sentimientos religiosos ha de entenderse incluido en la “protección de los derechos ajenos” a que se refiere el art. 10.2

---

<sup>22</sup> *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, sentencia de 23 de agosto de 1994, apdo. 21.

<sup>23</sup> *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, sentencia de 23 de agosto de 1994, apdo. 22.

del CEDH<sup>24</sup>. “Se puede legítimamente estimar”, afirma el TEDH, “que el respeto de los sentimientos religiosos de los creyentes, tal y como está garantizado en el art. 9, ha sido violado por representaciones provocativas de objetos de veneración religiosa; tales representaciones pueden considerarse una vulneración malévola del espíritu de tolerancia, que debe también caracterizar a una sociedad democrática”<sup>25</sup>. Las medidas inculpativas adoptadas perseguían un objetivo legítimo a la luz del art. 10.2 CEDH, pues “estaban dirigidas a proteger el derecho de los ciudadanos a no ser insultados en sus sentimientos religiosos por la expresión pública de ideas de otras personas”<sup>26</sup>.

El papel que, a estos efectos, pudiera jugar la libertad de expresión ha de ser también matizado, desde el momento en que el propio art. 10.2 del CEDH obliga a quien ejercita ese derecho a asumir también “deberes y responsabilidades”. Y “entre ellos -en el contexto de opiniones y creencias religiosas- puede legítimamente incluirse una obligación de evitar en la medida de lo posible expresiones que sean gratuitamente ofensivas para terceros, que constituyan un ataque a sus derechos, y que, en consecuencia, no contribuyan a ninguna forma de debate público capaz de favorecer el progreso en las cuestiones propias del género humano”<sup>27</sup>.

Al igual que sucede con el concepto de moral “no es posible discernir a través de Europa una concepción uniforme de la significación de la religión en la sociedad; similares concepciones pueden incluso variar dentro del mismo país. Por esta razón, no es posible alcanzar una definición exhaustiva de lo que constituya una restricción admisible al derecho a la libertad de expresión cuando éste se ejerza contra los sentimientos religiosos de un tercero. En consecuencia, las autoridades estatales deben disponer de un cierto margen de apreciación para determinar la existencia y la extensión de la necesidad de tal injerencia”<sup>28</sup>.

No admite el TEDH como causas concurrentes para afirmar un ejercicio lícito, en este caso, de la libertad de expresión, ni el hecho de que el acceso al cine en el que se proyectaba la película estuviera condicionado al pago de

<sup>24</sup> *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, sentencia de 23 de agosto de 1994, apdos. 46 a 48.

<sup>25</sup> *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, sentencia de 23 de agosto de 1994, apdo. 47.

<sup>26</sup> *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, sentencia de 23 de agosto de 1994, apdo. 48.

<sup>27</sup> *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, sentencia de 23 de agosto de 1994, apdo. 49. MAHONEY, 1997, p. 376 (nota 35) reconoce que este *obiter dicta* no es muy afortunado. Ver también: OETHEIMER, 2001, p. 106.

<sup>28</sup> *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, sentencia de 23 de agosto de 1994, apdo. 50.

la entrada correspondiente, ni el que se impidiera el acceso de menores al mismo. Para el TEDH la publicidad de la película ya es suficiente argumento como para considerar la existencia del carácter público de una ofensa (requisito esencial para que se pueda entrar a analizar el fondo del asunto)<sup>29</sup>. Como ha señalado WACHSMANN, “la ofensa a los creyentes reside, a los ojos del TEDH, no en el hecho de exponer directamente las imágenes que pudieran herir su fe, sino en el único hecho de llevar a su conocimiento la existencia de una obra que ellos juzgarían blasfema”<sup>30</sup>.

El TEDH admite los argumentos presentados en el caso por el Gobierno de Austria. En sus fundamentos jurídicos recuerda que “no puede obviar el hecho de que la religión católica es la de la inmensa mayoría de los tirolese. Secuestrando la película, las autoridades austriacas han actuado para proteger la paz religiosa en esta región y para impedir que algunos se sientan atacados en sus sentimientos religiosos de manera injustificada y ofensiva”<sup>31</sup>.

La sentencia *Otto-Preminger-Institut* ha sido una de las más criticadas de la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 10<sup>32</sup> y dispone de una opinión disidente común de tres Magistrados (Palm, Pekkanen y Makarczyk). Critican los jueces la amplia extensión dada en este caso al margen nacional de apreciación. Y también la decisión de las autoridades de definir lo que contribuye o no al “progreso” del género humano. Pero el núcleo de su discrepancia se refiere al hecho de que, en su opinión, “el Convenio no garantiza explícitamente un derecho a la protección de los sentimientos religiosos” y “más precisamente, tal derecho no puede ser derivado del derecho a la libertad religiosa el cual, en realidad, incluye un derecho a expresar opiniones que critiquen las opiniones religiosas ajenas”. Aunque es preciso admitir, indican, que pueda ser “legítimo”, a los fines del art. 10 del CEDH, proteger los sentimientos religiosos de ciertos miembros de la sociedad frente a las críticas e insultos de una cierta gravedad<sup>33</sup>. En todo caso, las medidas que se adopten

---

<sup>29</sup> *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, sentencia de 23 de agosto de 1994, apdo. 54.

<sup>30</sup> WACHSMANN, 1994, p. 445.

<sup>31</sup> *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, sentencia de 23 de agosto de 1994, apdo. 56. WACHSMANN, 1994, p. 448, señala que esta referencia indicaría que la medida tomada se fundamentaba en la defensa del orden (la protección de la paz religiosa) y no solamente en la protección de derechos de terceros. Si así fuera, podría discutirse el alcance tan amplio dado en este caso al margen nacional de apreciación.

<sup>32</sup> RIGAUX, 1993, pp. 408 a 411; WACHSMANN, 1994, pp. 441 y ss.; HAARSCHER, 1996, p. 80; VAN DIJK y VAN HOOF, 1998, p. 551; COHEN-JONATHAN, 1999, p. 401; y CATALÀ i BAS, 2001, p. 187. Las críticas han sido, en ciertos casos, excesivas. Para HAARSCHER, 1995, p. 419, por ejemplo, esta decisión llega a justificar retrospectivamente los argumentos de los militantes anti-Rushdie (salvando, claro está, lo relativo a la *fatwa* o condena a muerte). En la misma línea: LECLERC, 2002, p. 196.

<sup>33</sup> *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, sentencia de 23 de agosto de 1994, Opinión Disidente apdo. 6.

deben ser proporcionales a la gravedad de la ofensa inferida, lo que se cuestionan en el presente caso en virtud de los siguientes factores: a) la proyección se iba a efectuar en una sala de cine de arte y ensayo, dirigida, por lo tanto, no a un público generalista sino a otro especialmente interesado en la película; b) la publicidad de la película, al subrayar el carácter crítico de la película con la religión, permitiría a las personas religiosamente sensibles tener suficiente conocimiento de causa para adoptar la decisión de no acudir a verla; y c) el acceso a la sala estaba prohibido a los menores de diecisiete años, en virtud del derecho tirolés.

De nuevo la religión, o mejor dicho los sentimientos religiosos, como factor limitativo de la libertad de expresión se volvería a plantear en el asunto *Wingrove* (1996). El caso se origina por la negativa de la oficina inglesa de clasificación de películas a otorgar su visto bueno (exigencia necesaria para poder venderla, alquilarla o difundirla públicamente) a una película de vídeo (“Visions of Ecstasy”), que versaba sobre ciertas experiencias místicas de Santa Teresa unidas a representaciones simbólico-fílmicas cargadas de un cierto erotismo y pasión carnal. La oficina niega esa autorización al entender que la obra tiene un carácter blasfemo desde el punto de vista penal y esa decisión administrativa es recurrida en dos ocasiones (en vía administrativa) y mantenida en sus términos, aunque el afectado (aconsejado por un asesor jurídico) no acude a los tribunales por entender que las decisiones administrativas responden plenamente a lo que el ordenamiento inglés prevé sobre el concepto penal de blasfemia. Sí opta por acudir a Estrasburgo, precisamente para que el TEDH considere si dicho concepto encaja con las previsiones del art. 10 CEDH.

El TEDH mantiene en el caso *Wingrove* la misma línea expositiva que en el caso *Otto-Preminger-Institut*, aunque eliminando algunas de las referencias más discutibles de éste<sup>34</sup>. Admite que la injerencia tenía por objetivo “proteger contra el trato de una materia de carácter religiosa de una forma tal que es natural que choque (...) a cualquiera que conozca, aprecie o haga suyos la historia y la moral cristianas, por causa de los elementos de menosprecio, injuria, insulto, grosería o ridículo que muestran el tono, el estilo y el espíritu que caracteriza la presentación del tema”<sup>35</sup>. Esto se encuadraría den-

<sup>34</sup> HARRIS, O’BOYLE y WARBRICK, 1995, p. 402; LARRALDE, 1997, pp. 724 a 732; WACHSMANN, 2000, pp. 1029 y 1030; y OETHEIMER, 2001, p. 106.

<sup>35</sup> *Wingrove c. Reino Unido*, sentencia de 22 de octubre de 1996, apdo. 48.

tro de los derechos de terceros a los que se refiere el art. 10.2 CEDH y encaja plenamente con el objetivo de protección de la libertad religiosa que ofrece el art. 9 CEDH, aunque en el caso *Wingrove* el TEDH no mencione expresamente este último precepto<sup>36</sup>. De hecho, admite que la negativa de la autorización tenía como objetivo “proporcionar una protección contra ataques gravemente ofensivos concernientes a cuestiones consideradas como sagradas por los cristianos”<sup>37</sup>.

Respecto de la blasfemia, el TEDH considera que pese a que es un delito que ha desaparecido en varios ordenamientos y a que en el propio Reino Unido en los últimos setenta años solo se habían dado dos casos, “no existe todavía, en los órdenes jurídicos y sociales de los Estados miembros del Consejo de Europa, una concordancia de opiniones suficiente para concluir que un sistema que permitiera a un Estado imponer restricciones a la propagación de artículos reputados blasfemos, no fuera en sí necesario en una sociedad democrática, y se declare, en consecuencia, incompatible con el Convenio”<sup>38</sup>. Aunque previamente el propio tribunal había afirmado con rotundidad que “poderosos argumentos jurídicos militan a favor de la supresión de las normas sobre blasfemia, por ejemplo su naturaleza discriminatoria con respecto a ciertas confesiones religiosas (...) y el carácter inapropiado de los mecanismos jurídicos para tratar de cuestiones de fe y de creencias individuales”<sup>39</sup>.

A diferencia de lo que ocurre con las restricciones al discurso político o sobre materias de interés general, en cuestiones “susceptibles de ofender las convicciones íntimas en el ámbito de la moral y, especialmente, de la religión” ha de dejarse un amplio margen de apreciación a los Estados<sup>40</sup>. En el caso *Wingrove* se reproduce la argumentación del asunto *Otto-Preminger-Institut*, en el sentido de que no existe un concepto unitario europeo sobre las exigencias derivadas de la protección de los derechos de terceros en materia de ataques contra las convicciones religiosas. “Lo que, por su naturaleza, ofendería gravemente a las personas de ciertas creencias religiosas varía fuertemente en el tiempo y en el espacio, especialmente en una época como la nuestra, caracterizada por una creciente multiplicidad de creencias y confe-

---

<sup>36</sup> SUDRE, 2003, p. 428 (nota 2).

<sup>37</sup> *Wingrove c. Reino Unido*, sentencia de 22 de octubre de 1996, apdo. 57.

<sup>38</sup> *Wingrove c. Reino Unido*, sentencia de 22 de octubre de 1996, apdo. 57.

<sup>39</sup> *Wingrove c. Reino Unido*, sentencia de 22 de octubre de 1996, apdo. 57.

<sup>40</sup> *Wingrove c. Reino Unido*, sentencia de 22 de octubre de 1996, apdo. 58.

siones<sup>41</sup>. Por eso se estima que las autoridades estatales se hallan en una mejor posición que los órganos de Estrasburgo para pronunciarse sobre la necesidad de una restricción a la libertad de expresión basada en estos fundamentos. Bien entendido que no se excluye de manera total un posible control europeo, “tanto más necesario cuanto que la noción de blasfemia es amplia y evolutiva y que, al amparo de medidas contra artículos calificados como blasfemos, se encuentra el riesgo de producirse un ataque arbitrario o excesivo a la libertad de expresión”<sup>42</sup>.

Atendiendo a las circunstancias del caso concreto, en *Wingrove* el TEDH parte de la idea de que el Derecho inglés sobre blasfemia sólo impide la difusión de ideas hostiles a la religión cristiana<sup>43</sup> y, además, siempre que las mismas impliquen un elevado grado de profanación<sup>44</sup>. Las valoraciones efectuadas por la oficina inglesa de clasificación de películas se estiman pertinentes y suficientes a la luz del art. 10 del CEDH<sup>45</sup>. El reducido margen de riesgo de que un cristiano pueda visionar la cinta (al ser un breve film de arte y ensayo, y no un largometraje) no es considerado por el TEDH, pues en opinión de éste “corresponde a la naturaleza de las grabaciones de vídeo que, una vez puestas en el mercado, puedan en la práctica ser objeto de copia, préstamo, alquiler, venta o proyección en diferentes hogares, lo que permitiría eludir fácilmente toda forma de control por las autoridades”<sup>46</sup>. Incluso aunque el vídeo incluyera un estuche con advertencias sobre su contenido, eso no tendría más que una eficacia limitada para impedir alguna de las conductas referidas.

### 3. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PROSELITISMO RELIGIOSO

En el anterior apartado hemos examinado cómo, según la jurisprudencia del TEDH, determinados aspectos vinculados a la libertad religiosa (la defensa de los sentimientos o las convicciones religiosas) pueden constituir un esti-

<sup>41</sup> *Wingrove c. Reino Unido*, sentencia de 22 de octubre de 1996, apdo. 58.

<sup>42</sup> *Wingrove c. Reino Unido*, sentencia de 22 de octubre de 1996, apdo. 58.

<sup>43</sup> Lo que, por cierto, impidió entablar demanda alguna en el Reino Unido contra Salman Rushdie por la publicación de los *Versículos Satánicos* (HAARSCHER, 1996, p. 82). Ver también, DARTEVELLE, DENIS y ROBYN, 1993, *in toto*.

<sup>44</sup> *Wingrove c. Reino Unido*, sentencia de 22 de octubre de 1996, apdo. 60.

<sup>45</sup> *Wingrove c. Reino Unido*, sentencia de 22 de octubre de 1996, apdo. 61.

<sup>46</sup> *Wingrove c. Reino Unido*, sentencia de 22 de octubre de 1996, apdos. 62 y 63.

mable límite a la propia libertad de expresión en sus más variados aspectos (incluyendo la libertad artística). A continuación vamos a analizar cómo ambas libertades pueden conjugarse de manera simultánea y en la misma dirección. Se trata de valorar, a la luz del CEDH, hasta qué punto el proselitismo en materia religiosa (o, más bien, la existencia de ciertos límites legales a ese tipo de conductas) es compatible con los derechos reconocidos en los arts. 9 y 10 del CEDH.

El primer asunto del TEDH en el que este tema se aborda es el asunto *Kokkinakis* (1993)<sup>47</sup>. Se trataba de la aplicación a un matrimonio de ciudadanos griegos, testigos de Jehová, de las leyes penales griegas que persiguen el proselitismo religioso (con sanciones, incluso, privativas de libertad) y su compatibilidad con los arts 9 y 10 del CEDH. La Constitución griega de 1975 afirma que “la religión dominante en Grecia es la de la Iglesia ortodoxa oriental de Cristo” (art. 3.1), que el “disfrute de los derechos individuales y políticos no depende de las creencias religiosas de cada uno” (art. 13.1), que “toda religión conocida es libre”, pero que “se prohíbe el proselitismo” (art. 13.2). La normativa penal griega entendía por proselitismo “toda tentativa directa o indirecta de penetrar en la conciencia religiosa de una persona de confesión diferente con la finalidad de modificar su contenido, sea por medio de cualquier clase de prestación o promesa de prestación o de socorro moral o material, sea por medios fraudulentos, sea abusando de su inexperiencia o de su confianza, sea aprovechándose de su necesidad, su debilidad intelectual o su ingenuidad” (art. 2.2 de la Ley 1672/1939).

EL TEDH solo analiza este asunto desde la perspectiva del art. 9 del CEDH (libertad religiosa), no considerando necesario contemplarlo desde el punto de vista de la libertad de expresión. De todas maneras la argumentación sigue el paradigma común de la legitimidad de las injerencias a los derechos de los arts. 8 a 11 del CEDH, por lo que se estima que esa alusión se realiza solamente por motivos de economía procesal en la resolución adoptada, pero que los criterios fijados son también plenamente aplicables si el estudio se hubiera efectuado exclusivamente desde el parámetro de la libertad de expresión.

El art. 9 del CEDH no limita su aplicabilidad a las religiones tradicionales y se aplica igualmente, de forma negativa, en beneficio de los ateos,

---

<sup>47</sup> *Kokkinakis c. Grecia*, sentencia de 19 de abril de 1993.

agnósticos, escépticos e indiferentes<sup>48</sup>. Aunque la libertad de religión se refiera en principio al fuero interno de cada uno, implica a su vez de manera importante la libertad de “manifestar su religión”. El testimonio, mediante palabras y actos, se encuentra unido a la existencia de convicciones religiosas. Esta libertad de manifestar la religión “no se ejerce únicamente de manera colectiva, «en público» y en el círculo de quienes comparten la fe: se puede también hacer valer «individualmente» y «en privado»; por otra parte, implica en principio el derecho de intentar convencer al prójimo, por ejemplo por medio de su «enseñanza», aspecto sin el cual la «libertad de cambiar de religión o de convicción», consagrada por el art. 9, correría el riesgo de resultar letra muerta”<sup>49</sup>. Pero esta libertad de manifestar externamente la religión o convicciones propias puede estar sometida a límites. “En una sociedad democrática, en la que varias religiones coexisten en el seno de la misma población, puede considerarse necesario establecer limitaciones específicas a esta libertad con la finalidad de conciliar los intereses de los diversos grupos y de asegurar el respeto de las convicciones de cada cual”<sup>50</sup>.

Para el TEDH, la normativa griega en materia de persecución del proselitismo se halla efectivamente prevista en la ley (aunque admite que una cierta fluidez en la tipificación de lo que sea proselitismo es compatible con el Convenio) y responde a un objetivo legítimo a la luz del CEDH: la protección de los derechos y libertades de terceros (aunque no precisa de cuáles se trata: si admitimos la alegación del Gobierno griego, sería su libertad de religión, en su versión de protección de la conciencia religiosa propia y de la dignidad de la persona frente a tentativas de influencia por medios inmorales y mendaces)<sup>51</sup>.

Pero la decisión es diferente cuando aborda la necesidad o no de la aplicación concreta de esas normas en una sociedad democrática. El TEDH constata en el presente caso una vulneración de la libertad religiosa en los términos en los que se halla definida en el Convenio. No se aprecia la necesidad de mantener en este asunto la doctrina del margen nacional de apreciación con la misma amplitud que en los casos *Otto-Preminger-Institut* o *Wingrove*,

<sup>48</sup> MARGUÉNAUD, 1997, p. 75; RENUCCI, 1993, p. 130; GARCÍA URETA, 2004, p. 329.

<sup>49</sup> *Kokkinakis cfr. Grecia*, sentencia de 19 de abril de 1993, apdo. 31.

<sup>50</sup> *Kokkinakis cfr. Grecia*, sentencia de 19 de abril de 1993, apdo. 33. La referencia a “grupos” plantea el tema de la apertura de las garantías del CEDH a los derechos colectivos. Sobre el tema ver: MEDDA-WINDISCHER, 2003, p. 251 y ss; y LARRALDE, 2003, pp. 1247 a 1274.

<sup>51</sup> *Kokkinakis cfr. Grecia*, sentencia de 19 de abril de 1993, apdos. 43 y 44.

entrando el TEDH a valorar directamente si las medidas adoptadas en el ámbito nacional han sido o no proporcionadas. El TEDH distingue entre el testimonio cristiano y el proselitismo abusivo (en los términos en que los mismos son definidos en un informe de 1956, adoptado en el marco del Consejo ecuménico de Iglesias). El segundo (que puede revestir la forma de ofrecimiento de ventajas materiales o sociales en vista de obtener adhesiones a una Iglesia, o el ejercicio de una presión abusiva sobre las personas en situación de angustia o de necesidad, e, incluso, implicar el recurso a la violencia o al lavado de cerebro) no es acorde con el debido respeto a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de terceros<sup>52</sup>. Para el TEDH las autoridades griegas no habían podido demostrar en el caso *Kokkinakis* que concurriese alguna de las circunstancias que permitieran la represión del proselitismo abusivo<sup>53</sup>. Es por ello que se consideró violado el art. 9 del CEDH.

El TEDH tendría una segunda ocasión de pronunciarse sobre la represión del proselitismo en Grecia en el asunto *Larissis* (1998)<sup>54</sup>. Este caso se planteó porque tres oficiales del ejército griego del aire, adeptos a la Iglesia pentecostal, fueron sancionados penalmente por varios actos de proselitismo dirigido a varios soldados y a otros particulares. En esta ocasión el TEDH modula las apreciaciones efectuadas en el asunto *Kokkinakis*, para adaptarlas a la realidad factual concreta. Han de tenerse en cuenta elementos diferentes si se trata de actos de proselitismo cuyos destinatarios son civiles (en los que resulta adecuado aplicar la jurisprudencia *Kokkinakis* y, por tanto, al considerar que no se ha probado suficientemente en los hechos que los destinatarios hubieran sufrido presiones abusivas, llegar a la conclusión que la condena por proselitismo ha violado el derecho a la libertad religiosas) o si los mismos son soldados.

Tratándose de actos de proselitismo entre soldados, el TEDH estima que “la estructura jerárquica que constituye una característica de la condición militar puede dar un cierto matiz a todo aspecto de las relaciones entre miembros de las fuerzas armadas, de manera que cuesta a un subordinado rechazar a un superior que le aborda o sustraerse a una conversación planteada por aquel” y (continúa diciendo el TEDH) “lo que, en un entorno civil, podría

---

<sup>52</sup> *Kokkinakis c. Grecia*, sentencia de 19 de abril de 1993, apdo. 48. El TEDH admite, por lo tanto, un cierto grado de proselitismo inserto en la libertad religiosa en cuanto a su manifestación exterior. Esto es importante pues, en el caso del velo islámico, uno de los argumentos utilizados para justificar su prohibición es su vinculación con actitudes proselitistas. Ver DURAND-PRINBORGNE, 1996, p. 80.

<sup>53</sup> *Kokkinakis c. Grecia*, sentencia de 19 de abril de 1993, apdo. 49.

<sup>54</sup> *Larissis y otros c. Grecia*, sentencia de 24 de febrero de 1998.

pasar por ser un intercambio inofensivo de ideas que el destinatario es libre de aceptar o de rechazar puede, en el marco de la vida militar, ser percibido como una forma de acoso o como el ejercicio de presiones irregulares por un abuso de poder<sup>55</sup>. Aunque no todas las discusiones sobre religión u otras cuestiones delicadas entre individuos de grados diferentes encajen en esa categoría. Por eso los Estados pueden adoptar medidas particulares para proteger los derechos y libertades de los subordinados en el ejército.

Aplicando estos criterios a los casos concretos planteados en el asunto *Larissis*, el TEDH llega a la conclusión de que ha podido existir (en el caso de los soldados) una vulneración de sus libertades, injerencia ilegítima no protegida por el derecho a la libertad religiosa de sus superiores (art. 9 del CEDH). El TEDH tiene, además, en cuenta que las sanciones penales impuestas a los oficiales ni eran particularmente severas ni eran ejecutivas si los oficiales no recaían en los tres años siguientes en idénticas conductas<sup>56</sup>.

#### 4. LEY ISLÁMICA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: DEL CASO *REFAH PARTISI AL ASUNTO MÜSLÜM GÜNDÜZ*

La posibilidad de expresar públicamente ideas religiosas de carácter islamista al amparo de los derechos a la libertad de religión y a la libertad de expresión no ha sido abordada por el TEDH sino hasta fechas recientes.

Es cierto que, parcialmente, algunas de las cuestiones que subyacen a este problema sí que habían sido tratadas al hilo del asunto de la compatibilidad con el CEDH de la ilegalización del *Refah Partisi* (Partido de la Prosperidad). No hay que olvidar, por otro lado, que para el TEDH la libre creación de partidos políticos no solo está amparada por el art. 11 del CEDH (libre asociación) sino también por el art. 10, como afirmó en 1998 en el caso del *Partido Comunista Unificado de Turquía*<sup>57</sup>, en tanto que sus actividades participan de un ejercicio colectivo de la libertad de expresión. Más aún: a pesar de su papel autónomo y de la especificidad de su esfera de aplicación, el art. 11 debe ser examinado a la luz del propio art. 10, pues la protección de las opi-

<sup>55</sup> *Larissis y otros c. Grecia*, sentencia de 24 de febrero de 1998, apdo. 51. La similitud entre los argumentos utilizados en este caso y los propios del asunto *Dahlab c. Suiza*, sentencia de 15 de febrero de 2001, son evidentes, y así lo señalan algunos autores: OVEY y WHITE, 2002, p. 267.

<sup>56</sup> *Larissis y otros c. Grecia*, sentencia de 24 de febrero de 1998, apdo. 54.

<sup>57</sup> *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía*, sentencia de 30 de enero de 1998, apdo. 43.

niones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión y de asociación<sup>58</sup>.

Pero no vamos a abordar aquí la rica jurisprudencia del TEDH sobre la convencionalidad o no de la ilegalización de partidos políticos. Sólo nos vamos a referir a los condicionantes impuestos a la difusión de ideas islamistas a través de un partido político. No en vano, éste ha sido el único tipo de partido cuya ilegalización, por su ideología (amén de otras circunstancias), ha sido admitida en la jurisprudencia del TEDH<sup>59</sup>. A ello se van a referir dos sentencias de este órgano, los asuntos *Refah Partisi I* (2001)<sup>60</sup> y *Refah Partisi II* (2003)<sup>61</sup>.

En primer lugar, el TEDH estima que el sistema multijurídico propuesto por el *Refah Partisi* introduciría en el conjunto de las relaciones jurídicas una distinción entre los ciudadanos fundamentada en la religión, los categorizaría según su pertenencia religiosa y les reconocería derechos y libertades no en tanto que individuos, sino en función de su pertenencia a una confesión religiosa. Ello es de por sí incompatible con el CEDH, dado que obligaría a los individuos a obedecer no a las reglas establecidas por el Estado, sino a reglas estáticas de derecho impuestas por la correspondiente religión. Tal sistema quebraría indudablemente el principio de no discriminación de los individuos en el disfrute de las libertades públicas, lo que constituye uno de los principios fundamentales de la democracia. La diferencia de trato entre los justiciables en cualquier campo del derecho público o privado en función de su religión o sus convicciones, no tiene manifiestamente ninguna justificación al amparo del Convenio<sup>62</sup>. En segundo lugar, la intención de instaurar la ley islámica (la *Charia*) como derecho común y como derecho aplicable a la comunidad musulmana y la referencia a la necesidad de impulsar la guerra santa (la *Djihad*), son contrarias a las exigencias y valores del CEDH. La *Charia*, al reflejar fielmente los dogmas y reglas divinas dictadas por la religión, presenta un carácter estable e invariable. A ella le resultan extraños principios tales como el pluralismo en la participación política o la evolución

---

<sup>58</sup> *Partido Socialista y otros c. Turquía*, sentencia de 25 de mayo de 1998, apdo. 41, y *Partido de la Libertad y de la Democracia c. Turquía*, sentencia de 8 de diciembre de 1999, apdo. 37.

<sup>59</sup> OVEY y WHITE, 2002, p. 294.

<sup>60</sup> *Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros c. Turquía I*, sentencia de 31 de julio de 2001.

<sup>61</sup> *Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros c. Turquía II*, sentencia de 13 de febrero de 2003.

<sup>62</sup> *Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros c. Turquía I*, sentencia de 31 de julio de 2001, apdo. 70.

incesante de las libertades públicas<sup>63</sup>. Es difícil declararse a la vez respetuoso de la democracia y de los derechos humanos y apoyar un régimen basado en la *Charia*, que se desmarca claramente de los valores del Convenio, principalmente en lo que se refiere a las reglas de derecho penal y procesal, al papel que reserva a las mujeres en el orden jurídico y a su intervención en todos los campos de la vida privada y pública conforme a normas religiosas<sup>64</sup>. Por lo que se refiere a la noción de *Djihad* (que la Corte constitucional turca definió como: “la guerra santa y la lucha a realizar hasta la dominación total de la religión musulmana en la sociedad”), el TEDH señala la ambigüedad que reina en la terminología y significado de la expresión “guerra santa”<sup>65</sup>, y concluye que, analizando ciertos discursos públicos de los dirigentes del partido islamista sobre esta cuestión, se había podido observar la evocación de un posible recurso a la fuerza con el fin de superar diversos obstáculos en el camino político diseñado<sup>66</sup>. Cuando el comportamiento enjuiciado implica un elevado nivel de insulto y se acerca a la negación de la libertad de religión de los demás, él mismo pierde el derecho de ser tolerado socialmente<sup>67</sup>.

Existe una conexión entre la disolución del *Refah Partisi* y el tema más general (y actual) de la interdicción del velo islámico en las escuelas. Uno de los motivos por los que el fiscal general de Turquía interpuso la acción judicial de disolución del partido ante la Corte constitucional de aquel país (y asumido por ésta) fue que el presidente y algunos otros dirigentes del mismo habían defendido, en todas sus intervenciones públicas, llevar el velo islámico en las escuelas públicas y en los centros administrativos, cuando la Corte constitucional turca ya había declarado en 1989 que ello iba en contra del principio de laicidad recogido en la Constitución<sup>68</sup>. Para el TEDH las tomas de postura de dirigentes del partido sobre la cuestión del velo islámico (o sobre la diversa organización de los horarios en el sector público en función

<sup>63</sup> Las dificultades de compatibilizar los principios de la *Charia* con el contenido de la libertad de expresión formulado por los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos puede observarse en DERRADJI, 1995, pp. 37 y ss.

<sup>64</sup> *Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros c. Turquía I*, sentencia de 31 de julio de 2001, apdo. 72.

<sup>65</sup> Puede consultarse sobre este asunto el trabajo de ALDEEB ABU-SAHLIEH, 1994, pp. 377 y ss.

<sup>66</sup> *Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros c. Turquía I*, sentencia de 31 de julio de 2001, apdo. 74.

<sup>67</sup> *Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros c. Turquía I*, sentencia de 31 de julio de 2001, apdo. 75.

<sup>68</sup> *Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros c. Turquía I*, sentencia de 31 de julio de 2001, apdo. 11 y 25.

de la oración), aisladamente consideradas, “no constituyen una amenaza inminente para el régimen laico en Turquía”, aunque considera convincente la tesis del Gobierno turco, según la cual tales actos y tomas de postura eran conformes al objetivo inconfesable del partido de instaurar un régimen político basado en la *Charia*. En la opinión disidente a esta decisión firmada por los jueces Fuhrmann, Loucaides y Bratza, hay varias consideraciones diferentes a este efecto. El alentamiento por parte del presidente del *Refah Partisi* del uso del velo islámico, a juicio de las autoridades internas, implicaría una presión sobre quienes rechazaran seguir esa costumbre y daría, por lo tanto, lugar a discriminación. Pero ninguna medida (judicial o administrativa) se tomó por las autoridades contra quienes habían efectuado declaraciones en esta línea. Es más, sobre este punto las autoridades turcas invocaron algunas decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos en las que se declaró que la aplicación de las normas que prohíben el uso del velo islámico en las universidades laicas no implicaba ataque alguno a la libertad religiosa de los recurrentes. Pero, a juicio de los magistrados discrepantes, la invocación de estos asuntos se halla, más o menos, fuera de lugar y los mismos no pueden ser alegados tratándose de debatir una cuestión muy diferente como es la de saber si el simple hecho de alentar el uso del velo islámico puede justificar la disolución de un partido político (algo que tales magistrados van a responder en sentido negativo)<sup>69</sup>.

En el caso *Müslüm Gündüz*, resuelto por el TEDH en diciembre de 2003<sup>70</sup>, se vuelve a plantear el tema de la compatibilidad o no del discurso islamista con los derechos del Convenio (en especial con los arts. 9 y 10). Los hechos que motivan el recurso son los siguientes. El señor Müslüm Gündüz es el dirigente de una comunidad que se autocalifica como secta islamista y participó en un programa de televisión que se emitió en directo por un canal privado turco. El programa se difundió en un horario nocturno, durando alrededor de cuatro horas. Las afirmaciones de la persona aludida fueron del siguiente tenor literal: “una persona que se califique como demócrata, laico (...) carece de religión (...) La democracia en Turquía es despótica sin piedad e impía (...) El sistema laico (...) es hipócrita, trata a unas personas de una forma y a otras de diferente modo (...) Mantengo estos propósitos 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? (...) En el

---

<sup>69</sup> Sobre el tema ver, *in toto*, las aportaciones de LASAGABASTER, 2004 (b) y ARZOZ, 2004.

<sup>70</sup> *Müslüm Gündüz c. Turquía*, sentencia de 4 de diciembre de 2003.

marco del Islam no puede ser efectuada ninguna distinción entre la administración de un Estado y la creencia individual de una persona. Por ejemplo, la gestión de un departamento por un prefecto según las leyes del Corán constituye una oración. Es decir, manifestar la religión no comprende solamente rezar o cumplir el ramadán (...) Una ayuda aportada por un musulmán a otro constituye igualmente una oración (...) Si una persona pasa su noche de bodas después de que su matrimonio hubiera sido celebrado por un funcionario local habilitado por la República de Turquía, el hijo que nacerá de esta unión será un bastardo” (...) Según el Islam, así es, no me refiero a las reglas de la democracia”. Ante las acusaciones de un interlocutor de querer destruir la democracia e instaurar un régimen basado en la *charia*, el recurrente respondió. “seguramente tal cosa se producirá, tal cosa se producirá” (aunque ante los tribunales turcos declarara que se estaba refiriendo a su establecimiento no por la violencia, la fuerza o las armas, sino convenciendo y persuadiendo a las personas).

El fiscal general de la República turca, interpuso una acción penal contra el señor Müslüm Gündüz, al entender que había incurrido en el delito de incitación al odio y a la hostilidad, sobre la base de una distinción fundamentada en la pertenencia a una religión. Las autoridades judiciales turcas le condenaron por tal delito a una pena de prisión de dos años y a una multa de seiscientas mil libras turcas, sin que el recurso de casación planteado por el condenado fuera estimado. El recurrente acude a Estrasburgo alegando la vulneración de su derecho a la libertad de expresión protegido por el art. 10 del CEDH.

En el marco de interpretación de este tipo de recursos, el TEDH no aprecia objeción alguna respecto a la exigencia de que la injerencia esté prevista en la ley (la condena se funda en el art. 312 del Código Penal turco), ni al hecho de que la misma responda a varios de los objetivos legítimos según el art. 10.2 del CEDH (la defensa del orden, la prevención del delito, la protección de la moral y, principalmente, la protección de los derechos ajenos). El debate se va a centrar, por lo tanto, en discutir sobre si la condena impuesta se considera necesaria en una sociedad democrática. Sin necesidad de reproducir en este momento los principios generales del TEDH en materia de libertad de expresión, ha de subrayarse que la primera afirmación fundamental de la sentencia es que el tema la incompatibilidad de determinadas concepciones del Islam con los valores democráticos “había sido ya ampliamente debatido en los medios de comunicación turcos y era concerniente a un problema de interés general, materia en la que las restricciones a la libertad de expre-

sión han de ser objeto de una estricta interpretación”<sup>71</sup>. Además, “el formato de la emisión había sido concebido para suscitar un intercambio de opiniones, incluso una polémica, de manera que las opiniones expresadas tienden a equilibrarse y el debate mantiene la atención de los telespectadores”<sup>72</sup>.

El TEDH pasa a continuación a analizar la valoración que los tribunales turcos han efectuado de las expresiones concretas utilizadas por el recurrente, distinguiendo tres partes en las mismas. En primer lugar, todas aquellas que tienen que ver con la descripción que se hace del régimen laico turco. Aunque para el TEDH estas expresiones “denotan una actitud intransigente y un profundo desconocimiento de las instituciones turcas contemporáneas, tales como el principio de laicidad y la propia democracia (...), en su contexto no pueden ser consideradas como una incitación a la violencia ni bajo la calificación de discurso del odio basado en la intolerancia religiosa”<sup>73</sup>. En segundo término, la referencia al calificativo (bastardos) de los hijos derivados de un matrimonio civil (no religioso), el TEDH reconoce que la expresión utilizada en lengua turca (*piç*) es peyorativa y constituye un insulto destinado a ultrajar a la persona a la que se aplica. Pero, a pesar de admitir que ello ha podido atacar de manera injustificada y ofensiva a la población turca, profundamente ligada a un modo de vida secular del cual forma parte el matrimonio civil, el TEDH estima que ha de prevalecer el hecho de que el recurrente haya participado activamente en un debate de interés público. Por dos razones: porque al tratarse de declaraciones orales hechas en un programa de televisión en directo se hurta al recurrente la posibilidad de reformularlas, completarlas o retirarlas antes de que hubieran sido divulgadas públicamente, y porque los propios jueces turcos, mejor situados que el TEDH para evaluar el impacto de las mismas, no han dado a este aspecto una especial importancia<sup>74</sup>. Por último, se plantea el problema de la defensa militante de la *charia*. Recuerda el TEDH lo dicho en su sentencia sobre el *Refah Partisi*, que ya hemos diseccionado en líneas anteriores. Pero señala que las situaciones son difícilmente comparables, pues en tal caso lo que se debatía era la convencionalidad o no de la disolución de un partido, cuya acción parecía defender la implantación efectiva de la *charia* y con una posibilidad real de alzarse con el poder. Para el

---

<sup>71</sup> *Müslüm Gündüz c. Turquía*, sentencia de 4 de diciembre de 2003, apdo. 43.

<sup>72</sup> *Müslüm Gündüz c. Turquía*, sentencia de 4 de diciembre de 2003, apdo. 44.

<sup>73</sup> *Müslüm Gündüz c. Turquía*, sentencia de 4 de diciembre de 2003, apdo. 48.

<sup>74</sup> *Müslüm Gündüz c. Turquía*, sentencia de 4 de diciembre de 2003, apdo. 49.

TEDH “no cabe ninguna duda que, al igual que sucede con cualquier otro propósito dirigido contra los valores que sostienen el CEDH, las expresiones que pretendan propagar, incitar o justificar el odio basado en la intolerancia, incluida la religiosa, no se benefician de la protección del art. 10 del Convenio”, pero “el simple hecho de defender la *charia*, sin apelar a la violencia para instaurarla, no puede ser incluido en el discurso del odio”<sup>75</sup>. Sobre todo teniendo en cuenta el contexto en el que tal mensaje se inserta (una emisión televisiva destinada a presentar la secta, el conocimiento general previo de sus ideas ya debatidas por la opinión pública, el contrapeso de las intervenciones discrepantes, etc., en suma, un debate pluralista de ideas). Por todo ello se considera que la condena penal turca ha vulnerado lo prescrito por el art. 10 del CEDH. En el fallo el TEDH solo fija una suma de cinco mil euros en concepto de daño moral sufrido por el recurrente, el cual no solicitó el reembolso de los gastos derivados de las actuaciones procesales (internas y europeas), ni de la multa impuesta por los tribunales penales turcos.

La sentencia *Müslüm Gündüz* dispone de un voto particular del juez Türmen. Para este Magistrado el mensaje divulgado por el recurrente pertenece a la categoría del discurso del odio, en especial por la utilización del término “bastardos” para definir a quienes han nacido de un matrimonio civil (aunque también incluye en el mismo los términos violentos usados contra la democracia y la laicidad, calificando de “impíos” a quienes defienden esos principios). Basándose en diversos instrumentos internacionales en la materia<sup>76</sup>, en la opinión disidente de este juez se afirma que el caso *Müslüm Gündüz* supone una rectificación radical de la jurisprudencia establecida en los casos *Otto-Preminger-Institut*, *Wingrove* y *Müller*. Por no admitir, en este caso, el margen estatal de apreciación a la hora de valorar la necesidad de la injerencia en una sociedad democrática, dando lugar, además, a que pueda apreciarse que los sentimientos seculares o laicos que una determinada mayoría social pueda mantener tienen un menor grado de protección que los eventuales valores religiosos que una sociedad pueda mayoritariamente sentir.

<sup>75</sup> *Müslüm Gündüz c. Turquía*, sentencia de 4 de diciembre de 2003, apdo. 51.

<sup>76</sup> Recomendación nº R (97) 20, sobre el “discurso del odio”, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 30 de octubre de 1997, y Recomendación de política general nº 7 de la Comisión europea contra el racismo y la intolerancia y sobre la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial, de 13 de diciembre de 2002, del Consejo de Europa.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami A. (1994), *Les Musulmans face aux droits de l'homme: religion, droit, politique. Étude et documents*, Winkler, Bochum.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier (2004), “Los signos religiosos y culturales en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (dir.), *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del Informe Stasi*, Lete, Pamplona, (en prensa).
- CATALÀ i BAS, Alexandre H. (2001), *Libertat de expresió e informació. La jurisprudencia del TEDH y su recepció por el Tribunal Constitucional*, Ediciones Revista General del Derecho, Valencia.
- COHEN-JONATHAN, Gérard (1999), “Article 10”, en PETTITI, Louis-Edmond, DECAUX, Emmanuel e IMBERT, Pierre-Henri, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Economica, Paris, 2ª ed.
- DARTEVELLE, P., DENIS, P. y ROBYN, J. (eds.) (1993), *Blasphème et libertés*, CERF, Paris.
- DELMAS-MARTY, Mireille (1996), “Pluralisme et traditions nationales (Revendication des droits individuels)”, en TAVERNIER, Paul (ed.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme?*, Bruylant, Bruselas.
- DERRADJI, Ahmed (1995), *Le droit de la presse et la liberté d'information et d'opinion dans les pays arabes*, Publisud, Paris.
- DURAND-PRINBORGNE, Claude (1996), *La laïcité*, Dalloz, Paris.
- DURAND-PRINBORGNE, Claude (2004), “La loi sur la laïcité, une volonté politique au centre de débats de société”, *Actualité Juridique. Droit Administratif*, 5 abril, 2004.
- FROWEIN, Jochen Abr. (1995), “Article 9 § 1”, en PETTITI, Louis-Edmond, DECAUX, Emmanuel e IMBERT, Pierre-Henri, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Economica, Paris.
- GARCÍA URETA, Agustín (2004), “Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistematico*, Thomson-Cívitas, Madrid.
- HAARSCHER, Guy (1995), “Le blasphémateur et le raciste”, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 23, 1995.
- HAARSCHER, Guy (1996), *La laïcité*, PUF, Paris.
- HARRIS, D.J., O'BOYLE, M., y WARBRICK, C. (1995), *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, Londres-Dublín-Edimburgo.
- KOUBI, Geneviève (2003), “Le juge administratif et la liberté de religión”, *Revue Française de Droit Administratif*, 6, 2003.
- LARRALDE, Jean-Manuel (1997), “La liberté d'expression et le blasphème”, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 32, 1997.
- LARRALDE, Jean-Manuel (2003), “La Convention européenne des droits de l'homme et la protection des groupes particuliers”, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 56, 2003.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (2004 a), “El velo islámico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 69, 2004 (en prensa).
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (2004 b), “La neutralidad-laicidad del Estado: análisis de la jurisprudencia suiza, francesa, alemana, turca y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el velo islámico”, en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (dir.), *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del Informe Stasi*, Lete, Pamplona, (en prensa).
- LAZCANO BROTONS, Iñigo (2004 a), “Artículo 10. Libertad de expresión”, en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistematico*, Thomson-Cívitas, Madrid.
- LAZCANO BROTONS, Iñigo (2004 b), “Multiculturalidad y libertad de expresión: consideraciones al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (dir.), *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del Informe Stasi*, Lete, Pamplona, (en prensa).

- LECLERC, Henri (2002), “La liberté d’expression”, en TEITGEN-COLLY, C. (ed.), *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, Bruselas.
- LEZERTÚA RODRÍGUEZ, Manuel (1993), “El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en AAVV, *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Gobierno Vasco, Vitoria.
- MAHONEY, Paul (1997), “Universality versus Subsidiarity in the Strasbourg Case Law on Free Speech: Explaining Some Recent Judgements”, *European Human Rights Law Review*, 4, 1997.
- MARGUÉNAUD, Jean-Pierre (1997), *La Cour européenne des droits de l’homme*, Dalloz, Paris.
- MEDDA-WINDISCHER, Roberta (2003), “The European Court of Human Rights and minority rights”, *European Integration*, 3, 2003.
- MERRILLS, J.G. y ROBERTSON, A.H. (2001), *Human rights in Europe. A study of the European Convention on Human Rights*, Manchester University Press, Manchester-Nueva York, 4ª ed.
- NOWBRAY, Alastair (2001), *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, Butterworths, Londres-Edimburgo-Dublín.
- OETHEIMER, Mario (2001), *L’harmonisation de la liberté d’expression en Europe*, A.Pedone, Paris.
- OVEY, Clare y WHITE, Robin C.A. (2002), *Jacobs & White. European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 3ª ed.
- PINTO, Roger (1984), *La liberté d’information et d’opinion en droit international*, Economica, Paris.
- RENUCCI, Jean-François (1999), *Droit européen des droits de l’homme*, LGDJ, Paris.
- RIGAUX, François (1993), “La liberté d’expression et ses limites”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 13, 1993.
- STIRN, Bernard (2003), “Le juge administratif et les restrictions à la liberté d’expression”, *Revue Française de Droit Administratif*, 6, 2003.
- SUDRE, Frédéric (2003), *Droit européen et international des droits de l’homme*, PUF, Paris, 6ª ed.
- VAN DIJK, P. Y VAN HOOF, G.J.H. (1998), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston.
- WACHSMANN, Patrick, (1994) “La religion contre la liberté d’expression: sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l’homme. L’arrêt Otto-Preminger-Institut du 20 septembre 1994”, *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, 12, 1994.
- WACHSMANN, Patrick (2000), “Un certaine marge d’appréciation. Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d’expression”, en AAVV, *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage a Pierre Lambert*, Bruylant, Bruselas.
- YOUROW, Howard Charles (1996), *The margin of appreciation doctrine in the dynamic of European Human Rights jurisprudence*, Kluwer Law International, La Haya-Boston-Londres.