

LA INTERACCIÓN ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL TEDH. LA POSIBLE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 525 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

THE INTERACTION BETWEEN FREEDOM OF EXPRESSION AND RELIGIOUS FREEDOM IN THE ECtHR. THE POSSIBLE MODIFICATION OF ARTICLE 525 OF THE SPANISH CRIMINAL CODE

RUTH MARTINÓN QUINTERO*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ARTÍCULO 525.1 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. III. LA RELACIÓN ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD RELIGIOSA. IV. BLASFEMIA, INSULTO RELIGIOSO E INCITACIÓN AL ODIO RELIGIOSO. V. REFLEXIONES FINALES.

RESUMEN: En 2021, hubo dos iniciativas parlamentarias en España encaminadas a la modificación y/o derogación del artículo 525 del Código penal, relativo a las ofensas a los sentimientos religiosos, que justificaron la bondad de dichos cambios en la necesidad de adaptación de nuestra legislación penal a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Este trabajo indaga en la posición del Consejo de Europa, especialmente en la del Tribunal de Estrasburgo, sobre la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa a través de la blasfemia, los discursos de odio y las ofensas a los sentimientos religiosos. La postura compleja del TEDH está estrechamente ligada a la defensa de una paz religiosa en un contexto social marcado los últimos años por las amenazas y ataques terroristas en Europa a medios de comunicación.

ABSTRACT: In 2021, there were two parliamentary initiatives in Spain aimed at the modification and/or repeal of Article 525 of the Penal Code, relating to offenses against religious feelings, which justified the goodness of such changes in the need to adapt our criminal legislation to the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR). This paper explores the position of the Council of Europe, especially that of the Strasbourg Court, on the relationship between freedom of expression and freedom of religion through blasphemy, hate speech and offenses to religious feelings. The complex position of the ECtHR is closely

Fecha de recepción del trabajo: 4 de noviembre de 2022. Fecha de aceptación de la versión final: 5 de diciembre de 2022.

* Profesora contratada doctora de Derecho internacional público y Relaciones internacionales, Universidad de La Laguna (ruth.martinon@ull.es). Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Teorías de Justicia y derecho global de los derechos humanos”, Financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades PID2019-107171RB-100; y, en el Proyecto I+D+i de generación de conocimiento “Sostenibilidad ambiental, social y económica de la justicia. Retos de la Agenda 2030” PID2021-126145OB-100 financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación”.

linked to the defense of religious peace in a social context marked in recent years by terrorist threats and attacks on the media in Europe.

PALABRAS CLAVES: TEDH, libertad de expresión, libertad religiosa, Artículo 525 Código penal

KEYWORDS: *EctHR, freedom of expression, religious freedom, article 525 Criminal Code*

I. INTRODUCCIÓN

El cuatro de febrero de 2021, la Comisión de Justicia del Senado español instó al Gobierno de España al estudio del tipo previsto en el artículo 525 del Código penal (en adelante, Cp) relativo a las ofensas a los sentimientos religiosos por la necesidad de su adaptación a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y a la evolución de la sensibilidad social de nuestro tiempo, e impulsar la modificación sustancial o derogación de ese artículo. Once días más tarde, se publicó en el Boletín de las Cortes Generales una Proposición de Ley Orgánica de reforma de Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión. Entre otros cambios, se propone suprimir el artículo 525 anteriormente mencionado por considerarse que “las críticas que pudieran ofender los sentimientos de los creyentes, por gratuitas que sean, se entiende que entran dentro del ámbito de la libertad de expresión”, mientras “la incitación directa a la violencia, el odio y la discriminación religiosa quedaría sancionada en el artículo 510 del Código penal”. Lo cual se defiende, entre otros, aludiendo a la jurisprudencia del TEDH¹. En este trabajo nos planteamos hasta qué punto la jurisprudencia del TEDH considera, efectivamente, que las ofensas a los sentimientos religiosos son parte de la libertad de expresión o, por el contrario, no quedan amparadas por esta.

Las referidas iniciativas parlamentarias son expresión de una preocupación sociopolítica con origen en un cúmulo de casos con repercusión mediática por querellas frente a programas de humor, trabajos de artistas o comentarios de personajes públicos, fundamentadas en la protección de los sentimientos de los creyentes del artículo 525 del Cp.

Este problema no es baladí ni exclusivo de España². Pese al proceso de secularización experimentado en muchas sociedades del mundo, las religiones tienen y seguirán teniendo una presencia fundamental³. Incluso sociedades como las europeas que parecían abocadas a una secularización muy amplia conocen tensiones referidas tanto a las religiones

¹ Exposición de motivos de la Proposición de Ley Orgánica de reforma de Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión, de 19 de febrero de 2021 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie B, nº 149-1).

² Para una breve comparación con el castigo de conductas similares en Europa y códigos penales españoles anteriores, véase RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-17, 2019, pp. 1-47, pp. 6-7.

³ GINER, S., *El porvenir de la religión*, Herder, Barcelona, 2016.

mayoritarias como a las múltiples confesiones minoritarias que han ampliado su presencia en el Viejo Continente, principalmente, por el fenómeno migratorio.

Las sociedades democráticas garantizan el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la libertad de expresión. Ambos derechos están en el origen del liberalismo sobre el que se ha construido nuestra cultura jurídica. Sin embargo, hay zonas de conflicto. En este caso nos centraremos en los conflictos producidos por el uso de la libertad de expresión que podría considerarse incompatible con el derecho a la libertad religiosa. Es muy difícil indicar dónde se encuentran los límites de la libertad religiosa y la libertad de expresión en su relación mutua⁴, y la respuesta está muy marcada por la cultura y el momento histórico desde el que se responde.

La divergencia entre las posturas lideradas por los países occidentales, por un lado, y por los países islámicos, por otro, es notable⁵. Desde el Derecho internacional de los derechos humanos estos conflictos pueden abordarse con la perspectiva de que tanto la libertad de expresión como la tolerancia que se concreta en el pluralismo religioso son elementos básicos de una sociedad democrática⁶. El equilibrio entre ambos no solo es necesario para la salvaguarda de ambos derechos, el de expresión y el de conciencia y religión, sino también para garantizar la convivencia en paz de todos. Los atentados terroristas a medios de comunicación sufridos en Europa las últimas décadas han jugado un papel importante en el encuadre del problema en la medida en que por una parte han supuesto una reacción social de defensa del modelo de tolerancia propio de las democracias del Consejo de Europa, pero también han generado un contexto de miedo que está detrás de la posibilidad de que las libertades jurídicas se plieguen a las tensiones sociales.

En este ámbito referido a los conflictos entre libertad religiosa y libertad de expresión, el TEDH ha ido construyendo una jurisprudencia ambigua, con amplios márgenes de apreciación nacional y de la que resulta difícil deducir unos estándares inequívocos. Existe consenso en la limitación de la libertad de expresión cuando supone incitación al odio, pero mientras parte de la doctrina considera que la jurisprudencia del TEDH ha evolucionado a favor de la libertad de expresión respecto a la protección de los sentimientos religiosos⁷, otros autores, recientemente, han llegado a preguntarse si el

⁴ PAREJO GUZMÁN, M. J. *Género y diversidad religiosa: discurso de odio y tolerancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 18.

⁵ COMBALÍA SOLÍS, Z., “Libertad de expresión y difamación de las religiones: el debate en Naciones Unidas a propósito del conflicto de las caricaturas de Mahoma”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 19, 2009, pp. 1-31.

⁶ La Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa (APCE) consideró que los ataques a la revista satírica francesa *Charlie Hebdo* no solo suponían un ataque a la libertad de expresión y un acto de violencia antisemita, sino que eran ataques contra los valores de la democracia y la libertad en general, contra el tipo de sociedad que el Consejo de Europa ha tenido como objetivo construir desde el final de la segunda guerra mundial [Resolution 2031 (2015), párr. 2, y Recommendation 20161 (2015), párr. 2].

⁷ COMBALÍA, Z., “Los conflictos entre libertad de expresión y religión: tratamiento jurídico del discurso del odio”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXI, 2015, pp. 355-379, p. 362-365.

enfoque del TEDH sobre la libertad religiosa (en particular, la protección de la paz religiosa) no estará poniendo en peligro la libertad de expresión en Europa⁸.

Primero vamos a presentar brevemente el artículo del Código penal español cuya modificación se demanda para su adecuación a la jurisprudencia del TEDH. A continuación, se presentará la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa, deteniéndonos en su regulación en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa⁹ (en adelante, CEDH). Posteriormente, abordaremos los tres tipos de ofensa que el ejercicio de la libertad de expresión puede ocasionar en relación con la libertad religiosa según las instituciones del Consejo de Europa; en particular, el propio TEDH. Finalizaremos con una reflexión final sobre la idoneidad de la protección de los sentimientos religiosos.

II. EL ARTÍCULO 525.1 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Si nos centramos en el artículo 525.1 del Código penal¹⁰ (porque el 525.2 se escapa a nuestro objeto de estudio al referirse a los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna) observamos que se sancionan dos tipos de conducta, siendo un requisito necesario en ambas la intención de ofender los sentimientos religiosos de los miembros de la confesión religiosa de la que se trate.

En la primera parte del artículo se castiga el escarnio (burla tenaz que se hace con el propósito de afrentar¹¹) que ha de ser público y realizado mediante palabra, escrito o cualquier otro tipo de documento (no caben pues los meros gestos) de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa, que serán los que esta determine como tal. Aunque esto último podría suponer una ley penal en blanco por dejar en manos de la confesión la determinación última del tipo, el hecho de que las creencias de las distintas confesiones sufran pocos cambios no parece comprometer la seguridad jurídica¹².

⁸ HAUKSDÓTTIR, E., “Restricting Freedom of Expression for Religious Peace: On the ECHR’S Approach to Blasphemy”, *European Convention on Human Rights Law Review*, 2, 2021, pp. 75-118, p. 78.

⁹ Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (BOE nº 108, de 6 de mayo de 1999).

¹⁰ Artículo 525 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24/11/1995): 1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican. 2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna.

¹¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, “escarnio”, en *Diccionario de la lengua española*, 23ª edición, 2014. Disponible en: <https://dle.rae.es/escarnio>.

¹² SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., “Derecho penal y fenómeno religioso: a propósito del artículo 525 del Código penal español y su tratamiento jurisprudencial”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 7 especial, 2021, pp. 1-18, p. 5.

En la segunda parte del artículo 525.1 se condena vejarse (maltratar, molestar, perseguir a alguien, perjudicarlo o hacerle padecer¹³) públicamente a quienes profesan o practican alguna confesión religiosa, sin que aquí se requiera un modo específico de expresión más allá de la publicidad. En definitiva, podemos concluir que el Código penal español contempla la sanción de la ofensa de los sentimientos religiosos bien a través de la vejación directa de los creyentes o bien a través del escarnio de elementos propios de su confesión religiosa.

El propósito de ofensa de los sentimientos religiosos constituye un elemento subjetivo finalista que a priori puede parecer innecesario si atendemos a las definiciones de “escarnio” y “vejar”. Sin embargo, se trata de una cláusula de enorme relevancia práctica por cuanto es el elemento en el que se han basado los jueces para no condenar a la mayor parte de investigados en España por la comisión de este delito, lo que le ha valido la calificación de prueba diabólica¹⁴. Ciertamente, se trata de un delito con muy pocas condenas, pero su existencia permite denuncias contra quienes satirizan sobre asuntos religiosos, que se ven forzados a asumir la llamada pena del banquillo¹⁵, lo cual puede constituir un factor disuasorio del ejercicio de la libertad de expresión¹⁶.

La inclusión de este elemento subjetivo de ofensa a los sentimientos religiosos implica que no se está ante un delito de blasfemia en sentido estricto, porque la conducta no se dirige contra la divinidad¹⁷, sino contra los seguidores de una religión por lo que estaríamos ante el denominado insulto religioso.

Sin embargo, el hecho de que haya una conducta, la segunda tipificada, dirigida directamente a la protección de los creyentes de una confesión religiosa, lleva a considerar que la primera conducta pretende ser o acaba siendo la tipificación encubierta de la blasfemia:

Así, puede sostenerse que el apartado primero en su primera parte (referido al escarnio de dogmas, creencias, ritos y ceremonias) contiene un delito de blasfemia sui generis o indirecto, por cuanto no castiga la afrenta directa a Dios sino el escarnio de determinados elementos centrales de la religión, y que es la segunda parte (la referida a la vejación pública de quienes profesan o practican una confesión

¹³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, “vejar”, en *Diccionario de la lengua española*, 23ª edición, 2014. Disponible en: <https://dle.rae.es/vejar?m=form>.

¹⁴ CARRILLO DONAIRE, J. A., “La libertad de expresión y ‘el discurso de odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular”, *Revista de Fomento Social*, 70, 2015, pp. 205-243, p. 224.

¹⁵ Moción presentada por el grupo parlamentario de Izquierda Confederal el 26 de febrero de 2020).

¹⁶ Para un repaso de la mayoría de las sentencias pronunciadas en España, véase RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-17, 2019, pp. 1-47.

¹⁷ Respecto a la blasfemia en el Derecho penal, véase RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-17, 2019, pp. 1-47, p. 8.

religiosa) la que se aparta completamente de la blasfemia, en la medida en que sí sanciona únicamente la vejación pública de los seguidores de una confesión¹⁸.

Ante esta situación existen diferentes posibilidades. En primer lugar, la supresión de la primera conducta del artículo 525.1 del Código penal, manteniendo el castigo para los que, con el propósito de ofender los sentimientos religiosos, vejen públicamente a quienes profesan o practican una religión o creencia, pero también para los que vejen públicamente a quienes no profesan religión o creencia alguna, como se contempla en el artículo 525.2 de la misma norma¹⁹. Puesto que la ofensa a los sentimientos religiosos (o los no religiosos) requiere ser tal para la generalidad de los miembros del grupo (no solo del querellante, presumiblemente más sensible que el creyente medio), el bien jurídico protegido estaría inclinándose hacia el orden público (que, como veremos, es otro elemento fundamental en la jurisprudencia del TEDH).

En segundo lugar, cabe la opción que se recoge en la proposición de ley orgánica de 2021 de suprimir el artículo completo en la medida en que el honor²⁰ y el orden público encuentran salvaguarda en otros artículos del Código penal y, como muestra la práctica jurisdiccional, no es un artículo ni necesario ni acorde con un Estado aconfesional que no protege sentimientos de ningún tipo²¹. Sin perjuicio de que se pudiesen “fomentar otros caminos para el resarcimiento de las expresiones que podrían considerarse ofensivas o injuriosas, tales como el derecho civil a través del resarcimiento del daño causado”²².

III. LA RELACIÓN ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD RELIGIOSA

Tanto la libertad de expresión como la libertad religiosa están en el origen del liberalismo y la tolerancia, como fruto de la lucha de las minorías religiosas en Europa por su respeto y supervivencia. Sin embargo, ahora se muestran como libertades enfrentadas, al menos en lo que concierne a las expresiones que algunos creyentes consideran que hieren sus

¹⁸ SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., “Derecho penal y fenómeno religioso: a propósito del artículo 525 del Código penal español y su tratamiento jurisprudencial”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 7 especial, 2021, pp. 1-18, p.8.

¹⁹ Este delito ha sido calificado de construcción artificial para evitar la discriminación respecto a la población no creyente, en la medida en que resulta inconcebible que un agnóstico o ateo se sienta injuriado por la conducta de quien lo descalifique por no creer [CANCIO MELÍA, M., “Capítulo IV De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y Jorge Barreiro, A. (coord.): *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 1033-1034, p.1304.

²⁰ ANDREU MARTÍNEZ, M. A., “Libertad de expresión y protección jurisdiccional de los sentimientos religiosos”, en COMBALÍA, Z.; DIAGO, M. P. y GONZÁLEZ-VARAS, A. (eds.): *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*, Licregdi, Zaragoza, 2019, pp 6-26, p. 14.

²¹ SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., “Derecho penal y fenómeno religioso: a propósito del artículo 525 del Código penal español y su tratamiento jurisprudencial”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 7 especial, 2021, pp. 1-18, pp. 9, 15 y 16.

²² ANDREU MARTÍNEZ, M. A., “Libertad de expresión y protección jurisdiccional de los sentimientos religiosos”, en COMBALÍA, Z.; DIAGO, M. P. y GONZÁLEZ-VARAS, A. (eds.): *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*, Licregdi, Zaragoza, 2019, pp 6-26, p. 26.

sentimientos religiosos o son ataques objetivos contra quienes profesan una determinada religión. Antes de adentrarnos a ver a qué tipo de conductas nos estamos refiriendo en concreto, vamos a mostrar el contexto general de conflicto en el que actualmente se encuentran ambas libertades y la importancia de la posición cultural desde la que se aborda.

Uno de los casos que más repercusiones ha tenido a nivel mundial fue la publicación por el periódico danés *Jyllands-Posten* de una docena de caricaturas de Mahoma el 30 de septiembre de 2005. Ante la negativa del gobierno de ese país a atender las diferentes demandas de representantes islámicos, el conflicto se internacionalizó poniendo en evidencia las importantes diferencias entre la perspectiva islámica y la occidental, que se pueden encuadrar en el modo distinto de entender los derechos humanos en general.

Frente a la visión laica de la perspectiva occidental, “el espíritu islámico de los derechos es, no solo religioso, sino confesional”²³. De modo que no se concibe la legitimidad de la libertad de expresión que ofende las creencias, “considerándola una libertad propia de una sociedad sin valores cuyo ejercicio no puede defenderse si no es desde la frivolidad”²⁴. Puesto que en Occidente también es factible, como veremos, abordar la protección jurídica de los sentimientos religiosos, la verdadera diferencia radica en que en la perspectiva islámica el objetivo no es la protección de sentimientos individuales sino evitar la propagación del error o perjudicar moralmente a la comunidad. Lo cual es inconcebible en Occidente porque partimos de que la comunidad política no es competente para pronunciarse sobre la veracidad de las creencias religiosas. En Occidente prima la lucha contra la discriminación por razón de religión; la postura islámica defiende la protección contra la difamación de las religiones²⁵.

Pero incluso en el mundo occidental hay divergencias. Por razones históricas, en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América la libertad de expresión ha gozado tradicionalmente de una protección más amplia que en Europa, donde se ha visto restringida al entrar en conflicto con el honor, la no discriminación o la libertad religiosa. Sin embargo, desde los atentados de Nueva York del 11 de septiembre de 2001, parece haberse producido una constricción de la tolerancia norteamericana frente a lo que se consideran expresiones de odio de base fundamentalista islámica. Mientras que en Europa, el mismo fenómeno terrorista en sus ataques a medios de comunicación parece ampliar las ansias de una mayor tolerancia, al menos en algunos sectores sociales, como respuesta a esa violencia. En cualquier caso, parece difícil negar la presencia del miedo, de manera más o menos velada, en la configuración de la relación entre las libertades de expresión y religiosa²⁶.

²³ COMBALÍA SOLÍS, Z., “Libertad de expresión y difamación de las religiones: el debate en Naciones Unidas a propósito del conflicto de las caricaturas de Mahoma”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 19, 2009, pp. 1-31, p. 8.

²⁴ *Ibidem*, p. 10.

²⁵ *Ibidem*, pp. 12 y 21.

²⁶ CARRILLO DONAIRE, J. A., “La libertad de expresión y ‘el discurso de odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular”, *Revista de Fomento Social*, 70, 2015, pp. 205-243, pp. 217-220 y 228-230. HAUKSDÓTTIR, E., “Restricting Freedom of Expression for Religious Peace: On the ECHR’S Approach to Blasphemy”, *European Convention on Human Rights Law Review* 2, 2021, pp. 75-118, p. 116.

En España, ese tipo de ataques terroristas parece, curiosamente, haber alimentado el incremento evidente de las querellas fundamentadas en el artículo 525 Cp por parte de asociaciones católicas:

[...] no es casual que la mayoría de querellas presentadas lo hayan sido con posterioridad a las crisis de las viñetas de Mahoma y de los asesinatos de *Charlie Hebdo*, con la subsiguiente (y, en mi opinión, artificiosa) polarización entre la idea de nuestras sociedades como laicas y de derechos, y de las sociedades islámicas como atrasadas y violentas. Por paradójico que pueda parecer, el temor que muchos medios han espoleado hacia un ataque islamista ha espoleado a los antes mencionados grupos católicos a reclamar el mismo trato (por no decir, el mismo miedo). De hecho, no es extraño oír en las declaraciones públicas de los representantes de dichas entidades, partidos y asociaciones cómo se quejan de que los católicos no sean capaces de defenderse con el mismo ahínco con que lo han hecho los musulmanes en otros Estados, y de que los ciudadanos sean irreverentes con el catolicismo y no con el islam²⁷.

¿Refleja la jurisprudencia del TEDH la inclinación hacia una mayor tolerancia a las expresiones que ofenden a los creyentes pero no llegan a constituir discursos de incitación al odio o, por el contrario, es sensible a la posición de las confesiones, e incluso de sectores sociales temerosos de que esas ofensas generen violencia? Detengámonos primero en la configuración de la libertad de expresión y la libertad religiosa en el CEDH.

1. La libertad de expresión en el CEDH

La libertad de expresión consagrada en el artículo 10.1 del CEDH “constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de las personas”²⁸. No solo abarca las informaciones o ideas acogidas con favor, o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que contraríen, choquen, creen polémica, ofendan, perturben o inquieten²⁹. Es una libertad fundamentada tanto en su necesidad para la conformación de un gobierno democrático y representativo como un derecho individual para la autorrealización personal³⁰.

²⁷ RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (2019), “Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-17, pp. 1-47, p. 44. Si bien, existe un *Comunicado conjunto de las confesiones religiosas en España ante las ofensas a sentimientos religiosos*, firmado por las cuatro confesiones con acuerdo de cooperación con el Estado: la Federación de Comunidades Judías de España, la Conferencia Episcopal Española (Iglesia Católica), la Comisión Islámica de España y Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España [Grupo de Trabajo para la Elaboración del Informe Anual sobre la Situación de la Libertad Religiosa en España (2018), *Informe anual sobre la situación de la libertad religiosa en España 2017*, Madrid: Ministerio de Justicia, Madrid, p. 79]

²⁸ Por todas, TEDH, *Caso Handyside contra el Reino Unido*, Sentencia de 7 de diciembre de 1976, párr. 49.

²⁹ TEDH, *Caso Çetin contra Turquía*, Sentencia de 13 de febrero de 2003, párr. 48. TEDH, *Caso Schachsach contra Austria*, Sentencia de 13 de noviembre de 2003, párr. 29.

³⁰ LAZKANO BROTONS, Í., “Libertad de expresión”, en LASAGABASTER HERRARTE, Í. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 510-630, p. 512.

Esto no significa que la libertad de expresión no tenga límites. De hecho, es un derecho del que se dice explícitamente que entraña deberes y responsabilidades en el art. 10.2 CEDH³¹, el cual establece que su ejercicio “podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

El TEDH puede considerar que la libertad de expresión está en conflicto con el artículo 17 del CEDH (abuso de derecho) y entonces no entra a analizar si se han dado las condiciones para la limitación del art. 10.2³²; o que entra en conflicto con otro derecho garantizado por la Convención, como el artículo 9, realizando entonces el test de proporcionalidad para ver si el discurso objeto de restricción estatal está protegido o no por el art. 10 del CEDH.

Atendiendo a lo establecido en el artículo 10.2 del CEDH, la limitación ha de estar fundamentada en una norma con rango de ley, debe perseguir objetivos legítimos (de acuerdo a lo establecido en el propio art.10.2) y ser necesaria en una sociedad democrática, lo que se vincula a la existencia de una necesidad social imperiosa para la restricción y que esta sea proporcional a los fines perseguidos³³. En el Caso *Otto-Preminger Institut contra Austria*, se explicita que esto supone tanto el evitar expresiones gratuitamente ofensivas que infringen derechos de terceros (como parte de las obligaciones y responsabilidades establecidas en el artículo 10.2) y no contribuyen en absoluto al debate público capaz de fomentar el progreso en los asuntos humanos; y la necesidad social imperiosa de proteger la paz religiosa como protección del orden público³⁴.

Los criterios establecidos en el Caso *Perinçek contra Suiza*³⁵ se precisan como elementos del test de proporcionalidad: el análisis del contexto (hay que ser más tolerantes con los discursos que son parte de un proceso de discusión abierto y con posibilidad de réplica) y la finalidad del discurso (no está protegido el insulto gratuito que no aporta nada al debate de las ideas en una sociedad democrática); el tono y la forma de las palabras concretas, el potencial para tener efectos perjudiciales (tanto en función de quién emite el discurso como del público y el grado de difusión alcanzado, con especial atención a las

³¹ También el artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 19 de diciembre de 1966 (BOE nº 103, de 30 de abril de 1977) se recogen las responsabilidades y deberes especiales que entraña el derecho a la libertad de expresión.

³² Esto ha sucedido, sobre todo, con los casos de negación del Holocausto, si bien también se han dado casos que aun siendo inadmitidos por el art. 17 primero se ha realizado una prueba sintética de proporcionalidad.

³³ TEDH, Caso *Giniewski contra Francia*, Sentencia de 31 de abril de 2006, párr. 44.

³⁴ TEDH, Caso *Otto-Preminger Institut contra Austria*, Sentencia del TEDH del 20 de diciembre de 1994, párrs. 49 y 52.

³⁵ TEDH, Caso *Perinçek contra Suiza*, Sentencia de 15 de octubre de 2015.

difusiones por internet³⁶); y el razonamiento del tribunal nacional que procedió a limitar la libertad de expresión, puesto que son los que se encuentran en una mejor posición para apreciar los hechos, las pruebas y el contexto del caso³⁷.

No se aborda del mismo modo la limitación posible de los discursos que son imputaciones de hecho, que pueden ser probados y están vinculados a la libertad de información; las valoraciones expresadas en el marco de la libertad de opinión; y las expresiones artísticas. Respecto al primer caso, se ha afirmado que toda información veraz está protegida³⁸. Además, el TEDH ha afirmado la existencia de hechos históricos incontrovertibles, como el Holocausto judío, de modo que siempre se han rechazado las demandas contra las sanciones penales a esos discursos. El problema surge con los hechos históricos que no están tan claros³⁹.

La libertad de opinión se refiere a juicios de valor y supone dar a conocer las propias ideas, pero no siempre es fácil diferenciarla de las informaciones fácticas. Están especialmente protegidos cuando afectan a cuestiones de interés general en el marco del debate público. Por ello, los discursos políticos gozan de la más alta protección, ya que son fundamentales para el debate en una sociedad democrática. Se puede afirmar que la libertad de expresión de los políticos no puede restringirse porque ofenda a algunas personas, ni siquiera porque meramente fomente intolerancia (lo cual permitiría fácilmente a los Estados sofocar la oposición); y no puede limitarse por razones de protección de la seguridad pública o los derechos de los otros salvo que pueda demostrarse un impacto real en la sociedad que constituya un riesgo inminente o un peligro presente de que se produzca violencia, o se disuada a los creyentes de mantener sus creencias o manifestar o practicar su religión⁴⁰.

En cuanto a las expresiones artísticas, su protección se ve debilitada, sobre todo en comparación con pronunciamientos periodísticos y, por supuesto, políticos, porque se considera que no contribuyen tanto a la profundización en los valores democráticos. Esto puede ser cuestionable⁴¹. Además, expresiones artísticas pueden conllevar mensajes políticos. La mayor parte de las injerencias autorizadas por el TEDH en nuestro ámbito de estudio han sido casos de expresiones artísticas satíricas que han afectado a los

³⁶ TEDH, *Caso Delfi AS contra Estonia*, Sentencia del 16 de junio de 2015, apartado 110.

³⁷ Elósegui Itxaso, M. (2020), "El principio de proporcionalidad, la incitación al odio y la libertad de expresión en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: los casos *Stomakhin contra Rusia*, *Williamson contra Alemania* y *Pastörs contra Alemania*", *Revista General de Derecho Europeo*, 51, pp. 14-54, p. 27.

³⁸ BUSTOS GISBERT, R., "Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática", en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coords.): *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 473-509, p. 481.

³⁹ LAZKANO BROTONS, Í., "Libertad de expresión", en LASAGABASTER HERRARTE, Í. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 510-630, p. 517.

⁴⁰ HOWARD, E., "Gratuitously offensive speech and the political debate", *European Human Rights Law Review*, 6, 2016, pp. 636-644, p. 644.

⁴¹ BUSTOS GISBERT, R., "Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática", en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coords.): *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 473-509, p. 489.

sentimientos religiosos. Se entiende que son ofensas gratuitas que no contribuyen al debate público. Sin embargo, el propósito de la sátira de cuestionar las ideas, normas y valores que se dan por supuestos contribuye al debate democrático⁴². Además, despreciar las ideas que no son valiosas para el progreso de los asuntos humanos limitando su expresión puede resultar peligroso para los mensajes religiosos: piénsese, por ejemplo, en la incidencia de las narraciones religiosas respecto a la orientación sexual, considerada una faceta fundamental de la identidad individual por el propio TEDH⁴³.

En definitiva, se trataría de delimitar cuándo las expresiones impugnadas contribuyen al debate público o si exceden la libertad de expresión por ser gratuitamente ofensivas.

2. La libertad religiosa en el CEDH

Los numerosos casos que han llegado al TEDH en materia de libertad religiosa le han permitido asentar unos principios básicos que delimitan el bien jurídico protegido y las posibles limitaciones del derecho. El primer párrafo del artículo 9 refiere, en primer lugar, el contenido del derecho *ad intra*, que es el ámbito más protegido y el cual no permite restricciones, a diferencia de las manifestaciones, tanto individuales como colectivas, que sí pueden ser limitadas de acuerdo con el segundo párrafo del mismo artículo.

Entre las manifestaciones referidas al ámbito interno, se recoge el derecho absoluto e incondicional a profesar y a cambiar de religión (o a no profesar ninguna)⁴⁴, sin que el Estado pueda inmiscuirse nunca en ello. Esta expresión de la libertad religiosa supone que el Estado no puede adoctrinar en ninguna creencia religiosa⁴⁵ (principio de neutralidad), ni forzar a manifestar⁴⁶ o a que quede de manifiesto⁴⁷, ninguna opción religiosa; ni valorar la legitimidad de las creencias religiosas o las formas de expresión de esas creencias⁴⁸.

Sin embargo, la expresión externa de la religiosidad sí tiene límites. Puesto que la manifestación por una persona de su creencia religiosa puede tener un impacto en otras, existen los límites del artículo 9.2 que dispone que cualquier limitación de la manifestación de la religión o las creencias debe ser regulada por Ley y ser necesaria en una sociedad democrática en la consecución de uno o más objetivos. Es decir, puesto que en una sociedad democrática coexisten diversas religiones y convicciones personales, las

⁴² HAUKSDÓTTIR, E., “Restricting Freedom of Expression for Religious Peace: On the ECHR’S Approach to Blasphemy”, *European Convention on Human Rights Law Review*, 2, 2021, pp. 75-118, p. 96.

⁴³ *Ibidem*, p. 97.

⁴⁴ TEDH, *Caso Alexandridis contra Grecia*, Sentencia de 21 de febrero de 2008, párrs. 31-32. TEDH, *Caso Eweida y otros contra Reino Unido*, Sentencia de 15 de enero de 2013, párr. 80.

⁴⁵ TEDH, *Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca*, Sentencia de 7 de diciembre de 1975, párr. 53.

⁴⁶ TEDH, *Caso Sinan Işık contra Turquía*, Sentencia de 2 de febrero de 2010, párrs. 42-43.

⁴⁷ TEDH, *Caso Alexandridis contra Grecia*, Sentencia de 21 de febrero de 2008, párrs. 35 y 38.

⁴⁸ Por todas, TEDH, *Caso Eweida y otros contra el Reino Unido*, Sentencia de 15 de enero de 2013, párr. 81.

restricciones son necesarias para conciliar los intereses de los distintos grupos y asegurar el respeto a las creencias de todos⁴⁹.

Hay que tener en cuenta que el artículo 9.1 del CEDH establece el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, de modo que parece abarcar en posición de igualdad⁵⁰ todo tipo de convicciones personales consistentes (que son más que meras opiniones)⁵¹, “modos de entender cómo se ha de conducir una persona en su vida individual o social y la actuación de acuerdo con ellas”⁵², sin que se haya visto la necesidad jurisprudencial de dar una definición al respecto. Sin embargo, voces críticas han manifestado que ven una mayor protección de las creencias religiosas respecto a las convicciones éticas, y una quiebra de los principios de igualdad y neutralidad por la admisión de las iglesias de Estado con regímenes jurídicos privilegiados frente a grupos minoritarios⁵³. Efectivamente, la protección de los sentimientos religiosos respecto a la libertad religiosa parece privilegiar la libertad de religión respecto a la libertad de pensamiento o conciencia. Después volveremos sobre ello.

En una de sus citas más famosas, el TEDH declaró que la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión constituye una de las bases de una sociedad democrática en el sentido del CEDH. Figura en su dimensión religiosa entre los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero es también un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes. Es una manifestación del pluralismo, claramente conquistado en el curso de siglos, consustancial a nuestra sociedad⁵⁴.

Por tanto, los principios que han de regir este derecho parten de la necesidad de garantizar la pluralidad como valor máximo de una sociedad democrática, a través de la neutralidad e imparcialidad del Estado⁵⁵, el cual ha de operar como garante de la tolerancia mutua y la autonomía de las confesiones religiosas (también con obligaciones positivas). De este modo, aunque se trata de un ámbito en el que la amplia diversidad de posturas entre los Estados miembros del Consejo de Europa ha llevado a la permisón de un amplio margen

⁴⁹ European Court of Human Rights. Research Division (2013), *Overview of the Court's case-law on freedom of religion*, p. 7. Recuperado de: https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_religion_ENG.pdf.

⁵⁰ GARCÍA URETA, A., “Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, en LASAGABASTER HERRARTE, Í. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas-Thomson Reuters, Cisar Menor, 2015, pp. 439-509, p. 445.

⁵¹ *Ibidem*, p. 452. Igualmente, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. RESEARCH DIVISION (2013), *Overview of the Court's case-law on freedom of religion*, p. 6. Recuperado de: https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_religion_ENG.pdf.

⁵² ROCA, M. J., “Impacto de la jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH sobre libertad religiosa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 2017, pp. 253-281, p. 257.

⁵³ SOLAR CAYÓN, J. I., “Pluralismo, democracia y libertad religiosa: consideraciones (críticas) sobre la jurisprudencia del TEDH”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, 15, 2007.

⁵⁴ TEDH, *Caso Kokkinakis contra Grecia*, Sentencia de 25 de mayo de 1993, párr. 31.

⁵⁵ Aunque no se prohíben las religiones de Estado, sí que se prohíben las acciones que pueden conculcar dicha neutralidad. GARCÍA URETA, A., “Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, en LASAGABASTER HERRARTE, Í. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas-Thomson Reuters, Cisar Menor, 2015, pp. 439-509, p. 455-456.

de apreciación nacional⁵⁶ en las limitaciones a las manifestaciones, estos principios básicos estarán en todo el control ejercido por el TEDH.

Llegados a este punto es importante destacar que el artículo 9 no menciona ningún derecho al respeto de los sentimientos religiosos. En la mayor parte de los casos que el TEDH ha limitado la libertad de expresión en relación con la libertad religiosa lo ha hecho por la protección de la reputación o de los derechos ajenos contemplada en el artículo 10.2 del CEDH, interpretada como la obligación de hacer uso de la libertad de expresión de forma que no suponga una ofensa gratuita a otros; en este caso, una ofensa a los sentimientos religiosos de otros. Se ha criticado que el TEDH trate de equilibrar la libertad de expresión con un derecho que no está mencionado en el CEDH⁵⁷, como sería el derecho a no ser ofendido en los sentimientos religiosos. Incluso, se plantea que el derecho a cambiar de religión quedaría sin sentido si no se pueden recibir críticas o negaciones de los principios de la religión que se profesa⁵⁸. Creo, sin embargo, que la razón principal por la cual los creyentes deben tolerar manifestaciones que ofendan sus sentimientos religiosos es por el contrapeso que suponen a su derecho a tratar de convencer a terceros de la bondad de su fe y de sumarse a su confesión.

Por otro lado, desde las primeras sentencias en esta materia⁵⁹ la protección de los sentimientos religiosos está ligada a la paz religiosa, en el sentido de coexistencia pacífica de todas las religiones y otros sistemas de creencias, fruto de la tolerancia mutua entre las costumbres y convicciones de cada uno⁶⁰. Para garantizar esa coexistencia pacífica deben evitarse las ofensas gratuitas a los sentimientos religiosos que generan una indignación justificada que puede poner en peligro la paz religiosa. Por ello en esas circunstancias la libertad de expresión puede limitarse haciendo uso del límite de los derechos de los otros del artículo 10.2 CEDH. Volveremos sobre ello.

⁵⁶ Por todos, TEDH, *Caso Osmanoglu y Kocabaş contra Suiza*, Sentencia del 10 de enero de 2017, párrs. 87-88.

⁵⁷ LAZKANO BROTONS, Í., “Libertad de expresión”, en LASAGABASTER HERRARTE, Í. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 510-630, p. 530.

⁵⁸ HAUKSDÓTTIR, E., “Restricting Freedom of Expression for Religious Peace: On the ECHR’S Approach to Blasphemy”, *European Convention on Human Rights Law Review*, 2, 2021, pp. 75-118, pp. 77, 81-82.

⁵⁹ TEDH, *Caso Otto-Preminger Institut contra Austria*, Sentencia del TEDH del 20 de diciembre de 1994, párr. 56.

⁶⁰ TEDH, *Caso Kokkinakis contra Grecia*, Sentencia de 25 de mayo de 1993, párr. 33. TEDH, *Caso S.A.S. contra Francia*, Sentencia del 1 de julio de 2014, párr. 126.

IV. BLASFEMIA, INSULTO RELIGIOSO E INCITACIÓN AL ODIOS RELIGIOSO

Tras la publicación de las caricaturas de Mahoma por el *Jyllands-Posten* y la internacionalización del conflicto, este se extendió tanto en el ámbito diplomático (con diferentes pronunciamientos de la Asamblea General de Naciones Unidas⁶¹, entre otros) como en el ámbito social: se generaron protestas y violencia, con decenas de personas muertas en los disturbios en el mundo islámico, tanto en África, como en Oriente Próximo y Asia; y tanto el periódico danés como otros que replicaron sus caricaturas sufrieron múltiples amenazas. Las policías danesa y sueca evitaron una matanza en el *Jyllands-Posten* en 2010⁶².

En una Resolución de 2006, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (APCE) planteó el problema con claridad: ¿si, y hasta qué punto, el respeto a las creencias religiosas debe limitar la libertad de expresión?⁶³ A lo que se respondió que la libertad de expresión (fundamental para el progreso individual y social) no debería restringirse más para satisfacer la creciente sensibilidad de ciertos grupos religiosos, si bien las expresiones de odio contra grupos étnicos o religiosos son inadmisibles⁶⁴.

En el Informe elaborado por la Comisión de Venecia sobre la relación entre libertad de expresión y libertad de religión, a partir del estudio de los estándares internacionales y la legislación nacional de los Estados miembros del Consejo de Europa, y de escuchar a expertos sobre la materia, se concluyó⁶⁵ la necesidad de la penalización de la incitación al odio (incluido el odio religioso), pero que no era necesario ni deseable crear un delito de injurias religiosas (es decir, de ofensa a los sentimientos religiosos) sin el elemento de incitación al odio como componente esencial; y que el delito de blasfemia debería ser abolido donde no hubiera desaparecido ya⁶⁶.

The level of tolerance of these individuals, and of anyone who would feel offended by the legitimate exercise of the right to freedom of expression, should be raised. A democracy must not fear debate, even on the most shocking or anti-democratic ideas. It is through open discussion that these ideas should be countered and the supremacy of democratic values be demonstrated. Mutual understanding and

⁶¹ La influencia de la perspectiva islámica tuvo repercusión en una serie de resoluciones de la Asamblea General y otros órganos de Naciones Unidas en los que se llegó a defender la penalización de la difamación religiosa, lo cual generó la reacción contraria, en particular, de Europa, Estados Unidos y Canadá, y del propio Consejo de Europa [COMBALÍA SOLÍS, Z., “Libertad de expresión y difamación de las religiones: el debate en Naciones Unidas a propósito del conflicto de las caricaturas de Mahoma”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 19, 2009, pp. 1-31, pp. 13-29].

⁶² “Dinamarca evita una matanza en el diario de las viñetas de Mahoma”, *El País*, 29 de diciembre de 2010. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2010/12/29/actualidad/1293577202_850215.html.

⁶³ APCE, Resolución 1510 (2006) *Freedom of expresion and respecto for religious beliefs*, párr. 6.

⁶⁴ *Ibidem*, párrs. 9, 12 y 17.

⁶⁵ En términos similares a los expuestos en APCE, Recommendation 1805 (2007) *Blasphemy, religious insults and hate speech against person on grounds of their religion*.

⁶⁶ COMISIÓN DE VENECIA, *Report on the Relationship between freedom of expression and freedom of religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred*, 2008, párr. 88.

respect can only be achieved through open debate. Persuasion, as opposed to ban or repression, is the most democratic means of preserving fundamental values⁶⁷.

Este Informe de la Comisión de Venecia muestra con claridad tres tipos graduales de comportamientos que constituyen ejercicios de expresión y son susceptibles de ser considerados contrarios al derecho a la libertad religiosa, aunque a veces no sea fácil discernir ante qué tipo nos encontramos en un caso concreto. Vamos a estudiar cada uno de ellos en la jurisprudencia del TEDH para precisar en cuál encajan los comportamientos previstos en el artículo 525.1 del Código penal español.

1. La blasfemia

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, blasfemia es “la palabra o expresión injuriosas contra alguien o algo sagrado”⁶⁸. La Comisión de Venecia señaló que no existe una definición uniforme en el ámbito internacional de blasfemia pero de acuerdo a las definiciones que ella misma recoge puede sintetizarse que supone el acto de insultar o mostrar irreverencia hacia Dios y, por extensión, a todo lo considerado sagrado por una religión⁶⁹.

El origen de la tipificación de la blasfemia estaba en la necesidad de proteger la ortodoxia religiosa; era un crimen contra dios, no contra otras personas. Originalmente, no se trató tanto de construir un derecho subjetivo como de preservar la estructura social, en una concepción que nos recuerda la visión actual de la mayor parte de los Estdos islámicos. Actualmente, en Europa los tipos penales se han reformulado mayormente de modo que el bien jurídico protegido no es ya el dogma, sino los sentimientos religiosos de los ciudadanos o, en último término, el orden público o la paz social⁷⁰. En el ámbito del Consejo de Europa, observamos que el TEDH permite la restricción de la libertad de expresión en beneficio de las sensibilidades religiosas y la protección de la paz religiosa⁷¹, en los términos que veremos posteriormente.

¿Dónde queda aquí la blasfemia? El insulto a la religión en sí misma, que sería la blasfemia en sentido estricto, debe excluirse del ámbito penal. Sin embargo, no es fácil discernir hasta qué punto estamos sancionando la blasfemia cuando se penaliza el insulto o el escarnio de elementos religiosos con la finalidad de herir los sentimientos religiosos. ¿Cuál es entonces el bien jurídico protegido? ¿La confesión religiosa en sí misma o la paz social que suponemos está en peligro ante los ataques contra ella, o la dignidad y los

⁶⁷ *Ibidem*, párr. 97.

⁶⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, “blasfemia”, en *Diccionario de la lengua española*, 23ª edición, 2014. Disponible en: <https://dle.rae.es/blasfemia>.

⁶⁹ COMISIÓN DE VENECIA, *Report on the Relationship between freedom of expression and freedom of religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred*, 2008, párr. 24.

⁷⁰ CARRILLO DONAIRE, J. A., “La libertad de expresión y ‘el discurso de odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular”, *Revista de Fomento Social*, 70, 2015, pp. 205-243, p. 220.

⁷¹ HAUKSDÓTTIR, E., “Restricting Freedom of Expression for Religious Peace: On the ECHR’S Approach to Blasphemy”, *European Convention on Human Rights Law Review*, 2, 2021, pp. 75-118, p. 89-91.

derechos de los creyentes a no ser molestados en sus creencias religiosas? Si es lo primero, resulta una supervivencia de la penalización de la blasfemia como se ha denunciado respecto a la primera conducta tipificado en el artículo 525.1 del Código penal español. Si es lo segundo, se coloca a los creyentes en una posición de mayor protección respecto al ejercicio de la libertad de expresión en comparación con otros grupos.

2. Los discursos de incitación al odio

El discurso de odio religioso supone incitar al odio, la discriminación o la violencia contra una persona o grupo específicos en función de la religión. Se trata del comportamiento respecto al que no cabe ninguna duda de que debe estar prohibido y sancionado penalmente. Es decir, respecto a los discursos de odio puede discutirse su concepto exacto, pero rige el consenso en la necesidad de su prohibición, su incompatibilidad con el CEDH e, incluso, la necesidad de la tipificación penal de las conductas en las que se concreten. El Código penal español lo castiga en su artículo 510⁷².

Efectivamente, un límite indubitado de la libertad de expresión es el discurso de odio o toda expresión que propague, incite o promueva el odio. De acuerdo con la Recomendación N° R (97) 20 del Comité de ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, “se entenderá por discurso de odio todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”.

La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa ha precisado (Recomendación general N° 15 y Memorándum explicativo, de 8 de diciembre de 2015⁷³) que las “formas de expresión que ofenden, perturban o trastornan no constituyen discursos de odio y que la lucha contra el discurso de odio debe servir para proteger a las personas y grupos de personas más que a credos, ideologías y religiones en concreto” y “que el discurso de odio puede tener por objeto incitar a otras personas actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a quienes van dirigidas, o cabe razonablemente que produzca tal efecto, y que ello constituye una forma de expresión especialmente grave”.

Aunque el TEDH había utilizado el término “discurso de odio” con anterioridad, solo a partir de la Sentencia *Gündüz y otros contra Turquía*⁷⁴ empezó a utilizar la definición de la Recomendación N° R (97) 20. Se trata, precisamente, de una sentencia que aborda el discurso de odio desde la promoción religiosa en tanto se trata del líder de una secta que al presentarla en un programa de televisión atacó la democracia turca al considerar los

⁷² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *BOE* núm. 281, de 24/11/1995. Para su mejor comprensión, véase Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, *BOE* núm. 124, de 24 de mayo de 2019.

⁷³ COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA (ECRI) del Consejo De Europa (2015): *Recomendación general n° 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo* (<https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>).

⁷⁴ TEDH, *Caso Gündüz y otros contra Turquía*, Sentencia de 13 de noviembre de 2003, párrs. 48, 51.

valores de la democracia como incompatibles con el islam, y defendió la implantación de la sharía. El TEDH opinó que, si bien la sharía no es compatible con los valores del CEDH, no se defendió su implantación mediante la violencia, y todo el discurso se desarrolló en un contexto de debate general en Turquía al respecto y con otros participantes en el programa que hacían réplica a este discurso. De modo que no consideró que existiese discurso de odio y, por tanto, Turquía había violado el artículo 10 del CEDH.

Cuando el TEDH considera que es evidente que una expresión constituye discurso de odio opta directamente por la utilización del art. 17 CEDH. Ello ha suscitado críticas por quienes prefieren que se parta de considerar todos los discursos protegidos por el artículo 10 para luego someterlos a los criterios limitativos del artículo 10.2 CEDH⁷⁵. En cualquier caso, no siempre es fácil determinar cuándo nos hallamos ante ese tipo de discurso claramente no admitido, o discursos hostiles que han de ser analizados a la luz del art. 10.2 y a los que se aplica el test de proporcionalidad.

Se consideró que estaba totalmente claro que se trataba de discursos inadmisibles con el CEDH y, por tanto, se procedió a la inadmisión (por la vía del art. 17 CEDH), entre otros, en el *Caso Norwood contra el Reino Unido*⁷⁶ (se consideró discurso de odio una pancarta con las Torres Gemelas ardiendo en la que se podía leer “Islam fuera de Gran Bretaña. Protejamos al pueblo británico”); o, más recientemente, en el caso *Belkacem contra Bélgica*⁷⁷ (el demandante había sido condenado por la publicación de vídeos en *Youtube* que incitaban al odio y la violencia contra los no musulmanes). En este grupo de casos inadmitidos por considerar que el artículo 10 del CEDH no puede ser invocado en contra de los valores que lo fundamentan, también se encuentran los vinculados a la negación del Holocausto y la incitación al odio contra los judíos⁷⁸.

En el *Caso Féret contra Bélgica* se había condenado penalmente a un diputado que distribuyó en campaña electoral panfletos con consignas como “Contra la islamización de Bélgica”, “Detengamos la farsa política de la integración”. La demanda fue admitida a trámite si bien, finalmente, fue desestimada al considerarse que no se había vulnerado el artículo 10 CEDH aunque los discursos objeto del litigio no animaban directamente a la violencia. Se consideró así porque:

La Cour estime que l'incitation à la haine ne requiert pas nécessairement l'appel à tel ou tel acte de violence ou à un autre acte délictueux. Les atteintes aux personnes commises en injuriant, en ridiculisant ou en diffamant certaines parties de la population et des groupes spécifiques de celle-ci ou l'incitation à la discrimination, comme cela a été le cas en l'espèce, suffisent pour que les autorités privilégient la lutte contre le discours raciste face à une liberté d'expression irresponsable et

⁷⁵ LAZKANO BROTONS, Í., “Libertad de expresión”, en LASAGABASTER HERRARTE, Í. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 510-630, p. 514.

⁷⁶ TEDH, Decisión de inadmisión de 16 de julio de 2003.

⁷⁷ TEDH, Decisión de inadmisión de 27 de junio de 2017.

⁷⁸ Por todas, la Decisión de inadmisión de 25 de octubre de 2015 del TEDH, *Caso M'Bala M'Bala contra Francia*, en cuyo párr. 33 se referencias otras decisiones en el mismo sentido.

portant atteinte à la dignité, voire à la sécurité de ces parties ou de ces groupes de la population. Les discours politiques qui incitent à la haine fondée sur les préjugés religieux, ethniques ou culturels représentent un danger pour la paix sociale et la stabilité politique dans les Etats démocratiques⁷⁹.

Efectivamente, la jurisprudencia del TEDH ha terminado considerando que la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento directo a actos de violencia, en lo que parece ser un giro consecuente con ciertos cambios acontecidos en el Viejo Continente⁸⁰. Los ataques a personas cometidos por medio de la injuria, la ridiculización o la difamación han pasado a ser suficientes para actuar contra este tipo de discursos⁸¹.

Hay que tener en cuenta varios aspectos en este caso. Primero, que no se protegió la libertad de expresión pese a tratarse de la actividad de un político en campaña electoral, si bien es cierto que difícilmente puede considerarse que esos panfletos contribuyesen a un debate público propio de una sociedad democrática. Segundo, sí existe una incitación a la discriminación, y no solo por motivos religiosos sino también racistas. “Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o calumniar a grupos específicos de la población son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión ejercida de una forma irresponsable”⁸². Tercero, el TEDH entiende que los discursos que incitan al odio por prejuicios religiosos constituyen un peligro para la paz social y la estabilidad política. Por tanto, aunque no se dé un peligro claro y presente de violencia, se trataría de un discurso que llevaría invariablemente a violencia estructural en el largo plazo⁸³. Sería, por tanto, una incitación indirecta.

En definitiva, el TEDH ha permitido que el Estado limite la libertad de expresión si no incita a la violencia pero sí engendra “un peligro objetivo de realización de actos discriminatorios o violentos”⁸⁴. La libertad de expresión no abarca las expresiones que incitan al odio⁸⁵.

⁷⁹ TEDH, *Caso Féret contra Bélgica*, Sentencia del 10 de diciembre de 2009, párr. 73.

⁸⁰ AVILÉS HERNÁNDEZ, E., “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión: Análisis de la jurisprudencia del TEDH y su influencia en el Tribunal constitucional español”, en SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.; FERNANDA PALMA, M.; GARCÍA PÉREZ, O. y PRATA ROQUE, M. (dirs.), *La influencia de la jurisprudencia del TEDH en el derecho interno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 55-82, p. 89.

⁸¹ TEDH, *Caso Féret contra Bélgica*, Sentencia del 16 de julio de 2009, párr. 73.

⁸² TEDH, *Caso Vejdeland y otros contra Suecia*, Sentencia de 9 de febrero de 2012, párr. 55.

⁸³ ELÓSEGUI ITXASO, M., “El principio de proporcionalidad, la incitación al odio y la libertad de expresión en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: los casos *Stomakhin contra Rusia*, *Williamson contra Alemania* y *Pastörs contra Alemania*”, *Revista General de Derecho Europeo*, 51, 2020, pp. 14-54, p. 38

⁸⁴ PORTILLA CONTRERAS, G., “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y discurso de odio”, en CARUSO FONTÁN, M. V. y PÉREZ ALBERDI, M. R. (dirs.): *Diálogos judiciales en el sistema europeo de protección de derechos humanos: una mirada interdisciplinar*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 307-320, p. 311.

⁸⁵ Por todas, TEDH, *Caso E. S. contra Austria*, Sentencia de 25 de octubre de 2018, párr. 43.

3. El insulto o la ofensa a los sentimientos religiosos

El insulto u ofensa a los sentimientos religiosos puede considerarse el comportamiento intermedio entre la blasfemia y el discurso de incitación al odio. Es un ámbito más difícil de definir, y con respecto al cual hay una discusión mucho mayor.

¿Existe la posibilidad de restringir la libertad de expresión en su relación con la libertad religiosa como lo hace el artículo 525.1 del Código penal (es decir, sin que se dé la incitación al odio) de acuerdo al TEDH? La respuesta parece ser que sí. Si bien podría parecer que en la jurisprudencia del TEDH existe una tendencia a fortalecer la libertad de expresión, no es una tendencia constante. Cabe plantearse si el temor a actos violentos de quienes sienten la ofensa a sus sentimientos religiosos se está reflejando en las instancias judiciales europeas.

En la medida en que la libertad religiosa implica, además de lo referido al fuero interno, la libertad de manifestar la religión y, por tanto, tratar de convencer a otros, los creyentes deben tolerar los posibles rechazos por parte de otras personas de sus creencias religiosas e, incluso, la propagación de doctrinas hostiles a su fe. Sin embargo, los Estados no pueden permitir que esas críticas o negaciones lleguen a ser tales que disuadan a los creyentes de tener y expresar su religión⁸⁶.

De este modo, en la interacción de la libertad religiosa con la libertad de expresión, el TEDH ha tenido que llevar a cabo la ponderación correspondiente en múltiples casos, más allá de mantener el mencionado principio inequívoco de que la libertad de expresión no abarca las expresiones que incitan al odio.

En las primeras sentencias aceptó un amplio margen de apreciación nacional respecto a las restricciones estatales establecidas para proteger los sentimientos religiosos de los creyentes admitiendo la prohibición de películas satíricas u otro tipo de ataques a elementos venerados por los creyentes de una religión.

En el Caso *Otto-Preminger Institut contra Austria*, el demandante era una asociación privada que quiso proyectar una película, *Das Liebeskonzil*, que presentaba a Dios, la virgen María y Jesucristo en actitudes obscenas o lascivas, y en connivencia con el Diablo. Las autoridades austriacas la censuraron para asegurar la paz religiosa y evitar que algunas personas vieran atacados sus sentimientos religiosos de forma injustificada y ofensiva. El Derecho austriaco permitía suprimir los comportamientos contra objetos de veneración religiosa que es probable causen una indignación justificada, con el fin de proteger el derecho de los ciudadanos a que no se insulten sus sentimientos religiosos. El TEDH consideró que el razonamiento encajaba en la protección de los derechos de los otros (art. 10.2 CEDH) y que el Estado austriaco había actuado dentro de su margen de apreciación nacional, de modo que no había habido violación del artículo 10 del CEDH. Además, analizando si la restricción era necesaria en una sociedad democrática, se

⁸⁶ TEDH, Caso *Otto-Preminger Institut contra Austria*, Sentencia del TEDH del 20 de diciembre de 1994, párr. 47.

consideró que aunque la libertad de expresión abarca las ideas que pueden chocar, ofender o perturbar, también esta libertad tiene límites y entre ellos está la obligación de evitar tanto como sea posible las expresiones que son ofensas gratuitas (y, por tanto, atentan contra los derechos de otros) y no contribuyen al debate público capaz de contribuir al progreso social. Junto a ello, el hecho de que la mayor parte de la población de la región en la que se iba a exponer la película (el Tirol austriaco) era mayoritariamente católica (la proporción de los católicos en la región ascendía al 87%), conlleva una necesidad social imperiosa de preservar la paz religiosa⁸⁷.

En el Caso *Wingrove contra Reino Unido* se autorizó la censura estatal de material audiovisual que se consideraba que atacaba los sentimientos religiosos cristianos, aludiendo a la protección de la reputación y los derechos de los otros (10.2 CEDH) así como del mismo derecho a la libertad religiosa (9 CEDH)⁸⁸. También se han dictado sentencias que han protegido sentimientos religiosos de los musulmanes. En el Caso *AI contra Turquía*⁸⁹ se aceptó la sanción económica impuesta al autor de una obra injuriosa contra el profeta Mahoma.

De este modo, con estas sentencias, se asientan los conceptos básicos sobre los que se va a permitir, haciendo uso del margen de apreciación nacional, la restricción de la libertad de expresión cuando sin llegar al discurso de odio o al ataque personal de personas determinadas, ante los ataques a conceptos considerados sagrados el Estado se considera necesario impedir la libertad de expresión para evitar herir los sentimientos religiosos y garantizar la paz religiosa. De hecho, aunque la concepción moderna de la blasfemia supone la infracción de un derecho personal, se ha llegado a afirmar que “el TEDH parece preocupado por el orden público más que por los derechos individuales”⁹⁰.

Aunque hay casos de apariencia similar en los que sí se consideró violado el artículo 10 CEDH. Por ejemplo, en el caso *Aydin Tatlav contra Turquía* el demandante fue un abogado que había publicado un libro, *The reality of Islam*, en el que se defendía que la religión tiene el efecto de justificar las injusticias sociales en la medida en que son el deseo de Dios. El TEDH consideró que las fuertes críticas a la religión se hacían en un ámbito político social, sin que existiese insulto directamente dirigido a los creyentes ni ataques a los símbolos sagrados⁹¹.

Hay casos en los que la crítica fue dirigida a dirigentes religiosos y tampoco se consideró aceptable la restricción a la libertad de expresión. En el caso *Klein contra Eslovaquia*, en un artículo de revista se criticó duramente⁹² al más alto representante de la iglesia católica

⁸⁷ TEDH, Caso *Otto-Preminger Institut contra Austria*, Sentencia del TEDH del 20 de diciembre de 1994, párrs. 48, 49, 52 y 56.

⁸⁸ TEDH, Caso *Wingrove contra Reino Unido*, Sentencia del 25 de noviembre de 1996, párr. 48.

⁸⁹ TEDH, Caso *AI contra Turquía*, Sentencia de 13 de septiembre de 2005.

⁹⁰ HAUKSDÓTTIR, E., “Restricting Freedom of Expression for Religious Peace: On the ECHR’S Approach to Blasphemy”, *European Convention on Human Rights Law Review*, 2, 2021, pp. 75-118, p. 90.

⁹¹ TEDH, Caso *Aydin Tatlav contra Turquía*, Sentencia del 2 de agosto de 2006, párr. 28.

⁹² El artículo contenía metáforas duras de connotación sexual, se acusaba de haber cooperado con la policía secreta del anterior régimen comunista y se invitaba a los católicos a abandonar su iglesia en la medida en que estaba representada por un ogro.

en Eslovaquia porque había pedido la retirada de una película por su naturaleza blasfema. Se consideró que no se menospreciaba a los creyentes (ni se interfería en su derecho a expresar y practicar su religión) ni se denigraba la fe religiosa pues la crítica solo iba dirigida al arzobispo y, además, la revista tenía una circulación muy limitada y el ofendido perdonó al autor del artículo⁹³. Por lo que se sentenció la violación del artículo 10 CEDH.

En el Caso *Giniewski contra Francia*, un periodista e historiador había publicado un artículo en un diario en el que se criticaba una encíclica papal (*Veritatis Splendor*) y se afirmaba que ciertos aspectos de la doctrina católica conducen al antisemitismo y a “la realización de Auschwitz”. Los tribunales franceses lo consideraron culpable de difamar públicamente a un grupo de personas por su religión. El TEDH consideró que se había violado el artículo 10 del CEDH en la medida en que la restricción no se consideró como necesaria en una sociedad democrática porque el artículo versó sobre un tema de incuestionable interés público; no supuso ataques a los sentimientos religiosos; fue expresión de un periodista e historiador y es parte integral de la libertad de expresión la búsqueda de la verdad histórica; y el artículo no contenía ataques a las creencias religiosas, insultos u ofensas gratuitas ni incitaba al odio⁹⁴.

En los casos en los que sí se consideró violado el artículo 10 CEDH, la balanza se inclina a favor de la libertad de expresión porque no se observan ofensas a los sentimientos religiosos (ni, por supuesto, discursos de odio): el TEDH no encuentra insultos dirigidos a los creyentes ni ataques a los símbolos sagrados o sus creencias que pudiesen herir sus sentimientos.

Después de los atentados contra el semanario satírico francés *Charlie Hebdo* en enero de 2015, la APCE aprobó una resolución y una recomendación. Consideró que no solo se trataba de un ataque a la libertad de expresión y un acto de violencia antisemita, sino que ambos eran ataques contra los valores de la democracia y la libertad en general, contra el tipo de sociedad que el Consejo de Europa ha tenido como objetivo construir desde el final de la segunda guerra mundial⁹⁵. Se defendió que Europa debía permanecer unida en mostrar que no tiene miedo y que había que seguir usando el humor y la sátira. Lo contrario significaría que el terrorismo habría ganado. Además, el secularismo como principio de separación entre Estado y religión debía ser protegido⁹⁶.

Tres años después, en 2018, se publicaron tres sentencias relevantes para la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. En el Caso *Sekmadienis contra Lituania* se trató de una empresa de ropa que se anunciaba con modelos disfrazados de Jesucristo y la Virgen María de una manera que las autoridades nacionales consideraron que, en la medida en que podía humillar o degradar a personas a causa de su fe, debía considerarse inmoral e inaceptable; más aún cuando al tratarse de anuncios comerciales no suponían ninguna aportación a ningún debate público de interés general. El TEDH consideró que no existía ofensa gratuita, ni incitación al odio religioso, ni ataque a la religión de manera

⁹³ TEDH, Caso *Klein contra Eslovaquia*, Sentencia del 31 de enero de 2007, párrs. 51-52.

⁹⁴ TEDH, Caso *Giniewski contra Francia*, Sentencia de 31 de abril de 2006, párrs. 49-52.

⁹⁵ APCE, Resolución 2031 (2015), párr. 2, y Recommendation 20161 (2015), párr. 2.

⁹⁶ APCE, Resolución 2031 (2015), párr. 11.

injustificada y abusiva; y que los tribunales nacionales habían dado una clara primacía a la protección de los sentimientos religiosos respecto al derecho de la libertad de expresión⁹⁷.

En el Caso *Mariya Alekhina y otras contra Rusia*, las miembros del grupo feminista de punk Pussy Riot fueron condenadas penalmente por “vandalismo por motivos de odio religioso y enemistad, y por motivos de odio hacia un determinado grupo social” por haber efectuado una canción protesta contra el Gobierno y el Patriarca de la Iglesia Ortodoxa en la catedral de Moscú. El TEDH dictaminó que aunque la actuación puede haber sido ofensiva para algunos creyentes, no hubo incitación al odio y no se justifica la sanción penal impuesta, considerada desproporcionada. La Corte observó que de acuerdo con los estándares internacionales de protección de la libertad de expresión, las restricciones de tal libertad castigadas con sanciones penales solo son aceptables en los casos de incitación al odio⁹⁸.

Sin embargo, más recientemente, en el *Caso E. S. contra Austria*, la demandante consideró que se había violado su derecho a la libertad de expresión al ser condenada penalmente por el menosprecio de elementos de veneración religiosa, el profeta Mahoma en este caso, tras descartarse el delito de incitación al odio. En un seminario del partido ultraderechista Partido de la Libertad de Austria, abierto al público en general (pero al que solo asistieron 30 personas), la demandante reflexionó en su intervención sobre las tendencias pedófilas de Mahoma y el peligro que ello puede suponer en la medida en que en el islam el Profeta es un modelo a seguir. El TEDH consideró que no se trató de una conferencia amparada por el artículo 10 del CEDH y aceptó el uso realizado por los tribunales austriacos de su margen de apreciación en la medida en que el art. 10 no ampara afirmaciones de hechos inciertos que no contribuyen a un debate de interés público; fueron afirmaciones que pueden generar una indignación justificada que no solo supone herir los sentimientos religiosos (y, por tanto, los derechos de otros), sino que puede conllevar un riesgo para la paz religiosa y la tolerancia⁹⁹. Se afirma la existencia de una obligación estatal de garantizar la coexistencia pacífica de todas las religiones y de quienes no pertenecen a ningún grupo religioso a través de asegurar la tolerancia mutua¹⁰⁰.

En general, si dejamos de lado el caso *E. S. contra Austria*, podría afirmarse que se observa cierta evolución de la jurisprudencia del TEDH hacia la reducción del margen de apreciación nacional (que generalmente permite aceptar las restricciones a la libertad de expresión que ofenden sentimientos religiosos, aun cuando no haya incitación al odio)¹⁰¹ a favor de una mayor tutela de la libertad de expresión y de la necesidad de que los grupos

⁹⁷ TEDH, Caso *Sekmadienis contra Lituania*, Sentencia de 30 de abril de 2018, párrs. 77 y 83.

⁹⁸ TEDH, Caso *Mariya Alekhina y otras contra Rusia*, Sentencia de 3 de diciembre de 2018, párrs. 225, 223 y 228. En sentido similar, respecto a los discursos contra los rusos ortodoxos, TEDH, Caso *Stomakhin contra Rusia*, Sentencia de 8 de octubre de 2018, párr. 133.

⁹⁹ TEDH, Caso *E. S. contra Austria*, Sentencia de 25 de octubre de 2018, párrs. 51-55.

¹⁰⁰ TEDH, Caso *E. S. contra Austria*, Sentencia de 25 de octubre de 2018, párr. 44.

¹⁰¹ COMBALÍA, Z., “Los conflictos entre libertad de expresión y religión: tratamiento jurídico del discurso del odio”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXI, 2015, pp. 355-379, p. 362-365.

religiosos toleren la negación de sus creencias e incluso la propagación de otras doctrinas hostiles a su fe siempre que no se inste al odio o la intolerancia religiosos¹⁰². Sin perjuicio de que el TEDH haya jugado un papel importante en la configuración de los delitos de odio basados en prejuicios religiosos como límite al derecho a la libertad de expresión¹⁰³. Esta evolución se ha explicado porque lo contrario “acabaría por difuminar el contenido de la libertad de expresión en beneficio de las confesiones dominantes y de los intereses políticos”¹⁰⁴.

Sin embargo, el caso *E. S. contra Austria* es de entidad suficiente para plantearnos si se ha revertido la tendencia descrita. Parece haberse consolidado una protección de los sentimientos religiosos bajo el amparo del artículo 9 del CEDH que permite restringir la libertad de expresión del artículo 10 CEDH, sin que exista discurso de odio que incita a la violencia o la discriminación. Es suficiente la existencia de un discurso, incluso en el ámbito político, que pueda suponer una ofensa gratuita que hiera los sentimientos religiosos y genere una indignación justificada que suponga una amenaza para la paz religiosa como vertiente del orden público, lo que genera una necesidad social imperiosa de proteger a quienes se ofenden.

V. REFLEXIONES FINALES

Por tanto, ¿es acorde el actual artículo 525 del Cp. español con la interpretación que el TEDH hace de los arts. 9 y 10 del CEDH y, en concreto, los límites que la libertad de expresión tiene en su relación con la libertad religiosa? Aunque los pronunciamientos de la Comisión de Venecia, la APCE y el propio Consejo de Ministros del Consejo de Europa sí parecen indicar con claridad que no se deben sancionar penalmente los insultos a los sentimientos religiosos, no parece posible afirmar lo mismo respecto a la jurisprudencia del TEDH, con independencia de que el objeto de protección jurídica sean los sentimientos religiosos o lo sea el orden público. Sin embargo, creemos que vale la pena discutir esta posición interpretativa de la relación entre la libertad de expresión y la libertad religiosa que nos lleva a concluir la bondad de la supresión del artículo 525 del Cp.

Para el TEDH la indignación justificada de los creyentes causa la alteración de la paz religiosa. Por tanto, esta descansa en el respeto de los sentimientos religiosos. ¿Son susceptibles de protección los sentimientos religiosos? En el fondo, el problema radica en determinar si las creencias religiosas requieren o no una tutela específica respecto a los

¹⁰² Por todos: TEDH, *Caso Tagiyev y Huseynov contra Azerbaijan*, Sentencia del 5 de diciembre de 2019, párr. 44.

¹⁰³ AVILÉS HERNÁNDEZ, E., “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión: Análisis de la jurisprudencia del TEDH y su influencia en el Tribunal constitucional español”, en SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.; FERNANDA PALMA, M.; GARCÍA PÉREZ, O. y PRATA ROQUE, M. (dirs.), *La influencia de la jurisprudencia del TEDH en el derecho interno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 55-82, p. 65 y ss.

¹⁰⁴ MARTÍN SÁNCHEZ, I., “Las confesiones religiosas y su autonomía en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Encuentros Multidisciplinares*, 26, 2014, pp. 1-9, p. 9.

ataques a sus dogmas y símbolos de modo que podamos hablar de un discurso de odio antirreligioso diferenciable del discurso de odio construido sobre otros parámetros (etnia, nacionalidad, sexo, orientación sexual...) y una prohibición específica del insulto religioso protectora de los sentimientos religiosos.

Ya hemos visto que el TEDH afirma que el respeto a los sentimientos religiosos de los creyentes está garantizado por el artículo 9 del CEDH¹⁰⁵. Sin embargo, la doctrina no tiene claro que pueda ser así¹⁰⁶.

La justificación de la protección de los sentimientos religiosos parece encontrarse en una posición de especial vulnerabilidad de la identidad religiosa de los creyentes respecto a otras identidades, sentimientos o convicciones. El artículo 9 del CEDH protege la libertad de pensamiento, conciencia y religión, pero parece darse una sobreprotección de esta última que se refleja en la protección pretoriana de los sentimientos religiosos.

Aunque se considere que el bien jurídico protegido es el de la dignidad del creyente¹⁰⁷, y nunca la creencia, la religión o el dogma en sí mismos como en la concepción clásica de la blasfemia, en el fondo, el problema radica en determinar si las creencias religiosas requieren o no una tutela específica respecto a los ataques a sus dogmas y símbolos. En la defensa del trato diferenciado de las creencias religiosas respecto a otras convicciones puede argumentarse que los sentimientos religiosos son mucho más fuertes comparados con otros sentimientos igualmente importantes pero que no conciernen de la misma manera a elecciones íntimas.

La razón última de la especificidad jurídica del *hate speech* religioso es que afecta al lugar desde el que el hombre se sitúa ante el mundo. El creyente vive una relación identitaria singular con el conjunto de dogmas y símbolos de su fe, hasta el punto de que las críticas u ofensas a estos pueden suponer también una ofensa hacia su persona, hacia el estatuto moral que da sentido a su propia existencia, en la medida en que las creencias son definitorias de un modo de estar, de una ética personal (*ethos*) o de un modo moral de ser¹⁰⁸.

¹⁰⁵ TEDH, Caso *Otto-Preminger Institut contra Austria*, Sentencia del TEDH del 20 de diciembre de 1994, párr. 47.

¹⁰⁶ LAZKANO BROTONS, Í., “Libertad de expresión”, en LASAGABASTER HERRARTE, Í. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 510-630, p. 530. HAUKSDÓTTIR, E., “Restricting Freedom of Expression for Religious Peace: On the ECHR’S Approach to Blasphemy”, *European Convention on Human Rights Law Review*, 2, 2021, pp. 75-118, pp. 77, 81-82.

¹⁰⁷ COMBALÍA SOLÍS, Z., “Libertad de expresión y difamación de las religiones: el debate en Naciones Unidas a propósito del conflicto de las caricaturas de Mahoma”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 19, 2009, pp. 1-31, p. 12.

¹⁰⁸ CARRILLO DONAIRE, J. A., “La libertad de expresión y ‘el discurso de odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular”, *Revista de Fomento Social*, 70, 2015, pp. 205-243, p. 213.

Esto supone defender la necesidad de la protección especial de los sentimientos religiosos por el papel especial que juegan en la conformación de la identidad de la persona¹⁰⁹. Sin embargo, nada explica cómo una libertad que es valiosa para los ateos, se convierte en un elemento vital de identidad para los creyentes. No hay ninguna evidencia de que los creyentes sean más vulnerables que otros, como puede ser un nacionalista respecto a sus símbolos nacionales, un ecologista respecto a la protección de la naturaleza, o los mismos defensores convencidos de la libertad de expresión como seña de su identidad que pueden verse ofendidos por ataques como el ocurrido contra los trabajadores de la revista *Charlie Hebdo*. Fundamentar la limitación de la libertad de expresión en la vulnerabilidad única de los creyentes es un terreno resbaladizo porque la particularidad de los sentimientos religiosos es infundada y porque no existe una distinción clara y universal entre religión y otros sistemas de creencias¹¹⁰.

En general, se ha considerado que no es equivalente la protección frente a la discriminación por razón de raza o sexo, que por ideas y creencias, en la medida en que estas últimas son mudables, de modo que “no merecerían una protección tan firme”¹¹¹. Si, por el contrario, se considera que son aspectos que merecen protecciones equivalentes, que no hay diferencia apreciable entre la protección de la condición racial y la condición religiosa, porque ambas serían definitorias de la personalidad y del ser, “la protección de los sentimientos religiosos frente al insulto es equivalente a un trato indigno o denigrante”¹¹². Pero no es pacífico considerar que la identidad religiosa es equivalente a la identidad por sexo o raza, o, por el contrario, es equivalente a poseer determinada ideología o convicción.

Por otro lado, si asumiéramos esa equivalencia ¿aceptaríamos restricciones penales diferenciadas por ofensas vinculadas con elementos identitarios primarios como, por ejemplo, la homosexualidad? Es decir, podríamos preguntarnos si debemos perseguir penalmente todos los comentarios que puedan ofender a las personas con orientaciones sexuales minoritarias (por ejemplo, los realizados desde las mismas confesiones religiosas) cuando no suponen incitación al odio o la discriminación¹¹³.

Consideramos que la diferencia fundamental es que los grupos étnicos o de orientación sexual no pretenden extender su cosmovisión, si la tienen, a otros grupos sociales. La

¹⁰⁹ Postura que va ligada a una concepción de las relaciones sociales en la cual la protección de los derechos humanos está ligada a una concepción de la tolerancia como valor cívico que “no sólo debe esgrimirse para defender la libertad de expresión, sino también para proteger los sentimientos religiosos y la integridad de los grupos confesionales” [CARRILLO DONAIRE, J. A., “La libertad de expresión y ‘el discurso de odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular”, *Revista de Fomento Social*, 70, 2015, pp. 205-243, p. 235].

¹¹⁰ HAUKSDÓTTIR, E., “Restricting Freedom of Expression for Religious Peace: On the ECHR’S Approach to Blasphemy”, *European Convention on Human Rights Law Review*, 2, 2021, pp. 75-118, p. 91-93.

¹¹¹ CARRILLO DONAIRE, J. A., “La libertad de expresión y ‘el discurso de odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular”, *Revista de Fomento Social*, 70, 2015, pp. 205-243, p. 236.

¹¹² *Ibidem*, p. 239.

¹¹³ HAUKSDÓTTIR, E., “Restricting Freedom of Expression for Religious Peace: On the ECHR’S Approach to Blasphemy”, *European Convention on Human Rights Law Review*, 2, 2021, pp. 75-118, p. 97.

libertad de expresión respecto al hecho religioso es la contraparte al proselitismo, al derecho de los creyentes de tratar de convencer sobre su fe. De modo que de la misma manera que la construcción jurídica del discurso de odio, considerado como aquel que genera violencia o discriminación contra un grupo específico, es válido y equivalente para cualquier grupo social (sea cual sea su señal de identidad), parece razonable que lo mismo suceda con cualquier discurso que suponga ofensa, porque tanto la libertad de expresión como la tolerancia son bienes jurídicos fundamentales de las sociedades democráticas.

Por otro lado, si el bien jurídico protegido son los sentimientos religiosos como parte del artículo 9 CEDH, se trata de la protección de un derecho humano y no debería ser relevante el número de afectados¹¹⁴. Sin embargo, hemos visto que la protección de los sentimientos religiosos está directamente vinculada con la noción de orden público a través de la indignación justificada. Pero, ¿qué es una indignación justificada? Los ciudadanos se indignan cada día, lo que se refleja en protestas, huelgas, etc. Sin embargo, ningún Estado europeo se plantea restringir expresiones políticas que pudiesen generar tal indignación que provocasen disturbios. Porque ofenderse por las opiniones de los demás no justifica la violencia¹¹⁵.

La APCE estableció que el Derecho nacional solo debería penalizar las expresiones sobre asuntos religiosos que intencionada y severamente alterasen el orden público y supusiesen un llamamiento a la violencia pública¹¹⁶. Sin embargo, el TEDH parece concebir la paz religiosa no en términos de ausencia de violencia sino en términos de ausencia de insultos a los sentimientos religiosos. Por eso, sigue admitiendo restricciones a la libertad de expresión que no constituyen incitaciones al odio, sino meros insultos a los sentimientos religiosos.

It is true that the boundaries between insult to religious feelings (and even blasphemy) and hate speech are easily blurred, so that the dividing line, in an insulting speech, between the expression of ideas and the incitement to hatred is often difficult to identify. This problem however should be solved through an appropriate interpretation of the notion of incitement to hatred rather than through the sanctioning of insult to religious feelings¹¹⁷.

El pluralismo cultural y religioso generado por la globalización y fenómenos como la migración y, principalmente, el terrorismo, han generado un clima nuevo respecto de la relación entre la libertad de expresión y la libertad religiosa. El miedo ya ha marcado la agenda en este sentido en la restricción de la libertad de expresión en el ámbito

¹¹⁴ HAUKSDÓTTIR, E., “Restricting Freedom of Expression for Religious Peace: On the ECHR’S Approach to Blasphemy”, *European Convention on Human Rights Law Review*, 2, 2021, pp. 75-118, p. 99.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 104.

¹¹⁶ APCE, Recommendation 1805 (2007) *Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion*, párr. 15.

¹¹⁷ COMISIÓN DE VENECIA (2008): *Report on the Relationship between freedom of expression and freedom of religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred*, párr. 68.

norteamericano¹¹⁸ y podría hacerlo también en el europeo si observamos ciertas reacciones ante algunos casos en ese sentido¹¹⁹. La amenaza musulmana nos puede llevar a aceptar o asumir su propia concepción de la libertad de expresión en relación con la religión¹²⁰. Sin embargo, consideramos que estamos haciendo un flaco favor a la democracia si el miedo nos lleva a mermar un pilar fundamental de la misma como es la libertad de expresión. La dignidad de todos se protege salvaguardando a todas las personas de la violencia en todas sus formas, pero creyentes y no creyentes han de entender que la convivencia plural debe permitir la discrepancia, la crítica, la ofensa.

De este modo concluimos que tanto si el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona, su derecho al honor, o el orden público, no es conveniente la pervivencia de un tipo penal como el del artículo 525 Cp. que sobreprotege los sentimientos religiosos.

¹¹⁸ CARRILLO DONAIRE, J. A., “La libertad de expresión y ‘el discurso de odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular”, *Revista de Fomento Social*, 70, 2015, pp. 205-243, p. 228 y p. 230.

¹¹⁹ Respecto a reacciones a los asesinatos de Charlie Hebdo véase CARRILLO DONAIRE, J. A., “La libertad de expresión y ‘el discurso de odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular”, *Revista de Fomento Social*, 70, 2015, pp. 205-243, p. 229-230. Respecto a las reacciones a nivel global y europeo por la publicación de las caricaturas de Mahoma en un periódico danés, véase COMBALÍA, Z., “Los conflictos entre libertad de expresión y religión: tratamiento jurídico del discurso del odio”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXI, 2015, pp. 355-379.

¹²⁰ HAUKSDÓTTIR, E., “Restricting Freedom of Expression for Religious Peace: On the ECHR’S Approach to Blasphemy”, *European Convention on Human Rights Law Review*, 2, 2021, pp. 75-118, p. 117.