

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO DE ODIO POR MOTIVOS RELIGIOSOS

Zoila Combalía
M^a Pilar Diago
Alejandro González-Varas
(Editores)



Universidad Zaragoza



**LIBERTAD DE EXPRESIÓN
Y DISCURSO DE ODIO POR MOTIVOS RELIGIOSOS**

Colección Estudios Jurídicos y Sociales

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO DE ODIOS POR MOTIVOS RELIGIOSOS

Elena Álvarez-Álvarez

M. Chiara Marullo

M. Ascensión Andreu Martínez

Lucas Menéndez Conca

Monika Gabriela Bartoszewicz

Víctor Moreno Soler

Irene Briones

M. José Parejo

Isabel Cano

Matilde Pineda

Ana Gascón

M. Beatriz Román Luján

Juan González Ayesta

Diego Torres Sospedra

Enrique Herrera

Silvia Vilar

José Luis Llaquet de
Entrambasaguas

Sheila Villagrán Ruiz

Juan Luis López Aranguren

Blanca Vintanel

(Autores)

* * *

Zoila Combalía

M^a Pilar Diago

Alejandro González-Varas

(Editores)



Universidad Zaragoza



Esta publicación se ha realizado en el marco del proyecto MINECO I+D *Libertad de expresión y prevención de la violencia y discriminación por razón de religión* (DER2016-76913-P)

1ª edición, 2019

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de sus autores como manifestación de su derecho a la libertad de expresión

Volumen gratuito fuera de comercio

© 2019, [LICREGDI / Zoila Combalía, Mª Pilar Diago, Alejandro González-Varas, Elena Álvarez-Álvarez, M. Ascensión Andreu Martínez, Monika Gabriela Bartoszewicz, Irene Briones, Isabel Cano, Juan González Ayesta, Enrique Herrera, José Luis Llaquet de Entrambasaguas, Juan Luis López Aranguren, M. Chiara Marullo, Lucas Menéndez Conca, Ana Gascón, Víctor Moreno Soler, M. José Parejo, Matilde Pineda, M. Beatriz Román Luján, Diego Torres Sospedra, Silvia Vilar, Sheila Villagrán Ruiz, Blanca Vintanel]

Ediciones del Licregdi
C/ Pedro Cerbuna, 12
50009, Zaragoza

Obra registrada en el Registro de la Propiedad Intelectual de Zaragoza

ISBN: 978-84-09-12927-0

ÍNDICE

Presentación	4
I.- Protección jurídica de la libertad religiosa y de expresión; ¿existe el derecho a la ofensa?	5
M. Ascensión Andreu Martínez (Juez TSJ Murcia y Profesora Asociada, Universidad de Murcia): <i>Libertad de expresión y protección jurisdiccional de los sentimientos religiosos</i>	6
Diego Torres Sospedra (Becario, Universidad de Valencia): <i>Efecto desaliento y libertad religiosa: la crisis de un sistema.</i>	27
Elena Álvarez (Profesora Doctora, Universidad Internacional de la Rioja): <i>Distancia social y resentimiento como origen del discurso del odio. Reflexiones desde la sociología de Zygmunt Bauman.</i>	42
II. Libertad de expresión, información e incitación al odio en los medios de comunicación y en las redes sociales.	63
Ana Gascón Marcén (Profesora Contratada Doctora, Universidad de Zaragoza): <i>La lucha contra el discurso de odio en línea en la Unión Europea y los intermediarios de internet.</i>	64
Silvia Vilar (Doctora internacional en Derecho por la Universitat Jaume I): <i>Responsabilidad de los medios informativos y empresas tecnológicas frente al discurso de odio desde la perspectiva de los derechos humanos.</i>	87
Víctor Moreno Soler (Estudiante Postgrado, Universidad de Valencia): <i>Responsabilidad de los servidores web en materia de seguridad y prevención de la radicalización.</i>	102
M. Chiara Marullo (Profesora Ayudante Doctora, Universitat Jaume I): <i>El rol de la plataforma Facebook en la difusión de la campaña de odio contra la etnia musulmana Rohingya en Myanmar.</i>	119

III. Discurso de odio y seguridad. Preención y lucha contra la radicalización.	135
Irene Briones (Catedrática, Universidad Complutense de Madrid): <i>Herramientas para prevenir los delitos de odio. El papel de la religión en la educación para la tolerancia y la paz.</i>	136
Isabel Cano (Profesora Contratada Doctora, Universidad de Alcalá): <i>La Unidad de Gestión de la Diversidad: un modelo a seguir en el ámbito policial.</i>	159
Lucas Menéndez Conca (Investigador contratado Grupo de estudios penales, Universidad de Zaragoza): <i>El delito de terrorismo: su legitimación constitucional como una manifestación de “discurso de odio”.</i>	173
Juan Luis López Aranguren (Profesor Ayudante Dr. Universidad de Zaragoza): <i>Gas sarín, sectas y propaganda en Japón: El conflicto entre libertad de expresión, religión y seguridad a raíz de los ataques de Aum Shinrikyō.</i>	194
IV. Discurso de odio, política y movimientos migratorios.	220
Monika Gabriela Bartoszewicz (Assistant Professor, Masaryk University, República Checa): <i>Politically incorrect or necessary? Political underpinnings and ramifications of religiously motivated hate speech.</i>	221
M. Beatriz Román Luján (Abogada y estudiante de Doctorado, Universidad de Zaragoza): <i>Dificultades para cuantificar las manifestaciones de racismo y xenofobia contra menores extranjeros no acompañados.</i>	236
V. Libertad de expresión y religión en el ámbito confesional.	258
Juan González Ayesta (Profesor Doctor, Universidad de Oviedo): <i>Autonomía de los grupos religiosos y protección de los derechos humanos de sus miembros: consideraciones a la luz de algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.</i>	259
Enrique Herrera (Profesor Doctor, Universidad de Cantabria): <i>El derecho a difundir íntegramente el mensaje religioso.</i>	276

José Luis Llaquet de Entrambasaguas (Profesor Titular, Universidad Loyola Andalucía): Responsabilidades de los ministros de culto que inciten al odio.	292
María José Parejo (Profesora Titular, Universidad Pablo Olavide): <i>Libertad religiosa y libertad de expresión: la tolerancia y el discurso del odio religioso por razones de género.</i>	320
VI. Discurso de odio y simbología religiosa en el espacio público.	349
Matilde Pineda (Abogada y Profesora Asociada, Universidad de Alicante): <i>Simbología religiosa y aplicación de la Ley de Memoria Histórica.</i>	350
Sheila Villagrán Ruiz (Estudiante de Doctorado, Universidad de Sevilla): <i>El uso del velo como forma de libertad de expresión.</i>	375
Blanca Vintanel (Doctora en Derecho, Universidad de Zaragoza): <i>El uso de vestimenta de significado religioso en el espacio público.</i>	394

PRESENTACIÓN

No cabe duda que los mensajes que hieren sentimientos religiosos o que incitan al odio no ayudan a la convivencia en los actuales contextos globales y plurales. Ahora bien, ¿es misión del Derecho limitar estas expresiones? En caso afirmativo, ¿con qué alcance? No hay que olvidar que, junto a la libertad y a la no discriminación por razón de religión, la libertad de expresión y la crítica es también un derecho fundamental, piedra angular del sistema democrático. De ahí el cuidado y la medida con que el Derecho debe actuar en estos casos. Ante la preocupación social por la radicalización, tanto de la religión, como del rechazo a la religión o a determinadas religiones (islamofobia, cristianofobia, antisemitismo), es urgente un análisis riguroso sobre la incidencia que tiene el llamado discurso de odio, y cómo afrontar jurídicamente ese discurso. Con este fin, desde el Laboratorio de Libertad de Creencias y Gestión de la Diversidad, en el marco del proyecto del MINECO DER2016-76913-P, hemos impulsado una serie de actividades para conocer la opinión de expertos nacionales e internacionales sobre estas cuestiones, distinguir las perspectivas de futuro, y hallar respuestas a los interrogantes planteados. En este volumen se recogen algunas de estas aportaciones que resultan, sin duda, de gran interés y actualidad.

Zoila Combalía

M^a Pilar Diago

Alejandro González-Varas

**I.- PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y
DE EXPRESIÓN. ¿EXISTE EL DERECHO A LA OFENSA?**

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS

María Ascensión Andreu Martínez

Profesora Asociada del Área de Derecho Eclesiástico del Estado

Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. Libertad religiosa y libertad de expresión. 1.1. Planteamiento. 1.2. Libertad religiosa y sentimientos religiosos. 2. Hacia una pretendida protección jurisdiccional de los sentimientos religiosos. 2.1. Criterios o recomendaciones de los organismos europeos. 2.2. Perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3. Conclusiones.

1. LIBERTAD RELIGIOSA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1.1. *Planteamiento*

El punto de partida a la hora de conectar el sentimiento religioso con la libertad de expresión nos sitúa en dos contextos. El primero en el campo de la libertad de expresión, configurada en nuestra Constitución en sentido estricto como el derecho a “expresar y difundir libremente pensamientos u opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción” (art. 20.1.a). A este respecto el TC ha señalado, que este derecho comprende no solo las opiniones “inofensivas o indiferentes, o que se acojan favorablemente, sino también aquellas que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población, pues así resulta del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática”¹. Ahora bien, que el TC

¹ Así lo expresan la STC 62/1982, de 15 de octubre (CENDOJ. ECLI:ES:TC:1982:62) y la STC 85/1992, de 8 de junio (CENDOJ. ECLI:ES:TC:1992:85).

proteja en sentido amplio el derecho a la crítica en modo alguno significa que ampara el derecho al insulto, así ha reiterado que la libertad de expresión no protege el empleo de expresiones injuriosas utilizadas con fines de menosprecio². En definitiva, afirma el TC que la libertad de expresión no es un derecho fundamental absoluto e ilimitado, como todos tiene sus límites, toda vez que el artículo 20.1 a) CE “no reconoce un pretendido derecho al insulto”³.

El segundo contexto abarca la libertad ideológica y religiosa garantizada en el artículo 16 de la Constitución, en los siguientes términos:

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

Y en el apartado número 2 se refiere a la ideología, religión y creencias, a cuyo tenor:

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

De la interpretación conjunta de ambos artículos, podemos concluir que la libertad de expresión en cuanto derecho de todos los ciudadanos a expresar libremente sus opiniones, no es la libertad de ofender ni da derecho al insulto, sino la libertad de expresarlas aunque puedan ser ofensivas o entendidas como ofensivas para otros.

² Sirvan como ejemplo la STC 105/1990, de 6 de junio (CENDOJ. ECLI:ES:TC:1990:105); STC 240/1992, de 21 de diciembre (CENDOJ. ECLI:ES:TC:1992:240).

³ Así se pronuncia la STC 77/2009, de 23 de marzo (CENDOJ. ECLI:ES:TC:2009:77) y la STC 50/2010, de 4 de octubre (CENDOJ. ECLI:ES:TC:2010:50).

Trasladada al campo de los sentimientos religiosos se concreta en esa libertad de opiniones sobre los grupos religiosos y el derecho a ofender, perturbar y conmocionar, expresiones que se han repetido en las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como veremos más adelante.

Ahora bien, como cualquier derecho fundamental presentan límites en su formulación, que junto a los límites ordinarios del derecho a la libertad de expresión (art. 20.4 CE) tales como el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en el Título I, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, el derecho a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia, se pueden añadir otros como el respeto al ejercicio de otros derechos fundamentales, la moral y el orden público.

Como fundamento jurídico común, a estas normas hay que añadir lo recogido en el artículo 10 de la Constitución cuando garantiza en su apartado 1 la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, es decir, la libertad como valor del ser mismo de la persona, y la interpretación que debe hacerse de estos derechos de conformidad con el marco jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos que en la materia han sido ratificados por España (art. 10.2).

En este sentido, las referidas libertades serán interpretados a la luz de los instrumentos internacionales que fueron redactados a raíz y después de la Segunda Guerra Mundial. Así, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, recogen en sus respectivas declaraciones

la libertad religiosa⁴, al tiempo que garantizan la libertad de expresión y de opinión⁵.

En lo atinente a la libertad religiosa, ambos textos, parten del reconocimiento del derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, se atisba en las expresiones utilizadas que también se reconoce y protege además del ámbito propio del factor religioso el de las convicciones del individuo y así lo expresan en sus textos con las siguientes frases: “libertad de manifestar su religión o su creencia”; “libertad de manifestar su religión o sus convicciones”; “libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección”; “libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias”; “libertad de profesar y practicar su religión o creencia”; “libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección”. No obstante, hay que precisar que los textos internacionales

⁴ Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclama en el artículo 18: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mantiene la misma terminología en los apartados 1 y 2 del artículo 18: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección”.

⁵ En este sentido es declarada por el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. En términos similares se pronuncia el artículo 19 en sus apartados 1 y 2: “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

se refieren a varias manifestaciones de un solo derecho de libertad⁶. Sin embargo, el que nuestro texto constitucional no haya recogido expresamente la libertad de conciencia ha suscitado una intensa labor de interpretación por parte de la doctrina. Llegados a este punto, convenimos con Salcedo Hernández que “Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia son tres libertades distintas aunque relacionadas entre sí que, en cuanto son jurídicas, tiene por objeto garantizar que la persona configure en conciencia su ideología y su fe religiosa y que se comporte eterna y socialmente de acuerdo a ellas y, en todo caso, a tenor de su conciencia”. En consecuencia, la libertad religiosa es aquella que permite dar una respuesta personal a la cuestión de la transcendencia del individuo, siendo su contenido esencial la finalidad religiosa. Lo que se protege es el derecho de la persona a optar por una concepción religiosa o por una atéistica o no profesar ninguna creencia, si finalmente opta por la primera concepción y así lo ejerce el contenido esencial será la finalidad religiosa⁷.

Por su parte, en el ámbito europeo siguiendo la estela de los anteriores documentos el Convenio Europeo de Derechos Humanos y

Libertades Fundamentales reconoce en el artículo 9.1:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en

⁶ MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “La protección internacional de la libertad religiosa”, *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, p. 188.

⁷ SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., “Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia”, *Anales de Derecho*, Nº 15, Universidad de Murcia, 1997, pp. 92 y ss.

privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

Y el artículo 10.1 del CEDH establece que:

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencias de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

También recogen los límites al ejercicio de estos derechos que de manera expresa para la libertad religiosa se establecen en apartado 2 del artículo 9 del Convenio, en los siguientes términos:

La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los derechos o las libertades de los demás.

En lo que respecta a la libertad de opinión y expresión parte de que su ejercicio entraña deberes y responsabilidades, por ello podrá ser objeto de restricciones o sanciones y así lo establece en el artículo 10.2 del Convenio:

El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, 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.

A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece que la libertad de expresión que reconoce en el artículo 10 del Convenio puede estar sometida a límites. Así, la primera exigencia es que las restricciones o límites hayan sido previstos por la legislación nacional; que esos límites persigan un fin legítimo, es decir alguno de los fines que se integran el art. 10.2 del CEDH: proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, la prevención del delito, la salud o la moral, los derechos ajenos o garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial; que esos límites sean necesarios en una sociedad democrática, a través del análisis de la ponderación, lo que conecta con la doctrina del margen de apreciación de los Estados a la hora de la restricción de los derechos fundamentales, sobre la que el TEDH ejerce de vigilante teniendo en cuenta los siguientes aspectos para que no se cercene el contenido esencial de la libertad de expresión, tales como, sopesar el grado de vinculación entre la expresión ofensiva y un asunto de interés público, tener en cuenta la intencionalidad de quien las profiere, y, que las expresiones ofensivas sean graves pues al ser la libertad de expresión la base para una sociedad democrática la interpretación de sus límites tiene carácter restrictivo⁸.

1.2. Libertad religiosa y sentimientos religiosos

La expresión “sentimientos religiosos” ciertamente se sitúa dentro del campo subjetivo de difícil encuadre en el ámbito jurídico ya

⁸ FERREIRO GALGUERA, J., “Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Nº 35, 2014, pp. 43-53; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, Nº 2, 2003, pp. 8-21.

que el sentimiento es un estado afectivo y desde esta perspectiva los empleos doctrinales y jurisprudenciales podrían multiplicarse⁹. El planteamiento de las ofensas a los sentimientos religiosos discurre por diversos caminos, según se comparta que la misma forma parte o no del derecho de libertad religiosa. Así, Camarero Suárez considera que “la sensibilidad religiosa es un bien protegible, y en su protección jurídica exige que el derecho a la libertad de expresión

–art. 20 de la Constitución- sea ejercido dentro de sus límites, ya que lo religioso no es un aspecto accesorio”¹⁰. En la misma línea García García, afirma que el sentimiento religioso es digno de la máxima protección jurídica al ser la libertad religiosa regulada como derecho fundamental¹¹. Pérez-Madrid defiende que no se puede reducir el contenido de la libertad religiosa a aquellas situaciones de inmunidad de coacción, pues comprende también otras de goce y disfrute pacífico que deben ser aparadas por la tutela penal. En este sentido, afirma que “el sentimiento religioso, (...), es merecedor de tutela penal como expresión de la personalidad (...), la protección penal no se presta en relación al reconocimiento emotivo con esta o aquella explicación trascendente de la vida, sino a la dignidad de la relación entre la persona y unos valores. Por su parte, Combalía Solís señala que “la protección jurídica a los sentimientos religiosos no busca proteger las creencias, sino la dignidad de las personas que las profesan. La crítica respetuosa, aún cuando sea contraria a la ortodoxia de un determinado

⁹ SORIA, C., “La tutela del sentimiento religioso en los medios de comunicación social”, *Ius Canonicum*, 27, 1987, p. 323.

¹⁰ CAMARERO SUÁREZ, M., “La Protección de los intereses religiosos en España en los medios de comunicación y en ambientes especiales”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* vol. I, 1985, p. 372.

¹¹ GARCÍA GARCÍA, R., “La libertad de expresión en colisión con la Libertad Religiosa: propuesta de consenso”, *Anuario de Derecho Canónico*, 6 Supl., 2018, p. 279.

credo, no hiere la dignidad de las personas, sino que es manifestación de la dignidad de quien piensa y se expresa en libertad, aún cuando sea heterodoxamente”¹². Para Palomino Lozano “libertad de expresión y libertad religiosa resultarían exponentes de valores superiores del ordenamiento jurídico que es preciso explicitar, (...); así, por un lado, la libertad de expresión forma parte del valor superior de la libertad o del pluralismo democrático y garantiza la opinión pública como condición necesaria del correcto funcionamiento de la democracia, mientras que la libertad religiosa está incardinada en la dignidad humana y

el sentimiento religioso gravemente lesionado parece reclamar el respeto de dicha dignidad”¹³. Martínez-Torrón mantiene la postura de que la protección de los sentimientos religiosos no forma parte de la tutela de libertad religiosa, en consecuencia, prevalecerá la libertad de expresión que únicamente se verá limitada cuando el lenguaje sea injurioso o calumnioso o ante situaciones de *hate speech*¹⁴.

La mayoría de las opiniones doctrinales se inclinan hacia la protección del sentimiento religioso desde su inclusión en el derecho de libertad religiosa, ahora bien, no consideramos que los sentimientos

¹² COMBALÍA SOLÍS, Z., “Libertad de expresión y difamación de las religiones: el debate en las Naciones Unidas a propósito del conflicto de las caricaturas de Mahoma”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Nº 19, 2009, p.12. La autora pone de manifiesto la dificultad existente en el Islam para el consenso derivada de la confusión entre sociedad civil y sociedad religiosa, por tanto, desde estos parámetros no se puede hablar de respeto a los sentimientos religiosos, pues en occidente la comunidad política no es competente para pronunciarse sobre la veracidad de las confesiones religiosas tal y como lo hace el art. 12.1 de la Declaración del CIE, a cuyo tenor “nadie tiene derecho a propagar el error o difundir aquello que pudiera perjudicar la moral o envilecer a la comunidad islámica”.

¹³ PALOMINO LOZANO, R., “Libertad Religiosa y Libertad de Expresión”, *Ius Canonicum*, Nº 98, 2009, p. 542.

¹⁴ MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “Hate speech, libertad de expresión y sentimientos religiosos”, *Estudios Eclesiásticos*, Vol. 92, 2017, pp. 760-761.

religiosos se deban proteger desde la referida libertad. Por cuanto, lo que se incluye y se tutela en la libertad religiosa es la de profesar una determinada creencia y la libertad de manifestar las convicciones propias, y por supuesto, la inmunidad de coacción que toda persona tiene en materia religiosa. Por ello, los sentimientos religiosos pertenecen a la esfera interna del individuo y son una manifestación de su libre conciencia, que puede afectar a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad, lo que le distancia de la tutela del derecho de libertad religiosa cuya finalidad y objetivos son otros.

Ante el mantenimiento en nuestra legislación de los tipos penales que apuestan por la cuestionable protección del sentimiento religioso, regulando en el art. 524 CP¹⁵ los actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos y en el artículo 525 CP¹⁶ los denominados insultos a los sentimientos religiosos, ciertos autores sostienen que estos delitos podrían ser suprimidos dado que podrían integrarse en el objeto de protección del derecho al honor, sancionando en consecuencia estas ofensas a través del tipo de injurias¹⁷

En cualquier caso, en la protección penal de los sentimientos religiosos se podría dar la quiebra del principio de intervención mínima, pues de todos es conocido el carácter subsidiario del derecho

¹⁵ Artículo 524 del Código Penal: “El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses”.

¹⁶ Artículo 525 del Código Penal:”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”.

¹⁷ MINTEGUIA ARREGUI, I., “El arte ante el debido respeto a los sentimientos religiosos”, *Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Nº 11, 2006, p. 29.

penal por cuanto solo debe intervenir cuando resulten ineficaces el resto de medios de tutela y sanción con los que cuenta el Estado. También el de legalidad y seguridad jurídica al adentrarnos en terrenos con amplios tintes de subjetividad, así como se podría estar infringiendo el principio de igualdad al ser de difícil justificación el por qué se protege ciertos sentimientos como el religioso y otros no¹⁸.

2. HACIA UNA PRETENDIDA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS

2.1. *Criterios o recomendaciones de organismos europeos*

En el plano internacional las ofensas a los sentimientos religiosos ha discurrido por las siguientes recomendaciones que propugnan una

¹⁸ ROCA DE AGAPITO, L., “El delito de profanación como ejemplo de un derecho penal sentimental”, *Derecho y Religión*, Vol. XII, 2017, pp. 177-178. COLEMAN, P., *La censura maquillada. Cómo las leyes contra “el discurso del odio” amenazan la libertad de expresión*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 105. El autor parte de la premisa de que la libertad de expresión es una de las libertades más importantes de los países democráticos, por ello considera que la ley solo debe restringir esta libertad cuando el ejercicio de la misma conlleve una incitación a la violencia. De tal manera que cuando la misma no exista, el ciudadano debería ser libre de insultar, ofender, escandalizar, burlarse o criticar. Y define las características de las leyes en contra del discurso de odio de la siguiente manera: “1. Las leyes en contra del discurso de odio están redactadas de forma imprecisa, por lo tanto, tienen un alcance potencial increíblemente alto; 2. Las leyes contra el discurso de odio contienen una importante carga de subjetividad, al poner el foco en la percepción del oyente; 3. Las leyes contra el discurso del odio no requieren necesariamente la concurrencia de falsedad. Mientras que la defensa por difamación en su concepción tradicional siempre han incluido la remisión a lo justo o a lo verdadero, es posible ser condenado por discurso de odio sin que la veracidad de la declaración llegue a ser cuestionada; 4. Las leyes contra el discurso de odio rara vez requieren una víctima. Al permitir la iniciación de procesos judiciales sin que exista una víctima sino, simplemente, un grupo no identificable de presuntas víctimas; 5. Las leyes contra el discurso del odio generalmente solo protegen a las personas que puedan integrarse en ciertos colectivos; 6. Las leyes contra el discurso del odio se aplican de manera arbitraria, a menudo clausurando el debate sobre temas de interés público; y, 7. Las leyes contra el discurso del odio generalmente son de naturaleza penal, siendo esta forma la más severa de regular la conducta de los ciudadanos” (pp. 30-33).

serie de criterios que podrían regir en este área.

En principio, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó en 1997 en la recomendación adoptada sobre el “discurso del odio” que establece en el principio 4 que “La legislación y la práctica nacionales deberían permitir a los tribunales tener en cuenta que los casos concretos de discurso del odio pueden ser tan insultantes para individuos o grupos que no gozan del nivel de protección otorgado por el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”¹⁹.

En este sentido, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), en 2004 emitió una Recomendación General para combatir el racismo y la discriminación racial, en relación con el antisemitismo, para que el derecho penal de los Estados miembros penalizara los insultos en público contra una persona o categoría de personas por motivo de su religión, así como cualquier expresión en público que reivindique la superioridad de las personas por motivo de su religión²⁰.

No obstante, Resoluciones posteriores de la Asamblea Parlamentaria de la Comisión en relación al debate entre el respeto a las creencias y el límite de la libertad de expresión, se muestran partidarias de que la blasfemia no se penalice, distinguiéndola del delito de odio. Aunque reconoce que la libertad de expresión tiene un mayor nivel de restricción cuando se refiere a cuestiones morales o religiosas en comparación con el discurso político o debates de interés público. Pero también, indica que la libertad de expresión protege tanto las manifestaciones que se puedan recibir favorablemente como aquellas

¹⁹ Consejo Europeo. Comité de Ministros “Discurso de odio”. Recomendación N° R(97) 20. Adoptada por el Comité de Ministros el 30 de octubre de 1997.

²⁰ Recomendación n° 9 de Política General de la ECRI. Sobre lucha contra el antisemitismo. Adoptada el 25 de junio de 2004.

que puedan ofender al Estado o aun sector de la población. En este sentido, los grupos religiosos deben tolerar las críticas siempre y cuando no constituyan insultos o discurso de odio²¹.

En esta línea, el Informe de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, adoptado en Venecia en octubre de 2008 y denominado Comisión de Venecia, puntualiza la penalización de esas conductas. Parte de la obligación de los Estados de evitar en la medida de lo posible las expresiones gratuitamente ofensivas que no contribuyan a generar un debate público. Los sentimientos religiosos se pueden vulnerar, a través de representaciones provocativas de objetos de veneración, por ataques ofensivos a los dogmas. Ahora bien, la Comisión considera que es importante atender al contexto en el que se producen, al público al que van dirigidas, así como la manera de difusión, esto es, si es un lugar accesible al público, si lo es mediante invitación o precio, etc. En cualquier caso, la Comisión no se considera partidaria de que permanezca este tipo delictivo, pero si permanece o se crea de nuevo que su aplicación lo sea en conexión con el discurso de odio²².

Y en el año 2013 el Consejo de la Unión Europea emitió un documento denominado “Orientaciones de la UE sobre el fomento y la protección de la libertad de religión o creencias”²³, el cual realiza una

²¹ Resolución 1510 (2006) sobre libertad de expresión y respeto de las creencias religiosas, 28 de junio de 2006 (<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17457&lang=en>) (Consultada el 26/03/2019) y Resolución 1805(2007) sobre blasfemia, insultos religiosos y discurso del odio por motivos religiosos, 29 de junio de 2007 <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17569&lang=en> (Consultada el 26/03/2019).

²² <http://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=1769> (Consultada el 26/03/2019).

²³ Orientaciones de la UE sobre el fomento y la protección de la libertad de religión o creencias. Adoptadas el 24 de junio de 2013. N° doc.: 10963/13.

distinción entre las expresiones que deben ser penalizadas y las que no. Así, considera que sólo aquellas expresiones que constituyan incitación a la discriminación, hostilidad o violencia son susceptibles de ser criminalizadas, por tanto aquellas otras que no lleguen a los niveles antes referidos, esto es la denominada apología del odio establecida en el artículo 20 del PIDCP, se consideraran emitidas en el ejercicio de la libertad de expresión. Por ello, recuerda que dicho discurso no debe criminalizarse y que los que se consideran ofendidos por la crítica a su religión o creencias, pueden combatirlo a través del recurso a la libertad de expresión, dado que las tecnologías de la información y comunicación brindan los instrumentos necesarios para ejercer el derecho de réplica.

Desde los anteriores parámetros, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), en la Recomendación adoptada en 2015²⁴ reafirma la importancia de la libertad de expresión, tolerancia, respeto de la dignidad personal en una sociedad democrática y pluralista, al tiempo que recuerda que el derecho de libertad de expresión y opinión no es ilimitado y que debe ejercerse de forma que no atente contra los derechos de los demás. Asimismo, entre lo que debe entenderse como fomento, promoción o instigación del discurso de odio incluye entre otros los insultos manifestados por razón de religión o creencias. Teniendo como horizonte que las restricciones a este discurso no se deben emplear para silenciar a las minorías ni reprimir la crítica a las creencias religiosas, también apela a la responsabilidad de los líderes religiosos por su capacidad de influencia en la manera de erradicar y enfrentarse al mismo y condenarlo mediante

²⁴ Recomendación General n° 15 sobre la lucha contra el Discurso del Odio. Adoptada el 8 de diciembre de 2015.

un discurso contrario. El criterio utilizado para la prohibición penal de este discurso, se centra en la necesidad de que el mismo incite a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación. El objeto es claro y determinante para su formulación penal, esto es, que produzca los efectos citados. Por ello, se apela a la formación de código de buenas prácticas a la sociedad civil, líderes políticos, religiosos y profesionales, fomentando el respeto mutuo, la concordia social facilitando el diálogo intercultural. Exhortando a los profesionales de los medios de comunicación (incluidos prestadores de servicio de internet, intermediarios on line y redes sociales) a defender un periodismo de raíces éticas. Merece la pena destacar la recomendación para que los Estados aclaren el alcance y la aplicabilidad de la responsabilidad en Derecho civil o administrativo y para ello:

a. Determinen las responsabilidades concretas de los autores del discurso de odio, prestadores de servicios de internet, foros y hots de internet, intermediarios on line, plataformas de redes sociales, moderadores de blogs y otros actores que desempeñen funciones análogas; b. velen por que se otorguen facultades, sujetas a autorización o aprobación judicial, para requerir la supresión del discurso de odio de material accesible en internet y para bloquear sitios en los que se empleen; c. velen por que se otorguen facultades, sujetas a autorización o aprobación judicial, para requerir a los grupos de comunicación (incluidos prestadores de servicios de internet, intermediarios on line y plataformas de redes sociales) que publiquen una rectificación en la que se reconozca que han publicado discurso de odio; d. garanticen que se otorguen facultades, sujetas a autorización o aprobación judicial, para prohibir la difusión del discurso de odio; y

obligar a identificar a quienes las empleen; e. legitimen a las víctimas del discurso de odio, a los encargados de velar por la igualdad, a las instituciones nacionales de derechos humanos y a las organizaciones no gubernamentales interesadas para iniciar actuaciones legales para solicitar la supresión del discurso de odio, exigir el reconocimiento de que se han publicado o prohibir su difusión y obligar a identificar a quienes las hayan empleado; y f. ofrezcan una formación adecuada y faciliten el intercambio de buenas prácticas entre jueces, abogados y funcionarios que se ocupen de casos relativos al discurso de odio.

La pretensión de los documentos anteriormente expuestos, es el establecimiento del equilibrio entre el respeto a los sentimientos religiosos y la libertad de expresión, de tal forma que cuando ésta sobrepasa sus límites y lleva a generar situaciones hostiles o violentas, es cuando efectivamente se puede considerar roto el equilibrio que conduce al delito de odio. En definitiva, lo que se pone de relieve es que el uso del derecho penal se reserve para los delitos de odio, recomendando la utilización del derecho civil o administrativo para la resolución de los conflictos que se generen en este ámbito²⁵.

2.2. Perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH desde la sentencia en el asunto *Handsyde v. Reino Unido*²⁶ ha intentado establecer una distinción entre el discurso “gratuitamente ofensivo” y el derecho a “ofender y perturbar”, pero aunque no ha conseguido establecer una concepto concreto sobre lo que se debe considerar en torno a las “expresiones gratuitamente ofensivas”, al situarlas en el cambiante concepto de la moral pública,

²⁵ En este sentido, GARCÍA GARCÍA, R., “La libertad de expresión en colisión...”, *op. cit.*, pp. 286-287.

²⁶ Sentencia TEDH asunto *Handsyde v. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976 (nº 5493772).

será en las decisiones de los casos *Otto-Preminger-Institut v. Austria*²⁷, *Wingrove v. Reino Unido*²⁸, en los que falla a favor de los sentimientos religiosos en virtud de la doctrina del margen de apreciación nacional. Esta doctrina viene siendo aplicada por el TEDH desde su formulación en la referida sentencia *Handsyde v. Reino Unido*, para la interpretación en la protección de los derechos del Convenio desde el punto de vista nacional subordinada a la supervisión europea al ser el Tribunal el que tiene la última palabra a la hora de determinar si las autoridades nacionales se han excedido en la aplicación de margen de apreciación. En esta labor y en relación con el principio de libertad de expresión el TEDH acoge una serie de criterios, entre los que destacan: a) la existencia de un consenso europeo, de tal forma que la existencia de una concepción común conllevará mayor restricción en el margen de apreciación y la falta de ella permitirá mayor margen de apreciación a los Estados (en este sentido, pone de relieve la inexistencia de noción europea común de la moral, así como también sobre un concepto uniforme sobre el significado de religión); b) la naturaleza del derecho, así en el caso de la libertad de expresión al ser considerada como pilar de una sociedad democrática, insta un margen de apreciación reducido en lo que respecta al debate político o cuestiones de interés general, siendo más amplio en lo concerniente a la seguridad nacional, a la moral y a los derechos de los demás para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial; c) también destaca la distinción entre los juicios de valor, cuya verdad o falsedad no es susceptible de prueba y en consecuencia gozarán de un amplio margen de apreciación, y las declaraciones sobre los hechos, que pueden ser demostradas y por

²⁷ Sentencia TEDH asunto *Otto-Preminger Institut v. Austria*, de 20 de septiembre de 1994 (nº 13470/87).

²⁸ Sentencia TEDH asunto *Wingrove v. Reino Unido*, de 25 de noviembre de 1996 (nº 17419/90).

ello susceptibles de supervisión por el Tribunal conllevando un margen de apreciación menor que el anterior²⁹.

Así en el caso de *Otto-Preminger* concluyó que las autoridades austriacas:

habían intentado proteger la paz religiosa en esta región para impedir que ciertas personas se sintiesen atacadas en sus sentimientos religiosos de manera injustificada y ofensiva. Corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales, mejor situadas que el juez internacional, evaluar la necesidad de tales medidas a la luz de la situación que existe a nivel nacional en una época determinada. Teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, el Tribunal no considera que las autoridades austríacas puedan ser acusadas de haberse excedido en su margen de apreciación a este respecto.

En la misma línea el posterior asunto *Wingrove*, argumenta que:

el artículo 10.2 del Convenio no deja apenas lugar para restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político o de cuestiones de interés general...Sin embargo, generalmente se deja un mayor margen de apreciación a los Estados contratantes cuando regulan la libertad de expresión sobre cuestiones susceptibles de ofender las convicciones íntimas, en el ámbito moral y, especialmente, de la religión. Por lo demás, al igual que en el ámbito de la moral, y probablemente en un grado aún mayor, los países europeos no tienen una concepción uniforme de las exigencias correspondientes a “la protección de los derechos ajenos” cuando se trata de ataques contra las convicciones religiosas. Aquello que ofende

²⁹ MARTÍN SÁNCHEZ, I., “El discurso del odio en el ámbito del Consejo de Europa”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, N° 28, 2012, pp. 14-18.

gravemente a personas de cierta creencia religiosa varía mucho en el tiempo y en el espacio, especialmente en nuestra época, caracterizada por una multiplicidad creciente de creencias y confesiones. Gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el Juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias en relación tanto con los derechos ajenos como sobre la “necesidad” de una “restricción” destinada a proteger contra este tipo de publicaciones a las personas cuyos sentimientos y convicciones más profundas serían gravemente ofendidos.

Aunque el cambio de rumbo en la colisión de estos derechos proclive a la libertad de expresión, ya se dejó sentir en el voto particular de tres jueces (Palm, Pekkanen y MaKarczyk) en el referido asunto *Otto-Preminger: la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una “sociedad democrática”, y se aplica no sólo a las “informaciones” o “ideas” acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino, especialmente, para aquellas que molesten, choquen e inquieten al Estado o a una parte cualquiera de la población. No sirve de nada garantizar esta libertad si sólo puede ser utilizada de conformidad con las opiniones aceptadas.* Será a partir de los asuntos *Paturel v. Francia*³⁰, *Giniewski v. Francia*³¹, *Aydin Tatlav v. Turquía* de 2 de mayo de 2006³² y el más reciente en el asunto *Sekmadienis LTD. v. Lituania*, de 30 de enero de 2018, en los que el fallo fue a favor de la libertad de expresión³³.

³⁰ Sentencia TEDH *Paturel v. Francia*, de 22 de diciembre de 2005 (nº 54968/00).

³¹ Sentencia TEDH *Giniewski v. Francia*, de 31 de enero de 2006 (nº 64016/00).

³² Sentencia TEDH *Aydin Tatlav v. Turquía*, de 2 de mayo de 2006 (nº 50692/99).

³³ Un estudio sobre la evolución en las sentencias del TEDH se puede encontrar en MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “Libertad de expresión y libertad de religión. Comentarios en torno a algunas recientes sentencias del Tribunal Europeo de

El viraje realizado por el TEDH, supone que el margen de apreciación de los Estados en relación con las ofensas a los sentimientos religiosos marca el camino hacia la limitación de la libertad de expresión en aquellos casos en los que las expresiones ofensivas puedan llevar a la hostilidad o violencia, en definitiva los que constituyan un discurso de odio. Así como, incide en que la libertad de expresión también abarca las ideas que puedan ofender, perturbar o conmocionar, ya que en una sociedad pluralista cuando se ejerce la libertad de manifestar su religión deben de tolerar y aceptar las críticas e incluso las doctrinas hostiles a su fe, máxime si las expresiones contienen información que de alguna manera contribuyan al debate sobre temas de interés público, aunque las mismas ofendan.

3. CONCLUSIONES

Unas breves reflexiones finales sobre lo expuesto nos lleva a concluir, que la libertad de expresión es uno de los pilares de la sociedad democrática, que comprende no sólo las opiniones inofensivas o que puedan ser acogidas favorablemente, sino también las que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población. Ahora bien, la protección amplia del derecho a la crítica no ampara el derecho al insulto ni las expresiones injuriosas con fines de menosprecio.

En el campo de los sentimientos religiosos dicha libertad se traduce en el derecho a expresar opiniones sobre cualquier religión que puedan ser entendidas como ofensivas, pues el derecho a la libertad de profesar una religión no incluye el que la misma quede al margen de toda crítica o ridiculización.

Ante la colisión de ambos derechos, la criminalización de

Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, N° 11, 2006, pp. 1-19.

aquello discursos que se consideren ofensivos debe reservarse a aquellas expresiones que constituyan discurso de odio e inciten a la discriminación, violencia u hostilidad.

Dado que la libertad de expresión y la libertad de religión son derechos interdependientes y que se relacionan mutuamente, se podrían 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.

No en vano, las Recomendaciones y Orientaciones de la Unión Europea exhortan para conseguir la tolerancia, el respeto a la diversidad y la comprensión mutua, la promoción del diálogo intercultural con intervención de todos los actores implicados, para que promuevan un ambiente de respeto y tolerancia que ayude a disipar las tensiones que puedan surgir dada la diversidad de religiones, fomentando el conocimiento de dicha diversidad. En definitiva, se trata de fomentar una cultura de respeto mutuo, diversidad, tolerancia, diálogo y paz que difícilmente puede conseguirse con el recurso a la penalización de los sentimientos religiosos.

EFFECTO DESALIENTO Y LIBERTAD RELIGIOSA: ¿CRISIS DE UN SISTEMA?

Diego Torres Sospedra

Abogado y Doctorando

Universitat de València

SUMARIO: 1. Consideraciones iniciales. 2. Iglesia Católica: titular del derecho de libertad de expresión. 3. Continuos conflictos con causa en el ejercicio de la libertad de expresión religiosa. 4. ¿En qué situación se encuentran aquellos que tienen el derecho y deber de enseñar según el Derecho Canónico?. 5. Existencia clara de efecto desalentador en la libertad religiosa. 6. Propuestas básicas para su desarrollo.

El objeto de esta comunicación se concreta en unas sencillas reflexiones, a la luz de la realidad del momento presente, sobre una cuestión atractiva y a mi juicio sugerente, como es el efecto desalentador que en la actualidad podemos constatar en el ejercicio de la libertad religiosa.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

En los últimos tiempos hemos sido testigos de acontecimientos de enorme gravedad y generadores de palmaria controversia, en los que se veían inmiscuidos dos derechos humanos fundamentales, la libertad de expresión y la libertad religiosa. Dentro de la compleja problemática que la relación de ambos derechos generaba y genera, aparentemente, podemos entresacar aquellos que guardan relación con el pronunciamiento público de determinados ministros de culto de las

confesiones religiosas sobre cuestiones generadoras de diferentes sensibilidades.

Ese es el caso de algunos obispos en el seno de la Iglesia Católica española, al recordar a sus fieles, en virtud de la función y misión de enseñar que les confiere el Derecho Canónico como pastores de la Iglesia Católica, la doctrina moral católica o llevar a cabo determinados comentarios o expresiones sobre asuntos polémicos tales como la homosexualidad, el aborto, el feminismo o la ideología de género. En una peligrosa y preocupante concepción social de la laicidad se considera a los obispos intrusos extramuros de sus templos.

2. IGLESIA CATÓLICA: TITULAR DEL DERECHO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La Iglesia Católica, sujeto colectivo del derecho de libertad religiosa³⁴, también *“es titular del derecho civil de libertad de expresión, en cuya virtud reclama la facultad de manifestarse libremente, sin trabas ni cortapisas por razón de su índole religiosa”*³⁵.

³⁴ Sobre el derecho de libertad religiosa, vid., entre otros, ROCA FERNÁNDEZ, M J., «El derecho de libertad religiosa», en *¿Hacia una globalización de los derechos?: el impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, GARCÍA ROCA. y CARMONA CUENCA, (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2017, pp. 451-488; OLMOS ORTEGA, M. E., «Pluralismo y libertad religiosa en la España del siglo XXI», en *Democrazie e religione. Libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo*, Camassa, E. (ed.), Napoli, 2016, pp. 25-42; PRIETO SANCHÍS, L., «El derecho fundamental de libertad religiosa», en *Manual de derecho eclesiástico*, IBÁN PÉREZ (aut.), PRIETO SANCHÍS (aut.), MOTILLA DE LA CALLE (aut.), 2ª ed., Trotta, Madrid 2016, pp. 53-92; MESEGUER VELASCO, S., «El derecho de libertad religiosa y de creencias», en *Derecho eclesiástico del Estado*, JUSDADO RUIZ-CAPILLAS y CAÑAMARES ARRIBAS (coords.), 2º ed., Colex, Madrid, 2012, pp. 83-110.

³⁵ OTADUY GUERIN, J., «Libertad religiosa y libertad de expresión. Perspectiva de la Iglesia Católica», en *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, MARTÍNEZ TORRÓN, J., y CAÑAMARES ARRIBAS, S. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 264. En este sentido, resulta de interés lo dicho por el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 2016 citado por LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A.

Este derecho de libertad de expresión viene recogido en el art. 20 de la Constitución española de 1978, y tiene su reflejo, entre otros, en el art. 1.1 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede de 1979³⁶ y el art. 2 de la Ley Orgánica de Libertad religiosa de 1981³⁷. Se trata, en suma, de un derecho de libertad,³⁸ que aparece sustancialmente vinculado a la libertad de expresión como a la libertad religiosa (art. 16 CE)³⁹, que, pese a su carácter fundamental, no resulta un derecho de naturaleza absoluta⁴⁰ (art 20.4 CE)⁴¹.

«La libertad de expresión de la jerarquía eclesiástica y el discurso del odio», en Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado (RGDCDEE), nº 42, 2016, pp. 15-16, que entiende que *“un representante de la Iglesia Católica tiene todo el derecho a recordar la doctrina sobre el derecho a la vida y cuestiones anejas, aunque los discrepantes se sientan concernidos”*.

³⁶ BOE, núm. 300, de 15 de diciembre de 1979.

³⁷ BOE, núm. 177, de 24 de julio de 1980.

³⁸ Entiende NAVARRO VALLS, R., «Iglesia/Estado en la España de hoy», en Iglesia-comunidad política. Del desencuentro a la comprensión. Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Carlos Corral, S. J., GUZMÁN PÉREZ C. [ed.], Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2016, p. 55, que *“tales disposiciones- incluido el art. 16 CE- diseñan un sistema de relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado español, en el que es quicio fundamental la libertad de las autoridades eclesiásticas (incluido el papa) de ejercer su misión apostólica en el pleno ejercicio de los derechos fundamentales”*.

³⁹ Según OLMOS ORTEGA, M^a. E., «Pluralismo y libertad religiosa...», cit., p. 28, este artículo 16 CE *“constituye la clave de comprensión del papel favorable que asume el Estado respecto del fenómeno religioso, de la valoración positiva del factor religioso, al reconocerlo como socialmente relevante. En él se descubren los principios de libertad religiosa, laicidad y cooperación”*.

⁴⁰ Por todos GARCÍA GARCÍA, R., «La libertad de expresión ejercida desde los derechos de reunión y manifestación en colisión con la libertad religiosa», en Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado (RGDCDEE), nº 37, 2015, p. 7; o MARTÍNEZ TORRÓN, J., «Libertad de expresión y lenguaje ofensivo: algunos criterios prácticos de análisis jurídico», en El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, nº 60, 2015, p. 28.

Del mismo modo lo entienden las confesiones religiosas con notorio arraigo en España;

ver <http://www.archivalencia.org/contenido.php?a=6&pad=6&modulo=37&id=16500&pagina=1> (última consulta 12.03.2019).

⁴¹ 20.4 CE: *“Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el*

Así las cosas, en el plano confesional, el ordenamiento canónico, esto es, el Derecho propio de la Iglesia Católica, prevé en el c. 747 CIC 1983 lo que ha venido a llamarse “*munus docendi*” o “*función de enseñar*”⁴², que se concreta en “*el deber y el derecho originario, independiente de cualquier poder humano, de predicar el Evangelio a todas las gentes, utilizando incluso sus propios medios de comunicación social*” y, por otro lado, su apartado segundo expone que “*compete siempre y en todo lugar a la Iglesia proclamar los principios morales, incluso los referentes al orden social, así como dar su juicio sobre cualesquiera asuntos humanos – lo que podríamos enmarcar dentro de las denominadas cuestiones o asuntos de naturaleza temporal- en la medida en que lo exijan los derechos fundamentales de la persona humana o la salvación de las almas*”.

Esta función de enseñar, canónicamente, posee tres finalidades principales, esto es, una finalidad misionera orientada al primer anuncio del evangelio a los no creyentes con la finalidad de la adhesión a la fe e implantación de la propia Iglesia; otra finalidad catequética dirigida a la fundamentación de la fe misma; y en tercer lugar, una finalidad pastoral, que es la que a nuestros efectos interesa, dirigida a los fieles cristianos ya iniciados en los elementos básicos de la fe para la maduración de esta a lo largo de su vida, concretada en la predicación de la Palabra de Dios, la educación permanente de la fe o el crecimiento en todas las dimensiones de la misma. Por tanto, hemos de subsumir la predicación en esta última finalidad de la función de enseñar.

derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia”.

⁴² Sobre la función de enseñar hemos seguido a GONZÁLEZ ARGENTE, J., *Id al mundo entero y proclamad el Evangelio. La evangelización en el Derecho Eclesial*, Laborum, Murcia, 2011.

Por otro lado, conviene hacer memoria de que la predicación, entendida como “*medio que se debe emplear y que ocupa un lugar primordial (c. 761) en la misión de anunciar el mensaje de salvación*”, puede observar distintas formas, a saber, “*la homilía, que es parte de la liturgia, las cartas pastorales y los mensajes motivados por diversas circunstancias, la participación en los medios de comunicación social, en encuentros, conferencias, etc...*”⁴³.

3. CONTINUOS CONFLICTOS CON CAUSA EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN RELIGIOSA

Son muchos y muy variados los casos en los que determinados obispos y clérigos abren las portadas de los medios de comunicación por la utilización de determinadas expresiones y mensajes en sus múltiples alocuciones o discursos. Del mismo modo, algunos de ellos se encuentran con denuncias o procesos penales por causa de sus palabras⁴⁴. O además, las portadas de los medios de comunicación se

⁴³ En el mismo orden de cosas, se hace necesario poner el acento en algunas previsiones de la normativa codicial canónica. En ellas encontramos el objeto de la predicación, que se concreta en “*lo que es necesario para creer y hacer para la gloria de Dios y la Salvación de los hombres*” (c. 768.1 CIC) y la doctrina propuesta por el magisterio eclesial sobre “*la dignidad y la libertad de la persona humana; sobre la unidad, la estabilidad y deberes de la familia; sobre las obligaciones que corresponden a los hombres unidos en sociedad; y sobre el modo de disponer los asuntos temporales según el orden establecido por Dios* (cc. 768.2 y 747 CIC). Por otro lado, el c. 386.1 CIC dispone que el obispo diocesano, predicando personalmente con frecuencia, debe proponer y explicar las verdades que se han de creer y vivir. Con referencia a la figura del párroco, la normativa establece (c. 528.1 CIC) la obligación de éste de cuidar de que los fieles laicos sean educados en las verdades de la fe, entre otras formas, mediante la homilía. Los cánones 757, 767.1 y 835.3 CIC al respecto del diácono hablan del mismo como ministro de predicación del evangelio, que puede predicar la homilía en todas las acciones litúrgicas.

⁴⁴ Algunos ejemplos:

hacen eco de la interposición de esas denuncias o querellas, que casi siempre terminan su corto recorrido archivadas.

Todo ello ha producido un temor evidente, ya no solo por la condena penal que en raras veces parece posible que prospere, sino por el escándalo mediático que conlleva en aquellos ministros de culto.

Ya en 2006, la LXXXVIII Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española aprobó la Instrucción Pastoral *“Orientaciones morales ante la actual situación de España”*⁴⁵ en la que se decía, con actual vigencia, que *“la consideración moral de los asuntos de la vida pública lejos de constituir amenaza alguna para la democracia, es un requisito indispensable para el ejercicio de la libertad y el establecimiento de la justicia (OMSE 4), para actuar corresponsablemente en nuestra sociedad y ayudar a su vertebración y reconstrucción”*, en la línea de lo expuesto proseguía pidiendo, en nombre de los católicos, *“únicamente respeto a nuestra identidad y libertad para anunciar, por los medios ordinarios, el mensaje de Cristo como Salvador universal, en un clima de tolerancia y convivencia, sin privilegios ni discriminaciones de ninguna clase”* a lo que añadía que,

- “El colectivo LGTB Lambda denuncia ante la Fiscalía al arzobispo Cañizares por "odio y homofobia" https://www.eldiario.es/cv/politica/LGTBI-Lambda-Fiscalia-Canizares-homofobia_0_522847769.html (última consulta 12.03.2019).

- “La Fiscalía investigará al cardenal Cañizares por atacar a gays y feministas” <https://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2016/06/14/575f028522601d580e8b45d0.html> (última consulta 12.03.2019).

-“Los obispos de Getafe y Alcalá de Henares son denunciados por apología del discurso del odio y por difusión de escritos discriminatorios”, <https://www.stoplgbtfobia.org/los-obispos-de-getafe-y-alcala-de-henares-son-denunciados-por-apologia-del-discurso-del-odio-y-por-difusion-de-escritos-discriminatorios/> (última consulta 12.03.2019).

-“Los obispos de Getafe y Alcalá, denunciados ante la Fiscalía por un posible delito de odio” https://www.infolibre.es/noticias/politica/2016/08/08/los_obispos_getafe_alcala_lleva_dos_ante_fiscalia_por_posible_delito_odio_53381_1012.html (última consulta 12.03.2019).

⁴⁵ (23, XI, 2006) (OMSE).

“creemos, además, que el pleno respeto a la libertad religiosa de todos es garantía de verdadera democracia y estímulo para el crecimiento espiritual de las personas y el progreso cultural de la sociedad”. Y con respecto a lo dicho sobre la función de enseñar expresaba que “La Iglesia y los cristianos nos sentimos obligados a anunciar a todos el misterio salvador de Jesucristo, para iluminar su vida y colaborar al bien de la sociedad y a la solución de los más hondos problemas de nuestro tiempo (GS 10)”. Todo lo manifestado, sin duda alguna, podría ser suscrito en nuestros días.

4. ¿EN QUÉ SITUACIÓN SE ENCUENTRAN AQUELLOS QUE TIENEN EL DERECHO Y DEBER DE ENSEÑAR SEGÚN EL DERECHO CANÓNICO?

A nadie escapa que todo ello ha generado una compleja situación para aquellos que tienen, como antes hemos expuesto, el derecho y el deber de enseñar según el ordenamiento canónico. Algo que podríamos, desgraciadamente, ilustrar con infinidad de casos o ejemplos⁴⁶. Resultan del todo punto elocuentes, para describir el estado de cosas al que nos referimos, las palabras del cardenal Antonio Cañizares en el transcurso de su homilía durante la misa de desagravio celebrada en la catedral de Valencia el 16.06.2016, tras la publicación de un beso lésbico entre las imágenes de la Virgen de los Desamparados y la Virgen de Montserrat: “*De mí no esperéis otra cosa*

⁴⁶ Encontramos un análisis de algunos de los más significativos en LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, ÁNGEL, *La libertad de expresión de la jerarquía eclesíastica...* cit. p. 3 y ss.

que no sea que os enseñe la verdad, aunque algunos no la toleren y por ello me crucifiquen⁴⁷.

Incluso se llevó a cabo, en otra ocasión, un intento de reprobación del cardenal Cañizares mediante declaración institucional de las Cortes Valencianas⁴⁸, que no prosperó, y a la que el propio prelado respondió mediante una carta abierta⁴⁹ de fecha 05.06.2016, en la que recordaba a los impulsores de dicha declaración el significado constitucional del principio de laicidad, además de exponer el sentido recto de las palabras causa de la iniciativa de reprobación. La injerencia del poder civil en parecidos términos se sucedió con respecto a Mons. Reig Pla en varias ocasiones⁵⁰.

⁴⁷ El video íntegro de la homilía: https://www.youtube.com/watch?time_continue=6&v=S2fpszs3JjQ (última consulta 11.03.2019).

En la misma línea, el Cardenal Cañizares expresaba, con ocasión de la publicación íntegra de una sus homilías, en una nota la siguiente literalidad: “*La censura y la condena padecida por mí en algunos medios, por algunos grupos y por algunos políticos, hacen pensar en etapas superadas de nuestra historia pasada, pero aún reciente, en que se censuraban y condenaban algunas homilías y a algunos predicadores. ¿Es homófobo defender la familia?*”. Texto íntegro de la homilía “*En defensa y apoyo de la familia*” pronunciada el día 16 de mayo de 2016 en la capilla de la Sede de Santa Úrsula, de la Universidad Católica de Valencia, en la clausura del Curso del Instituto Juan Pablo II, de estudios sobre la familia; en <http://www.archivalencia.org/contenido.php?a=6&pad=6&modulo=37&id=13865&pagina=1> (última consulta 11.03.2019).

⁴⁸ “El PP impide la reprobación del cardenal Cañizares y el PSPV da por «zanjada» la polémica”

https://www.abc.es/espana/comunidad-valenciana/abci-pp-impide-reprobacion-cardenal-canizares-y-pspv-zanjada-polemica-201606071638_noticia.html (última consulta 11.03.2019).

⁴⁹

<http://www.archivalencia.org/contenido.php?a=6&pad=6&modulo=37&id=13913&pagina=1> (última consulta 11.03.2019).

⁵⁰ 2012: “El Ayuntamiento de Alcalá veta al obispo Reig Pla en sus actos oficiales” <https://www.elmundo.es/elmundo/2012/05/16/madrid/1337161299.html>, (última consulta 11.03.2019) en la moción presentada y objeto de debate por el Pleno de la ciudad se solicitaba, entre otras cosas, a la CEE el traslado del Obispo.

2014: “El Pleno aprueba una moción para pedir la destitución del obispo con los votos en contra del PP”

5. EXISTENCIA CLARA DE EFECTO DESALENTADOR EN LA LIBERTAD RELIGIOSA

El ejercicio de la libertad de expresión puede sucumbir en algunas ocasiones en extralimitaciones, no ampara todo tipo de expresiones ni mensajes⁵¹, y para ello, en nuestro ordenamiento contamos con los tribunales de justicia tanto del orden penal como civil⁵². Si bien es cierto que esta tutela jurisdiccional en orden a dilucidar qué resulta amparado por la libertad de expresión y qué no, puede generar un indeseado efecto disuasor en el ejercicio de la libertad de expresión⁵³, y también de la libertad religiosa.

La jurisprudencia valora este indeseado efecto a la hora de enjuiciar los supuestos que se le plantean, en una peligrosa pugna entre

<https://www.europapress.es/madrid/noticia-pleno-aprueba-mocion-pedir-destitucion-obispo-votos-contra-pp-20141015141729.html> (última consulta 11.03.2019).

⁵¹ Entiende GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales», en *Anuario de filosofía del derecho*, nº 30, 2014, p. 109; “*La libertad de expresión no protege un hipotético “derecho al insulto”, ni ampara las expresiones injuriosas o vejatorias*”. En el mismo sentido TORRES SOSPEDRA, D., «Sociedad de la información y libertad religiosa cuando la libertad de expresión se convierte en hate speech», en *Anuario de derecho canónico: revista de la Facultad de Derecho Canónico integrada en la UCV* nº 6, 1, 2018, p. 244.

El propio Tribunal Constitucional en Sentencia de 11 de diciembre de 1995 referida a libertad de expresión y honor, señala que el odio no tiene cabida en nuestra Constitución.

⁵² En este sentido, y sobre el posible recurso a la vía civil en esta materia ya me pronuncié en TORRES SOSPEDRA, D., *Sociedad de la información y libertad religiosa...* cit, pp. 255-266. También LÓPEZ GUERRA, L. M^º, «Libertad de expresión y libertad de religión a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: blasfemia e insulto a la religión», en *Revista española de Derecho europeo*, nº 46, 2013, p. 91.

⁵³ Entiende GARCÍA GARCÍA, R., «La Libertad de expresión en colisión con la libertad religiosa: propuestas de consenso», en *Anuario de derecho canónico: revista de la Facultad de Derecho Canónico integrada en la UCV* nº 6, 1, 2018, p. 291, que la reparación en vía civil no produciría “*efecto desaliento*” en el ejercicio de la libertad de expresión.

el principio de oportunidad y el de legalidad penal⁵⁴. La sede judicial es probablemente el lugar en el que valorar la concurrencia o no de este efecto⁵⁵, ya que, el general entendimiento de este efecto se expresa con referencia al miedo o temor a una futura condena.

El concepto “*efecto desalentador*” lo encontramos configurado jurisprudencialmente en multitud de pronunciamientos que vienen a repetir sencillamente una definición del mismo. Nos recuerda el AUTO n° 1512, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 25.01.2019 lo señalado por el TC en su sentencia 88/2003, de 19 de mayo cuando expone que “*ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir 'por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada'*”. Del mismo modo, la Audiencia Nacional, en Sentencia de 29.11.2018 se hace eco de lo anterior, y citando su Sentencia de 03.12.2013 expone que “*en el análisis que corresponde hacer en la ponderación de los derechos fundamentales concernidos, hemos de considerar que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico proscriben reacciones punitivas que supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado de los mismos o tengan un efecto disuasor o desalentador de su ejercicio. De modo que las manifestaciones concretas del ejercicio legítimo de derechos o libertades constitucionalmente amparables no pueden ser objeto de sanción administrativa, pues no cabe la aplicación de tipos*

⁵⁴ Ver Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999 (FJ 20).

⁵⁵ Ver Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2008 (in fine).

sancionadores en contra del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales".

También la Audiencia provincial de Barcelona, en AUTO n° 8115 de 07.06.2018 nos trae a colación la Sentencia del TC 108/2008, en la que apunta, recordando la doctrina del propio Tribunal en esta materia, que *"conviene recordar que es doctrina de este Tribunal que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico, impone a los órganos judiciales al aplicar una norma penal la obligación de tener presente el contenido constitucional de los derechos fundamentales, impidiendo reacciones punitivas que supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado de los mismos o tengan un **efecto disuasor o desalentador** del ejercicio de los derechos fundamentales (SSTC 2/2001, de 15 de enero, FJ 3 ; 196/2002, de 28 de octubre , FJ 6)"*.

A mayor abundamiento, resulta, a juicio de quien suscribe, de todo punto esclarecedora la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, cuando en su Fundamento jurídico veinte expone que *"con todo, esta sanción sólo podrá estimarse constitucionalmente legítima si en la formulación del tipo y en su aplicación se han respetado las exigencias propias del **principio de legalidad** penal del art. 25.1 C.E., y si además no han producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o un efecto que en otras resoluciones hemos calificado de **disuasor o desalentador** del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada"*. Es, por tanto, cifrado este efecto disuasor como un sacrificio innecesario o desproporcionado que ha de ser tenido en cuenta por el juzgador.

En el mismo sentido, la resolución, citando la sentencia TC 190/1996 FJ 3ª) referido a la libertad de expresión e información, continua afirmando que *“el límite constitucional esencial que impone el art. 20 C.E a la actividad legislativa y judicial sea el de la **disuasión de la legítima** —diligente— transmisión de información»*⁵⁶. Se configura aquí este efecto ya no solo como límite a la acción del juzgador, sino que se retrotrae, imponiéndose al legislador en su tarea legislativa. Termina señalando con acierto, con respecto a la exigencia de proporcionalidad penal, doctrina consolidada del TC y también del TEDH⁵⁷, que *“una reacción penal excesiva frente a este ejercicio ilícito de esas actividades puede producir **efectos disuasorios o de desaliento** sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos, ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada”*, lo que nos proporciona una noción más o menos concreta de lo que se ha venido entendiendo con efecto desaliento y con respecto a qué se traía a colación, esto es, con relación a una respuesta punitiva.

Ante esto, la doctrina científica y la jurisprudencia han intentado trazar los contornos de los derechos afectados intentando equilibrar la balanza entre la efectiva respuesta, civil o penal, frente a aquellas expresiones que no quedan amparadas por el derecho antes citado y la proporcionalidad en la misma, con tal de evitar este indeseado efecto desalentador en el ejercicio de un derecho esencial en

⁵⁶ La sentencia también cita en el mismo sentido la STC 85/1992, (FJ 5) y, en otro contexto, la STC 106/1996, (FJ 7).

⁵⁷ Ver Sentencia del T.E.D.H. Tolstoy Miloslavsky, de 13 de julio de 1995.

nuestro sistema democrático como el de libertad de expresión⁵⁸. Pero la cuestión a nuestro juicio importante es que el efecto desalentador que se está produciendo no viene dado solamente por el temor a una futura condena ya que nuestros tribunales rara vez condenan en este sentido. Entonces ¿Por qué existe temor a ejercer la libertad de expresión religiosa en toda su extensión? Evidentemente por el escándalo mediático que se produce y por la escalada de vapuleos⁵⁹, lo que nos conduce necesariamente a redefinir el concepto de efecto desalentador.

Nada obsta, en suma, para afirmar que la libertad de expresión religiosa, es decir, la libertad religiosa, se ve coartada por la libertad de expresión exacerbada de los medios de comunicación y de las redes sociales. En esta etapa de libertad religiosa plena ¿podemos callar ante esto los eclesiasticistas?, y consecuentemente ¿qué podemos hacer?

6. PROPUESTAS BÁSICAS PARA SU DESARROLLO

En primer lugar, debemos visibilizar la centralidad de la libertad religiosa, que no resulta un artificio o invención de nuestra disciplina, sino que tiene su base en el propio Derecho natural y su reflejo en nuestro actual texto constitucional. Hemos de saber explicar, con la “*especial sensibilidad*” de la que hablaba HERVADA⁶⁰, a una sociedad que no quiere entender, la singularidad del hecho o factor religioso. Por otro lado, no es este el obituario de un sistema acabado; resulta necesario que orientemos nuestras propuestas y nuestro estudio no a un

⁵⁸ Según REVENGA SÁNCHEZ, M., «Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?», en Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Libertad de expresión y discursos del odio, Idem (ed.), Madrid, 2015, p. 13: “*La libertad de expresión es el termómetro que nos muestra el grado de democracia de una sociedad*”.

⁵⁹ Son totalmente oportunas las palabras ya citadas en la nota nº 12 de este texto.

⁶⁰ HERVADA, J., Los eclesiasticistas ante un espectador, 2ª ed., Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2002, pp. 168.

cambio de sistema⁶¹, sino a un conocimiento cabal de los principios que lo integran; en una pedagogía centrada en la comprensión objetiva de los principio del Derecho Eclesiástico del Estado español, en especial, del constitucional principio de laicidad, analizando su corporeidad de entre las urdimbres del texto constitucional, conformando la muchas veces difusa anatomía del mismo y conociendo con mayor hondura el espíritu que lo anima. Y es que la cuestión que nos ocupa hunde sus más profundas raíces en una comprensión inadecuada del mismo. Si bien es cierto, que como apunta con gran acierto y hondura DOMINGO OSLÉ, se hace necesario en la hora presente *“fijar un paradigma global de libertad religiosa, basado en la dignidad de la persona humana, compatible con los diversos modelos constitucionales”*⁶².

Finalmente y fuera de toda duda, la ciencia jurídica no puede ya aportar soluciones a más situaciones casuísticas, solo puede, reforzar su celo en un esfuerzo pedagógico en aras de que esta situación propia de la convivencia se resuelva, saludando con alborozo otro tipo de respuestas más allá de la estrictamente jurídica. El devenir de los tiempos añade a este deber una mayor urgencia, si cabe.

⁶¹ Resulta de gran interés COMBALÍA SOLÍS, Z., «Libertad de expresión y religión en Estados Unidos y en Europa: dos modos de entender la democracia», en Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado (RGDCDEE), n° 45, 2017. En este trabajo encontramos un análisis contrapuesto del sistema europeo con el modelo estadounidense, que pone de manifiesto los diversos modos de entender la democracia y la protección a los derechos humanos y, más específicamente, la neutralidad de los poderes públicos y del ordenamiento jurídico. Parece lógico que tengamos en cuenta estos paradigmas y estudiemos cómo compatibilizarlos en un mundo ya globalizado. De la misma autoría «Libertad de expresión y religión : modelos de derecho comparado», en Anuario de derecho canónico : revista de la Facultad de Derecho Canónico integrada en la UCV, n°. 6, 1, 2018, pp. 199-216.

⁶² DOMINGO OSLÉ, R., «Dios en el ordenamiento jurídico», en El Mundo, 26.10.2011.

https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1053655 (última consulta 16.03.2019).

Al hilo de lo expuesto, cobran especial actualidad las palabras de MARTÍNEZ TORRÓN cuando escribía que *“Para no pocos, la libertad religiosa y de creencias sigue siendo, desafortunadamente, una “cenicienta” entre las libertades”*⁶³.

Ojalá algún día la primera de las libertades se consolide como una realidad alejada de toda controversia; para ello, en ese largo proceso de maduración, es inexcusable recordar que la democracia jamás puede sustituir a la conciencia pues ésta última es la que orienta al hombre para un ejercicio responsable de la libertad⁶⁴ y, unida a la libertad de expresión *“es en todo Occidente la estrella polar de la democracia”*⁶⁵.

⁶³ MARTÍNEZ TORRÓN, J., «Libertad de expresión y lenguaje ofensivo... cit., p. 26. A nivel internacional el Informe del All Party Parliamentary Group on International Religious Freedom de junio de 2013, habla *“an orphaned right”*.

⁶⁴ MARTÍ SÁNCHEZ, J. M^a., «El discurso religioso ante el derecho: su aportación a la convivencia», en Revista Española de Derecho Canónico (REDC), vol. 74, n^o 183, 2017, p. 441.

⁶⁵ NAVARRO VALLS, R., «Iglesia/Estado en la España... cit., p. 55.

INDIFERENCIA Y EXTRAÑEIDAD. FUNDAMENTOS MORALES DEL DISCURSO DEL ODIO SEGÚN ZYGMUNT BAUMAN

Elena Álvarez-Álvarez

Universidad Internacional de La Rioja

SUMARIO: 1. Tres premisas. 2. La producción social de la indiferencia. 3. El extraño, objeto de la indiferencia. 4. Indiferencia y extrañeidad en la modernidad líquida. 5. El resentimiento en las relaciones sociales. 6. El diálogo como cauce para superar la indiferencia.

El sociólogo polaco Zygmunt Bauman (1925-2017) es un penetrante analista de la realidad contemporánea. Considera que la ciencia social tiene una impronta moral, y que con la justicia es su principal virtud. Esta consiste en equidad, y sus requerimientos se descubren, habitualmente, de forma indirecta: a través de la experiencia de la inequidad⁶⁶. Sus contribuciones al pensamiento sociológico pasan por una comprensión de las bases morales, pre-sociales o actitudinales, de los comportamientos colectivos. Desde este punto de vista, arrojan luz para comprender los fundamentos de los discursos sociales.

1. TRES PREMISAS

⁶⁶ Cf. BAUMAN, Z. – TESTER, K., *Conversations with Zygmunt Bauman*, Polity, Cambridge 2001, pp. 65-66.

La primera premisa es que Bauman pertenece a la raza judía y padeció las purgas antisemitas que se produjeron en Polonia entre 1954 (se ve obligado a renunciar a su carrera militar) y 1968 (renuncia al Partido Comunista, y la falta de trabajo le obliga a exiliarse). Su primer estudio sobre el judaísmo se produce, precisamente, en esta época. Puede decirse que la experiencia del exilio le ayuda a configurar su identidad, siempre desde la opción de ponerse del lado de las víctimas⁶⁷. En dos de sus obras más destacadas, *Modernidad y Holocausto* (1989) y *Modernidad y ambivalencia* (1991), presenta al pueblo judío como paradigma de todos los excluidos de la sociedad, no necesariamente por motivos religiosos, aunque sin obviar estos.

En cuanto a afiliación religiosa, es agnóstico, si bien puede apreciarse una creciente presencia de motivos bíblicos en sus escritos. Esta puede atribuirse, principalmente, a la influencia de Levinas sobre su pensamiento moral, desde 1989. También pueden rastrearse afinidades explícitas, en materia de moral social, a los Papas Juan Pablo II⁶⁸, en lo relativo a la solidaridad y la responsabilidad; y Francisco, cuya autoridad moral global reconoce, especialmente en la preocupación por el drama de la migración y de la desigualdad que lleva asociada⁶⁹.

Bauman no hace un tratamiento específico de la cuestión religiosa. No obstante, ha manifestado que no comparte la casi preceptiva escisión liberal entre los discursos secular y religioso, ni la sacralidad de tal división. Al contrario, ha puesto de manifiesto que la pretensión de suprimir los signos religiosos de la vida pública, en base

⁶⁷ BAUMAN Z., “The End of Polish Jewry – A Sociological Review”, en *Bulletin of Soviet East European Jewish Affairs*, January 1969, pp. 3-8.

⁶⁸ Cf. BAUMAN, Z. – TESTER, K., *Conversations...*, cit., pp. 133-136.

⁶⁹ Cf. BAUMAN, Z., *Extraños llamando a la puerta*, Paidós, Barcelona 2016, pp. 25-26; ID., *Retrotopía*, Paidós, Barcelona 2017, pp. 159-161.

a una equiparación con el pensamiento secular, desemboca en la discriminación y el trato a algunos ciudadanos como si fueran de segunda clase. Así lo hace, por ejemplo, en su análisis de la polémica que se produjo en Francia en torno a la prohibición del uso del velo islámico en centros escolares públicos⁷⁰. Su parecer es que la cuestión religiosa supone una de las muchas diferencias que se pueden producir en la sociedad, y uno de los argumentos que se deben tratar en el espacio público, en una discusión abierta y dialogante. Del mismo modo, la discriminación religiosa aparece en sus escritos inserta entre las diferentes formas de tratamiento injusto a un sujeto humano. Reclama, por ello, una renovación del *ágora*: aquel espacio de encuentro, tanto físico como social, en el que conflúan los intereses individuales y los de la polis. Es el lugar del verdadero ejercicio de la democracia, en relaciones cercanas donde buscar soluciones a la inequidad⁷¹.

Una segunda premisa es la relevancia del concepto de indiferencia en la teoría social de Bauman. Junto a las actitudes clásicas, amor y odio, considera que la moral es ternaria, y que la indiferencia es tan grave como el odio, por cuanto supone una negación, al menos implícita, de la humanidad del otro, sea individuo o grupo⁷². Cuando odiamos, al menos, estamos considerando al otro como alguien, como un interlocutor; cuando adoptamos la actitud indiferente, ni siquiera contemplamos esa humanidad, en ocasiones porque solo consideramos al otro desde un punto de vista parcial y

⁷⁰ Cf. BAUMAN, Z. – AGAMBEN, G., *Archipiélago de excepciones*, Katz, Madrid 2011, p. 129.

⁷¹ Cf. BAUMAN, Z. – TESTER, K., *Conversations...*, cit., pp. 94-95. También cf. BAUMAN, Z., *Daños COLATERALES. DESIGUALDADES SOCIALES EN LA ERA GLOBAL*, Fondo de Cultura Económica, Madrid 2011, 19-21.

⁷² Cf. BAUMAN, Z. – MAY, T., *Pensando sociológicamente*, 34-35; BAUMAN, Z., *Extraños llamando a la puerta*, cit., p. 24.

funcional: como un potencial competidor en el empleo, como una fuente de reducción de recursos materiales, como un oponente al propio modo de vida, considerado superior o seguro. Se trata de un presupuesto importante para la violencia porque, sobre quien no se considera humano, sino objeto, disminuye la importancia del ejercicio de la violencia, hasta perder su implicación moral. Es un aspecto que incide en el origen del discurso del odio, en el que se ven las demás idiosincrasias o formas de vida por oposición a las propias costumbres u opiniones.

Tercera premisa: desde la obra que le valió la fama, *Modernidad y Holocausto* (1989), y guiado por Arendt y Levinas, Bauman se pregunta cuál es el origen del mal social. En otros términos: por qué razón individuos corrientes son capaces de hacer daño a otros, y bajo cuáles circunstancias. Entiende que el impulso primario del ser humano es la atención, el cuidado. Su origen es reconocer al otro como un igual, a alguien que tiene un rostro y que interpela con su sola presencia. El ejercicio de la violencia se produce por la cancelación de ese impulso, socialmente inducida. Y, a su vez, esta se produce mediante la creación previa de una distancia entre individuos, ya sea por una cadena burocrática y técnica, ya sea por el ejercicio de la presión en favor de una razón calculadora⁷³.

Sobre estas premisas, Bauman elabora una penetrante descripción del mecanismo de generación de la violencia, que indica los presupuestos humanos sobre los que se asienta, y que cancelan la responsabilidad primordial hacia el otro. Arrojan luz sobre la prevención de cualquier forma de violencia, incluyendo las formas de

⁷³ Cf. BAUMAN, Z., «On Immoral Reason and Illogical Morality», en *Polin. A Journal of Polish-Jewish Studies*, n. 3, 1988, pp. 294-301 (298).

discurso que destruyen a otro. Estas, gracias precisamente a los avances tecnológicos, e independientemente de su tipificación como delito, se han vuelto en fechas recientes extremadamente fáciles de cometer.

Desvelar el mecanismo por el que se engendra la violencia entre ciudadanos corrientes permite identificar las acciones preventivas más adecuadas para eliminar ese mal y mejorar la convivencia social. La intención declarada de Bauman, al poner de manifiesto las formas de injusticia e inequidad de nuestras sociedades, es despertar la conciencia de sus lectores, y de la sociedad, en general, para que busquen el modo de construir una sociedad mejor⁷⁴.

2. LA PRODUCCIÓN SOCIAL DE LA INDIFERENCIA

Los primeros análisis de Bauman sobre la producción social de la indiferencia se encuentran en su análisis del Holocausto. Al considerarlo como momento excepcional en la dinámica ordinaria de la civilización moderna, se abre el interrogante de por qué individuos, que se consideraron a sí mismos morales, fueron capaces de obrar el mal. Para darle una respuesta, formuló los conceptos de burocratización y adiaforización⁷⁵.

La burocratización es un aspecto de la razón instrumental. Supone un ejercicio de división y estructuración de las tareas, donde la responsabilidad personal se divide, pero también se diluye. Una de sus

⁷⁴ Cf. SMITH, D., *Zygmunt Bauman. Prophet of Postmodernity*, 3; TESTER, K. – JACOBSEN, M.H., *Bauman before Postmodernity: Invitation, Conversations and Annotated Bibliography 1953-1989*, Aalborg University Press, Aalborg, 2005, pp. 212-214.

⁷⁵ Cf. WELZER, H., «On the Rationality of Evil: An Interview with Zygmunt Bauman», en *Thesis Eleven*, nº. 70/1, 2002, pp. 100-112 (103-104). El término aparece por primera vez en BAUMAN, Z., *Ética postmoderna*, Siglo XXI, Madrid 2009, p. 208 (El texto original es de 1993).

aplicaciones extremas fue el Holocausto porque supuso un ejercicio de ingeniería social, que puso medios artificiales al servicio de la obtención de una homogeneidad, en este caso, racial⁷⁶. Si bien la violencia es tan antigua como la humanidad, lo moderno en este episodio fue el modo de ejercerla: a través de actos equiparables a los de la división del trabajo, programados y organizados por funciones específicas, que hacen a cada individuo perder de vista el fin del proceso y escudarse en la ejecución de una acción rutinaria. Es uno de los factores por los que se logró subordinar el impulso natural, que es responsabilidad moral y compasión, a la realización del ideal programático de sociedad perfecta⁷⁷.

En principio, la razón instrumental es aquella que busca los medios más adecuados para obtener un fin que le viene dado. Su objeto es, en principio, adiafórico: algo que carece de relevancia moral, que no se somete a evaluación ética, y por tanto no es objeto de la conciencia. El factor que determina si algo ha de estar o no sujeto a esa valoración ética es el consenso social⁷⁸. De este modo, la adiaforización es el proceso, o conjunto de procesos, por el que se suprime la relevancia moral de algo que debería tenerla. Y uno de ellos es tratar desde el punto de vista burocrático, instrumental y técnico, cuestiones que en realidad se refieren a la vida moral. Bauman reconstruye la neutralización del primigenio sentido moral de los individuos en tres medidas:

⁷⁶ Cf. BAUMAN, Z., *Modernidad y ambivalencia*, Anthropos, Barcelona, 2005, p. 65. El texto original es de 1991.

⁷⁷ Cf. BAUMAN, Z., *Modernidad y holocausto*, Sequitur, Madrid 2010, pp. 115-119, 124, 126-128. La edición original de este texto, que le hizo famoso, es de 1989. Vuelve sobre este argumento en *Modernidad y ambivalencia*, cit., pp. 40-42.

⁷⁸ Cf. BAUMAN, Z. – DONSKIS, L., *Ceguera moral. La pérdida de sensibilidad en la modernidad líquida*, Paidós, Barcelona 2015, pp. 57-58.

1. Construcción de una cadena jerárquica de intermediarios: alejan al agente del efecto de su acción; de este modo, el superior está alejado de la víctima (burocratización).
2. Borrar el rostro del Otro, cuya presencia es fuente de la moral. Su ausencia inhibe la responsabilidad originaria. Los modos de hacerlo son: la reducción de la apariencia física (por el hambre, la falta de vestido, u otros motivos externos), la clasificación de los individuos en base a categorías abstractas, y la conversión de estos en objetos. Las tres pueden estar interrelacionadas. En el Holocausto, tuvieron además los medios previos de la justificación racional de la inferioridad del otro y la penalización de cualquier muestra de solidaridad hacia él.
3. Desintegración del objeto de la acción en funciones o rasgos fragmentarios: imposibilita captar que la acción incide sobre la totalidad de un ser humano, por lo que el sujeto no percibe la necesidad de valorar moralmente una acción que en sí misma tiene poca entidad⁷⁹. De este modo, el verdugo que apretaba un botón podía ampararse en que cumplía órdenes por una acción sencilla, en la que no tenía al alcance de sus sentidos a las víctimas que morían en la cámara de gas.

La Modernidad, tal y como la entiende Bauman, entraña dos características que la hacen proclive a estas manifestaciones: la creencia en un orden superior, que considera legítimo imponerse sobre los individuos, y la primacía de la eficiencia en los medios, por la división del trabajo. Con ello no quiere decir que el Holocausto sea un producto necesario de la modernidad; solo señalar que la estructuración

⁷⁹ Cf. BAUMAN, Z., *Modernidad y Holocausto*, cit., p. 250; ID. – MAY, T. *Pensando sociológicamente*, cit., pp. 90-91.

de las actividades y la jerarquía de acciones permitió que alcanzara tales dimensiones.

3. EL EXTRAÑO, OBJETO DE LA INDIFERENCIA

Para Bauman, la modernidad se define como un impulso ordenador y clarificador. Aplicado a la composición de las sociedades, este impulso se concreta en una distinción neta entre “nosotros” y “ellos”, que se considera fuente de seguridad, porque los perfiles y funciones sociales están definidos. A estas categorías se añade la del extraño. Simmel lo había definido como “aquel que llega hoy y se queda mañana”⁸⁰.

El extraño se presenta, pues, como una realidad ambivalente, que se resiste a la definición y clasificación. Por ello, con su sola presencia, cuestiona la dialéctica de las relaciones sociales y el nativo no sabe cómo tratarle⁸¹:

1. Se posiciona en un plano intermedio entre el enemigo y el amigo. Como el primero, se presenta de improviso, y sin pedir autorización; como el segundo, aspira a ser objeto de responsabilidad de los demás.
2. Su estancia es, en un primer momento, temporal, pero se prolonga. Por ello, cuestiona el valor permanente y pretendidamente natural de las divisiones. Pone de relieve que podrían cambiar o terminar, aun sin proponérselo.

⁸⁰ Cf. SIMMEL, G., «Digresión sobre el extranjero», en *Sociología. Estudios sobre las formas de socialización*, Alianza, Madrid 1986, p. 776. El texto original es de 1908.

⁸¹ Para una explicación completa de la concepción que Bauman tiene del extraño, cf. BAUMAN, Z., «Strangers: The Social Construction of Universality and Particularity», en *Telos*, nº.78, 1988-89, pp. 7-42.

3. Se encuentra físicamente cercano, pero espiritualmente lejano, cuestionando la unidad entre espacio físico y deber moral. Esto lleva a preguntarse si la relación que debe establecerse con él es de tipo moral (de responsabilidad) o contractual.

La reacción de los nativos a esta presentación ambivalente del extraño es la desconfianza y la defensa del orden establecido. Por ello, el Estado-nación moderno promovió la uniformidad y la homogeneidad (ética, religiosa, lingüística, cultural). Para su logro, necesariamente, había que suprimir cualquier forma de lealtad no controlable. Los medios fueron la interpretación de la historia y la educación, así como dos estrategias de organización de la convivencia⁸²:

1. Segregación personal y espacial: considera que es necesario aislar al extraño, debido a sus costumbres distintas de lo “normal”. Se le rodea continuamente de una connotación negativa, que le desacredita. Está asociada a la estigmatización: etimológicamente, el estigma es el signo observable e irrevocable de pertenencia a una categoría inferior. Pero se puede extender a una marca sobre la identidad o sobre la pertenencia a una determinada idiosincrasia, que sea considerada inferior a lo “común”.
2. Asimilación cultural: en principio, el Estado moderno se presentaba como promotor de la autonomía y libertad individuales, y esto contrastaba con la práctica de la segregación. Como alternativa, promovió un proceso de homogeneización, dirigido a individuos concretos, a los que se propone que adopten los valores dominantes, supuestamente más elevados, en un proceso que les distancia de sus orígenes culturales

⁸² Cf. BAUMAN, Z., *Modernidad y Ambivalencia*, cit., pp. 95-110.

(étnicos, religiosos, etc.). En esta propuesta, se mantiene el estigma sobre el grupo.

Idealmente, el proceso asimilatorio suprime las diferencias y reafirma el poder del sector dominante. Pero, en la realidad práctica, sigue presuponiendo en el extraño una culpa que disimular. En consecuencia, se le admite bajo sospecha, sometiéndole a constante vigilancia y verificación, con una actitud de resentimiento. Así, el sujeto individual de la asimilación ha de aceptar su propia inferioridad, y vive bajo la permanente amenaza de perder el reconocimiento que con tanto esfuerzo a logrado, y que nunca llega a ser total. Eso le hace desarrollar sentimientos negativos, con desasosiego y repulsa hacia uno mismo. La situación de extrañeza se extiende a las diferencias culturales y étnicas, y también religiosas, con la exigencia de una conversión al ideario común, también el de la visión liberal secularizada⁸³. Es en este punto donde se puede encontrar el origen del recelo hacia las personas con una identidad religiosa, que contrasta con el ideario “común” del laicismo generalizado.

En todo este recorrido, subyace la convicción de que la ciudadanía es conformidad cultural, y que la diversidad cultural es deslealtad política. En consecuencia, el programa asimilatorio gira en torno a la construcción de un nuevo orden, de homogeneización étnica y grupal. Pero la ejecución de un orden como este incluye, necesariamente, la intolerancia, al menos por cuanto contiene de renuncia al propio grupo originario⁸⁴. A los judíos que aspiraban a él, cuantos más esfuerzos hacían, más se les identificaba como extraños⁸⁵.

⁸³ Cf. BAUMAN, Z., «Strangers», cit., p. 15.

⁸⁴ Cf. BAUMAN, Z., *Modernidad y ambivalencia*, cit., pp. 192-195, 202.

⁸⁵ Cf. BAUMAN, Z., «Exit Visas and Entry Tickets: Paradoxes of Jewish Assimilation», en *Telos*, nº. 77, 1988, pp. 45-77 (52-56).

Lo que se pierde en este proceso, en cambio, es el potencial creativo que los extraños podían aportar a la sociedad. Los análisis de personalidades como Simmel, Camus, Marx, y otros judíos que, pese a las presiones asimilacionistas, han contribuido al desarrollo de la cultura europea es, en opinión de Bauman, una demostración suficiente de los problemas del empeño asimilacionista. Por otra parte, este nunca logró suprimir la diferencia, y solo consiguió producir más ambivalencia, precisamente eso que quería eliminar⁸⁶.

4. INDIFERENCIA Y EXTRAÑEIDAD EN LA MODERNIDAD LÍQUIDA

El descriptor de la liquidez, que Bauman empezó a formular en torno al cambio de siglo, quiere señalar que la modernidad sigue presente, con su impulso ordenador y homogeneizante, aunque haya sido sometida a variantes. Estas son la desaparición del Estado y el debilitamiento de la política, en beneficio de los poderes del mercado; la relativización del territorio, propia del proceso globalizador, y el debilitamiento de los vínculos sociales.

La adiaforización sigue siendo un problema de la modernidad líquida. También hoy es posible que personas corrientes sean insensibles al sufrimiento de los demás, y se distancien de ellos. En este punto, Bauman apela a la pérdida del sentido de un absoluto y la identifica como acción del Diablo⁸⁷. Entiende que la modernidad sólida supuso el abandono de la confianza en un *Deus Absconditus*, para situarla en la especie humana; en la postmodernidad y la liquidez se produce un nuevo desplazamiento, esta vez a la capacidad de los

⁸⁶ Cf. BAUMAN, Z., *Modernidad y ambivalencia*, pp. 123-135.

⁸⁷ Cf. BAUMAN, Z. – DONSKIS, L., *Ceguera moral*, cit.

individuos. En esto se encuentra el principal problema del presente. Los individuos se ven desbordados ante la envergadura y repercusiones de los procesos globales. El resultado es un sentimiento de incertidumbre e inseguridad, al que se suma la falta de compromiso. En este contexto, las energías se orientan hacia la realidad más inmediata, el cuerpo: su seguridad e integridad, y el cuidado de su salud⁸⁸.

Pero, en este proceso, se pierde de vista al otro, su necesidad, y la necesidad moral de ayudarlo. En el análisis que Bauman elabora de las sociedades actuales, las fuentes de la indiferencia son⁸⁹:

1. Tratamiento meramente estadístico de las acciones humanas: clasifican según los criterios externos marcados por la necesidad, como la productividad, mercadotecnia, aseguradoras, Estados, etc. Conduce a descartar los aspectos “inútiles” de la persona, por lo que “la gente es tratada como un medio para la prosecución de esos intereses y no como fines en sí, por su propio derecho”.
2. Multitud: produce una especie de “disolución” en el anonimato, que propicia la conducta irreflexiva, puramente afectiva, que desemboca en actos que el individuo no se atrevería a realizar abiertamente. Los medios de comunicación en general, y las redes sociales en particular, tienen una especial responsabilidad en este aspecto. Es un caso común la facilidad con que, en nombre del desahogo, o de la libertad de expresión, se pueden hacer circular por las redes sociales expresiones descalificatorias de individuos y grupos sociales, con el

⁸⁸ Cf. BAUMAN, Z., – TESTER, K., *Conversations*, cit., pp. 89-92.

⁸⁹ Cf. BAUMAN, Z., – MAY, T., *Pensando sociológicamente*, cit., pp. 91-94.

agravante de que el emisor del mensaje pierde el control sobre la difusión de este, potencialmente infinita.

3. Atribución de estatus de humanidad limitada: desvincula de los requerimientos de la responsabilidad moral a los portadores de cierto estatus, como las minorías raciales o étnicas. Se restringe el universo de obligaciones para excluir de ellas a categorías determinadas de personas.

La otra cara del afán de seguridad es la sospecha los demás, y principalmente de los extraños. Esta conduce a cortar la comunicación con el otro. Y, sin comunicación, se tiende a verle de forma estereotipada, como demostración de un peligro, actual o posible⁹⁰. Como en los dramas del siglo XX, se puede reforzar la distancia con el empleo de un lenguaje deshumanizado hacia el otro, vacío de contenidos éticos. Se puede utilizar hacia él un lenguaje estereotipado, que le considera como alguien de poco valor. Igual que en el pasado, el motivo es que la diversidad, en cualquiera de sus formas, se presenta como un desafío al orden establecido, en el que se entiende que se encuentra la seguridad, la “normalidad”.

La modernidad líquida mantiene, por tanto, el afán clarificador y la construcción de nuevas fronteras. Son formas implícitas de segregación. Un indicio de ello es la distribución de barriadas urbanas que impiden la mezcla entre etnias, con sistemas de seguridad reforzados, que hacen determinadas zonas inaccesibles a los extraños. Y estos se identifican con los migrantes y los pobres. También la sociedad de consumo ha construido sus propios muros invisibles, gracias a los cuales “los consumidores rara vez llegan a vislumbrar lo

⁹⁰ Cf. BAUMAN, Z., *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2011, pp. 99.

que hay al otro lado”⁹¹, concentrados en la satisfacción de sus propias necesidades, reales o inducidas. Nuevamente, los problemas morales solo se contemplan indirectamente, sin cuestionar la rectitud de la propia conciencia⁹². O, si afrontan los problemas de los demás, suelen hacerlo de forma mediatizada y emocional, que mueve a dar una solución momentánea, por ejemplo ante una catástrofe, en lugar de una ayuda proporcionada, a largo plazo⁹³.

Para la sociedad de consumo, carece de sentido la inversión en quienes quedan fuera de sus parámetros de felicidad. Las posibles donaciones provocan un sentimiento de indignidad en el receptor, que depende de la tutela de otros. Entra así a formar parte de una infraclass, la de “consumidores fallidos”, que aspira a vivir como los receptores de la felicidad consumista, que recibe los mismos estímulos para desearla, pero que no tiene acceso a ella⁹⁴.

Una de las paradojas de la actual sociedad es que las redes sociales, o el fácil acceso a los medios de comunicación, se convierten en fuentes de distanciamiento personal y de indiferencia moral. El problema se encuentra en su relación con los requisitos del mercado, y la primacía del criterio de satisfacción: es excesivamente fácil establecer y destruir relaciones con otros, y eso favorece la pérdida del sentido de compromiso. Por otra parte, mientras se atiende a los que

⁹¹ Cf. BAUMAN, Z., *Libertad*, Alianza, Madrid 1992, p. 147. El texto original es de 1988.

⁹² Cf. BAUMAN, Z., *Libertad*, p. 149.

⁹³ Cf. BAUMAN, Z. – DONSKIS, L., *Ceguera moral*, cit., pp. 60-61.

⁹⁴ Cf. BAUMAN, Z. – TESTER, K., *Conversations*, 116-118.; BAUMAN, Z., *Libertad*, p. 134.

están alejados, puede perderse la proximidad personal con quienes físicamente están cerca⁹⁵.

A la luz de las descripciones de Bauman sobre la indiferencia y la exigencia de asimilación, es posible afirmar que, para el paradigma liberal que pretende imponerse en sus convicciones secularistas, el creyente es un extraño, independientemente de cuál sea su confesión. Está en medio de la sociedad, pero reconoce convicciones como la existencia de un ser superior y omnipotente, que no corresponden al paradigma de la absoluta autonomía humana. Por ello, si desea integrarse, se le exige de diversas formas que disimule o renuncie a sus creencias, bajo pena de exponerse a formas de desprecio social, como las propias del discurso de odio. Las manifestaciones de odio a la religión, como los insultos o vejaciones a los creyentes, tienen en el fondo una consideración funcional y fragmentada de los individuos, a los que solo se contempla como la parte estigmatizada, en lugar de ciudadanos capaces de contribuir al bien común.

5. EL RESENTIMIENTO EN LAS RELACIONES SOCIALES

El resultado de las divisiones sociales es el resentimiento de quienes quedan fuera, excluidos de la libertad de los demás⁹⁶. Para describir esta situación, Bauman opta por el término francés *ressentiment*, sin traducción. Designa una actitud compleja, mezcla de envidia y despecho, de carácter bidireccional. Bauman reúne la definición de Nietzsche, según la cual el resentimiento es propio de las víctimas, que se rebelan contra la desigualdad y la dignidad herida, y la

⁹⁵ Cf. BAUMAN, Z., *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, pp. Fondo de Cultura Económica, Madrid 2005, pp. 12-13.

⁹⁶ BAUMAN, Z., *Libertad*, cit., pp. 148-149.

de Scheler, que lo entendía como resultado del afán de imponerse sobre otros. En la modernidad líquida, señala Bauman, el *ressentiment* se dirige a los extraños, cuya presencia hace más frágil -o pone en evidencia- las fallas de nuestro mundo⁹⁷.

El sociólogo polaco identifica principalmente como extraños de hoy a los refugiados y exiliados. También a los nuevos pobres, que son los consumidores fallidos. Los primeros, con su diferencia (étnica, religiosa, cultural o lingüística), siguen desvelando la fragilidad del mundo. Cuando la frustración por los problemas generados en la sociedad, o por la humillación de no encontrar respuesta a sus aspiraciones, busca un cauce en el que expresarse, ellos son el objetivo más fácil. Por ello, hay un germen para el tratamiento con ellos desde el estereotipo, la estigmatización o el odio⁹⁸.

En este contexto inscribe Bauman el discurso de extrañeza, que consiste en exagerar las culpas y faltas del extraño para reforzarse la propia identidad, en un intento dialéctico. Teniendo en cuenta que la política se alimenta, en buena medida, de la sensación de inseguridad, los políticos encuentran en las faltas aumentadas de los extraños una ocasión de reafirmarse, prometiendo seguridad y poder⁹⁹. La necesidad de emplear esta estrategia depende, en parte, del marco global de las grandes decisiones, en el que la política, que sigue siendo esencialmente local, tiene escasa influencia¹⁰⁰. Pero la diversidad

⁹⁷ Cf. BAUMAN, Z., *Mundo consumo*, Paidós, Barcelona 2010, p. 60.

⁹⁸ Cf. BAUMAN, Z., *Daños colaterales*, cit., pp. 212-214.

⁹⁹ Cf. BAUMAN, Z., *Daños colaterales*, p. 75; *Retrotopía*, cit., pp. 72, 79.

¹⁰⁰ Cf. BAUMAN, Z., *Retrotopía*, cit., pp. 31-53.

religiosa, como la racial o étnica, se presentan a los políticos como desafíos al orden establecido y como fuente de inseguridad¹⁰¹.

En este discurso, se puede contemplar al inmigrante o al extraño como amenaza. Con ello se alimenta la estigmatización, la humillación de quien lo padece, y el resentimiento de este, que puede degenerar en nuevas formas de violencia, que alimentan nuevos alejamientos¹⁰². Entre ellos, para el tema que nos ocupa, destaca la amenaza de populismo¹⁰³, o las miradas a tiempos pasados buscando una seguridad a la que aferrarse, con tendencias a la violencia, empezando por el discurso de desprecio al otro.

Bauman diagnostica en nuestro tiempo un fenómeno de imitación al que se había referido Simmel¹⁰⁴, y es el contraste entre la necesidad de pertenencia a una comunidad y el afán de destacar en su seno. Cuando se mezcla con alguna forma de violencia, resulta preocupante, porque el afán de originalidad se concreta en una tendencia a humillar a los más débiles: los “consumidores fallidos”, por razón de su nivel socioeconómico, su etnia, también su religión. El tema podría ampliarse: a la venta de armas, o a la mayor vulnerabilidad de las víctimas del estereotipo y la división a la captación terrorista, a las que ofrece una causa grandiosa con la que justificar la violencia a los individuos considerados *unwertes leben*¹⁰⁵.

¹⁰¹ Cf. BAUMAN, Z., *En busca de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pp. 61, 204.

¹⁰² Cf. BAUMAN, Z., *Extraños llamando a la puerta*, Paidós, Barcelona, 2016, pp. 39-43. En la definición del estigma y sus consecuencias sigue a GOFFMAN, E., *Stigma. Notes on the Management of Spoiled Identity*, London, Penguin, 1968.

¹⁰³ Cf. BEILHARZ, P., *Zygmunt Bauman. Dialectic of Modernity*, London, Sage, 2000, p. 165.

¹⁰⁴ Cf. SIMMEL, G., “Fashion”, en *American Journal of Sociology* 62, mayo de 1957, en

<http://sites.middlebury.edu/individualandthesociety/files/2010/09/simmel.fashion.pdf>.

¹⁰⁵ Cf. BAUMAN, Z., *Retrotopía*, cit., pp. 31-53.

Las migraciones, en buena parte alimentadas por la venta de armas y los conflictos en los países de origen, crean una “globalización de la humanidad”. Los extraños están presentes en todos los territorios, siguen siendo la imagen de la ambivalencia porque, expulsados de su origen, y aún no aceptados en la nueva comunidad, carecen de lugar. Su situación necesita una solución de alcance global, fundamentada en la responsabilidad hacia el otro¹⁰⁶.

Bauman considera también que la división entre autóctonos y extraños entraña la amenaza de un retorno del tribalismo, que supone una pérdida del valor de la cultura como diálogo y la diferencia como enriquecimiento¹⁰⁷. Como sucedió en el pasado, con el pueblo judío, se pretende una superioridad de “nosotros” que conduce a la exclusión de “otros”. Al considerarlos inferiores, se les deniega la posibilidad de un encuentro, y ellos perciben esta ignorancia¹⁰⁸. Tal actitud va acompañada de un miedo al futuro, que se presenta amenazador, por la invasión de las nuevas tecnologías, o la pérdida de puestos de trabajo; en el temor de que los extraños puedan interferir, se cultiva una memoria colectiva de épocas privadas de ellos¹⁰⁹. Las posibilidades de las tecnologías de la información, cada vez más ajustadas a los gustos del usuario, también distancian del extraño, porque se le suprime de las selecciones de informaciones a recibir¹¹⁰.

En todo caso, las actitudes hacia los extraños siguen siendo semejantes a las de antes. Crece el afán de *securitización*: un

¹⁰⁶ Cf. BAUMAN, Z., *Retrotopía*, cit., pp. 79-84. La expresión “globalización de la humanidad” está tomada de AGIER, M., *Le Couloir des exilés: Être étranger dans un monde commun*, Éditions du Croquant 2011, p. 95.

¹⁰⁷ Cf. BAUMAN, Z. – TESTER, K., *Conversations*, cit., p. 142.

¹⁰⁸ Cf. BAUMAN, Z., *Retrotopía*, cit., pp. 55-56.

¹⁰⁹ Cf. BAUMAN, Z., *Retrotopía*, cit., pp. 61-63.

¹¹⁰ Cf. BAUMAN, Z., *Retrotopía*, cit., pp. 67-68.

neologismo que designa la tendencia a incluir como falta de seguridad situaciones que antes no se percibían como tales. Las migraciones son utilizadas políticamente, apoyándose en el deseo de seguridad en la población, para mostrarlas como “amenaza” y desplazar la atención de otros problemas, entre ellos, los desajustes económicos incontrolables para el Estado¹¹¹. Así, los migrantes pueden ser considerados como potenciales terroristas, rompiendo las vías de diálogo entre culturas. De nuevo, quedan excluidos, se vuelven invisibles al conjunto de la sociedad, y aumenta así la indiferencia ante cuestiones que necesitan solución¹¹². En este contexto, se sigue excluyendo a determinados individuos del universo de obligaciones, con la ideología y el uso de un lenguaje inhumano para tratar a los demás¹¹³.

6. EL DIÁLOGO COMO CAUCE PARA SUPERAR LA INDIFERENCIA

Para realizar una sociedad plural, en la que tengan cabida los extraños, y recuperar la moralidad en las sociedades, Bauman propone la recuperación del impulso moral originario, que es encuentro y solidaridad. La fuente de esta, esencial al ser humano, es la responsabilidad humana por el otro¹¹⁴. De ella derivan otras actitudes concretas para afrontar el encuentro: confianza, la compasión y la misericordia¹¹⁵. El alcance de estas medidas ha de encontrarse, asimismo, más allá del entorno inmediato, para elevarse a la medida global, a la consideración de la humanidad en cuanto tal.

¹¹¹ Cf. BAUMAN, Z., *Daños colaterales*, cit., pp. 76-80.

¹¹² Cf. BAUMAN, Z., *Extraños llamando a la puerta*, cit., pp. 28-37.

¹¹³ Cf. BAUMAN, Z., *Extraños llamando a la puerta*, cit., pp. 76-80.

¹¹⁴ Cf. SMITH, D., *Zygmunt Bauman. Prophet of Postmodernity*, cit., pp. 52-54; BAUMAN, Z., *Modernidad y Holocausto*, cit, p. 232.

¹¹⁵ Cf. BAUMAN, Z., *Mundo consumo*, Paidós, Barcelona 2010, p. 105.

Así como ha señalado las dificultades de la globalización, y la facilidad de que la distancia conduzca al olvido de las consecuencias de las acciones sobre otros, Bauman también entiende que se trata de una oportunidad para la inclusión, el respeto y el fomento de la paz. A este respecto, se manifiesta a favor de una declaración de deberes humanos, complementaria a la de los derechos, aunque indicando que su efectividad dependería de un cambio actitudinal en los ciudadanos, que llevara a pensar más allá del entorno inmediato¹¹⁶. Para ello, entiende que es necesario un renovado compromiso por la educación permanente de ciudadanos: sujetos capaces de participar activamente y de dialogar, responsables de la comunidad en la que viven y de los demás individuos que se encuentran en ella¹¹⁷. En este contexto, también la diversidad religiosa, lejos del discurso del odio o de la consideración como irrelevante, puede manifestarse como una de las diversidades que contribuyen a la construcción de una convivencia pacífica.

Este diálogo puede estar dificultado por la “distancia cultural” entre distintos grupos étnicos, religiosos o lingüísticos. Puede llevar a eludir los significados, cuando en realidad es necesario esforzarse para compartirlos en espacios comunes. Esto necesita de cierta labor de traducción, para interpretar las categorías de otras formas culturales¹¹⁸.

Frente a la persistente división “nosotros” / “ellos”, Bauman formula el reto de diseñar una integración sin separación. Coincide con el Papa Francisco¹¹⁹ en manifestar que su realización será costosa, pero

¹¹⁶ BAUMAN, Z. – MAY, T., *Pensando sociológicamente*, cit., pp. 138-139.

¹¹⁷ Cf. BAUMAN, Z., *Daños colaterales*, cit., p. 27.

¹¹⁸ Cf. BAUMAN, Z., *En busca de la política*, pp. 210-211.

¹¹⁹ Cf. FRANCISCO, «Discurso al recibir el premio Carlomagno», 6 mayo 2016, en *Acta Apostolicae Sedis*, n.º. 108, 2016, pp. 569-576. Contiene una propuesta a Europa de un nuevo humanismo, fundamentado sobre los pilares de la inclusión, el diálogo y la capacidad de generar. De esta ha de nacer un nuevo humanismo, asociado a una

el medio es un diálogo que incluya a todos los miembros de la sociedad y se concrete en las relaciones diarias: paternidad, pareja, vecindad o compañía. Su presupuesto es el respeto recíproco, que admite la igualdad de estatus. A partir de él se puede construir una convivencia pacífica, solidaria y colaborativa, que se concrete en una renovación de los modelos económicos, o en la generación de puestos de trabajo dignos¹²⁰.

Toman así protagonismo, en un diálogo renovado, los argumentos morales, como la libertad, la responsabilidad o la inclusión social. En el contexto poliédrico y relativista del mundo global, se vuelve importante el papel de los intelectuales como mediadores entre los sectores sociales, principalmente entre política y la sociedad civil, para superar el distanciamiento de ambas.

Así, la misión de la ciencia social es tender puentes. Frente a la pretensión moderna de imponer un solo orden común a todos, la opción de Bauman es la aceptación de un mundo de diferencias, sin pretender que estas desaparezcan:

La universalidad implica, nada más ni nada menos, que la capacidad de comunicarse entre especies y de llegar a un mutuo entendimiento, en el sentido, repito, de “saber cómo seguir”, pero también cómo seguir ante otros que pueden seguir, y tienen el derecho de hacerlo, de manera diferente¹²¹.

economía social que amplíe las oportunidades de desarrollo para todos los ciudadanos.

¹²⁰ Cf. Zygmunt BAUMAN, *Retrotopía*, cit., pp. 159-161.

¹²¹ Cf. BAUMAN, Z., *En busca de la política*, cit., p. 211.

**II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN, INFORMACIÓN E
INCITACIÓN AL ODIO EN LOS MEDIOS DE
COMUNICACIÓN Y EN LAS REDES SOCIALES**

LA LUCHA CONTRA EL DISCURSO DE ODIOS EN LÍNEA EN LA UNIÓN EUROPEA Y LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET

Ana Gascón Marcén

Profesora Contratada Doctora

Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Medidas tomadas en la Unión Europea. 2.1. Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en internet. 2.2. Leyes adoptadas en los Estados miembros para reforzar la responsabilidad de los intermediarios en caso de discurso de odio en internet. 2.3. Reforma de la directiva de servicios audiovisuales e inclusión en la misma de las plataformas en lo relativo al discurso de odio. 3. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Los Estados europeos tienen concepciones diferentes de en qué debe consistir exactamente la libertad de expresión y los límites que se pueden imponer a la misma. Sin embargo, sí que están de acuerdo en algunos elementos mínimos y uno de ellos es que el discurso de odio es inadmisibles en una sociedad democrática que protege los derechos humanos y lucha contra la discriminación. Los Estados miembros de la Unión Europea (UE) se pusieron de acuerdo en 2008 en que en todos ellos debía estar tipificado como delito la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro

de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico.¹²²

Este tipo de acciones se han agravado con la ubicuidad de Internet que se convierte en un altavoz que cualquier persona puede usar para llegar a un público prácticamente ilimitado. A esto se añade que existen determinadas páginas que fomentan dinámicas de abuso y que mucha gente se escuda en el anonimato para dar rienda suelta a un lado que difícilmente mostrarían en público si no pudieran valerse del parapeto de sus pantallas. Hay personas que consideran que Internet es un espacio sin ley en el que todo está permitido. Esto no es cierto, pero es verdad que los fiscales encargados de perseguir el discurso de odio tienen recursos limitados. Así se plantea que quizás sea más efectivo si no se puede perseguir a los autores del discurso de odio quitarles su altavoz, es decir, tomar medidas dirigidas a los intermediarios de Internet. En este trabajo estudiaremos las medidas tomadas en este sentido tanto por la UE como las que empiezan a tomar algunos de sus Estados miembros¹²³.

¹²² Artículo 1 de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia. También se consideran como delitos la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales con esa intención o la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.

¹²³ Para una visión más general de las respuestas al discurso de odio desde el Derecho internacional, véase: CRUZ ÁNGELES, J., “Libertad de expresión vs. discurso de odio en Internet: análisis del marco jurídico internacional”, en *La prevención y represión del discurso de odio. Hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*, Thomson Reuters, 2019.

2. MEDIDAS TOMADAS EN LA UNIÓN EUROPEA

Teniendo en cuenta el papel de las redes sociales y las plataformas de video a la hora de extender el discurso de odio y que éstas se lucran en muchos casos de ser el canal de ese tipo de contenidos extremos, es lógico pensar que tienen que hacer más por luchar contra esta lacra. Se ha llegado a plantear que esas compañías deberían ser responsables del contenido que se publica en las mismas de manera similar a lo que ocurriría en un periódico, sin embargo, es necesario recalcar que estas compañías no crean esos contenidos que son elaborados por terceros

La UE no tiene reconocidas competencias explícitamente a la hora de regular la libertad de expresión y los límites a la misma, pero sí que la tiene en el ámbito de la responsabilidad de los intermediarios al ser éste un factor que afecta al mercado único europeo. La Directiva sobre el comercio electrónico establece básicamente que los intermediarios no son responsables de los contenidos publicados por terceros a través de ellos siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o información es ilícita, y, si tienen tal conocimiento, actúen inmediatamente para retirar la información o hacer que el acceso a ella sea imposible¹²⁴. Esta Directiva, además, dispone que los Estados miembros no podrán imponer a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar

¹²⁴ Arts. 12-14 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas¹²⁵.

No obstante, la Comisión considera que los intermediarios deberían hacer más y tomar medidas voluntarias más efectivas para limitar la exposición a los contenidos ilegales o nocivos y ha publicado múltiples comunicaciones en este sentido para conseguir procedimientos de “notificación y acción” más claros; instrumentos más eficaces y uso de tecnologías proactivas; salvaguardias más sólidas para garantizar los derechos fundamentales y cooperación más estrecha con las autoridades¹²⁶.

A la hora de analizar lo que se está haciendo en la UE, a continuación se evaluará el Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en Internet elaborado por la Comisión junto a algunas plataformas, las medidas que han tomado o se están planteando algunos Estados europeos que quieren ir más lejos a la hora de regular la responsabilidad de las plataformas en las que terceros comparten contenidos y las reformas en el marco concreto de los contenidos audiovisuales llevadas a cabo por la UE.

2.1. Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en internet

¹²⁵ Art. 15 de la Directiva 2000/31/CE.

¹²⁶ Véase a modo de muestra: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa”, COM/2016/0288 final; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Lucha contra el contenido ilícito en línea. Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea”, COM/2017/0555 final; y Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea, C/2018/1177.

Como respuesta concreta a este problema en el marco del Foro de Internet de la UE, la Comisión acordó con Facebook, Microsoft, Twitter y YouTube¹²⁷ en 2016 un Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en Internet.

El objetivo del Código era que los intermediarios en línea y las plataformas de comunicación social actúen diligentemente contra la incitación ilegal al odio en Internet, previa recepción de una notificación válida y en un plazo adecuado, pero va más allá. Así las compañías asumían los siguientes compromisos públicos:

- contar con procedimientos claros y eficaces para examinar las notificaciones relativas a la incitación ilegal al odio que se produzcan en el marco de los servicios que prestan, de manera que puedan retirar o deshabilitar el acceso a dicho contenido; y disponer de normas o directrices comunitarias en las que se aclare que prohíben la promoción de la incitación a la violencia y las conductas odiosas.

- tras la recepción de una notificación válida de retirada, valorar esas solicitudes con arreglo a sus normas y directrices comunitarias y, en caso necesario, a las legislaciones nacionales de transposición de la Decisión marco 2008/913/JAI, con equipos especializados en examinar solicitudes.

- revisar la mayoría de las notificaciones válidas para la retirada de manifestaciones de incitación ilegal al odio en menos de 24 horas, y retirar o deshabilitar, si fuera necesario, el acceso a dicho contenido.

¹²⁷ En 2018, Instagram, Google+, Snapchat y Dailymotion también se unieron al Código de Conducta y Jeuxvideo.com lo hizo en enero de 2019. Según datos de la Comisión Europea, esto supone que el Código tiene una cobertura del 96% de la cuota de mercado de la UE en las plataformas en línea que pueden verse afectadas por “contenido odioso”.

- educar y concienciar a sus usuarios sobre los tipos de contenidos no autorizados en virtud de sus normas y directrices comunitarias.

- facilitar información sobre los procedimientos de presentación de notificaciones con vistas a aumentar la rapidez y la eficacia de la comunicación con las autoridades de los Estados miembros, en particular en lo relativo a las notificaciones y la deshabilitación del acceso o la retirada de las manifestaciones de incitación ilegal al odio en Internet. La información deberá transmitirse a través de los puntos de contacto nacionales designados por las empresas y los Estados miembros. Ello también permitirá que los Estados miembros y, en particular, sus fuerzas y cuerpos de seguridad, conozcan mejor los métodos para identificar e informar a las empresas sobre los casos de incitación ilegal al odio en Internet.

- fomentar las notificaciones y la señalización por parte de expertos de los contenidos que promuevan la incitación a la violencia y conductas odiosas, particularmente a través de asociaciones con organizaciones de la sociedad civil, facilitando información clara sobre las normas y directrices comunitarias de cada empresa y sobre las normas relativas a los procesos de información y notificación; y procurar reforzar las asociaciones con éstas proporcionando apoyo y formación para permitirles desempeñar el papel de “informantes de confianza”, respetando debidamente la necesidad de mantener su independencia y credibilidad.

- intensificar la cooperación entre sí y con otras plataformas y empresas de medios de comunicación social para reforzar el intercambio de mejores prácticas.

- elaborar y promover discursos alternativos independientes, nuevas ideas e iniciativas, y apoyar programas educativos que fomenten el pensamiento crítico.

- intensificar su colaboración con las organizaciones de la sociedad civil para impartir formación basada en las mejores prácticas en materia de lucha contra la retórica del odio y los prejuicios, así como para aumentar el alcance de la divulgación proactiva destinada a las organizaciones de la sociedad civil con el fin de ayudarlas a llevar a cabo campañas efectivas de “contradiscurso”.

La Comisión buscó así llegar a un equilibrio porque, sin tener que aprobar una normativa que resultaría complejo, lograba que las compañías se autorregulasen porque preferían esto a la modificación de la Directiva de comercio electrónico y a la fijación de sanciones.

Algunas de las medidas eran claramente positivas como que las plataformas apoyen a las organizaciones de la sociedad civil que luchan contra el racismo y la xenofobia o que mejoren su colaboración con las autoridades estatales, siempre respetando los derechos humanos. Sin embargo, otras medidas resultan más polémicas y EDRi y Access Now, dos organizaciones no gubernamentales líderes en la defensa de los derechos de los usuarios de Internet y la libertad de expresión, mostraron su rechazo a las mismas por considerar que el Código rebajaba la ley a un segundo plano, detrás del “papel principal” de las empresas privadas a las que se les pedía que implementaran arbitrariamente sus términos de servicio. En su opinión, este proceso, establecido fuera de un marco democrático responsable, explotaba reglas de responsabilidad poco claras para las empresas y creaba serios riesgos para la libertad de expresión, ya que el contenido legal pero

controvertido puede eliminarse como resultado de este mecanismo de eliminación voluntario e irresponsable.¹²⁸

Respecto a los resultado del Código, en promedio, las empresas a comienzos de 2019 evalúan el 89% del contenido marcado dentro de las 24 horas, lo que supone un aumento significativo con respecto al momento en que se lanzó el Código en 2016 (40%)¹²⁹. La tasa de eliminación es del 72%. Según la Comisión Europea es un porcentaje satisfactorio, ya que el discurso de odio no es fácil de definir y “su ilegalidad debe ser equilibrada con el derecho a la libertad de expresión y el contexto”¹³⁰. Esta frase parece poco acertada, ya que si se trata de discurso de odio éste es ilegal y no está protegido por la libertad de expresión, pero es cierto que para saber si estamos ante discurso de odio es necesario una evaluación caso por caso que tenga en cuenta el contexto. No todo lo que se denuncia como discurso de odio tiene por qué serlo realmente y retirarse, dado que hay determinados contenidos que resultan claramente reprobables y de mal gusto pero que están protegidos por la libertad de expresión, que, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «se aplica no solo a "informaciones" o "ideas" acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes,

¹²⁸ EDRI, *EDRI and Access Now withdraw from the EU Commission IT Forum discussions*, 31 de mayo de 2016. Disponible en: <https://edri.org/edri-access-now-withdraw-eu-commission-forum-discussions/> (consulta 25/04/2019).

¹²⁹ Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea, *4º Informe de evaluación sobre la aplicación del Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en Internet*, febrero de 2019, p. 1. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/code_of_conduct_factsheet_7_web.pdf (consulta 26/04/2019).

¹³⁰ Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea, *How the Code of Conduct helped countering illegal hate speech online*, febrero de 2019, p. 1. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/hatespeech_infographic3_web.pdf (consulta 26/04/2019).

sino a todas aquéllas que ofenden, desconciertan o molestan al Estado o a cualquier sector de la población»¹³¹.

El Código parece también haber mejorado la transparencia de los intermediarios porque las compañías proporcionan datos específicos sobre la cantidad de contenidos que retiran por motivos de discurso de odio y dos tercios de las notificaciones reciben una respuesta sistemática que detalla los resultados y las medidas tomadas¹³². No obstante, no se recaban datos sobre la información que reciben las personas cuyo contenido se bloquea sobre si son conscientes de las razones por las que se hace, de los recursos a su disposición, ni de las veces que este tipo de decisiones se recurren¹³³.

2.2. Leyes adoptadas en los Estados miembros para reforzar la responsabilidad de los intermediarios en caso de discurso de odio en internet

En cualquier caso, algunos Estados miembros no contentos con los resultados del Código han empezado a aprobar sus propias normas nacionales lo que puede producir una cierta fragmentación del mercado

¹³¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, as. 5493/72, § 49.

¹³² Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea, *How the Code...*, *op. cit.*, p. 2. No obstante, los resultados son muy desiguales dado que sólo Facebook informa a los usuarios de forma sistemática (el 92.6% de las notificaciones recibió comentarios), YouTube solo al 24.6% y Google+ no envió comentarios a ninguna notificación. Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea, *4º Informe de evaluación...*, *op. cit.*, p. 4.

¹³³ Según el Eurobarómetro Flash 469 de la Comisión Europea realizado en 2018, casi la mitad (47%) de los encuestados que tenían contenido que consideraron fue bloqueado o eliminado por error, no tomaron ninguna medida. Las dudas surgen en torno a si sabían por qué fue bloqueado dado que en muchos casos no se informa o se utilizan términos vagos como que el contenido va contra los términos de uso del intermediario sin dar más explicaciones o no se comunica la manera de recurrir la decisión.

único. El caso más destacado es el de Alemania que primero creó un grupo de trabajo con las compañías en 2015, pero consideró que el cumplimiento de los compromisos voluntarios era inadecuado y optó por regular la materia a través de la Ley para mejorar la aplicación de la ley en las redes sociales (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz* o NetzDG)¹³⁴ que entró en vigor el 1 de octubre de 2017 aunque la obligación de presentar informes se aplica desde el 1 de enero de 2018.

La Ley no sólo se dirige al discurso de odio en línea sino a toda una serie de categorías de contenidos considerados ilegales por las leyes alemanas¹³⁵, pero la lucha contra el discurso de odio en línea en Alemania puede considerarse como la razón principal de su aprobación¹³⁶.

El objetivo prioritario de la Ley son las grandes plataformas de redes sociales con más de 2 millones de usuarios ubicados en Alemania. La Ley requiere que estas plataformas proporcionen un mecanismo para que los usuarios envíen quejas sobre contenido ilegal. El procedimiento debe ser fácilmente reconocible, directamente

¹³⁴ Una traducción en inglés de la misma está disponible en: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/NetzDG_engl.pdf (consulta 26/04/2019).

¹³⁵ Su propósito es hacer cumplir 22 estatutos en el espacio en línea que ya existían en el código penal alemán y responsabilizar a las grandes plataformas de redes sociales. Los 22 estatutos incluyen categorías tales como "incitación al odio", "difusión de representaciones de violencia", "formación de organizaciones terroristas" y "el uso de símbolos de organizaciones institucionales". NetzDG también se aplica a otras categorías, como "distribución de pornografía infantil", "insulto", "difamación", "difamación de las religiones, asociaciones religiosas e ideológicas de una manera que es capaz de perturbar la paz pública", "violación de la intimidad" y "amenazar con cometer un delito grave".

¹³⁶ En la notificación a la Comisión Europea relativa a la adopción de esta Ley, el Gobierno alemán aseveró que "El discurso de odio y los insultos racistas pueden usarse para vilipendiar a las personas debido a su opinión, color de piel, origen étnico, religión, género o sexualidad. Los discursos de odio y otros contenidos delictivos que no pueden ser combatidos y rastreados de manera efectiva representan un gran peligro para la coexistencia pacífica que disfrutaban los ciudadanos de una sociedad libre, abierta y democrática."

accesible y disponible de forma permanente. Una vez que reciben una queja, las plataformas deben investigar si el contenido es ilegal y si es “manifiestamente ilegal”, y en su caso eliminarlo dentro de las 24 horas siguientes, el resto debe ser retirado en el plazo de 7 días. Las plataformas deben notificar de inmediato a la persona que presenta la queja y al usuario sobre cualquier decisión relacionada con la eliminación o el bloqueo del contenido, incluidas las razones de la decisión. La Ley también impone requisitos de transparencia, si una plataforma recibe más de 100 quejas por año, debe publicar informes semestrales que detallan sus prácticas de moderación de contenidos. Las plataformas que no cumplan se arriesgan a recibir multas de hasta 50 millones de euros¹³⁷.

Esta Ley al ser la pionera a nivel europeo ha sido examinada en profundidad y criticada en múltiples aspectos. Se ha argumentado que su mera existencia va en contra del Derecho de la UE y más concretamente de la mencionada Directiva sobre comercio electrónico¹³⁸, pero más graves si cabe son los posibles conflictos con los Derechos Humanos.

Por ejemplo, ARTICLE 19 se mostró seriamente preocupado por su efecto en la libertad de expresión. Consideró que muchas de las categorías planteaban conceptos demasiado amplios y que en muchos casos deberían ser eliminados del código penal. En su opinión, era especialmente preocupante que la obligación de eliminar o bloquear el

¹³⁷ La Ley establece multas que pueden llegar a los 5 millones de euros, pero éstas pueden multiplicarse por diez conforme al art. 30 de la *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (OWiG).

¹³⁸ SPINDLER, G., “Internet Intermediary Liability Reloaded – The New German Act on Responsibility of Social Networks and its (In-) Compatibility with European Law”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 8 (2017), pp. 166-179.

contenido se aplique sin una determinación previa de su legalidad por parte de un tribunal, y sin una guía para las redes sociales sobre el respeto del derecho a la libertad de expresión, porque dichas empresas privadas no son competentes para tomar estas complejas decisiones¹³⁹. Se puede apreciar una tendencia por parte de los Estados de pasar su responsabilidad de hacer cumplir la ley a los intermediarios¹⁴⁰, que, sin embargo, no están sujetos a los mismos estándares que ellos en materia de derechos humanos¹⁴¹.

Se corre, además, el riesgo de que Alemania termine fomentando que se elimine contenido que esté en contra de las condiciones de los intermediarios, pero que no sea ilegal y por tanto esté protegido por la libertad de expresión. En ese sentido, TWOREK y LEERSEN han apuntado que puede ser que el efecto más importante de la Ley haya sido asegurar una eliminación más rápida y consistente del contenido dentro de Alemania según las pautas comunitarias de las compañías y por tanto la NetzDG es más una "ley de cumplimiento de las directrices comunitarias de las plataformas" que otra cosa¹⁴².

¹³⁹ ARTICLE 19, *Germany: The Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks*, 2017, p. 1. Disponible en: <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2017/09/170901-Legal-Analysis-German-NetzDG-Act.pdf> (consulta 26/04/2019).

¹⁴⁰ En la UE, esto se puede apreciar en la reciente reforma de la normativa relativa a la protección de los derechos de autor y la propuesta de la Comisión de Reglamento para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea.

¹⁴¹ ANGELOPOULOS, C.; BRODY, A.; HINS, W.; HUGENHOLTZ, B.; LEERSEN, P.; MARGONI, T.; MCGONAGLE, T.; VAN DAALEN, O.; y VAN HOBOKEN, J., *Study of fundamental rights limitations for online enforcement through selfregulation*, Institute for Information Law (IViR), University of Amsterdam, 2016.

¹⁴² Véase TWOREK, H. y LEERSEN, P., *An Analysis of Germany's NetzDG Law*, Transatlantic Working Group, 2019, p. 6 y 7. Disponible en:

https://www.ivir.nl/publicaties/download/NetzDG_Tworek_Leerssen_April_2019.pdf (consulta 26/04/2019).

Otro problema es que la norma crea fuertes incentivos para el sobrebloqueo, es decir, que al correr el riesgo las compañías de sufrir cuantiosas sanciones si no retiran de manera rápida el contenido ilegal, en el caso de que tengan dudas sobre la legalidad de los mismos, tiendan a retirar contenidos porque si los retiran a pesar de ser legales no van a tener ninguna consecuencia, mientras que si no los retiran y finalmente se considera que eran ilegales van a imponérsele multas¹⁴³. Además, en muchos casos este sobrebloqueo afecta a comunidades especialmente vulnerables a la discriminación empeorando su situación¹⁴⁴. Esto se añade al hecho de que en muchas ocasiones los moderadores de contenidos apenas tienen tiempo para hacer este tipo de determinación¹⁴⁵.

Además, la Ley no proporciona ninguna indicación de un procedimiento de apelación, lo cual crea dudas en torno al proceso debido. Según KUCZERAWY, esto es algo sorprendente para una ley

¹⁴³ Según ECHIKSON, W. y KNOTT, O., *Germany's NetzDG: A key test for combatting online hate*, CEPS, Bruselas, 2018, p. 1, este riesgo no se ha materializado en la práctica porque la Ley “no ha forzado a las plataformas de Internet a adoptar un enfoque de “eliminar primero y preguntar más tarde”. Las tasas de eliminación entre las tres grandes plataformas oscilaron entre el 21,2% para Facebook y solo el 10,8% para Twitter.”. No obstante, estos autores mantienen serias dudas sobre la eficacia de la ley porque “las pruebas sugieren que las plataformas están buscando trucos para evitar el estricto cumplimiento. Por ejemplo, Facebook hace que sea difícil plantear las quejas de NetzDG. En lugar de eso, Facebook prefiere citar sus estándares de comunidad definidos de manera confusa para eliminar grandes cantidades de contenido.”

¹⁴⁴ KELLER, D., *Internet Platforms. Observations on Speech, Danger, and Money*, Aegis Series Paper No. 1807, A Hoover Institution Essay, 2018, p. 23. Disponible en: https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/keller_webreadypdf_final.pdf y GUYNN, F., “Facebook while black: Users call it getting 'Zucked,' say talking about racism is censored as hate speech”, *USA TODAY*, 24 de abril de 2019. Disponible en: <https://eu.usatoday.com/story/news/2019/04/24/facebook-while-black-zucked-users-say-they-get-blocked-racism-discussion/2859593002/> (consultados los dos el 26/04/2019).

¹⁴⁵ NEWTON, C., “The trauma floor. The secret lives of Facebook moderators in America”, *The Verge*, 25 de febrero de 2018. Disponible en: <https://www.theverge.com/2019/2/25/18229714/cognizant-facebook-content-moderator-interviews-trauma-working-conditions-arizona> (consulta 26/04/2019).

desarrollada cuando se están produciendo múltiples discusiones sobre el cumplimiento excesivo de las solicitudes de eliminación y los riesgos para el derecho a la libertad de expresión¹⁴⁶.

Otro problema detectado es que la Oficina Federal de Justicia tiene un papel crucial en la aplicación de la Ley e informa directamente al Ministro de Justicia, por lo que no es políticamente independiente. Según destaca SCHULZ, esto es especialmente notable en Alemania, donde la independencia del sistema de medios está firmemente protegida por el Tribunal Constitucional Federal, por el uso que hizo la dictadura nazi de los medios de masas¹⁴⁷.

Por último, ARTICLE 19 también se mostró preocupado de que esta Ley sirviera como un ejemplo peligroso para otros países que aplican más vigorosamente las disposiciones penales para reprimir la disidencia y las críticas, incluso contra periodistas y defensores de los derechos humanos¹⁴⁸, como ha ocurrido en Rusia¹⁴⁹.

Francia también ha tomado la ley alemana como ejemplo y se ha presentado una propuesta de Ley para luchar contra el odio en internet (*Proposition de Loi visant à lutter contre la haine sur internet*, de 20 marzo de 2019). Más allá de que el “odio en Internet” no tiene por qué ser ilegal y luchar contra él puede ser un objetivo

¹⁴⁶ KUCZERAWY, A., *Phantom Safeguards? Analysis of the German law on hate speech NetzDG*, KU Luven CiTiP, 30 de noviembre de 2017. Disponible en: <https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/phantom-safeguards-analysis-of-the-german-law-on-hate-speech-netzdg/> (consulta 26/04/2019).

¹⁴⁷ SCHULZ, W., *Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – The Case of the German NetzDG*, HIIG Discussion Paper Series 2018-01, p. 9. Disponible en: <https://www.hiig.de/wp-content/uploads/2018/07/SSRN-id3216572.pdf> (consulta 26/04/2019).

¹⁴⁸ ARTICLE 19, *op. cit.*, p. 1.

¹⁴⁹ POLLICINO, O., “Fundamental Rights as Bycatch – Russia’s Anti-Fake News Legislation”, *Verfassungsblog*, 28 de marzo de 2019. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/fundamental-rights-as-bycatch-russias-anti-fake-news-legislation/> (consulta 26/04/2019).

excesivamente ambicioso, en el articulado de la propuesta se aprecia que lo que se pretende es luchar contra el discurso de odio y la retirada del mismo cuando sea manifiestamente ilegal en un máximo de 24 horas con multas por incumplimiento que tienen como límite el 4% de la facturación anual mundial de los operadores. El objetivo de la propuesta de nuevo no son todos los intermediarios sino las plataformas que tengan un elevado número de usuarios en territorio francés, aunque resulta llamativo que esto no se fije en la norma, sino que se deje a un posterior decreto.

A su vez, el Reino Unido también se plantea legislar en este sentido, habiendo dado el primer paso a través de un Libro Blanco sobre Daños En Línea (*Online Harms White Paper*) presentado en abril de 2019. El debate sobre este asunto es muy importante, pero el Libro Blanco plantea serios riesgos de violación de los derechos humanos si se regulara tal cual, en concreto en aspectos clave como la seguridad jurídica¹⁵⁰.

2.3. Reforma de la directiva de servicios audiovisuales e inclusión en la misma de las plataformas en lo relativo al discurso de odio

¹⁵⁰ Algunas primeras reacciones y análisis del Libro Blanco pueden encontrarse en: BENNETT, O., “What we think about the UK government’s ‘Online Harms’ white paper”, *Mozilla*, 10 de abril de 2019, Disponible en: https://blog.mozilla.org/netpolicy/2019/04/10/uk_online-harms/; GOODMAN, E., “The Online Harms White Paper: its approach to disinformation, and the challenges of regulation”, *Media Policy Project Blog LSE*, 13 de abril de 2019. Disponible en: <https://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2019/04/10/the-online-harms-white-paper-its-approach-to-disinformation-and-the-challenges-of-regulation/>; e INDEX ON CENSORSHIP, “Online harms proposals pose serious risks to freedom of expression”, 8 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.indexoncensorship.org/2019/04/online-harms-proposals-pose-serious-risks-to-freedom-of-expression-online/> (consultados los tres el 26/04/2019).

El debate sobre la mejor manera de regular las plataformas para evitar la diseminación de discurso de odio es relativamente reciente, pero éste es un tema sobre el que hace mucho tiempo que se legisló a nivel europeo respecto a las televisiones con el Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza de 1989 del Consejo de Europa y, en la UE, a través de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva que se conoció como la Directiva “Televisión sin Fronteras” que se modificaría y codificaría a través de la Directiva 2010/13/UE que se conocería como la “Directiva de servicios de comunicación audiovisual”. En un principio, los Estados miembros se comprometieron a adoptar las medidas oportunas para garantizar que sus emisiones de televisión no contuvieran ninguna incitación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad y después extendieron esto a los servicios de comunicación audiovisual, es decir que quedaban cubiertas tanto las emisiones de radiodifusión televisiva como también los servicios de comunicación audiovisual a petición¹⁵¹.

Con el paso del tiempo las entidades de radiodifusión y de videos a petición se mostraban fuertemente contrariadas por tener que cumplir una serie de normas que no se aplicaban a las plataformas en línea que cada vez tenían mayor cuota de usuarios, lo que consideraban

¹⁵¹ Entendiéndose como tal a un servicio de comunicación audiovisual ofrecido por un prestador del servicio de comunicación para el visionado de programas en el momento elegido por el espectador y a petición propia sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación.

un agravio comparativo y una barrera a la libre competencia, en un momento de clara convergencia audiovisual y tecnológica¹⁵².

Esto llevó a la Comisión a proponer una reforma de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual¹⁵³ al considerar que los nuevos operadores que ofrecen contenidos audiovisuales generados por los usuarios a través de Internet como las plataformas de distribución de vídeos adquieren cada vez más fuerza y compiten por el mismo público que las compañías de radiodifusión televisiva y de vídeo a petición pero están sujetas a normativas diferentes y a niveles de protección de los consumidores desiguales. Las plataformas normalmente quedaban fuera de la cobertura de la Directiva al no tener responsabilidad editorial del contenido en ellas almacenado. Para la Comisión ampliar parcialmente el ámbito de aplicación de la Directiva a las plataformas de distribución de vídeos suponía garantizar la coherencia de la normativa, impedir cualquier posible fragmentación futura resultante de la intervención nacional y elevar el nivel de protección de los consumidores.

El Parlamento Europeo y el Consejo se mostraron de acuerdo y adoptaron el 14 de noviembre de 2018 la Directiva (UE) 2018/1808 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado.

Ésta define “servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma” o “plataforma de intercambio de vídeos” como un servicio

¹⁵² UYTIENDA ELE, C., “Convergence between telecommunications and audiovisual communications: perspectives for media law on the information highway”, *Telematics and Informatics*, Vol. 14, No. 4, 1991, pp. 395-421.

¹⁵³ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, a la vista de la evolución de las realidades del mercado.

cuya finalidad principal propia o de una de sus partes dissociables o cuya funcionalidad esencial consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, a través de redes de comunicaciones electrónicas y cuya organización determina el prestador de la plataforma de intercambio de vídeos, entre otros medios con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación.

La Directiva crea un nuevo capítulo IX *bis* sobre disposiciones aplicables a los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma. Los Estados miembros se comprometen a velar por que los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos sujetos a su jurisdicción adopten las medidas adecuadas para proteger al público en general de los programas, los vídeos generados por usuarios y las comunicaciones comerciales audiovisuales que inciten a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de un grupo por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE¹⁵⁴.

Cuando las medidas se refieran a las comunicaciones comerciales audiovisuales que no sean comercializadas, vendidas u organizadas por dichos prestadores, se tendrá en cuenta el control limitado que ejercen dichas plataformas de intercambio de vídeos sobre esas comunicaciones comerciales audiovisuales y el tamaño del

¹⁵⁴ Éstos son sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma y la naturaleza del servicio que se presta.

Dichas medidas consistirán, entre otras, en: incluir y poner en práctica en las cláusulas de condiciones del servicio de las plataformas la prohibición de compartir discurso de odio; establecer y operar mecanismos transparentes y de fácil uso que permitan a los usuarios notificar al correspondiente prestador los vídeos que contengan discurso de odio y explicarles qué curso se ha dado a dichas notificaciones; establecer y aplicar procedimientos transparentes, eficaces y de fácil uso para el tratamiento y la resolución de reclamaciones de usuarios¹⁵⁵; y facilitar medidas y herramientas eficaces de alfabetización mediática.

Estas medidas han sido recibidas de manera desigual por la doctrina. Hay quien las aplaude al considerar que no hay otra forma de controlar las actividades de moderación de contenido, considerando la escala de las operaciones en cuestión, que corregular el entorno con las propias plataformas y la Directiva puede suponer que los usuarios no solo estén protegidos del contenido dañino de otros usuarios, sino también de las intrusiones arbitrarias de las propias plataformas¹⁵⁶.

Otros autores plantean las mismas dudas que ya se han comentado respecto a las medidas anteriores para concluir que el

¹⁵⁵ Los Estados miembros velarán por que existan mecanismos de resolución extrajudicial para la solución de litigios entre los usuarios y los prestadores que no privarán al usuario de la protección jurídica que reconozca el Derecho nacional, y por que los usuarios puedan hacer valer sus derechos ante los tribunales en relación con los prestadores.

¹⁵⁶ KUKLIS, L., “European regulation of video-sharing platforms: what’s new, and will it work?”, *Media Policy Project Blog LSE*, 29 de noviembre de 2018. Disponible en: blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2018/11/29/european-regulation-of-video-sharing-platforms-whats-new-and-will-it-work/ (consulta 26/04/2019).

cambio general requerido por la Directiva es preocupante. Según BARATA, la Directiva introducirá un cambio dramático en la forma en que se regula y monitorea el contenido audiovisual. Los intermediarios privados desarrollarán, interpretarán y aplicarán las normas de contenido que afectan a los elementos centrales del derecho a la libertad de expresión dentro de la sociedad de cada Estado de la UE. Los proveedores de video compartido jugarán un papel fundamental en la determinación de los límites del discurso político legítimo o el derecho a adoptar y expresar puntos de vista sociales y culturales no convencionales. Este rol se jugará bajo la amenaza de sanciones si las plataformas no regulan o no toman medidas contra el contenido legalmente dudoso. BARATA considera que estas disposiciones crearán todos los incentivos para un exceso de regulación del discurso apoyado por el Estado y ejecutado de forma privada. Esto lleva a consecuencias inaceptables para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en nuestros sistemas políticos europeos plurales y democráticos. Para este autor, incorporar estas reglas en los ordenamientos nacionales de manera respetuosa con los derechos y de manera proporcional será una tarea difícil, casi imposible, que ahora está en manos de los parlamentos nacionales y los organismos reguladores¹⁵⁷.

¹⁵⁷ BARATA, J., “The new Audiovisual Media Services Directive: turning video hosting platforms into private media regulatory bodies”, *Center for Internet and Society Blog*, 24 de octubre de 2018. Disponible en: <https://cyberlaw.stanford.edu/blog/2018/10/new-audiovisual-media-services-directive-turning-video-hosting-platforms-private-media> (consulta 26/04/2019). Este autor ha puesto también en duda la efectividad de los mecanismos de recurso impuestos por la Directiva en la práctica para las personas cuyos contenidos que no sean ilegales sean retirados por las plataformas, véase: BARATA, J., “New EU rules on video-sharing platforms: will they really work?”, *Center for Internet and Society Blog*, 18 de febrero de 2019. Disponible en: <https://cyberlaw.stanford.edu/blog/2019/02/new-eu-rules-video-sharing-platforms-will-they-really-work#.XGptiYyaUVA.twitter> (consulta 26/04/2019).

3. CONCLUSIONES

La sociedad está convencida de que las grandes plataformas de Internet deberían hacer más para luchar contra el discurso del odio en línea que se multiplica y medra a través de las mismas. Se pueden tomar muchas medidas en ese sentido como mejorar su colaboración con organizaciones no gubernamentales que luchen contra el racismo y la xenofobia o que trabajen para mejorar la alfabetización digital. El problema es cuando se aprueban medidas apresuradas a raíz de acontecimientos dramáticos¹⁵⁸ sin pararse a pensar en cómo afectaran a la libertad de expresión o a la coherencia del ordenamiento jurídico, porque los políticos nacionales o la Comisión Europea quieren demostrar que están tomando medidas efectivas para obligar a los intermediarios a luchar contra el discurso del odio en línea.

Eso requiere que se examine todas estas medidas desde varias perspectivas, por una parte hay que estudiar más los efectos de bloquear los contenidos porque, aunque a primera vista parezca la medida más eficaz, esto puede dar lugar a otros problemas como crear mártires cuando personas que ven bloqueados sus mensajes xenófobos terminan consiguiendo mayor atención mediática, además de que se

¹⁵⁸ Un ejemplo que no es europeo pero que resulta muy gráfico es el de Australia, que se dio como reacción a los estremecedores ataques terroristas en Christchurch en Nueva Zelanda el 15 de marzo de 2019 que fueron retransmitidos en directo y compartidos miles de veces en plataformas como Facebook o Youtube. El 30 de marzo de 2019, el Fiscal General de Australia anunció el plan del Gobierno de introducir una legislación para "proteger a los australianos de la transmisión en vivo de delitos violentos". El 3 de abril de 2019, el proyecto de ley se presentó en el Parlamento y se leyó por primera vez. El Senado aprobó el proyecto de ley el mismo día. Los Relatores Especiales de Naciones Unidas sobre la lucha contra el terrorismo y los derechos humanos, y sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, tenían la intención de presentar comentarios al Gobierno porque consideraban la ley profundamente problemática mientras se estaba considerando la legislación, pero no les dio tiempo a hacerlo antes de que se aprobara. Véase la carta conjunta que le enviaron el 4 de abril de 2019 a la Ministra de Asuntos Exteriores de Australia (OL AUS 5/2019).

pueden socavar investigaciones policiales en curso, etc.¹⁵⁹ y, en algunos casos, puede haber maneras mejores para luchar contra el discurso de odio. Hace falta dedicar más fondos a investigar sobre la materia para tomar decisiones basadas en pruebas.

Otro elemento a tomar en cuenta es que en muchas discusiones se argumenta que las compañías deberían tomar medidas proactivas, lo cual significa en muchos casos la instalación de filtros y la eliminación automática de contenidos a través de decisiones que son tomadas por los algoritmos sin intervención de una persona. Esto crea serios riesgos para la libertad de expresión porque la tecnología actual no distingue bien la ironía o cuando se está realizando un comentario racista o denunciando ese tipo de comunitarios, por lo que hay muchos falsos positivos¹⁶⁰.

No obstante, sí que podemos encontrar algunos elementos positivos en las medidas mencionadas como un esfuerzo por que los intermediarios actúen con mayor transparencia, que se dé información a las personas que notifican discurso de odio sobre las medidas tomadas y que se creen mecanismos sencillos para las personas que consideren que sus contenidos no son ilícitos para que puedan recurrir la decisión.

Si se decide tomar medidas que afecten a los intermediarios debe seguirse el test del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) para cualquier medida que afecte a la libertad de expresión de sus usuarios que es que el límite esté prescrito por ley, debe perseguir objetivos legítimos establecidos en el art. 10 del Convenio y ser

¹⁵⁹ Véase KELLER, D., *op. cit.* y BENESCH, S.; BUERGER, C.; GLAVINIC, T.; Y MANION, S. *Dangerous Speech: A Practical Guide*, Dangerous Speech Project, 31 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://dangerousspeech.org/guide/> (consulta 28/04/2019)

¹⁶⁰ DUARTE, N.; LLANSO, E.; y LOUP, A., *Mixed Messages? The Limits of Automated Social Media Content*, Center for Democracy & Technology, 2017.

necesario en una sociedad democrática lo cual supone un análisis de proporcionalidad. En el caso de los intermediarios, las autoridades públicas deben ser cuidadosas para no crear normas que incentiven el bloqueo de contenidos lícitos y para ello cuentan con guías de las organizaciones especializadas en la protección de los Derechos Humanos como la Recomendación (2018) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre las funciones y responsabilidades de los intermediarios de Internet o las dadas por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión en su Informe de 2018 al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/38/35).

En cualquier caso, buscar la solución al discurso del odio en los intermediarios no es la panacea hay que luchar contra lo que está detrás.

RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS INFORMATIVOS Y EMPRESAS TECNOLÓGICAS FRENTE AL DISCURSO DE ODIOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Silvia Vilar González

*Doctora internacional en Derecho
Universitat Jaume I (Castellón)*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Libertad religiosa y libertad de expresión. 3. Los delitos de odio. 4. Responsabilidad social corporativa de las empresas de la información. 5. Medidas internacionales dirigidas a prevenir y combatir los discursos de odio en internet. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Las acciones y actividades llevadas a cabo por parte de las empresas, independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, titularidad o estructura, repercuten innegablemente en los derechos humanos, en algunas ocasiones de forma positiva, pero en algunas otras pudiendo también generar graves vulneraciones de dichos derechos.

Del mismo modo, la irrupción de las nuevas tecnologías e internet en los quehaceres diarios, han supuesto un gran avance en la calidad de vida de la población mundial, pero se han convertido, al mismo tiempo, en importantes armas que, por lo que respecta a la comunicación digital, superan las barreras del tiempo y del espacio,

pudiendo llegar a propagar determinados discursos en escasos segundos a un gran número de personas ubicadas en distintas partes del planeta.

Conjugando ambas afirmaciones, debe prestarse una especial atención a la labor que los medios informativos y empresas tecnológicas deben ostentar frente a los discursos de odio que puedan tratarse de lanzar a través de sus plataformas. Por ello, resulta necesario que los Estados traten de garantizar el mantenimiento del orden y de la tolerancia, promoviendo las iniciativas o los instrumentos jurídicos oportunos dirigidos al establecimiento de los formalismos, restricciones o condicionantes que proceda para poder salvaguardar los derechos y libertades públicas de todas las personas que pudieran verse afectadas en este contexto.

Tras comenzar perfilando el contenido de los derechos a la libertad religiosa y de expresión, así como en el concepto y normativa española en materia de delitos de odio, profundizaremos en diversos aspectos correspondientes a la responsabilidad social corporativa de las empresas de la información, así como en algunas de las medidas internacionales que se han adoptado recientemente en esta materia, dirigidas todas ellas a la prevención y combate de los discursos de odio en internet, para terminar con las conclusiones alcanzadas a partir de nuestro estudio.

2. LIBERTAD RELIGIOSA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)¹⁶¹ reconoce en su artículo 9.1 el derecho que toda persona tiene a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, el cual implica, a su vez, “la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar[las] individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”¹⁶².

Estos derechos solo se podrán restringir legalmente cuando así se estime necesario por motivos de seguridad pública, protección del orden, salud o moral públicas, o bien, en aquellos casos en los que se pretenda la protección de los derechos o libertades de las demás personas.

Por su parte, el artículo 10.1 del mismo texto normativo reconoce el derecho de todos a ejercer la libertad de expresión, el cual comprende “la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”¹⁶³. Sin embargo, ello no obsta, tal y como resulta del mencionado artículo 10.1 *in fine*, para que los Estados puedan someter a las empresas de radiodifusión, cinematografía o televisión a regímenes de autorización previa.

También se establece en el apartado 2 del citado artículo 10 que, dado que dichas libertades entrañan deberes y responsabilidades, su ejercicio se podrá someter a las formalidades, condiciones, restricciones o sanciones que se estimen necesarias y que se establezcan legalmente, dirigidas al mantenimiento de “la seguridad

¹⁶¹ Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

¹⁶² Art. 9.1 CEDH.

¹⁶³ Art. 10.1 CEDH.

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”¹⁶⁴.

Por tanto, la libertad de expresión y de información no son libertades absolutas, sino que en ciertos supuestos las mismas deben ser limitadas, siempre y cuando ello se halle prevenido legalmente y exista riesgo de que se interfiera ilegítimamente en los derechos de otra persona¹⁶⁵.

Por lo que respecta a España, el régimen jurídico básico de la prestación de servicios de la comunicación audiovisual se establece en los artículos 22 y siguientes de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual¹⁶⁶. En el artículo 9 de la referida norma se afirma que las personas físicas y jurídicas ostentarán derecho a participar en el control de los contenidos audiovisuales, así como a “solicitar a la autoridad audiovisual competente el control de la adecuación de los contenidos audiovisuales con el ordenamiento vigente o los códigos de autorregulación”¹⁶⁷, en caso de que así lo estimen oportuno.

En dicho contexto, es fácil que se produzcan desencuentros entre los sentimientos religiosos y la libertad de expresión o creaciones artísticas, los cuales suelen desembocar en conflictos sociales con

¹⁶⁴ Art. 10.2 CEDH.

¹⁶⁵ GARCÍA SANTOS, M., «El límite entre la libertad de expresión y la incitación al odio: análisis de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Comillas Journal of International Relations*, nº. 10, 2017, p. 42.

¹⁶⁶ Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. «BOE» núm. 79, de 01/04/2010.

¹⁶⁷ Art. 9.1 Ley 7/2010.

consecuencias más o menos graves¹⁶⁸, como sucedió con la publicación de *Los Versos Satánicos* de Salman Rushdie en el año 1988¹⁶⁹ -a los que siguieron diversas amenazas de muerte contra su autor-, o con las caricaturas de Mahoma publicadas en la revista Charlie Hebdo en el año 2005 -que desembocaron en varios atentados contra dicha editorial, uno de los cuales provocó la muerte de 12 personas-, por lo que se hace necesaria la intervención de las autoridades públicas con la finalidad de prevenir estas situaciones.

3. LOS DELITOS DE ODIO

La preocupación por la efectiva investigación de los delitos cometidos por motivos de odio y discriminación, así como por la debida atención a las víctimas de estos, es creciente por parte de las diversas instituciones internacionales de defensa de los derechos humanos¹⁷⁰. Por lo que respecta a España, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado han constatado un aumento en la cifra de delitos de odio registrada, habiendo ascendido los incidentes correspondientes al año 2017 a 1.419, lo que supone un aumento del 11,6% con respecto al 2016¹⁷¹.

La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) definió los delitos o crímenes de odio como: “(A) Cualquier

¹⁶⁸ PALOMINO, R., «Libertad religiosa y libertad de expresión», en *Ius Canonicum*, XLIX, n.º. 98, 2009, p. 510.

¹⁶⁹ RUSHDIE, S., *The Satanic Verses*, Viking Press, London (UK), 1988.

¹⁷⁰ Tanto las Naciones Unidas, a través de su Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD); como la Unión Europea, a través de su Agencia de Derechos Fundamentales (FRA); o la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), a través de su Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR), entre otras.

¹⁷¹ “Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España 2017”, Ministerio del Interior, p. 36.

infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo como los definidos en la parte B; (B) Un grupo debe estar basado en una característica común de sus miembros, como su raza real o perceptiva, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual u otro factor similar”¹⁷².

Cuando esta definición se refiere a los “grupos” de pertenencia de las víctimas, se basa en una característica común a sus miembros, como puede ser la raza, real o percibida, su origen nacional o étnico, lenguaje, color, religión, edad, discapacidad, orientación sexual u otros factores similares¹⁷³. Sin embargo, es necesario también tener en consideración que cada país cuenta con peculiaridades y necesidades específicas en esta materia, por lo que el contenido del discurso de odio puede hallarse configurado de distinto modo en cada uno de ellos.

Por lo que respecta a España, los artículos 510 y siguientes de nuestro Código Penal (CP)¹⁷⁴ prevén penas que pueden llegar a alcanzar hasta los cuatro años de prisión y multa de entre seis a doce meses, para aquellas personas que “públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias,

¹⁷² Definición de delito de odio fraguada por la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR) en su undécima reunión del Consejo de Ministros celebrada en Maastricht en diciembre de 2003.

¹⁷³ “Informe sobre la evolución...”, cit., p. 4.

¹⁷⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”¹⁷⁵. Se castigan también expresamente las conductas consistentes en la producción, elaboración o posesión de escritos u otros materiales o soportes con la finalidad de distribuirlos, difundirlos o transmitirlos, siempre y cuando su contenido fuera idóneo para llevar a cabo un delito de odio¹⁷⁶, así como la negación pública, trivialización grave o enaltecimiento de delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o bien de los autores de estos¹⁷⁷. Junto con las citadas conductas que promueven públicamente la violencia, también se castigarán con penas de prisión algo inferiores y multa, a quienes lleven a cabo acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de los grupos referidos o algún integrante de los mismos, con la intención de lesionar su dignidad¹⁷⁸.

Además, si dichos hechos se llevaran a cabo a través de un medio de comunicación social, internet o usando tecnologías de la información, la pena prevista se impondrá en su mitad superior, dado que la conducta se convertirá en accesible para un número elevado de personas¹⁷⁹. A dichos efectos, el artículo 4.2 de la mencionada Ley General de la Comunicación Audiovisual, dispone expresamente que “[l]a comunicación audiovisual nunca podrá incitar al odio o a la discriminación por razón de género o cualquier circunstancia personal o social y debe ser respetuosa con la dignidad humana y los valores

¹⁷⁵ Art. 510.1.a) CP.

¹⁷⁶ Art. 510.1.b) CP.

¹⁷⁷ Art. 510.1.c) CP.

¹⁷⁸ Art. 510.2 CP.

¹⁷⁹ Art. 510.3 CP.

constitucionales, con especial atención a la erradicación de conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres”¹⁸⁰.

4. RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA DE LAS EMPRESAS DE LA INFORMACIÓN

El proceso de la globalización, unido a la función cada vez más destacada de las empresas en el proceso de mundialización económico y social, ha llevado a que, desde diversos sectores se haya despertado un especial interés por promover en dichas empresas un comportamiento más ético, sostenible y respetuoso con la sociedad, los derechos humanos y el medioambiente en general. Esta forma de dirigir las empresas, basada en su compromiso voluntario con los aspectos señalados, se conoce como responsabilidad social corporativa.

En dicho sentido, resulta innegable que la labor que desempeñan estas empresas, ya sean nacionales como transnacionales, genera consecuencias tanto en su dimensión interna, como en su vertiente externa, pudiendo repercutir positiva o negativamente en los distintos ámbitos geográficos y comunidades locales en los que operan. Las consecuencias favorables pueden consistir en la generación de cuantiosos beneficios para sus socios o en la creación de puestos de trabajo, entre otros, mientras que entre las desfavorables podemos citar las innumerables violaciones de derechos laborales, civiles o políticos, la limitación del derecho de protesta o de organización sindical o también, en el supuesto que nos ocupa, la propagación de mensajes de odio.

¹⁸⁰ Art. 4.2 Ley 7/2010.

Por todo ello, se han impulsado diversos instrumentos en el ámbito internacional, como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas¹⁸¹ del año 1999, el Libro Verde¹⁸² presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas en 2001, o los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos¹⁸³ del año 2011, dirigidos todos ellos a fomentar dicha conducta responsable y a otorgar directrices y recomendaciones que guíen a las empresas en la consecución de su cometido.

Por lo que respecta a los medios informativos y empresas tecnológicas, no les es ajena la asunción de compromisos voluntarios consistentes en el despliegue de una gestión socialmente responsable, dado que resulta innegable que estas entidades pueden contribuir de forma positiva en el respeto universal de los derechos humanos, pero también pueden repercutir negativamente en su protección.

Por ello, “se espera que los medios de comunicación con mayor responsabilidad social sean los más rentables, los más creíbles y los que tengan mayor capacidad de adaptación ante los cambios que se avecinan”¹⁸⁴.

Sin embargo, algunos autores afirman también los dichos medios de comunicación se están incorporando muy lentamente al modelo de responsabilidad social corporativa, debido a la escasa

¹⁸¹ *Global Compact*, disponible en: <https://www.unglobalcompact.org/>, última consulta: 21/04/2019.

¹⁸² *Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas* (COM(2001) 366 final). Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2001.

¹⁸³ *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2011.

¹⁸⁴ VALAREZO GONZÁLEZ, K. y MARÍN GUTIÉRREZ, I., «La Responsabilidad Social Corporativa en empresas de comunicación en Latinoamérica», en *Chasqui*, n.º. 122, 2013, p. 51.

presión social que se ejerce sobre ellos, puesto que ni sus trabajadores, ni tampoco sus “stakeholders”, les demandan compromisos en este sentido¹⁸⁵.

Por otra parte, es necesario tener en consideración que internet y las redes sociales ostentan un gran potencial deliberativo, participativo y democratizador, pero que también pueden constituir un canal adecuado para propagar mensajes extremistas o incitadores a la violencia, cada vez más preocupantes. Así, del mismo modo en que algunos movimientos emancipadores han llevado a cabo un esperanzador uso de las redes sociales, fuerzas de signo contrario han demostrado su capacidad de aprovechar ese potencial de las redes para fines opuestos, como sucedió en Kenia tras las elecciones celebradas en diciembre de 2007, donde la propagación de mensajes incitadores a la violencia a través de diversos foros de internet, se consideró como una vía clave que alimentó dicha violencia, lo que “trágicamente se cobró la vida de más de mil personas, y el desplazamiento de más de 600.000”¹⁸⁶.

5. MEDIDAS INTERNACIONALES DIRIGIDAS A PREVENIR Y COMBATIR LOS DISCURSOS DE ODIO EN INTERNET

Dado que las instituciones internacionales son conscientes de este problema, especialmente, a partir de la crisis de refugiados de 2015, en los últimos años se ha desarrollado una intensa actividad y se

¹⁸⁵ Ibid., p. 48.

¹⁸⁶ GAGLIARDONE, I. et. al, *Mapping and Analysing Hate Speech Online: Opportunities and Challenges for Ethiopia*, University of Oxford y Adis Ababa University, Oxford, Helsinki, Addis Ababa, 2014, p. 5.

han adoptado diversas medidas dirigidas a prevenir y combatir los discursos de odio en internet como, entre otras, las siguientes:

1. La Recomendación General nº 15 sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso de odio¹⁸⁷, adoptada por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) en diciembre de 2015, que se centra en las formas para combatir el empleo de discurso de odio a través de las entidades, instituciones y otras organizaciones a las que, o bien pertenecen los que emplean estas expresiones, o bien están conectados a ellas de otra forma.

Es decir, el empleo de discurso de odio es un tema de preocupación pública general y ocurre en toda una variedad de foros diferentes, pero los que lo usan tienen muchas veces vínculos particulares, incluso como empleados o usuarios de instalaciones, con una o más entidades, instituciones y organizaciones, públicas o privadas, abarcando desde parlamentos nacionales, hasta partidos políticos, asociaciones profesionales, universidades, instituciones educativas, culturales o deportivas, entre otras.

En este sentido, pese a que los problemas derivados del discurso de odio no sean el punto central de las actividades de estas entidades, instituciones y organizaciones, todas ellas tienen la responsabilidad común, como miembros de una sociedad democrática, de respetar y garantizar la dignidad inherente al ser humano y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la misma, por lo que en la medida de lo posible, estas instituciones deben dejar claro que el uso de discurso de odio por parte de personas vinculadas a ellas es inaceptable

¹⁸⁷ Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI). Consejo de Europa. Recomendación General nº 15 sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso de odio y Memorandum explicativo. Adoptada el 8 de diciembre de 2015. Estrasburgo, 21 de marzo de 2016.

y deben intentar prevenirlo o sancionarlo, así como adoptar medidas dirigidas a la formación para que las personas que llevan a cabo el discurso de odio se den cuenta de porqué su uso es inaceptable y que otros puedan replicar y condenar su empleo.

2. También mencionaremos el Código de Conducta de la Unión Europea¹⁸⁸, que surgió como consecuencia del evidente crecimiento de las manifestaciones xenófobas y racistas en las redes sociales, lo que llevó a que la Unión Europea se viera obligada a presionar a las empresas tecnológicas para que asumieran un rol más activo en la lucha contra el discurso del odio.

Como resultado de dicha presión, en mayo de 2016, Facebook, Twitter, Youtube y Microsoft firmaron un Código de Conducta en materia de incitación ilegal al odio en internet -al que se han adherido otras compañías como Google+, Snapchat, Instagram o Dailymotion a lo largo del 2018-, en el que asumieron una serie de compromisos, entre los que destacan los siguientes: a) revisar las solicitudes de retirada de contenidos ilegales de incitación al odio en el plazo de 24 horas; b) establecer procedimientos claros de examen de los contenidos denunciados, y valorar las denuncias que reciban en sus servicios, con arreglo a sus normas de autorregulación, pero teniendo en cuenta también, cuando sea necesario, las legislaciones nacionales; c) cooperación entre los firmantes y el intercambio de buenas prácticas con otros servicios de comunicación social de internet; d) promover iniciativas que desarrollen un “contra discurso” alternativo; e) o apoyar programas educativos que fomenten el pensamiento crítico, y colaborar con las organizaciones de la sociedad civil en actividades formativas, entre otras.

¹⁸⁸ Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online, 2016.

Este Código pretende evitar la propagación de discursos ilegales de odio, en cumplimiento a lo dispuesto a las respectivas legislaciones nacionales en la materia aprobadas como consecuencia de la transposición de la Decisión Marco 2008/913/JAI, del Consejo de Europa, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal¹⁸⁹.

3. Mencionaremos, en último lugar, el Grupo de Alto Nivel sobre la Lucha contra el Racismo, la Xenofobia y otras Formas de Intolerancia¹⁹⁰, que fue puesto en marcha en junio de 2016 por la Comisión Europea, con la finalidad de intensificar la cooperación y la coordinación, y prevenir y combatir mejor los delitos motivados por el odio y la incitación al odio. Este grupo reúne a todos los Estados miembros de la UE, así como a organizaciones internacionales y de la sociedad civil, como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) o la Red Europea contra el Racismo (ENAR).

6. CONCLUSIONES

En definitiva, tanto la sociedad civil como las organizaciones, empresas y trabajadores de, en especial, los medios de información y tecnológicos, las radios y televisiones públicas, tienen una importante función que cumplir en la lucha contra el racismo, así como la

¹⁸⁹ Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Diario Oficial de la Unión Europea L 328/55, de 6/12/2008.

¹⁹⁰EU High Level Group on combating racism, xenophobia and other forms of intolerance (E03425).

obligación moral y social de contribuir de forma positiva en la lucha contra la discriminación, la xenofobia y la intolerancia.

Dichas empresas deberán tener un especial cuidado en los contenidos que difunden a través de sus plataformas, tratando que, en ningún caso, contengan mensajes que puedan incitar al odio o a la discriminación, sino que, por el contrario, sean respetuosos con la dignidad humana y los valores constitucionales.

Resulta también esencial que este tipo de medios refuercen su comportamiento ético, sostenible y respetuoso con la sociedad, los derechos humanos y el medioambiente, así como sus compromisos voluntarios en materia de responsabilidad social corporativa.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ARLETTAZ, F., «La jurisprudencia de Estrasburgo y el extremismo de inspiración religiosa», en *Observatorio PSyD*, Cátedra Paz, Seguridad y Defensa de la Universidad de Zaragoza, 2014, disponible en: <http://catedrapsyd.unizar.es/observatorio-psyd/opina/la-jurisprudencia-de-estrasburgo-y-el-extremismo-de-inspiracion-religiosa.html>, última consulta: 21/04/2019.
- GARCÍA SANTOS, M., «El límite entre la libertad de expresión y la incitación al odio: análisis de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Comillas Journal of International Relations*, nº. 10, 2017, p. 27-46.
- GAGLIARDONE, I. et. al, *Mapping and Analysing Hate Speech Online: Opportunities and Challenges for Ethiopia*, University of

Oxford y Adis Ababa University, Oxford, Helsinki, Addis Ababa, 2014.

- PALOMINO, R., «Libertad religiosa y libertad de expresión», en *Ius Canonicum*, XLIX, nº. 98, 2009, p. 509-548.

- RUSHDIE, S., *The Satanic Verses*, Viking Press, U.K., 1988.

- VALAREZO GONZÁLEZ, K. y MARÍN GUTIÉRREZ, I., «La Responsabilidad Social Corporativa en empresas de comunicación en Latinoamérica», en *Chasqui*, nº. 122, 2013, p. 46-52.

RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES WEB EN MATERIA DE SEGURIDAD Y PREVENCIÓN DE LA RADICALIZACIÓN

Víctor Moreno Soler

*Estudiante de postgrado
Universidad de Valencia*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Propuesta de reglamento para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea. 2.1. Contexto: Razones y objetivos. 2.2. Contenido normativo. 3. Propuesta de reglamento y libertad religiosa. 3.1. Propuesta de Reglamento y Derechos Fundamentales. 3.2. La libertad religiosa. 4. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

Hace unas semanas el Presidente de Estados Unidos, Donald Trump, declaraba: “Hemos derrotado el Estado Islámico en Siria”¹⁹¹. Unos meses atrás, su Administración ya había dado por derrotado al grupo terrorista en Irak¹⁹².

¹⁹¹ Disponible en https://www.washingtonpost.com/world/national-security/white-house-declares-islamic-state-100-percent-defeated-in-syria/2019/03/22/ce39dd02-4cbd-11e9-966300ac73f49662_story.html?noredirect=on&utm_term=.50d3dcc10d55. Fecha de la consulta 30-04-2019.

¹⁹² Por ello recibió numerosas críticas, tanto de expertos como de otros líderes europeos como la Canciller alemana Ángela Merkel, quien aseguró: “DAESH está lejos de ser derrotado”. Disponible en <https://www.france24.com/en/20190208-germany-merkel-trump-contradicting-claim-islamic-state-group-far-defeated-syria>. Fecha de la consulta 30-04-2019.

Pese a la reciente reaparición del líder de *Daesh*, Abubaker al Bagdadi¹⁹³, es innegable pérdida de poder territorial en Siria e Irak.

Sin embargo, la amenaza de *Daesh* en Europa se ha visto incrementada notablemente en los últimos años. Así, el número de detenidos por actividades relacionadas con el terrorismo yihadista se ha quintuplicado desde 2011¹⁹⁴. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 5 de octubre de 2017¹⁹⁵:

*“La organización Estado Islámico, conocida también como Estado Islámico de Iraq y Levante o DAESH, tiene como finalidad última establecer el Califato Global, bajo la vigencia de la Sharia, para lo que realiza acciones violentas, fundamentalmente con el uso masivo de explosivos, con atentados suicidas y ejecuciones sumarias, dirigidos contra los que consideran impíos, enemigos del Islam, entre los que se encuentran judíos, cristianos, musulmanes chiítas y occidentales en general, siendo muy agresivo en sus acciones; y propugnando la instauración del Califato a corto plazo”*¹⁹⁶.

¹⁹³ Tras más de 5 años sin haber difundido ningún video suyo, difundió un vídeo de 18 minutos donde hizo referencia a los recientes atentados terroristas contra tres templos cristianos y cinco hoteles, que tuvieron lugar en Sri Lanka el pasado Domingo de Pascua. Disponible en https://elpais.com/internacional/2019/04/29/actualidad/1556555022_609576.html. Fecha de la consulta 30-04-2019.

¹⁹⁴ Según muestran los datos publicados en el Informe de situación y tendencias del terrorismo (TESAT) 2018, que publica anualmente la Oficina Europea de Policía (EUROPOL).

¹⁹⁵ N° recurso 10208/2017.

¹⁹⁶ Antecedente de Hecho Primero.

No obstante, consideramos que sería demasiado fácil y poco riguroso, al tratar la actividad delictiva del grupo terrorista *Daesh*, abordar únicamente “*el uso masivo de explosivos, con atentados suicidas y ejecuciones sumarias*”. Resulta necesario, pues, advertir que el grupo terrorista se sirve de todos los medios que tiene a su alcance. Y, evidentemente, Internet no es una excepción. Hace más de quince años, Osama Bin Laden – fundador del grupo terrorista Al Qaeda - ya pronosticaba, en una carta enviada en el 2002 al Mullah Omar en Afganistán: “*Es obvio que en este siglo la guerra mediática es uno de los métodos más fuertes; de hecho, puede alcanzar una ratio del 90% del total de la preparación para nuestras batallas*”¹⁹⁷. No se sorprenderá el lector al conocer que Aymán al Zawahirí – sucesor de Bin Laden tras su muerte– ha enviado a los militantes del grupo terrorista recientemente un manual de cómo tratar los asuntos yihadistas en las redes sociales¹⁹⁸, y más sofisticada es aún es la campaña de propaganda en las redes de *Daesh*. En este caso, los expertos coinciden en que “ha hecho un arte de que las voces de unos pocos suenen como la de millones”¹⁹⁹.

Recientemente, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 65/2019, de 7 de febrero de 2019²⁰⁰, ha acuñado con el término de “terrorista

¹⁹⁷ The virtual Jihad: An Increasingly Legitimate Form of Warfare., Akil N. Awan, Combating Terrorist Center; Mayo 2010. Disponible en <https://www.ctc.usma.edu/posts/the-virtual-jihad-an-increasingly-legitimate-formof-warfare>. Fecha de la consulta 30-04-2019.

¹⁹⁸ Disponible en <https://www.larazon.es/espana/daesh-y-al-qaeda-se-disputan-el-control-de-la-captacion-de-militantes-a-traves-de-las-redes-sociales-DJ22810223>. Fecha de la consulta 30-04-2019.

¹⁹⁹ LEJARZA ILLARO, E., «Terrorismo islamista en las redes. La yihad electrónica», *Documento de opinión del Instituto Español de Estudios Estratégicos* nº 100/2015, 2015. Disponible en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2015/DIEEEE0100-2015_IslamismoenRed_EguskineLejarza.pdf. Fecha de la consulta 30-04-2019.

²⁰⁰ N° recurso 10381/2018.

outsourcing externo”²⁰¹ a aquellas personas que, de forma aislada a la organización terrorista *Daesh*, actúan a modo de subcontratación, al margen de la propia organización, colaborando y captando adeptos desde las páginas web o enviando correos electrónicos con la misma intención. En este caso, el condenado tenía encomendada por *Daesh* la misión de difundir la ideología radical yihadista con el objeto de “atraer potenciales partidarios en favor de la yihad violenta” a través de las redes sociales. El condenado acudía a un conocido foro yihadista, de acceso cerrado, que le permitía suministrarse del material que después distribuía por la red, tanto a las distribuidoras telemáticas del propio *Daesh*, como a través de las redes sociales, como Facebook, la extinta Google plus o YouTube²⁰².

2. PROPUESTA DE REGLAMENTO PARA LA PREVENCIÓN DE LA DIFUSIÓN DE CONTENIDOS TERRORISTAS EN LÍNEA²⁰³

2.1. Contexto: razones y objetivos

La Propuesta Reglamento parte de la premisa de que Internet está siendo utilizado de forma indebida por los terroristas para “reclutar a seguidores y prepararlos, para planear y facilitar actividades terroristas, para glorificar sus atrocidades y para animar a otros a seguir ese ejemplo e insuflar el miedo en la opinión pública”²⁰⁴.

No nos parece equivocada la premisa si atendemos a los datos recientemente publicados en una obra del Real Instituto Elcano, donde

²⁰¹ Fundamento Jurídico Décimo.

²⁰² Antecedente de Hecho Primero.

²⁰³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea. COM (2018) 640 final. 2018/0331 (COD). En adelante, la Propuesta.

²⁰⁴ La Propuesta. P. 1.

se muestra que un 79,5% de los detenidos o fallecidos en acto terrorista entre 2012 y 2017 se había radicalizado por medio de las redes sociales²⁰⁵.

La Exposición de Motivos considera que los contenidos terroristas en la red son “esenciales para la radicalización” y que además incentivan acciones por parte de los llamados “lobos solitarios”²⁰⁶.

El objetivo de esta Propuesta de Reglamento es, por tanto, proporcionar un marco jurídico claro y armonizado para prevenir el uso indebido de prestadores de servicios de alojamiento de datos la difusión de contenidos terroristas, al mismo tiempo que se garantiza la plena protección de los derechos fundamentales.

2.2. *Contenido normativo*

2.1.1. *Definiciones*

La Propuesta de Reglamento tiene en su artículo 2 un listado de definiciones. Destacamos dos de ellas porque nos permitirán aproximarnos al objetivo que tendría el Reglamento.

En primer lugar, la Propuesta se refiere a “prestador de servicios de alojamiento de datos” como “un prestador de servicios de la sociedad de la información consistentes en el almacenamiento de información facilitada por el proveedor de contenidos a petición de este

²⁰⁵ REINARES, F., GARCÍA CALVO, C., VICENTE, A., *Yihadismo y yihadistas en España. 15 años después del 11M*, Real Instituto Elcano, Madrid, 2019, p. 90.

²⁰⁶ Resulta destacable que hace más de quince años ya hubiera investigadores que estuvieran alertando del uso que Internet estaba teniendo en la consecución de fines terroristas. Así, WEIMANN, G., «Terrorismo e internet», en *Etic@net*, nº. 3, 2004, pp. 1-6. También en la Tesis Doctoral “Dimensión propagandística del terrorismo yihadista global” del Profesor Torres Soriano.

y en la puesta a disposición de terceros de la información almacenada²⁰⁷.

En segundo lugar, respecto a “contenidos terroristas”, expone que serán todos aquellos que contengan uno o más de los siguientes elementos:

los que inciten a la comisión de delitos de terrorismo o los defiendan, incluidos los que hagan apología de ellos, provocando con ello un peligro de comisión de dichos actos;

los que fomenten la contribución a delitos de terrorismo;

los que promuevan las actividades de un grupo terrorista, en particular fomentando la participación en un grupo terrorista o el apoyo al mismo, en el sentido del artículo 2, apartado 3, de la Directiva (UE) 2017/541;

los que instruyan sobre métodos o técnicas para la comisión de delitos de terrorismo²⁰⁸.

2.1.2. *Ámbito de aplicación*

Las normas serían de aplicación a todos los prestadores de servicios de alojamiento de datos que ofrecen servicios en la Unión Europea, con independencia de que tengan o no su establecimiento

²⁰⁷ El Considerando 9 nos cita varios ejemplos, como las plataformas de redes sociales, los servicios de emisión de vídeo en tiempo real, los servicios de distribución de vídeos, imágenes y audio o los sitios web en donde los usuarios pueden realizar comentarios o publicar reseñas.

²⁰⁸ El Considerando 8 nos ofrece una serie de factores que se habrían de tener en cuenta en la evaluación de si el contenido se trata de un contenido terrorista como, por ejemplo, la naturaleza y literalidad de las declaraciones, el contexto en que se realizaron y su potencial de conllevar consecuencias nocivas.

principal en los Estados Miembros. En nuestra opinión, ello facilita la efectividad de la norma, puesto que de poco serviría que existiese un marco normativo si éste pudiera ser fácilmente sorteado con el pretexto de que el prestador de servicios no tuviera su establecimiento principal dentro de las fronteras de la Unión Europea²⁰⁹.

Además, la Propuesta tiene como objetivo extender los deberes de diligencia también a los prestadores de servicios de alojamiento de datos de menor tamaño, ya que el Reglamento sería de aplicación a todos ellos, con independencia de su tamaño. Entendemos que resulta conveniente que las normas se cumplan en todas las plataformas que permiten a los usuarios alojar contenido en su sitio web. De otro modo, estos individuos se dirigirían a los prestadores de servicio pequeños, encontrando en ellos ausencia de responsabilidad. No obstante, consideramos oportuno reseñar las dificultades económicas y organizativas que podrían encontrar las plataformas y sitios web de menor difusión en establecer estos deberes de diligencia, además de la barrera de entrada que podría suponer generar nuevas plataformas, por la necesidad de adaptarse a esta regulación.

2.1.3. Medidas para evitar la difusión de contenidos terroristas en línea

En primer lugar, los prestadores de servicios estarían obligados a incluir en sus términos y condiciones disposiciones para evitar la difusión de contenidos terroristas y aplicarlos²¹⁰.

²⁰⁹ Conforme al Considerando 10, una proporción significativa de los prestadores de servicios expuestos a contenidos terroristas están establecidos en terceros países.

²¹⁰ Artículo 3.2 de la Propuesta.

Por otro lado, se armonizaría el procedimiento y las obligaciones resultantes de las órdenes de retirada. Estas órdenes de retirada serían emitidas por la autoridad competente de cada Estado Miembro²¹¹. Los prestadores de servicios retirarían los contenidos terroristas o bloquearían el acceso a ellos en el plazo de una hora desde la recepción de la orden de retirada²¹². El artículo 18 de la Propuesta contempla el supuesto de que el prestador de servicios incurriese en “incumplimiento sistemático”. En ese caso, se impondría a los Estados Miembros la responsabilidad de que garantizaran que dicho prestador de servicios se sometiera a sanciones económicas severas y disuasorias, que podrían ascender al 4 % del volumen de negocio mundial que hubiere obtenido en el último ejercicio.

Por último, la Propuesta también prevé medidas proactivas, que se tomarían “cuando proceda”²¹³. Dichas medidas se impondrían con el fin de que se detectase y retirase eficazmente los contenidos terroristas y llegarían incluso a servir en algunos casos de medios automatizados²¹⁴. No conllevaría una “obligación general de supervisión” y los prestadores de servicios serían quienes evaluarían si pudiera resultar adecuado tomar medidas proactivas en su plataforma virtual, atendiendo a los riesgos y nivel de exposición a los contenidos terroristas.

2.1.4. *Garantías y rendición de cuentas*

²¹¹ Los Estados Miembros serían libres para designar las autoridades competentes para esta función, que podrían ser autoridades administrativas, policiales o judiciales, de conformidad con el Considerando 13.

²¹² Artículo 4.2 de la Propuesta.

²¹³ Artículo 6 de la Propuesta.

²¹⁴ Considerando 16 de la Propuesta.

Se impondrían unas obligaciones de rendición de cuentas a las plataformas virtuales. Éstas tendrían que publicar informes anuales acerca de las actuaciones llevadas a cabo contra la difusión de contenidos terroristas.

Respecto a los instrumentos automatizados, habrían de garantizar que las decisiones tomadas fueren “precisas y bien fundamentadas”. Para minimizar el impacto negativo que pudieren tener estos instrumentos automatizados, en caso de necesitar una “evaluación detallada” para determinar si los contenidos debieran ser considerados terroristas, tendrían que contar con la supervisión y verificación realizado por personas.

Por otro lado, los prestadores de servicios conservarían los contenidos terroristas que hubieren sido retirados o cuyo acceso se hubiere visto bloqueado durante un período de seis meses²¹⁵. Estos usuarios tendrían el derecho a presentar una reclamación en la que se solicitase el restablecimiento del contenido. En caso de que estuviese justificada, se restablecería el contenido con la mayor celeridad.

3. PROPUESTA DE REGLAMENTO Y LIBERTAD RELIGIOSA

3.1. *Propuesta de reglamento y derechos fundamentales*

Resulta innegable el posible impacto que la Propuesta pudiera tener en el ejercicio de algunos derechos fundamentales. La Propuesta, no ajena a esta preocupación, ofrece una serie de garantías encaminadas

²¹⁵ Artículo 7 de la Propuesta. No obstante, dicho período podría ser superior, a solicitud de la autoridad o del órgano jurisdiccional competente cuando fuere necesario para procedimientos de revisión administrativa o judicial.

hacia la protección de los derechos fundamentales (como hemos visto en el apartado anterior).

Y es que, la Comisión Europea ya establecía en su Recomendación de 1 de marzo de 2018²¹⁶ - antesala de la presente Propuesta de Reglamento – que la invitación a que los Estados Miembros y prestadores de servicios de alojamiento de datos adoptasen medidas eficaces, apropiadas y proporcionadas para combatir los contenidos terroristas en línea se tenía que entender desde el “*pleno respeto de los derechos fundamentales protegidos en el ordenamiento jurídico de la Unión y, en particular, de los garantizados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*”²¹⁷.

3.2. *La libertad religiosa*

3.2.1. *Derecho a la libertad religiosa*

El derecho a la libertad religiosa es el núcleo de nuestra investigación. En aras de conocer en qué medida queda restringido este derecho fundamental, resulta esencial conocer la protección que nuestro ordenamiento jurídico otorga al mismo. Así, el artículo 16.1 de la Constitución Española reza: “*Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más*

²¹⁶ Recomendación de la Comisión Europea, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea [C (2018) 1177 final]. En adelante, la Recomendación.

²¹⁷ Considerando 13 de la Recomendación. En un momento posterior, en su Considerando 40 menciona estos derechos fundamentales recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que han de respetarse: dignidad humana (artículo 1); Respeto de la vida privada y familiar (artículo 7); Protección de datos de carácter personal (artículo 8); Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 10); Libertad de expresión y de información (artículo 11); Libertad de empresa (artículo 16); Derecho a la propiedad (artículo 17); No discriminación (artículo 21); Derechos del menor (artículo 24); y Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (artículo 47).

limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

Por tanto, una primera nota básica que nos ofrece este precepto es el concepto de “*manifestaciones*” o dimensión externa del ejercicio del derecho. En este sentido, tal y como ha afirmado el Tribunal Constitucional, la libertad religiosa “*no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de agere licere, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos*”²¹⁸.

La segunda cuestión digna de hacer mención es la “*limitación*” que se establece en el mismo artículo. Por tanto, no podemos hablar de un derecho absoluto ni ilimitado, sino que en sus *manifestaciones* puede haber *limitación*. Nos resulta de interés conocer la importancia del término empleado por el legislador. Así, que se utilizara *limitación* no es una cuestión baladí, ya que significa “fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien”, en lugar de *límite*, que se define como “fin, término”²¹⁹.

²¹⁸ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio de 1990, Fundamento Jurídico Décimo. En similares términos, Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 154/2002 (Pleno), de 18 julio, Fundamento Jurídico Sexto; Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1982, de 13 de mayo, Fundamento Jurídico Primero, Sentencia 166/1996, de 28 de octubre, Fundamento Jurídico Segundo. (RTC 1996\166).

²¹⁹ Al respecto, resulta necesaria la lectura de BONET NAVARRO, J. y LANDETE CASAS, J. «Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico al concepto constitucional de orden público», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº. 9, 2005, pp. 5-6.

No obstante, el legislador no se percató de la relevancia del término *limitación* en la redacción de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, en donde

La tercera nota básica que destacamos es que la única limitación – o restricción – del derecho fundamental a la libertad religiosa es el orden público. Nos encontramos con un concepto jurídico indeterminado que, a diferencia de lo que sucede en otros derechos fundamentales, el legislador sí ha definido en el ámbito religioso. De este modo, en el artículo 3.1 de la LOLR²²⁰ - norma que desarrolla el contenido del artículo 16 de la Constitución - se desgranar los elementos constitutivos del concepto jurídico de orden público. Tales elementos son la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, la seguridad pública, la salud pública y la moralidad pública²²¹.

3.2.2. *Derecho a la libertad religiosa y terrorismo*

En numerosas ocasiones se argumenta en nuestros tribunales que determinadas conductas podrían estar amparadas por el ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Y es que, la amenaza que tenemos en estos momentos en Europa está basada en el fundamentalismo religioso. Así, la ideología de *Al Qaeda*, *Daesh* y otros grupos terroristas es la de hacer la guerra contra el sionismo, el cristianismo y,

se utiliza impropiaamente el término *límites*, provocando así que se haya generalizado el uso de este concepto tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, como afirman los autores citados.

²²⁰ El artículo 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa reza: “*El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática*”.

²²¹ Para una mejor comprensión y profundización de los distintos elementos constitutivos del orden público, vid., BONET y LANDETE, «Aportaciones desde el ...», cit., pp. 8-15.

en general, contra Occidente y sus valores, que consideran perjudiciales para los musulmanes²²².

El terrorismo, en palabras del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 5 de julio de 2017²²³, constituye la más grave vulneración de los derechos fundamentales con base “*en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en generar un terror colectivo que sea el medio con el que conseguir esas finalidades*”²²⁴.

Por tanto, el ejercicio del derecho a la libertad religiosa – como el de la libertad de expresión – no puede justificar la comisión de actos delictivos, como afirma el mismo Tribunal en su Sentencia 618/2008, de 7 de octubre de 2008²²⁵: “*En cuanto a su invocación de la libertad de opinión y libertad religiosa, debemos recordar como dice el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no puede esgrimirse para cometer hechos delictivos*”²²⁶.

Sin embargo, puede resultar realmente compleja la investigación del terrorismo radical islamista, ya que la religión islámica es instrumentalizada para justificar actos violentos y como medio para captar a más terroristas²²⁷. Además, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 503/2008, de 17 de julio²²⁸, sobre el caso 11M también

²²² MOTILLA, A., «Seguridad y radicalismo religioso; el tratamiento del islam en Europa», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º. 46, 2018, pp. 2-4. El mismo autor también afirma que el discurso y las motivaciones son religiosas: imponer el islam como única y verdadera religión.

²²³ N.º recurso 10071/2017.

²²⁴ Fundamento Jurídico Tercero.

²²⁵ N.º recurso 10386/2008.

²²⁶ Fundamento Jurídico Tercero.

²²⁷ CAÑAMARES, S., «Extremismo, radicalización violenta y libertad religiosa: límites del control estatal», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º. 46, 2018, pp. 20-24.

²²⁸ N.º recurso 10012/2008.

destacó el fuerte vínculo que solía caracterizar las relaciones personales de los acusados, lo que dificultaba “*la distinción entre los contactos relacionados con la actividad terrorista y aquellos otros solamente basados en el funcionamiento ordinario de la propia comunidad*”²²⁹.

La dificultad que entraña se debe – entre otros motivos – a que la mera expresión de ideas violentas sin otras finalidades es legal en nuestro ordenamiento jurídico, siempre y cuando no entrañen un delito de apología del terrorismo o incitación a la comisión de un delito²³⁰. De este modo, para que se pueda restringir el ejercicio de algunos derechos fundamentales – como el derecho a la libertad religiosa o libertad de expresión – es necesario que esa forma de expresión constituya un indicio razonable de la existencia de un peligro para la seguridad pública. En otras palabras, como sostuvo el Tribunal Supremo en la ya mencionada Sentencia de 17 de julio de 2008, “es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción”²³¹.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Como habrá podido apreciar el lector a lo largo de estas páginas, el problema del fenómeno terrorista en la Unión Europea y el papel que juega Internet en él es realmente complejo. Así, el hecho de que no existan barreras de entrada y ello permita a muchas personas poder conectarse a la red genera también inconvenientes, como la dificultad de conocer a aquellos que se conectan y los fines que persiguen. Además, es remarcable la inmediatez y amplia difusión que

²²⁹ Fundamento Jurídico Primero.

²³⁰ CAÑAMARES, S., «Extremismo, radicalización violenta y ...», cit., pp. 22.

²³¹ Fundamento Jurídico Primero.

tiene cualquier contenido en línea, por lo que el contenido terrorista - como cualquier otro contenido que se aloje en la red – llega a un número incalculable de personas.

No es de extrañar que el Tribunal Supremo, en la ya mencionada Sentencia 65/2019, de 7 de febrero de 2019 haya subrayado que *“Este terrorismo de internet hace y permite que la "eficacia expansiva" del mensaje propagandístico terrorista tenga un resultado multiplicador y permita alcanzar nuevos adeptos de una forma eficaz y con el poco esfuerzo que supone que una vez haya conseguido el autor los videos y la propaganda elaborada para tal fin pueda subirlo a sus redes sociales de una forma encubierta”*²³².

Resulta entendible que el nivel de preocupación social por algunos temas relacionados con el terrorismo yihadista aumente, si tenemos en cuenta los atentados que han ido teniendo lugar en los últimos años.

Por un lado, es necesario recalcar que hasta este momento había acuerdos voluntarios a los que las empresas decidían si suscribirse y que, en caso de realizar una conducta que contraviniese dichos acuerdos no había responsabilidades para la empresa, por no tener carácter vinculante²³³.

La novedad que ofrece a este respecto la Propuesta es que todos los prestadores de servicios de alojamiento de datos resulten sujetos a estas normas, además de imponer unos deberes de diligencia

²³² Fundamento Jurídico Décimo.

²³³ Una de estos acuerdos voluntarios fue el Foro de la Unión Europea sobre Internet, puesto en marcha en diciembre de 2015 como parte de la Agenda Europea de Seguridad, que fomentaba la cooperación voluntaria entre los Estados Miembros y los prestadores de servicios de alojamiento de datos, la reducción de la accesibilidad de contenidos terroristas en la red y la difusión de discursos alternativos en los mismos prestadores de servicios.

más precisos y de prever sanciones para aquellas plataformas que no cumplan.

Por otro lado, esta Propuesta no contiene ninguna novedad respecto a la definición de los delitos de terrorismo, ya que éstos fueron desarrollados por la Directiva 2017/541²³⁴.

No obstante, consideramos que un Reglamento de esta naturaleza, con las implicaciones que conlleva podría generar más conflictos que soluciones. Y ello reconociendo que es evidente el carácter transfronterizo de la amenaza terrorista, que conlleva la conveniencia de adoptar respuestas globales, para conseguir una mayor eficiencia en lucha contra el terrorismo. Consideramos conveniente, por tanto, un marco jurídico común dentro de la Unión Europea, que traiga consigo una cooperación firme y coordinada entre Estados.

Esta respuesta global, sin embargo, de adoptarse, habría de contar con una mayor seguridad jurídica, teniendo mayor nitidez en determinados conceptos que resultan esenciales para abordar la problemática de la difusión de contenido terrorista en la red. En este caso, consideramos que la Unión Europea podría caer en el riesgo de la precipitación con unas consecuencias difíciles de superar en un futuro. De hecho, es significativo que el Parlamento Europeo, en una reciente Resolución “*pide a los Estados miembros que adopten medidas nacionales en caso de que se retrase la adopción de la legislación*”²³⁵, porque demuestra la urgencia con la que quiere abordar el conflicto. Para finalizar, hemos de afirmar que el hecho de adoptar decisiones con

²³⁴ Desarrollados en el artículo 3 de la citada Directiva.

²³⁵ Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2018, sobre las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial sobre Terrorismo (2018/2044(INI)), Recomendación 48.

excesivo impulso suele ocasionar mayores conflictos de los que se prevén cuando se redactan las normas.

EL ROL DE LA PLATAFORMA FACEBOOK EN LA DIFUSIÓN DE LA CAMPAÑA DE ODIOS CONTRA LA ETNIA MUSULMANA ROHINGYA EN MYANMAR

Maria Chiara Marullo

Profesora Ayudante Doctora (Acreditada a Contratada Doctora)

Universitat Jaume I

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El conflicto Rohingya. 3. La participación de los medios de comunicación en la comisión de crímenes internacionales. 4. El rol de la plataforma Facebook en la campaña de odio. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La comunicación presentada en este Congreso Internacional sobre “Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos” se vincula con un extenso artículo que será publicado en los próximos meses, relativo a una investigación llevada a cabo con el Profesor Zamora Cabot, Catedrático de la Universitat Jaume I, en la que profundizamos en el tema de la persecución a la que está sometido este pueblo, las causas reales de un conflicto aparentemente religioso, los actores involucrados y también sobre algunas ideas frente a la impunidad de la que ha gozado y goza el ejército birmano, tratándose de los crímenes perpetrados contra esta etnia y sus posibles respuestas judiciales²³⁶.

²³⁶ Maria Chiara Marullo y Francisco Javier Zamora Cabot, Los reflejos internacionales del conflicto Rohingya, en prensa.

En particular, el centro de nuestra investigación ha sido el estudio sobre la posible rendición de cuentas frente el Tribunal Penal Internacional y los tribunales estatales, desde una perspectiva penal a través de la jurisdicción penal universal y, desde una perspectiva civil, mediante los tribunales de los Estados Unidos, a través del *Alien Tort Claims Act* y del *Torture Victims Protection Act*. Al mismo tiempo, ofrecemos un acercamiento que indaga en sanciones internacionales, como los embargos de armas y actuaciones de otro tipo contra el Gobierno de Myanmar, empresas y demás responsables de este conflicto.

Nuestro compromiso como investigadores es sacar a la luz estos atroces crímenes y, al mismo tiempo, contribuir al debate internacional sobre los mecanismos de tutela de los Derechos Humanos frente a los crímenes internacionales de lesa humanidad, tortura y genocidio, como primer paso en el largo camino hacia la justicia para esta población sin tierra y sin derechos.

2. EL CONFLICTO ROHINGYA

Myanmar, antigua Birmania, es un *puzzle* de pueblos de más de 140 etnias de diferentes religiones²³⁷. Entre ellos, los Rohingyas, término étnico-religioso que significa musulmanes cuyo hogar ancestral es Arakan o Estado de Rakhine, constituyen la pieza que nunca encaja²³⁸. Unas de las ONGs más implicadas en la denuncia de los abusos contra ellos, *Fortify Rights*, ha denunciado masacres y trata de

²³⁷ Más información en: <http://legacy.joshuaproject.net/international/es/countries.php?rog3=BM>. Consultado el día 31 de marzo de 2019.

²³⁸Sobre este tema véanse: MASEGOSA, A., *El drama de los innumerables y la leyenda de Aung San Suu Kyii*, Catarata, 2018.

personas a manos del ejército en al menos 17 localidades²³⁹. Medios de comunicación de todo el mundo han destapado el plan sistemático del Gobierno y del ejército en el intento de expulsar a esta población del país.

When the Myanmar military unleashed its campaign of rapes, arson and murder against the Rohingya Muslims in 2016, members of the persecuted minority's diaspora were swift to act. They documented the violence. They petitioned the international community. And they helped spotlight the unfolding humanitarian catastrophe as more than 700,000 refugees fled to neighboring Bangladesh. Yet in the fight to hold Myanmar accountable, the Rohingya diaspora is too often overlooked. [...] Today, more Rohingya reside outside Myanmar than inside the country. The diaspora initially comprised Rohingya uprooted by decades of violence and institutionalized discrimination — including sporadic military campaigns and a denial of citizenship. This longstanding exodus has established outposts around the globe, including refugee camps in Bangladesh, as well as communities resettled in America, Europe and Australia²⁴⁰.

El Gobierno de este país ha afirmado en varias ocasiones que los Rohingyas no son nativos y por tanto no están reconocidos como minoría étnica por el Estado, negándoles *de facto* sus derechos de propiedad, practicar su religión y casarse, además de obstaculizar el ejercicio de los servicios de salud, educación y trabajo.

La marginación de este pueblo tiene raíz antigua y muchas han sido las causas, las mismas que se alejan de la versión oficial con la que se sostiene que el problema radica en una cuestión puramente religiosa. Los problemas de acaparamiento de tierras (*land grabbing* o *rush for*

²³⁹ Más información en: <https://www.fortifyrights.org/commentary-20181024.html>. Consultado el día 31 de marzo de 2019.

²⁴⁰ Más información en: <https://www.fortifyrights.org/commentary-20190214.html>. Consultado el día 31 de marzo de 2019.

land)²⁴¹, el expolio de los recursos mineros y otros intereses de grandes empresas transnacionales²⁴², las consideraciones geopolíticas y la falta de identidad del nuevo Estado, son solo algunas de las causas del conflicto más grave de las últimas décadas.

Esta etnia ha sido oprimida sistemáticamente durante décadas. No obstante, es a partir del año 2017 cuando este tema ha acaparado los focos mediáticos²⁴³, coincidiendo con el agravamiento de la situación en lo que se refiere a la violencia y efectos sobre la población, obligada a dejar sus propias tierras y sus propias casas, sin olvidarnos de los problemas de trata de seres humanos y emigración que esto conlleva respecto de los países cercanos como Bangladesh, China, Tailandia o India.

En los pasados meses, las labores de ONGs se han intensificado debido al incremento de la fuerza y la violencia contra esta etnia²⁴⁴. Cabe mencionar que el pasado agosto de 2018 tuvo lugar

²⁴¹ CAMARERO SUÁREZ, V., ZAMORA CABOT, F. J., «Persecución de la minoría étnica Rohingya en Birmania/Myanmar: otra perspectiva», en *Papeles el Tiempo de los Derechos*, n. 6, 2017. Sobre el tema de acaparamientos de tierras, véanse también: FASCIGLIONE, M., «Land Grabbing en el derecho internacional: problemas y perspectivas: la exigencia de responsabilidad a las empresas por las violaciones de derechos humanos relacionadas con el land grabbing: evolución y perspectivas», *REDI*, Vol. 71, 2019, pp. 215-221 y NINO, M., «Land grabbing en el derecho internacional: problemas y perspectivas: el análisis del land grabbing a la luz de la norma internacional de la soberanía territorial», *REDI*, Vol. 71, 2019, pp. 207-213.

²⁴² De gran interés sobre este tema: «Is Rohingya persecution caused by business interests rather than religion?». El texto se puede consultar en: <https://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2017/jan/04/is-rohingya-persecution-caused-by-business-interests-rather-than-religion>. Consultados el día 31 de marzo de 2019.

²⁴³ MARX, A., WINDISCH, R., SUKIM, J., «Detecting village burnings with high-cadence smallsats: A case-study in the Rakhine State of Myanmar». *Remote Sensing Applications: Society and Environment*, Volume 14, April 2019, Pages 119-125.

²⁴⁴ Amnistía Internacional describe cómo desde agosto de 2018 las fuerzas de seguridad del País están llevando a cabo una campaña contra el conjunto de la población Rohingya en el norte del estado de Rajine. Más información en: <https://www.amnesty.org/es/press-releases/2017/10/myanmar-new-evidence-of->

la peor matanza de civiles, algunos decapitados y otros quemados vivos, en Chut Pyin Village, Rathedaung²⁴⁵. Podemos decir que esta situación ha conllevado una verdadera limpieza étnica. Efectivamente existiría un plan sistemático y rechazo por parte del ejército contra esta población en la dirección de hacer desaparecer la etnia del territorio nacional²⁴⁶. Los crímenes perpetrados pasan por los desplazamientos forzados, tortura, asesinatos, violaciones y destrucción sistemática de las casas y de otros recursos vitales, de un modo tal que Naciones Unidas no ha dudado en calificar el conflicto de crimen de genocidio²⁴⁷.

systematic-campaign-to-terrorize-and-drive-rohingya-out/. Consultado el día 1 de abril de 2019.

²⁴⁵ Más información en <https://www.abc.net.au/news/2017-09-01/reports-of-women-and-children-among-dead-in-myanmar-massacre/8862164>. Consultado el día 1 de abril de 2019.

²⁴⁶ Sobre este tema véase: <https://www.proceso.com.mx/505025/los-rohingyas-birmania-la-mayor-etnia-sin-patria-en-mundo>. Consultado el día 2 de abril de 2019.

²⁴⁷ Sobre este tema, “Statement by Adama Dieng, United Nations Special Adviser on the Prevention of Genocide, on his visit to Bangladesh to assess the situation of Rohingya refugees from Myanmar”, en el que se afirma que: «Let us be clear: international crimes were committed in Myanmar. Rohingya Muslims have been killed, tortured, raped, burnt alive and humiliated, solely because of who they are. All the information I have received indicates that the intent of the perpetrators was to cleanse northern Rakhine state of their existence, possibly even to destroy the Rohingya as such, which, if proven, would constitute the crime of genocide. However, whether or not we consider that the crimes committed amount to crimes against humanity or genocide, this should not delay our resolve to act and to act immediately»

en: http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/Statement_visit_Rohingya_Bangladesh.pdf. Consultado el día 2 de abril de 2019. Además de esto, la misión de investigación en Myanmar (UN Fact-Finding Mission on Myanmar) ha afirmado que: «The full findings we are releasing today show why, in our report to the Human Rights Council, we insist that the perpetrators of the gross human rights violations and international crimes, committed in Rakhine, Kachin and Shan States must not go unpunished. They also show why the top generals should be investigated and prosecuted for genocide in Rakhine State. I have never been confronted by crimes as horrendous and on such a scale as these». Más información en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=23575&LangID=E>. Documento consultado el día 2 de abril de 2019. Esta noticia ha tenido gran impacto mediático y muchos periódicos han informado sobre los resultados de la misión de investigación. Entre otros, véase el artículo del Washington Post titulado

Por si esto no fuese suficiente, Human Rights Watch, en marzo de 2019 ha publicado un informe sobre la situación de las mujeres birmanas raptadas o vendidas y trasladadas a China. Allí son violadas hasta quedarse embarazadas. Un negocio de trata de mujeres y niñas vendidas como esclavas sexuales o para la procreación: “Many trafficked women and girls tacitly understood—and some were explicitly told—that once they had a baby they were free to go, as long as they left the child or children behind. A few were subjected to what they believed were forced fertility treatments”²⁴⁸.

Todo ello ha puesto este conflicto en el centro de los debates académicos, en los que cabe investigar e identificar los motivos reales y todos los actores involucrados en esta crisis humanitaria que han permitido que esta etnia se convierta en la minoría más perseguida del mundo.

3. LA PARTICIPACIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LA COMISIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES

En el caso del conflicto Rohingya podemos ver cómo, entre otros actores, destaca el papel importante de la plataforma Facebook, como herramienta del Gobierno y del Ejército birmano para la difusión de mensajes de odio y de discriminación. Por estos hechos, esta plataforma está siendo ahora investigada por no haber tomado las

UN investigator: Genocide still taking place in Myanmar. El texto se puede consultar en: https://www.washingtonpost.com/world/un-report-calls-for-myanmar-generals-to-be-investigated-prosecuted-for-genocide-and-war-crimes/2018/08/27/fbf280a6-a9b5-11e8-8f4b-ae063e14538_story.html?utm_term=.5cf8f82ce31d. Documento consultado el día 2 de abril de 2019.

²⁴⁸ Más información en: <https://www.hrw.org/report/2019/03/21/give-us-baby-and-well-let-you-go/trafficking-kachin-brides-myanmar-china>. Consultado el día 2 de abril de 2019.

medidas necesarias para prevenir la difusión de los mensajes de odio y no haber actuado de forma contundente contra la propaganda de los militares²⁴⁹.

Las grandes plataformas digitales pueden ser vehículos de campañas de odio muy poderosos sobre todo por la rapidez de internet y por su capacidad de llegar a cualquier rincón del planeta. En los últimos años, y frente a la presión de la Comunidad Internacional y de la sociedad civil, se han intensificado los esfuerzos en minimizar los impactos de los mensajes difundidos a través de ellas, con la contratación de equipos especializados en detectar violaciones de las normas que prohíben discursos de odio, mensajes discriminatorios o terroristas²⁵⁰. Lamentablemente, hasta ahora estas medidas no han resultado efectivas.

De hecho, el 19 de marzo de 2019, Facebook se ha visto implicada también en la masacre de los musulmanes en una mezquita de Nueva Zelanda a mano de un extremista que difundió *live* el video²⁵¹.

¿Qué es lo que no ha funcionado? ¿Es posible prevenir estos delitos? ¿Qué responsabilidades se pueden derivar de la difusión de estos mensajes por las plataformas?

Jacinda Ardern, primera ministra de Nueva Zelanda, exigió que la plataforma asuma su responsabilidad: "no podemos simplemente

²⁴⁹ Más información: U.N. investigators cite Facebook role in Myanmar crisis, en: <https://www.reuters.com/article/us-myanmar-rohingya-facebook/u-n-investigators-cite-facebook-role-in-myanmar-crisis-idUSKCN1GO2PN>. Consultado el día 1 de abril de 2019.

²⁵⁰ Más información en: https://elpais.com/sociedad/2019/03/22/actualidad/1553279547_294211.html.

²⁵¹ Más información en: <https://www.cnn.com/2019/03/19/australias-pm-restrict-social-media-after-christchurch-mosque-attack.html>. Consultado el día 2 de abril de 2019.

quedarnos de brazos cruzados, aceptar simplemente que estas plataformas existen y que lo que se dice en ellas no es su responsabilidad (...)”. Las empresas privadas que generen beneficios en un Estado, no pueden estar exentas de cualquiera responsabilidad”²⁵².

A raíz de este acontecimiento, Mark Zuckerberg, fundador y presidente de la plataforma, ha declarado “guerra al supremacismo blanco” pidiendo a los Gobiernos, entre otras cosas, la creación de organismos independientes que valoren el contenido político y de discurso de odio, por motivo de raza o religión. Además, ha pedido a la comunidad internacional una regulación internacional en lo relativo a protección de datos y valoración de contenidos²⁵³, mientras que ha anunciado otras medidas internas como la de expulsar de las plataformas Facebook e Instagram a todas las personas que promueven ideologías de odio:

I believe we need a more active role for governments and regulators. By updating the rules for the Internet, we can preserve what’s best about it — the freedom for people to express themselves and for entrepreneurs to build new things — while also protecting society from broader harms. From what I’ve learned, I believe we need new regulation in four areas: harmful content, election integrity, privacy and data portability²⁵⁴.

²⁵² Más información en: <https://www.efe.com/efe/america/mundo/ardern-llama-a-silenciar-los-mensajes-de-odio-tras-la-masacre-christchurch/20000012-3928680>. Consultado el día 2 de abril de 2019.

²⁵³ Más información en: <http://www.expansion.com/economia-digital/protagonistas/2019/03/31/5ca09e9f468aeb058b45a2.html>. Consultado el día 31 de marzo de 2019.

²⁵⁴ Más información en: https://www.washingtonpost.com/opinions/mark-zuckerberg-the-internet-needs-new-rules-lets-start-in-these-four-areas/2019/03/29/9e6f0504-521a-11e9-a3f7-78b7525a8d5f_story.html?noredirect=on&utm_term=.590512e73189. Consultado el día 1 de abril de 2019.

Que los medios de comunicación puedan ser implicados en la comisión de determinados delitos no nos sorprende. La radio, por ejemplo, ha sido utilizada por Gobiernos corruptos para difundir discursos de odio y justificar sus actuaciones contra determinadas etnias o minorías.

Un ejemplo es el caso del genocidio en Rwanda, uno de los episodios más terribles de las últimas décadas, que registró más de 800.000 muertos en menos de 5 meses²⁵⁵. La peculiaridad de este caso radica en las tácticas usadas para cometer el holocausto y las armas principalmente empleadas: machetes. La radio, utilizada como un instrumento de propaganda del discurso de odio, jugó un papel fundamental en la gestión del genocidio de los Tutsis a manos de los Hutus²⁵⁶. Dos etnias que habían vivido por muchos años juntas sin ningún problema hasta el arranque de la campaña de odio.

Los medios jugaron un papel fundamental en la gestación del genocidio. Hubo periódicos que fomentaron la división, con meses de antelación. Publicaban los llamados Diez Mandamientos hutus y animaban a matar. Pero la alfabetización era escasa, y los llamamientos a exterminar las *inyenzi*, las cucarachas tutsis, como les llamaban, eran más eficaces cuando se lanzaban por radio. Las voces de la Radio Mil Colinas, apodada “Radio del Odio”, llegaron a todos los rincones²⁵⁷.

En los juicios abiertos, para determinar las responsabilidades de los actores involucrados en este crimen internacional, las personas

²⁵⁵ Más información en: <https://www.abc.es/internacional/20140405/abci-genocidio-ruanda-hutus-tutsis-201404041327.html>. Consultado el día 1 de abril de 2019. También: Media and Mass Atrocity: The Rwanda Genocide and Beyond: <https://www.cigionline.org/publications/media-and-mass-atrocity-rwanda-genocide-and-beyond>, consultado el 15 de abril de 2019.

²⁵⁶ Más información en: <https://www.amnistia.org/ve/blog/2018/04/5550/el-discurso-de-odio-que-llevo-al-genocidio-en-ruanda>. Consultado el día 15 de abril de 2019.

²⁵⁷ Más información en: <http://periodismohumano.com/sociedad/discriminacion/la-radio-del-odio-fomentando-la-muerte.html>. Consultado el día 1 de abril de 2019.

acusadas de participar en él han afirmado que mataron a sus vecinos porque la radio se lo pedía. Han afirmado que el Gobierno de este país había lanzado un llamamiento a hacer una labor por la patria; este llamamiento estuvo en la base de la creación de una “comunidad criminal entre el pueblo”, una acción en masa y “espontánea” en la que participaron todos²⁵⁸.

Es interesante ver cómo el mensaje de odio se interiorizó hasta el punto de aniquilar cualquier oposición. De hecho, se demostró que la Radio pública, emisora financiada por el presidente y controlada por los hutus, había sido creada justamente con esta finalidad. Una periodista que en la época de los hechos trabajaba para dicha radio afirmó:

Años después, como presentadora de radio, creía firmemente que estaba haciendo mi trabajo, que tenía que defenderme a mí misma, a mis familiares, a todos los hutus y a mi país. [...] Instalar el odio en nosotros llevó muchísimos años a través de las instituciones, la escuela, las canciones. Cuando naces y creces en ese entorno, es difícil distinguir entre el bien y el mal²⁵⁹.

A raíz de casos como éstos, cabe reflexionar sobre las responsabilidades de los medios de comunicación, y ahora de las plataformas digitales, en los casos en los que puedan ser vehículos de información falsa o discriminatoria susceptible de ser utilizada para la comisión de atroces crímenes contra la población civil.

4. EL ROL DE LA PLATAFORMA FACEBOOK EN LA CAMPAÑA DE ODIO

²⁵⁸ KAPUŚCIŃSKI, R., *Ébano*, EDITORIAL ANAGRAMA, S.A., 2000, Barcelona.

²⁵⁹ Más información en: https://www.eldiario.es/desalambre/voz-masacre-gesto-traves-radio_0_253375084.html. Consultado el día 30 de marzo de 2019.

Es notorio cómo la plataforma Facebook, creada con la finalidad de conectar a personas de todo el mundo, está siendo un vehículo de propaganda, entre otras, en la fuga de datos o circulación de *fake news* que tienen directas consecuencias en las campañas políticas estatales. A nivel internacional el escándalo se hizo más evidente después de descubrirse cómo la plataforma acumulaba y permitía a Cambridge Analytica, una firma británica contratada por la campaña de Trump en 2016, el uso de grandes cantidades de datos personales de usuarios²⁶⁰.

La combinación de *fake news*, campañas políticas y redes sociales es tóxica ya que tiene directos impactos en los procesos democráticos, entre otras cosas. Al mismo tiempo, en países donde la protección de las minorías es nula, las redes sociales pueden tener un papel importante en la transmisión del discurso de odio y deshumanizar a una etnia perseguida y marginalizada, como es el caso de los Rohingya²⁶¹.

Facebook is the most popular social networking site in the world, with more than 1.8 billion active users per month. In Myanmar it has "become a near-ubiquitous communications tool, following the opening up of the economy." Given its far reaching impact, the platform's misuse to spread dangerous speech, has in effect, helped to perpetuate the institutionalized discrimination against the

²⁶⁰ Más información en: <https://www.elpais.com.uy/vida-actual/claves-entender-escandalo-politico-facebook-cambridge-analytica.html>. Consultado el día 30 de marzo de 2019.

²⁶¹ Más información en: <http://jessica-young.com/research/Beyond-AI-Responses-to-Hate-Speech-and-Disinformation.pdf>. Consultado el día 29 de marzo de 2019.

Rohingya community, who are often described as “the most persecuted minority in the world.”²⁶²

En el año 2013, Aela Callan²⁶³, una reportera australiana, evidenció en sus investigaciones la participación de esta plataforma en la campaña de odio en el conflicto Rohingya. Su estudio se basaba en las páginas creadas por los nacionalistas budistas, como la *Kalar Beheading Gang*. Los mensajes que se subieron a la red asociaban a los miembros de esta etnia a animales o se referían a ellos como violadores, por lo que se le pedía a la población civil luchar contra ellos. El material difundido en la plataforma también incluyó imágenes de violencia explícita y pornográficas, algo totalmente prohibido por las reglas de la compañía.

La relatora especial sobre la situación de los derechos humanos en Myanmar, Yanghee Lee, y Marzuki Darusman, Chairman of the Independent International Fact-Finding Mission, afirmaron que el nivel de incitación al odio tenía un impacto muy preocupante y estaba alimentando el sentimiento anti-Rohingya:

It has [...] substantively contributed to the level of acrimony and dissension and conflict, if you will, within the public. Hate speech is certainly of course a part of that. As far as the Myanmar situation is concerned, social media is Facebook, and Facebook is social media. [...] It was used to convey public messages but we know that the ultra-nationalist Buddhists have

²⁶² Más información en: https://datasociety.net/wp-content/uploads/2018/09/Social-Media-Artificial-Intelligence-and-Hate-Speech-in-Myanmar_Case-Study_Final.pdf. Consultado el día 1 de abril de 2019.

²⁶³ Su investigación se puede consultar en: <https://www.jauntvr.com/title/a4e4a636fc>. Consultado el día 1 de abril de 2019.

their own Facebooks and are really inciting a lot of violence and a lot of hatred against the Rohingya or other ethnic minorities²⁶⁴.

Por su parte, en su investigación, Andrea Amaya relata cómo un monje budista y ultranacionalista, Ashin Wirathu, considerado el “Hitler birmano”, utilizó la plataforma como vehículo para diseminar el discurso de odio²⁶⁵. En el año 2016 el Gobierno de Myanmar le prohibió predicar públicamente sus discursos, por lo que decidió usar su página, con miles de seguidores, para la propaganda de odio con noticias falsas relativas a presuntas violaciones y matanzas de budistas por parte de miembros de la etnia Rohingya.

El investigador Raymond Serrato afirmó que “Facebook definitely helped certain elements of society to determine the narrative of the conflict in Myanmar. [...] Although Facebook had been used in the past to spread hate speech and misinformation, it took on greater potency after the attacks”²⁶⁶. Esta campaña de odio generó una percepción negativa de los musulmanes Rohingyas, a quienes definían como inmigrantes bengalíes ilegales²⁶⁷.

Durante los últimos años esta plataforma ha dedicado escasos recursos para combatir el discurso de odio en Myanmar, de modo que en el año 2017 el New York Times reveló que también los militares de

²⁶⁴ Más información en: <https://www.reuters.com/article/us-myanmar-rohingya-facebook/u-n-investigators-cite-facebook-role-in-myanmar-crisis-idUSKCN1GO2PN>. Consultado el día 30 de marzo de 2019.

²⁶⁵ Más información en: <https://www.france24.com/es/20180322-monje-budista-facebook-contra-rohingya>. Consultado el día 1 de abril de 2019.

²⁶⁶ Más información en: <https://www.theguardian.com/world/2018/apr/03/revealed-facebook-hate-speech-exploded-in-myanmar-during-rohingya-crisis>. Consultado el día 31 de marzo de 2019.

²⁶⁷ Más información sobre la *Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar* en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/MyanmarFFM/Pages/Index.aspx>. Consultado el día 31 de marzo de 2019.

Myanmar utilizaban la plataforma como un arma más en la campaña sistemática de limpieza étnica: “The Facebook posts were not from everyday internet users. Instead, they were from Myanmar military personnel who turned the social network into a tool for ethnic cleansing, according to former military officials, researchers and civilian officials in the country”²⁶⁸.

Por tanto, opinamos que la plataforma podría ser considerada responsable por no haber actuado de forma contundente frente la reiteración de los delitos perpetrados por los monjes y por el Ejército birmano a través de sus páginas. Cabe mencionar que en sus *Guidelines* Facebook establece, entre otras cosas, que deberán ser cancelados aquellos mensajes que ataquen o vulneren los derechos de grupos étnicos y que alimenten discursos violentos o de deshumanización. Las páginas mencionadas fueron suprimidas solamente después de numerosas críticas y después de largos periodos de tiempo en los que los mensajes anti-Rohingya pudieron circular y crear este sentimiento de odio.

Facebook sería responsable tanto por las respuestas tardías como por los problemas detectados en su proceso de revisión del contenido de los mensajes publicados en la plataforma: Este proceso, que se activa con el auxilio de moderadores y la utilización de algoritmos para revisar el contenido de los mensajes, resulta poco transparente y en muchas ocasiones ineficaz para prevenir o mitigar los impactos:

²⁶⁸ A Genocide Incited on Facebook, With Posts From Myanmar’s Military, The New York Times 15 de octubre del año 2018. <https://www.nytimes.com/2018/10/15/technology/myanmar-facebook-genocide.html>. Consultado el día 31 de marzo de 2019.

The Facebook guidelines do not look like a handbook for regulating global politics [...]. The company's goal is ambitious: to reduce context-heavy questions that even legal experts might struggle with — when is an idea hateful, when is a rumor dangerous — to one-size-fits-all rules. By telling moderators to follow the rules blindly, Facebook hopes to guard against bias and to enforce consistency [...]. The culprit may be Facebook's own rulebooks. Guidelines for policing hate speech in Myanmar instruct moderators not to remove posts supporting Ma Ba Tha. Facebook corrected the mistake only in response to an inquiry from The Times²⁶⁹.

Después de las últimas acusaciones Facebook ha anunciado la activación de nuevos mecanismos de control, de autorregulación, para limitar los impactos negativos de las publicaciones y los mensajes difundidos en la plataforma²⁷⁰.

5. CONCLUSIONES

En el Informe del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del 12 de septiembre del año 2018 se evidencia precisamente el papel desempeñado por la plataforma como vehículo para la desinformación y el odio. Facebook ha sido un instrumento útil en la campaña de discriminación y violencia y con ello ha participado de forma activa en los crímenes perpetrados por el Gobierno y los militares y, por lo tanto, se debería valorar también su responsabilidad corporativa *directa* en las graves violaciones de los Derechos Humanos perpetradas en Myanmar a partir del año 2012, ya que sus respuestas

²⁶⁹ Inside Facebook's Secret Rulebook for Global Political Speech, <https://www.nytimes.com/2018/12/27/world/facebook-moderators.html>, consultado el día 31 de marzo de 2019.

²⁷⁰ Facebook wades into world's longest civil war, but does it know what it's doing? <https://edition.cnn.com/2019/02/08/asia/facebook-bans-myanmar-ethnic-groups-intl/index.html>. Consultado el día 1 de abril 2019.

han sido lentas e inefectivas. Conforme a lo afirmado por María José Segura²⁷¹:

As a private corporation, Facebook operates outside the human rights protection framework and accordingly, the legal responses to the interference with fundamental human rights in this platform have yet to be found. It is for this reason that the (negative) effects of platforms on human rights must be specially considered.

Junto a esto, en fin, opinamos que las medidas establecidas en los códigos de autorregulación, normas voluntarias de las diferentes plataformas, no pueden ser consideradas suficientes para frenar un fenómeno que tiene muy graves impactos en términos de derechos humanos.

No podemos dejar únicamente en manos de empresas privadas las decisiones relativas a las medidas para prevenir, minimizar los impactos y sancionar las graves violaciones de derechos humanos en las que las mismas pueden estar involucradas.

De esta forma, cabría evaluar la posibilidad, a falta de estándares unitarios a nivel europeo e internacional, de crear normas generales, de aplicación para todas las diversas redes sociales. Unas normas que introduzcan acciones mucho más efectivas para prevenir los delitos y minimizar los citados impactos, y sancionar a las redes sociales que permitan la difusión de los mensajes de odio.

²⁷¹ JOSÉ SEGURA, M., «Contemporary Threats to Human Rights in the Online Public Sphere The case of Facebook», Tesis de Máster del DANISH INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS, p. 25. Consultado el día 1 de abril 2019, en: <https://dspace.eiuc.org/bitstream/handle/20.500.11825/922/Segura%20Vides.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

**III. DISCURSO DE ODIO Y SEGURIDAD. PREVENCIÓN Y
LUCHA CONTRA LA RADICALIZACIÓN**

HERRAMIENTAS DE LA RELIGIÓN PARA PREVENIR LOS DELITOS DE ODIO

Irene María Briones Martínez

*Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO: 1. La mediación y la religión como alternativa al discurso de odio. 1.1. La religión y sus líderes en conflictos internacionales. 1.2. Los mediadores externos entre las religiones. 1.3. La mediación hacia dentro: los ministros de culto. 2. La mediación y el arbitraje. Resolución de conflictos internos entre fieles católicos. 3. El diálogo interreligioso promovido por la Iglesia católica.

1. LA MEDIACIÓN Y LA RELIGIÓN COMO ALTERNATIVA AL DISCURSO DE ODIO

1.1. *La religión y sus líderes en conflictos internacionales*

A iniciativa de UNESCO, la Asamblea de la ONU aprobó en 1999 la Declaración sobre una Cultura para la Paz, basándose en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reprueba la discriminación por la religión, y promueve una resolución pacífica de los conflictos.

Los conflictos siempre existirán a pesar de las diferentes medidas de prevención como la educación en la tolerancia, así que hay aprender a gestionarlos, cometido principal de la mediación. Los políticos hablan de Alianza de civilizaciones, y los abogados de mediación entre las religiones.

Aunque la espiritualidad no deja huellas fósiles, desde que hubo seres humanos sobre la tierra, hubo manifestaciones de su dimensión espiritual²⁷². La espiritualidad religiosa sigue siendo inspiración de los *peace practitioners and peacemakers*. La religión ocupa un papel primordial de mediación entre las distintas perspectivas de la vida social y política, especialmente aquellas religiones monoteístas como el judaísmo, el cristianismo y el Islam. Sin embargo, estas religiones viven en continua tensión en vez de intentar encontrar vías de diálogo interreligioso.

Los líderes religiosos de todas las religiones, formados en los libros sagrados, pueden y deben predicar desde la base común de Abraham²⁷³, buscando lazos y soluciones pacíficas. También otras religiones minoritarias aportan ya un peso internacional para recursos de paz. La emergencia de la religión como una dimensión crítica en las guerras del siglo XXI, ha descubierto a la religión como poder influyente para proporcionar recursos que colaboren con la justicia social, constructora de paz, estabilidad y seguridad²⁷⁴.

Recordemos la Asamblea General de EPLO, *European Peacebuilding Liaison Office*, sobre ‘Construcción de la paz, mediación internacional y sociedad civil: Prioridades y Programa de la Presidencia Española de la UE’. Esta oficina tiene varias organizaciones religiosas como miembros, así ‘Quaker Council for European Affairs’, y ‘Pax hristi International’, de estudiantes católicos.

²⁷² GUERRA SIERRA, Á. «Universidad y Ecología Humana», en *Cristianismo, Universidad y Cultura*. Conferencia Episcopal Española, 2012, p. 46.

²⁷³ Vid, el capítulo III. La especificidad de la paz Cristiana de MARTÍ SÁNCHEZ J.M.. Paz, Derecho y Religión, Cuenca, Alderaban, 2013, pp. 73-99.

²⁷⁴ ACUYO VERDEJO, J.M.. «El hecho religioso ¿factor de paz o de conflicto?» En *Revista Española de Derecho Canónico*. Vol. 174, n1 183 (2018), pp. 363 y 367.

Ya en el año 1636 los Puritanos de Dedman, una comunidad local del sudeste de Boston, consideraron en su carta constitutiva un sistema informal de solución de conflictos, la mediación, pero lo cierto es que incluso la Biblia hace referencia a esta vía de conciliación y solución de conflictos. Quizá por eso algunos Papas²⁷⁵, Pontífices de la Iglesia Católica²⁷⁶, han tenido intervenciones históricas de gran valor para solucionar problemas político-sociales.

Pío XI, a través de la encíclica *Mit brennender Sorge*, con ardiente preocupación contra el nazismo, condenó el Tercer Reich. Mons. Hugh O'Flaherty, sin ser el Vicario de Cristo, también dio su vida por salvar a muchos judíos.

El caso Beagle se enmarcó en un desacuerdo desde 1888 entre la República Argentina y la República de Chile sobre la determinación de la traza de la boca oriental del canal Beagle. Juan Pablo II evitó la guerra y condujo una mediación que llevó a la firma del Tratado de Paz y Amistad, el 29 de noviembre de 1984, tras la ejecución de un laudo arbitral, y que solucionó el conflicto.

²⁷⁵ “Pope John Paul II, the late head of the Holy See, which is the governing organ of Vatican City and the Roman Catholic Church, commenced an important conversation with women on January 1, 1995. On that day, he delivered the annual World Day of Peace message, inviting women ‘to become teachers of peace with their whole being and in all their actions’ This statement, along with many others made by the Pope that year, was directed to women and was about women.³ The statements did not pass unnoticed in the United Nations system. The Holy See has international legal personality and participates as a Permanent Observer at the United Nations, which means that it may fully participate in meetings despite its inability to vote” (ADOLPHE, J. «The Pope’s peace and Security Council Resolution 1325». En *Ave Maria Law Review* 5 (2007), p. 429).

²⁷⁶ “The realm of human affairs is a messy one, full of at least apparent inconsistency and incoherence, and the recent teaching of the Catholic Church on capital punishment-vitiated, as I intend to show, by errors of historical fact and interpretation-is no exception. And yet, as I also hope to show in this Article, despite all this, we can identify a single consistent and coherent truth propounded not only in recent years by the Church’s teaching Magisterium but also throughout the centuries by the Aristotelian-Thomistic tradition” (FLANNERY, K.L.S. «Capital punishment and the Law». En *Ave Maria Law Review* 5 (2007), p. 399).

También Juan Pablo II tuvo una intervención decisiva en la caída del muro de Berlín, con fecha de 9 de noviembre de 1989. Su capacidad de diálogo y su magisterio sobre libertad religiosa abrieron horizontes y derrumbaron muros.

Francisco I, con su espíritu de Pastor de la Iglesia, ha entrado en la historia de la mediación con sus palabras de distensión en las relaciones entre Cuba y Estados Unidos de América, ofreciendo la colaboración diplomática del Vaticano, dialogando con el Jefe de Estado norteamericano, y sus cartas personales a los líderes de ambos países. Tampoco se queda al margen en la situación que vive Venezuela, la violencia de Oriente Próximo, y la lucha contra el yihadismo en Turquía, sin olvidar el arriesgado viaje a Birmania²⁷⁷.

Solo la razón iluminando la fe, puede entrar en diálogo con la cultura moderna. La fuerza de la razón sigue abatiendo muros en la actualidad, Benedicto XVI manifestaba su confianza en que esta pueda derribar en el futuro tantos otros que siguen todavía en pie. Acaba proponiendo la razón como una condición fundamental para la paz en el mundo en las circunstancias actuales. Se debe pensar y rezar antes de actuar por el fanatismo y el radicalismo que llevan a la ruina moral.

Benedicto XVI viajó a Turquía en su día para la firma de una declaración común con el Patriarca de Constantinopla Bartolomé I, esperando que supusiera un avance significativo en las relaciones católico-ortodoxas. Esto a pesar de que según el Parlamento Europeo denunció en 2006, el ejército turco había profanado 133 iglesias,

²⁷⁷ Fuera de la acción civil, el Pontífice como líder religioso también contribuye a la Paz. Lo hizo en su visita a Tierra Santa en 2014 como encuentro de tres grandes religiones, en su visita a Asís para la Jornada Mundial de oración por la Paz “Sed de Paz. Religiones y Culturas en Diálogo”, el 20 de septiembre de 2016, y en sus últimas visitas de 2017 y 2018.

capillas y monasterios. De hecho, 78 de dichos edificios han sido convertidos en mezquitas y 28, en instalaciones militares²⁷⁸. Otra baza de su viaje a Turquía es la de que la religión es una fuerza positiva como fuente de moralidad, y que las religiones han de renunciar absolutamente a justificar el recurso a la violencia como expresión legítima de la práctica religiosa. El terrorismo islámico es un espíritu extraviado²⁷⁹.

Frente al abuso de la religión hasta llegar a «la apoteosis del odio», la primera encíclica de Benedicto XVI, *Deus caritas est*, contrapone un Dios que crea por amor al ser humano y se inclina hacia él. Esto explica que, recién elegido Papa, Ratzinger planteara como primer desafío de la humanidad, la solidaridad entre las generaciones, la solidaridad entre los países y entre los continentes. Se trata de un documento que se mueve en la estela de las grandes encíclicas sociales, iniciadas por la *Rerum Novarum* de León XIII²⁸⁰. Ahora bien, no olvidemos el Capítulo V sobre el fomento de la paz y la promoción de la comunidad de los pueblos, en la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*²⁸¹ sobre la Iglesia en el mundo actual del año 1965²⁸². Tampoco conviene omitir la Carta Encíclica: *Pace in terris*, sobre la paz entre todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y

²⁷⁸ NAVARRO-VALLS, R. Entre la Casa Blanca y el Vaticano. Ediciones Internacionales Universitarias. Pamplona, 2001, pp. 185-186.

²⁷⁹ Idem, pp. 190-192.

²⁸⁰ Ideas de NAVARRO –VALLS, R., ob.cit., p. 205.

²⁸¹ http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html (consultado, 22/01/2018).

²⁸² “Nada les aprovecha trabajar en la construcción de la paz mientras los sentimientos de hostilidad, de menosprecio y de desconfianza, los odios raciales y las ideologías obstinadas, dividen a los hombres y los enfrentan entre sí. Es de suma urgencia proceder a una renovación en la educación de la mentalidad y a una nueva orientación en la opinión pública. Los que se entregan a la tarea de la educación, principalmente de la juventud, o forman la opinión pública, tengan como gravísima obligación la preocupación de formar las mentes de todos en nuevos sentimientos pacíficos”. (G.S nº 82).

la libertad, de Juan XXIII²⁸³, publicada en 1963. Esta encíclica está dedicada íntegramente a la paz en contraste con la guerra, y haciendo especial referencia a la Organización de las Naciones Unidas.

Esta encíclica y los viajes ecuménicos contribuyen a la formación de la conciencia para la paz y la coexistencia, y no olvidemos que la religión constituye un proyecto de vida.

También los políticos en países de mayoría musulmana pueden apostar por la convivencia interreligiosa. Mohamed VI, conocido como comendador de los creyentes en Marruecos, teniendo en cuenta la autoridad que le confiere la Constitución de 2011, ha impulsado iniciativas de este tipo. Dos hechos, uno excepcional y otro cotidiano, dicen mucho acerca de la fuerza pacificadora en Marruecos²⁸⁴.

El primero ocurrió después de los ataques del 11 de septiembre. En la catedral de Rabat, el 16 de septiembre de 2001, el Rey organizó una ceremonia en presencia de funcionarios, personalidades del reino y representantes de las comunidades religiosas musulmanas, judía y cristiana. Esta imagen resume toda la espiritualidad de Marruecos, así como su entrada en la universalidad y la modernidad.

El segundo hecho es digno de una tarjeta postal. Ocurrió un domingo de enero de 2014, en Marrakech. Una pequeña multitud de africanos y europeos se encuentra entre la Mezquita de Güeliz y la Iglesia de los Santos Mártires para celebrar una misa. La iglesia está en

²⁸³ http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html (consultado, 22/01/2018).

²⁸⁴ Vid., el relato de estos hechos por MARTÍNEZ, J.C.. Mohamed VI. El Rey estabilizador. Madrid, Lacre, 2017, p. 45.

manos de los franciscanos. Los franciscanos conocen el Islam, saben cómo vivir entre los musulmanes, están en todo el mundo árabe, desde Marrakech hasta Jerusalén.

1.2. *Los mediadores externos entre las religiones*

Las organizaciones no gubernamentales han tenido iniciativas de gran envergadura mundial para el diálogo y la mediación, como es el caso del Parlamento Mundial de Religiones o Parlamento de las Religiones del Mundo, una organización internacional no gubernamental de diálogo interreligioso y ecuménico que nació en Chicago, en 1893. Si bien las religiones tradicionales se encontraban ampliamente representadas, no había representantes de religiones indígenas americanas ni del sijismo, aunque sí se divulgó por vez primera en Occidente la existencia de algunas religiones nuevas en aquella época, como la Fe Bahai. Sin embargo, no fue hasta 1988 que se formó el ‘Consejo del Parlamento Mundial de Religiones’ que preparó el congreso de 1993, en celebración al centésimo aniversario del Parlamento. El simposio se realizó en Chicago y asistieron unas ocho mil personas de todo el mundo y de una gran variedad de religiones, basándose en ‘*la idea de la tolerancia, la paz y la convivencia respetuosa*’.

Muchos han sido los congresos del Parlamento desde el que se celebró en Ciudad del Cabo, Sudáfrica, en 1999. En 2015, el V Congreso de Líderes de las Religiones Mundiales y Tradicionales tuvo lugar en el Palacio de la Paz y la Concordia de Astana, para facilitar el diálogo entre la comunidad religiosa y la clase política.

El encuentro, al que asistieron 80 delegaciones de cuarenta y dos países, estuvo presidido por el Presidente de Kazajistán, Nur Sultan Narzabayev.

Nazarbayev resaltó *‘los peligros del extremismo y los actos de violencia cometidos por grupos terroristas que se amparan en la religión’*, en clara alusión al Estado Islámico.

El presidente aseguró que *‘todas las religiones predicán la ‘paciencia, la paz, la tolerancia, y el Islam es una de las religiones más tolerantes’*.

El secretario General de Naciones Unidas, Ban Ki- Moon, repasó los principales conflictos y aseguró que la solución está en el diálogo. Ban pidió a la comunidad internacional un esfuerzo para lograr un diálogo que promueva los valores de la reconciliación y el respeto mutuo. Añadió la necesidad de reconocer al otro y aprender compartiendo porque, aseguró, es más enriquecedor.

Con iniciativas de este tipo, comprobamos que todas las soluciones distan de la intolerancia religiosa, para lo que el fanatismo debe ceder a la comunicación, solicitando asistencia de profesionales, si fuera necesario. La mediación entre religiones exige la intervención de un tercero, del mediador, que no haga prevalecer los intereses de uno sobre los otros, sino crear espacios de acuerdos y colaboración, de modo neutral, equilibrado, imparcial y lo más seguro posible.

Hacia el exterior, quizá convenga buscar entidades que de modo neutral intervengan, y las religiones las acepten como interlocutores válidos de sus posiciones y visiones del mundo y la vida. Se trataría de instituciones que promuevan la solidaridad, se alejen del individualismo y de la discriminación e intolerancia hacia lo diferente.

Hay instituciones como El KAICIID, la única organización intergubernamental que cuenta con una Junta Directiva compuesta por representantes de las principales religiones del mundo.

Los Estados fundadores del Centro (Reino de Arabia Saudí, República de Austria y Reino de España) componen el “Consejo de las Partes”, que se encarga de supervisar el trabajo del Centro. Se admite a la Santa Sede como observador fundador del Centro.

También resulta de particular interés, la Alianza de Civilizaciones como una iniciativa de Naciones Unidas, copatrocinada por España y Turquía, que tiene como objetivo fomentar el diálogo y la cooperación entre diferentes comunidades, culturas y civilizaciones y construir puentes que unan a los pueblos y personas más allá de sus diferencias culturales o religiosas, desarrollando una serie de acciones concretas destinadas a la prevención de los conflictos y a la construcción de la paz²⁸⁵.

Ahora bien, son muchos los operadores para educar en la tolerancia. La Segunda Conferencia Internacional sobre “Pluralismo religioso y cultural y convivencia pacífica en Oriente Medio”, se celebró en Atenas los días 30 y 31 de octubre de 2017, y se centró en el uso de los medios sociales por parte de líderes comunitarios religiosos, con el fin de fomentar el pluralismo religioso y el respeto mutuo.

Quizá los medios sociales deben servir de instrumento de educación en la paz, de mediadores para la paz, y no de un ejercicio irresponsable de la crítica destructiva y lesiva de derechos fundamentales.

285

<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/NacionesUnidas/Paginas/AlianzaCivilizaciones.aspx> (consultado, 22/11/2017).

Naciones Unidas ha desarrollado en los últimos años mejores instrumentos, especialmente, de mediación. Según su secretario general, la mediación es una de las inversiones más inteligentes y rentables que Naciones Unidas puede realizar.

El elemento más claro que muestra la determinación de la sociedad internacional por impulsar la mediación en el sistema de Naciones Unidas es la constitución del Grupo de Amigos de la Mediación, creado en septiembre de 2010, con el propósito de subrayar la importancia de la mediación en el sistema de Naciones Unidas, formar una red de mediadores y desarrollar centros regionales de alerta temprana. El Grupo está compuesto actualmente por 42 miembros (34 Estados, entre ellos España, y 8 Organizaciones Internacionales, incluidas Naciones Unidas, a través del citado DPA, y la UE).

La piedra angular de la UE en materia de mediación es el “Programa de Gotemburgo sobre prevención de conflictos violentos”, adoptado por el Consejo Europeo en 2001 para convertir la prevención de conflictos en un objetivo esencial de sus relaciones exteriores. En cualquier caso, el Tratado de Lisboa supuso un importante avance institucional, en términos de coherencia y de herramientas disponibles en el ámbito de la prevención de conflictos.

España siempre ha considerado la mediación internacional como un instrumento indispensable para la prevención, para la gestión y para la solución de conflictos en el que Naciones Unidas debe desempeñar un papel primario y para cuyo desarrollo la Unión Europea puede constituir una eficaz palanca de acción. Entre sus prioridades, expuestas en la 71th Asamblea de las Naciones Unidas, está la de la mediación.

El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Casa del Mediterráneo²⁸⁶ y la Red de Casa celebraron la Cumbre de Líderes Religiosos por la Paz en Oriente Medio en Alicante, del 14 al 16 de noviembre de 2016.

La reunión se mantuvo con la participación de los líderes religiosos de Tierra Santa, pertenecientes a las religiones judía, musulmana y cristiana, con el propósito de promover el diálogo interreligioso en apoyo de la tolerancia y el respeto, contra extremismos y en favor de la paz en esa región. Los líderes religiosos, como parte de la sociedad civil en Oriente Medio, desempeñan un papel esencial en la construcción de la paz.

La cumbre de líderes religiosos cuenta con el apoyo de la Alianza de las Civilizaciones de Naciones Unidas, y su fin es impulsar el papel positivo que los líderes religiosos desempeñan en la construcción de la paz en Oriente Medio.

De aquel encuentro, destacan tres afirmaciones:

La primera referida a la Declaración Universal de los DDHH de las NNUU, en favor de la diversidad y de la tolerancia, que indica que la educación es el arma para combatir la intolerancia y que los líderes son quienes deben extender esta educación en su papel de consejeros y profesores, son la conciencia de la comunidad y deben asentar los valores de igualdad y respeto mutuo. Por ello, el diálogo entre los líderes es la llave para la paz duradera.

La segunda se refiere a que las religiones tienen gran influencia para crear la identidad de los pueblos, pero lamentablemente

²⁸⁶ <http://casa-mediterraneo.es/eventos/cumbre-de-lideres-religiosos-por-la-paz-en-oriente-medio-en-alicante/> (consultado, 22/11/2017).

también las religiones crean guerras. Lo importante entonces es lo contrario, que sean creadoras de paz, ya que esencialmente la paz es un dogma en todas ellas.

La tercera indica que el diálogo interreligioso es sin duda una condición necesaria para la paz, pero igualmente es una obligación para debatir sobre la condición humana y sobre la tolerancia, manifestada a través del respeto a las demás formas de vivir y de pensar.

Por lo anterior, podemos entender que el auténtico líder religioso es aquel que sabe enseñar a respetar a los demás. La premisa de cualquier diálogo es ponerse en el lugar del otro.

En Naciones Unidas, España ha apoyado la creación de un equipo de mediadores expertos en cuestiones interculturales e interreligiosas que puedan ayudar en los esfuerzos de mediación, expertos en las operaciones para el mantenimiento de la paz y la inclusión del diálogo interreligioso que está en la agenda de la Comisión para la Consolidación de la Paz de Naciones Unidas.

1.3. La mediación hacia dentro: los ministros de culto

Los líderes religiosos pueden contribuir al encuentro, ser mediadores. Hacia el interior, los ministros religiosos se proponen como sujetos activos para la educación en la paz y el diálogo.

La creencia en un Creador puede ser un punto de encuentro entre las religiones, y la adecuación entre la ley natural y la conciencia también puede reconciliar a los creyentes con los agnósticos y los ateos, es la llamada ecología interior y exterior.

La mediación religiosa hacia los fieles de la propia religión para evitar la discriminación entre las comunidades de la misma religión, o la discriminación hacia otros creyentes, depende de los propios ministros de culto que deberían estar formados en mediación, además de los conocimientos respectivos de teología.

También los ministros con su labor interna, generan un abierto movimiento de un diálogo interreligioso, que supere los exclusivismos confesionales, que enfatizan un solo sentido de la verdad, buscando formar ciudadanos, hombres y mujeres, para la convivencia social, que puedan reconocer las dimensiones y manifestaciones plurales de la experiencia religiosa, y determinando los valores que ésta genera.

Uno de los fines de la mediación de los ministros es la educación en la formación de la dimensión espiritual, pero también del reconocimiento de los principios democráticos del pluralismo y la tolerancia, ya que teniendo en cuenta las necesidades del lugar y del tiempo, aprenden como alumnos o aprendices de ministros de culto, los principios y métodos propios del ministerio de enseñar, santificar y gobernar al pueblo de Dios. El inmovilismo ante los cambios sociales y culturales, equivaldría a no adaptarse a las necesidades del lugar y del tiempo, radicalizándose en una visión endogámica, germen de patologías religiosas. Ahora bien, las tensiones y conflictos se producen entre todas las religiones, y entre las comunidades de una misma religión.

El auténtico líder religioso es aquel que sabe enseñar a respetar a los demás. La premisa de cualquier diálogo es ponerse en el lugar del otro. En el Código de Derecho Canónico, Cánones 232 – 293, no se menciona la mediación entre las áreas de formación del ministro de culto, pero su proyección les prepara para integrar un ánimo conciliador

y ponderado. Se les proporciona una peculiar formación religiosa, junto con la enseñanza humanística y científica a través de estudios filosóficos y teológicos, que les permita conseguir madurez humana, conciliando adecuadamente los bienes humanos y sobrenaturales, de modo que se muestren solícitos por las tareas misionales, ecuménicas y también las sociales, que sean más urgentes, para ello deben conocer las condiciones sociales, usos y costumbres de su entorno. Así las cosas, aun sin una formación técnica como mediadores están dotados de la capacidad ponderativa y madura suficiente para aunar posiciones en el ámbito humano.

La mediación no está prevista en el Código de Derecho Canónico de modo directo, pero sí implícitamente en muchos de sus cánones como el ámbito procesal, a modo de método para la solución pacífica y equitativa de una controversia, a través de personas ponderadas.

En el Islam, los Imanes también debe ser mediadores de paz, respetando los derechos tal y como están interpretados según la lectura occidental, incluyendo los derechos de las mujeres. En el caso del Imán de Fuengirola, no nos encontramos con una toma de posición crítica ante temas de hondo calado para una religión, sino de apología de la violencia de género, de la discriminación de la mujer, incitando a su ejercicio y, por lo tanto, a la discriminación de la mujer a través de la publicación de un libro. También podemos recordar el caso de Benbrahim Imam de Cunit, condenado por calumnias, amenazas y coacciones hacia una mediadora municipal, musulmana, que portaba el velo.

2. LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS INTERNOS ENTRE FIELES CATÓLICOS

Las grandes religiones no han suscitado gran problemática por el hecho de utilizar el arbitraje, excepto los musulmanes. La polémica se disparó en el Reino Unido, donde surgió el lema: *one law for all*, con el fin de dejar claro que sólo se puede obedecer al ordenamiento jurídico del territorio donde se tiene el domicilio. Menos desconcertante pero igualmente conflictivo es el caso de los Tribunales de *Sharia* en Grecia²⁸⁷.

Se entiende por arbitraje la institución por la que una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión. Se utiliza el arbitraje en materias de Derecho Privado, donde los árbitros fallarán con arreglo a Derecho, con sujeción a su saber y entender.

El arbitraje mitiga los conflictos en las relaciones sociales, y alcanza dimensiones de mayor amplitud debido a su refinado espíritu jurídico.

Como ya nos referimos al arbitraje islámico en otro epígrafe, me ocupo ahora brevemente del arbitraje en el Derecho Canónico.

La ley de arbitraje resulta canonizada y algunos autores consideran que la legislación canónica propone el arbitraje como remedio que se destaca por su sencillez y eficacia, debido al perfil materno de la Iglesia²⁸⁸. Se trata de buscar a los conflictos una solución

²⁸⁷ TSITSELIKIS, K. Seeking to Accommodate Sharia within a Human Rights Framework: The Future of the Greek Sharia Courts, *Journal of Law & Religion* 28 (2012), pp. 341-361.

²⁸⁸ SANTOS DIÉZ, J.L. «La nueva Ley sobre Arbitraje y su repercusión canónica». En *Revista española de derecho canónico*, Vol. 9, N° 26, 1954, p. 478.

amistosa de tipo transaccional, con el fin de conseguir una auténtica paz jurídica²⁸⁹.

En el Título III sobre los modos de evitar juicios, se deben consultar los cánones 1713 a 1716. La ley civil puede regir, como se desprende de estos cánones. La sentencia arbitral debe ser confirmada por el juez eclesiástico y el juez civil. En caso de que el juez civil no le reconozca eficacia, también el juez eclesiástico puede impugnarla.

Igualmente, existen asuntos internos que no necesitan confirmación secular, de hecho, el Colegio de Conciliación y Arbitraje ocupa un papel importante. El espíritu materno se desprende del Discurso de Benedicto XVI a la Oficina para los Asuntos Laborales de la Sede Apostólica, recordando a la citada oficina su importante servicio de prevenir cualquier conflicto concerniente a los trabajadores que dependan de la Sede Apostólica, y a buscar, si fuera necesario, su oportuna solución mediante un diálogo sincero y objetivo, actuando los procedimientos de conciliación y arbitraje previstos. Subraya que se debería formar una comunidad de trabajo unida más que por vínculos funcionales, por el hecho de formar una singular familia.

3. EL DIÁLOGO INTERRELIGIOSO PROMOVIDO POR LA IGLESIA CATÓLICA²⁹⁰

El diálogo interreligioso en la actualidad no busca la convergencia ni el consenso en todos los niveles, se trata del modelo ecuménico de consenso diferenciado²⁹¹.

²⁸⁹ Ídem, que se remite a Rudolf Pohle, p. 485.

²⁹⁰ BRIONES MARTÍNEZ, I.M. «Del diálogo interreligioso al matrimonio interreligioso. Disparidad de cultos y tradiciones». En *Revista Española de Derecho Canónico*, V. 69, nº 172 (2012), pp. 329-369.

El encuentro y desencuentro de las religiones que confluyen al ritmo de las migraciones, fue el desencadenante de la constitución de la Conferencia de las Iglesias Europeas (KEK), organización ecuménica regional que, en conjunción con el Consejo de Conferencias Episcopales Europeas (CCEE), han elaborado una Carta Ecuménica de Europa, con vistas a una colaboración creciente entre las Iglesias en Europa²⁹².

Mientras en el pasado los católicos vivían separados de los seguidores de otras confesiones cristianas y de los no cristianos, incluso en diferente territorio, últimamente no sólo ha disminuido mucho esta separación, sino que hasta el intercambio de relaciones entre los hombres de distintas regiones y religiones se ha intensificado notablemente, con el consiguiente aumento numérico de las uniones mixtas²⁹³.

Ya son muchos los años que han transcurrido desde que en la Constitución *Filium Dei* sobre la fe católica del año 1870, se sellaron en varios cánones duras afirmaciones sobre quien puede ser

²⁹¹ “Dialogue signifies many types of exchange in both public and private spheres including debates about social policy; arguments for changes in legislation; interfaith initiatives among the representatives of religions; and local cross-cultural projects aimed at a peaceful coexistence of citizens in the pluralist milieu. Dialogue is an art which has been respected since antiquity. What is new with late modernity, however, is a model of dialogue and religious/cultural exchange which does not aim solely for convergence. A key insight emerging from current interfaith exchanges is that the process of sustaining the conversation has an integrity which is not dependent upon reaching consensus at every level. The ecumenical model of differentiated consensus, which is also being applied in interreligious projects” (Celia Kennny. «Law, Religion and the curve of Reason». En *The confluence of Law and Religion. Interdisciplinary Reflections on the Work of Norman Doe*, ob.cit., pp. 20-21)

²⁹² Carta Ecuménica de Europa, Estrasburgo, 22-4-2001. Disponible en web: <<http://www.archimadrid.es>>. Vid., sobre labor ecuménica del Pontificio Consejo para la promoción de la unidad de los cristianos y el Decreto *Unitatis Redintegratio* (UR), in: AAS 57 (1965), 90-107.

²⁹³ Cfr. Pablo VI, Motu proprio Matrimonia mixta (MM), 31-III-1970, in: AAS 62 (1970), 257 ss.

considerado “anatema” y, aun estando vigentes, porque la Iglesia es consciente de su misión de custodiar la fe y hacer respetar la cátedra de Pedro, se han matizado con una clara apertura al diálogo y a la reconciliación, evitando prudentemente hablar de “religión falsa”.

Como ejemplo de esta apertura, y a pesar de la dificultad de comprender otras religiones como es el caso del Islam²⁹⁴, la Iglesia Católica se muestra a favor del inmigrante, del diálogo ecuménico entre confesiones que son cristianas²⁹⁵, y del diálogo interreligioso entre diferentes familias de creencias²⁹⁶, así se ejemplifica cuando preparándose el Concilio Vaticano II (CV II), se crea el Secretariado para los no cristianos en 1964 –Regimini Ecclesiae Universae- y, el Pontificio Consejo para el Diálogo Interreligioso (PCDI), que ha tenido muchos frutos después de la renovación conciliar.

Cuando el noruego ultraderechista Anders Behring Breivik asesinó a más de medio centenar de personas en el verano de 2011, no se subrayó sólo su fundamentalismo político y religioso, sino “*el odio*” que lo inspiraba, el odio contra el Islam principalmente, contra los políticos y las sociedades europeas que lo habían acogido; en cambio, la Iglesia católica clama por un diálogo entre hebreos, cristianos y musulmanes, y que no se acepte que la tierra esté afligida por el odio²⁹⁷, de ahí que plasme su apertura al diálogo interreligioso en muchos

²⁹⁴ Schuon, F., *Comprender el Islam*. Trad. De Steve Serra. Ediciones Tradición unánime, Paris, 1987; Campanini, M., *L'esegesi musulmana del Corano nel secolo Ventesimo*, Brescia, 2008.

²⁹⁵ Vid., el DUR de Pablo VI, 1964; Decreto *Orientalium Ecclesiarum (OE)*, sobre las Iglesias Orientales Católicas, de Pablo VI, 1964, in: AAS 57 (1965), 77.

²⁹⁶ López – Sidro, Á., «El papel del Estado en el diálogo interreligioso: alianza de civilizaciones y libertad religiosa», en *Escritos de Derecho Eclesiástico y de Derecho Canónico en honor del Profesor Juan Fornés. Ius et Iura*. Universidad de Navarra, 2010, 615-638.

²⁹⁷ Mensaje de Juan Pablo II a los Hebreos, Cristianos y Musulmanes, Roma, 17 de enero de 2004, in: *L'Osservatore Romano (L'OR)*, 19-20 de enero de 2004.

documentos e intervenciones públicas, donde el diálogo se traduce en “*expresión de la caridad*”²⁹⁸ y, sobre todo, *a favor de la paz en el mundo*²⁹⁹.

El CV II fue esencial para dicha apertura, y se señala vivamente en la Carta Apostólica *Tertio Millennio Advenium*³⁰⁰ al describir el CV II como *abierto al mundo*. En ningún otro Concilio se habló con tanta claridad de la unidad de los cristianos, del diálogo con las religiones no cristianas, de la dignidad de la conciencia personal, del principio de libertad religiosa y de las diversas tradiciones culturales dentro de las que la Iglesia lleva a cabo su mandato misionero.

Efectivamente, si nos detenemos en uno de los documentos conciliares: *Dignitatis Humanae* (DH) se parte del reconocimiento de la libertad religiosa individual, como derecho natural y como derecho civil³⁰¹, y el de las comunidades religiosas³⁰². Con estos cimientos de la Declaración DH sobre la libertad religiosa y de la enorme riqueza de contenidos y el tono nuevo desconocido antes, se construye todo el Magisterio de la Iglesia³⁰³, y se despliega una serie de ideas claves

²⁹⁸ Vid., el Decreto *Optatam Totius* (OT), sobre la formación sacerdotal, número 19, in: AAS 58 (1966), 713ss; y, el Decreto *Christus Dominus* (DCD), sobre el ministerio pastoral de los Obispos, n. 13, in: AAS 58 (1966), 758ss.

²⁹⁹ Vid., el n. 68 de la Exhortación *Apostólica Post – Sinodal* sobre el Obispo servidor del Evangelio de Jesucristo para la esperanza del mundo, *Pastores Gregis*, de Juan Pablo II, 16 de octubre de 2003.

³⁰⁰ Declaración (TMA) Del Sumo Pontífice Juan Pablo II al Episcopado, al Clero y a los Fieles como preparación del jubileo del año 2000, números 18 y 19, in: AAS 87 (1995), 30.

³⁰¹ Declaración *Dignitatis Humanae* (DH) sobre la libertad religiosa, n. 2, in: AAS 57 (1965), 929 ss.

³⁰² Id., n. 4.

³⁰³ Vid., en este sentido, la Exhortación apostólica *Ecclesia in Europa*, (EAEE), número 57.

como anuncio de tiempos nuevos, entre ellas que, la misión salvífica exige “conocimiento y formación”³⁰⁴.

Cuando Juan Pablo II se dirigía al “Cultural Center of Washington”, para expresar que el mensaje evangélico debe iluminar “todas las culturas”³⁰⁵, también tuvo especial tacto al aclarar que no se trata de imponer sino de exponer, con la formación adecuada en el diálogo interreligioso, y creando cauces de cooperación. Esta misión requiere un diálogo sincero y paciente, con la previa inserción en las tradiciones sociales, religiosas y culturales de todos los pueblos, de ahí que se dignifiquen los trabajos de investigación de los laicos en este campo³⁰⁶.

Partiendo de estas piedras básicas podemos considerar como consolidado que la Iglesia exhorta a: a) dialogar a través del *conocimiento* de las otras religiones y de sus fieles seguidores³⁰⁷. El primer paso para el diálogo es *el conocimiento previo del patrimonio religioso del Islam*. No obstante, hay que educarse para el diálogo ya que el conocimiento exige firmeza en las propias creencias, así en *Dominus Iesus* se hace notar la necesidad de huir del sincretismo y del relativismo que hagan perder nuestra propia fe, cuando se hace una remisión a la primera Encíclica de Juan Pablo II: “Es cosa noble estar predispuestos a comprender a todo hombre, a analizar todo sistema, a dar razón a todo lo que es justo; esto no significa absolutamente perder la certeza de la propia fe, o debilitar los principios de la moral, cuya

³⁰⁴ Vid, Decreto *Ad Gentes (AG)*, sobre la actividad misionera de la Iglesia, n. 3. AAS 58 (1966), 960 ss.

³⁰⁵ Mensaje a los miembros del “Pope John Paul II Cultural Center”. Roma, 6 de noviembre de 2001, in: *Insegnamenti*, 2001, XXIV/2, 665-666.

³⁰⁶ Vid., Decreto *AG*, n. 41, el deber misionero de los laicos: AAS 58 (1966).

³⁰⁷ Vid. VVAA. *Gods in the city. Intercultural and inter – religious dialogue at local level.* Council of Europe Publishing. France, 2007.

falta se hará sentir bien pronto en la vida de sociedades enteras, determinando entre otras cosas consecuencias deplorables”³⁰⁸.

Vivir en el mundo pero no ser del mundo³⁰⁹ conlleva serios obstáculos, y exige formación, para dar testimonio de la fe; como se afirma en *Apostolicam Actuositatem*: “El apostolado solamente puede conseguir plena eficacia con una formación multiforme y completa”³¹⁰. Conocer y formarse, por tanto, son las claves para dialogar, de ahí que Juan Pablo II y, también Pablo VI, recorriendo el mundo, lanzaran el mensaje: “conocerse para dialogar”³¹¹.

b) dar testimonio de la fe y del Evangelio

“Diferentes para complementarse”³¹², nos decía Pablo VI, con el fin de no procurar el simple contacto entre dos módulos culturales sino del encuentro del mensaje transcultural del Evangelio con otra cultura, hasta llegar a formar parte de la misma; y, consciente de la simbiosis entre fe y cultura, la Iglesia Universal da testimonio del Evangelio a todo el mundo.

En *EE*, Juan Pablo II, en el apartado dedicado al diálogo con otras religiones, reclama un *diálogo interreligioso profundo e inteligente*, especialmente con el hebraísmo y el islamismo³¹³.

³⁰⁸ Encíclica *Redemptor Hominis (RH)*, de Juan Pablo II, 4 de marzo de 1979: AAS 71 (1979), 257 ss.

³⁰⁹ Carta Encíclica «*Ecclesiam Suam*» (*ES*), del Sumo Pontífice Pablo VI, n. 18: AAS 56 (1964), 650 ss.

³¹⁰ Decreto *Apostolicam Actuositatem (AA)*, sobre el apostolado de los laicos en la Iglesia, n. 28, in: AAS 57 (1965), 837 ss.

³¹¹ Mensaje del Sumo Pontífice Pablo VI al pueblo de la India. Bombay, 4 de diciembre de 1964, in: *Insegnamenti* 1964, II, 703-705.

³¹² Carta a los Patriarcas orientales con sede en el mundo árabe, Roma, 9 de diciembre de 1964. En AAS, 57 (1965), 163-165.

³¹³ Vid., *EE*, Juan Pablo II, número 55.

Incluso en continentes como Asia, cuna de las mayores religiones del mundo, y lugar de nacimiento de otras tradiciones espirituales, la Iglesia insta al respeto y a estrechar un diálogo sincero con sus seguidores, haciendo hincapié en el anuncio y el diálogo³¹⁴.

Se debe destacar igualmente la presencia internacional de la Iglesia y su defensa de las religiones ante los líderes mundiales. Son muchas las intervenciones de los sumos Pontífices y del PCDI, así como de los mensajes sobre la materia, por ejemplo, a los musulmanes en Francia, a los musulmanes en Filipinas³¹⁵.

Más recientemente cabe destacar los que se emiten con ocasión del Ramadán, recordemos que el de 2011 llevaba por título: «Cristianos y musulmanes: promover la dimensión espiritual del hombre»³¹⁶. Este año, dice el Presidente del CPDI, «hemos creído oportuno privilegiar el tema de la dimensión espiritual de la persona humana». Cristianos y musulmanes, más allá de sus diferencias, reconocen la dignidad de la persona humana dotada de derechos y deberes.

La difusión internacional es considerada de vital importancia, por lo que se solicita a los medios de comunicación que presten mayor atención al diálogo interreligioso³¹⁷. Además, se han mantenido sesiones de trabajo en Kazajistán, en Teherán y en muchos países anualmente, donde se reúnen los líderes mundiales y de las religiones, y esto se debe a que el fenómeno de la globalización como consecuencia

³¹⁴ Cfr. *Ecclesia in Asia* (EIA), Juan Pablo II, 1999, in: AAS 92 (2000), 449ss.

³¹⁵ Cfr., todos estos documentos, in: “Pontificio Consiglio per il Dialogo Interreligioso. Dialogo Interreligioso nell’Insegnamento ufficiale Della Chiesa Cattolica dal Concilio Vaticano II a Giovanni Paolo II (1963-2005)”. A cura di Francesco Gioia. Libreria Editrice Vaticana, 2006.

³¹⁶ Cfr. En <http://www.zenit.org> (19-08-2011).

³¹⁷ Mensaje al PCDI , Roma, 26 de abril de 1990, in: *Insegnamenti* 1990, XIII/1, 1027-1031.

de las migraciones, ha generado tantos conflictos internos que las políticas en materia de inmigración se olvidan de que *el hombre debe ser amado por sí mismo*, con los valores y las diferencias de su propia cultura³¹⁸. La Instrucción “Erga Migrantes Caritas Christi” aporta su luz a favor de la libertad religiosa de los migrantes, que generan la inmigración de otras religiones diversas: “La composición de las migraciones actuales impone por lo demás la necesidad de una *visión ecuménica* de dicho fenómeno, a causa de la presencia de muchos emigrantes cristianos que no están en plena comunión con la Iglesia Católica, y del *diálogo interreligioso*, por el número siempre más consistente de emigrantes de otras religiones, en particular de la musulmana, en tierras tradicionalmente católicas, y viceversa”³¹⁹.

³¹⁸ Mensaje de Pablo VI al Secretariado para los no cristianos, Roma, 5 de octubre de 1972. En *Insegnamenti*, 1972, X, 1025-1028.

³¹⁹ Id.

LA UNIDAD DE GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD: UN ACERCAMIENTO A SU LABOR A TRAVÉS DE LA FORMACIÓN UNIVERSITARIA

Isabel Cano Ruiz

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Alcalá*

SUMARIO: 1. La diversidad como valor en la sociedad actual. 2. La labor de la unidad de gestión de la diversidad. 2.1. Curso de formación en la Universidad de Alcalá. 2.2. Labor de la unidad de gestión de la diversidad. 3. Manual de gestión policial de la diversidad religiosa de España.

1. LA DIVERSIDAD COMO VALOR EN LA SOCIEDAD ACTUAL

Uno de los retos a los que se enfrenta la sociedad actual es el de la diversidad, que obliga a repensar muchos de los planteamientos tradicionales. No sólo a repensar, sino realmente a transformar sustancialmente las bases sobre las que venía desarrollándose los grandes postulados del Estado constitucional: la democracia y los derechos fundamentales³²⁰. Compartimos plenamente las palabras de De Lucas cuando sostiene al respecto

«Hablo de transformaciones en las condiciones del reconocimiento de los derechos y de la ciudadanía que debieran empezar en el ámbito inferior, en el del Estado y el Derecho nacionales para transformarlos hacia la democracia inclusiva y el Derecho cosmopolita,

³²⁰ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., «Introducción», en DENNINGER, E. y GRIMM, D., *Derecho constitucional para la sociedad multicultural* (traducción e introducción de I. Gutiérrez Gutiérrez), Trotta, Madrid, 2007, p. 10.

cuyos mayores desafíos son la cuestión del género y la de la multiculturalidad, es decir, el acceso de los otros en condiciones de igualdad al poder y a la riqueza. Me refiero ante todo a una de las condiciones de la legitimidad democrática que menos hemos tomado en serio, el pluralismo, pues éste no se satisface sólo con la diversidad de opciones en el ámbito de la autonomía individual, de sus deseos, preferencias, del politeísmo de valores del que habla Weber. El verdadero pluralismo exige abandonar la presunción de las sociedades homogéneas (cuando no conformadas de modo uniforme), manifiestamente infundada, desmentida por la realidad que nos muestra sociedades crecientemente multiculturales, multiétnicas, multinacionales»³²¹.

Sin embargo, debemos romper el mito de que la diversidad proviene en exclusiva del fenómeno de la inmigración, porque aquí actúa el proceso globalizador y la propia evolución social. Es cierto que la diversidad tiene como fuente primordialmente lo externo o lo que viene de fuera, trayendo consigo costumbres, lenguas, creencias diferentes de las del país de recepción. Sin embargo, y como afirma García Murcia:

³²¹ DE LUCAS, J., «Multiculturalismo y derechos humanos», en SORIANO DÍAZ, R., ALARCÓN CABRERA, C., MORA MOLINA, J. (coords.), *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos*, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana, 2000, p. 64.

No podemos olvidar que la discusión sobre la gestión democrática de las manifestaciones de la pluralidad cultural tiene siempre un elemento de tensión en la exigencia de mantenimiento del mínimo de cohesión social sin el que ningún orden social ni político puede sobrevivir. Al respecto, *vid.* DE LUCAS, J., «La gestión de la pluralidad religiosa en España, hoy: algunas propuestas», en *Derecho y minorías*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 119-133.

«(...)», la diversidad también puede tener una formación endógena, por la simple y natural evolución de una sociedad abierta y pluralista: la emergencia de distintas corrientes ideológicas, la afloración de diferentes orientaciones sexuales, la aceptación con normalidad de la discapacidad o de determinadas enfermedades crónicas, por citar sólo algunos ejemplos, implican a la postre la creación de una sociedad más diversa y heterogénea. Hay que tener en cuenta, además, que la influencia del exterior puede prender también en los componentes de la etnia o cultura dominante, como ha sucedido tantas veces en el terreno de la religión. La diversidad se acentúa, a fin de cuentas, cuando se acepta al “otro”, al que es diferente»³²².

Diversidad es variedad, desemejanza, diferencia, así como abundancia. Debemos utilizar mecanismos que logren que la sociedad avance hacia el respeto entre culturas y, para ello, se deben fomentar procesos interculturales que permitan encuentros en los que se produzca un intercambio entre las diferentes culturas, ya sean inmigrantes o autóctonas³²³.

De todos es conocido que el fenómeno de la denominada *globalización* ha supuesto un gran movimiento migratorio que ha

³²² GARCÍA MURCIA, J., «Prólogo: la idea de diversidad y las relaciones de trabajo», en RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, Oviedo, 2014, p. 14.

³²³ BERNABÉ VILLODRE, M^a.M., «Pluriculturalidad, multiculturalidad e interculturalidad, conocimientos necesarios para la labor docente», en *Revista Educativa Hekademos*, núm. 11, junio 2012, p. 68.

provocado que grandes masas de población se muevan de unas regiones a otras con el propósito de mejorar su calidad de vida. El ámbito jurídico no ha sido ajeno a este fenómeno y podemos comprobar cómo el mundo se configura cada vez más con relaciones jurídicas que implican organizaciones supranacionales cuyas decisiones son jurídicamente vinculantes para una gran parte de los Estados³²⁴.

Uno de los efectos que está produciendo el fenómeno de la globalización es la aparición de la secularización, o lo que es lo mismo, la progresiva desaparición de signos, valores o comportamientos que se consideran propios de un grupo religioso³²⁵. Se puede afirmar que los motivos básicos de la secularización en el contexto de la Unión Europea obedecen a tres causas especialmente aplicables a la sociedad y al contexto europeo:

1. La progresiva controversia por implantar una separación entre la esfera religiosa y la esfera estatal, traducible en el ámbito jurídico con la llamada *laicidad*.

2. La ruptura de la homogeneidad y la convergencia entre las diferentes culturas europeas: el proceso de globalización y la quiebra de la homogenización occidental basada en el cristianismo³²⁶.

³²⁴ ALISTE SANTOS, T., *Sistema de Common Law*, Ratio Legis, Salamanca, 2013, p. 143.

³²⁵ Rubio Ferreres se refiere a ella con estas palabras: «(...) la categoría de secularización y su derivado “secularismo” implicasen unas connotaciones “ideológicas” y “valorativas”, llegando a significar, en círculos ante todo anticlericales y progresistas, el proyecto de “emancipación” del hombre moderno -del sujeto burgués- de la tutela de la Iglesia, mientras que otros círculos, conectados con grupos eclesiales, lo entendieron como sinónimo de “descristianización”. Se pasa, por tanto, a un significado ideológico y valorativo de secularización como sinónimo de “laización” o emancipación del dominio de la Iglesia en la sociedad moderna». RUBIO FERRERES, J.M., «¿Resurgimiento religioso? versus secularización?», en *Gazeta de antropología*, núm. 14, 1998, p. 4.

³²⁶ Son muchos los autores que han entendido que la religión ha sido un elemento de cohesión en la Unión Europea, y de forma especial, por la historia de Europa, la

3. La llegada de personas que provienen de terceros países con tradiciones, culturas y prácticas sociales muy diferentes: los flujos migratorios.

Esta introducción es necesaria para asentar las bases en las que la Unidad de Gestión de la Diversidad centra su labor, pues no todo el mundo percibe que la diferencia es una riqueza, sino todo lo contrario: hay personas que perciben que la diferencia es una molestia y una amenaza. El trabajo preventivo de la Unidad de Gestión de la Diversidad busca, precisamente, incidir en la defensa de los derechos humanos.

2. LA LABOR DE LA UNIDAD DE GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD

2.1. *Curso de formación en la Universidad de Alcalá*

En el año 2016 se creó, dentro de la Policía Municipal de Madrid, la Unidad de Gestión de la Diversidad que, hasta el momento, constituye una especialidad única en Europa. Estas páginas pretenden poner de manifiesto las principales actividades de este cuerpo en la lucha y prevención de los delitos de odio contra las personas en situación de exclusión social o colectivos vulnerables.

Nuestro personal conocimiento de la Unidad de Gestión de la Diversidad se produjo con motivo de su reconocimiento, por parte de la Iglesia Scientology España, con los Premios *Religious Freedom* 2018 a la citada unidad, en la que también se reconocía la labor del

influencia judeo-cristina. *Vid.*, GARCÍA GARCÍA, R., «El factor religiós com a element de cohesió a la Unió Europea», en *Revista de temes contemporanis*, núm. 26, 2005, pp. 83-92.

catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Alcalá, Miguel Rodríguez Blanco (responsable de mi área de conocimiento) y a la prestigiosa revista *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*. Tuve una conversación muy interesante con los policías que fueron a recibir el galardón y surgió la posibilidad de celebrar un curso de formación para los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. El curso se celebró el 6 de marzo de 2019, en el Aula Magna de la Facultad de Derecho, de dos horas de duración, y al que asistieron 170 alumnos de los Grados de Derecho, Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas, Máster de Acceso a la Profesión de Abogado y Doctorado. El curso, impartido por dos miembros de la Unidad de Gestión de la Diversidad, consistió en una presentación de la Unidad y su labor, para posteriormente explicar el proceso de realización del Manual de gestión policial de diversidad religiosa y los motivos por lo que se ha realizado, así como un acercamiento a la campaña #tachaelodio, dentro del proyecto Local Voices. La dirección del curso fue a cargo de la autora de estas páginas, con la organización del área de Derecho Eclesiástico del Estado y la colaboración de la Delegación de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, cuyos miembros fueron los encargados de moderar el debate que se produjo al finalizar las intervenciones.

2.2. Labor de la unidad de gestión de la diversidad

La vida va cambiando y nacen nuevas formas de alterar la pacífica convivencia o de hacer daño, por lo que el sistema penal ha de ir adaptándose a estas nuevas situaciones. La Ley Orgánica 1/2015 amplió el catálogo de las circunstancias agravantes recogidas en el artículo 22.4 del Código Penal. Se trata de un catálogo cerrado de

motivos, como ideología, religión o creencia, pertenencia a una etnia o raza, origen nacional, sexo, orientación sexual, situación familiar o enfermedad.

El odio hacia las personas con pocos recursos, el odio hacia los pobres, la aporofobia, junto a la homofobia, el racismo, el antisemitismo y otras figuras que están apareciendo, como la xenofobia, la islamofobia o la transfobia, constituyen los denominados delitos de odio. La terminología delitos de odio se ha acuñado para definir una categoría de conductas que presentan como factores significativos y comunes la presencia de dos elementos motivadores: el odio y la discriminación. Son, por tanto, aquellos que están dirigidos contra las personas o su propiedad por un prejuicio basado en el sexo, razones de género, la orientación e identidad sexual; la ideología, religión o las creencias; la discapacidad (física, sensorial o intelectual) o enfermedad padecida, la raza, origen étnico, o país de procedencia; la situación de exclusión social o cualquier otra circunstancia o condición social o personal.

Nos encontramos ante Unidad novedosa porque se encarga de registrar todos aquellos hechos intolerantes, discriminatorios y delitos de odio que suceden en la ciudad de Madrid y de los cuales tienen conocimiento. Mantienen el contacto con las entidades y asociaciones que trabajan en la protección de los derechos humanos y se reúnen periódicamente con ellos a través de las denominadas Mesas Técnicas, que conforman un espacio de interlocución para realizar propuestas y atender las demandas de las diferentes entidades que las conforman. Además, las personas que han visto vulnerados sus derechos fundamentales pueden interponer la denuncia en la Unidad y se realizan

las investigaciones de los hechos en los que tienen competencia, realizando el posterior informe o atestado judicial.

Este es el tercer año de vida de la Unidad de Gestión de la Diversidad: su primer año efectivo fue 2017 tras un proceso de dotación de medios personales y materiales, y su actividad se ha consolidado en 2018. En la actualidad está compuesto por 32 agentes (comenzó con un equipo de cuatro personas), todos especializados en la discriminación contra los colectivos vulnerables y formados por el Ayuntamiento.

Sus principales funciones se pueden resumir como sigue:

1. Recoger denuncias de delitos de odio, hechos discriminatorios o de intolerancia cometidos presencialmente o a través de redes sociales.
2. Atención, protección y orientación a las víctimas.
3. Trabajo con el tejido asociativo.
4. Investigar y registrar todos los hechos motivados por la intolerancia o discriminación.
5. Elaborar protocolos de actuación policial relacionados con la interacción entre policía y sociedad diversa.
6. Asesorar a compañeros de la Policía Municipal sobre el tratamiento a víctimas e infractores.

Además de luchar contra la discriminación y la intolerancia, tratan de facilitar el ejercicio de derechos a personas o grupos que tienen dificultades de ejercerlos. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica 5/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre el derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales y el

derecho a la información en los procesos penales, introduce en el artículo 520, que regula los derechos del detenido, un nuevo apartado 2 bis, en el que se establece que la información al detenido se facilitará en un lenguaje comprensible y accesible, adaptándola a su edad, grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal. ¿Qué ocurre si la persona es ciega? Escucha la información y firma un documento casi en blanco porque la terminología es jurídica, no está familiarizado y desconecta. Cuando llega a casa, un ciego no puede volver a leer lo que ha firmado. Solución: grabarlo en audio y que se lo pueda llevar a casa. Además, las actas se traducen al braille.

Según los datos de la Unidad de Gestión de la Diversidad³²⁷, hasta agosto de 2018 se han llevado a cabo 85 procedimientos, 73 más que en 2017. La Policía Municipal de Madrid ha multiplicado por siete sus actuaciones por delitos de odio contra las personas en situación de exclusión social en lo que va de año frente al mismo periodo de 2017. En el caso de los insultos, amenazas y agresiones contra el colectivo LGTBI, la Policía Municipal ha realizado 20 actuaciones más (de 27 a 47), mientras las intervenciones frente a grupos radicales han pasado de una a 14.

El responsable de la Unidad de Gestión de la Diversidad, Ángel Rabadán, argumenta que el aumento es debido a que la Unidad ha visibilizado actos discriminatorios que, por desafortunadamente, siempre han existido. En el caso de las personas con discapacidad, las cifras son similares: se han atendido cuatro casos por discriminación hacia personas con discapacidad intelectual, dos contra personas con discapacidad física y una única contra una persona con discapacidad

³²⁷ Datos extraídos de *eldiario.es*, de 1 de diciembre de 2018. Disponible en https://www.eldiario.es/madrid/Unidad-delitos-Policia-Municipal-Madrid_0_840616774.html [fecha de consulta: 10 de marzo de 2019].

sensorial. Las actuaciones relacionadas con el racismo y la xenofobia ascienden a 11, una más que en el mismo periodo de 2017 –se produjeron 20 en total en ese año–. Además, en 2018 se reportan dos casos de discriminación contra la libertad religiosa, frente a los 3 de 2017 (13 en total).

Además, en 2018 se comenzó a realizar un seguimiento de las víctimas, que contabilizan en 113. El conjunto de este apartado y los asesoramientos a ciudadanos suman 285 hasta noviembre de este año, frente al total de 307 del anterior.

Entre sus funciones también está la elaboración de atestados –49 en lo que va de año–, las reuniones con asociaciones –121– o las investigaciones en Internet y redes sociales. Este año han realizado 211.

Una labor muy interesante es la campaña divulgativa #tachaelodio. Para su diseño se ha contado con la participación de diversos colectivos como Fundación Secretariado Gitano, FAMMA, Arcópoli, Accem Madrid, Plena Inclusión o SOS Racismo, entre otros. Además, algunas de las personas que son la imagen de la campaña, pertenecen a estos colectivos. La campaña, con varias fases, se llevará a cabo hasta 2019. Con ella, el Ayuntamiento de Madrid quiere lanzar a la ciudadanía el mensaje de que la Policía está para actuar siempre en todos estos casos, puesto que los delitos motivados por prejuicios o intolerancia causan serios daños, tanto físicos como emocionales a sus víctimas, dejando a menudo en ellas y en su grupo de pertenencia sentimientos de vulnerabilidad puesto que se sienten amenazadas y solas.

En palabras de los propios miembros de la Unidad, respecto de esta campaña y su conocimiento por parte de la población en general y de los universitarios en particular, “Unidad de Gestión de la Diversidad, policía, delitos de odio, discriminación, intolerancia... en múltiples ocasiones mezclamos estos conceptos. Hay que tener en cuenta que aunque haya acciones que no están incluidas en el Código Penal no se deben hacer y hay otras tipologías reprochables que tienen que ver con la moral, la ética, los usos sociales y la convivencia, de ahí la importancia de la educación. La campaña se incluye en el proyecto ‘Local Voices’, promovido por el Área de Salud, Seguridad y Emergencias con la Policía Municipal de Madrid, a través de la Unidad de Gestión de la Diversidad y trata de desarrollar una contra-narrativa respeto a los discursos extremistas. El objetivo general del proyecto es movilizar a las autoridades locales y a la sociedad civil para desarrollar campañas contra-narrativas, por eso ha resultado tan importante la participación de las entidades que representáis a las personas que pueden ver vulnerados sus derechos fundamentales. Llegamos a la conclusión de que el público objetivo al cual íbamos a dirigir la campaña serían jóvenes con acceso a internet y mucha actividad en redes sociales, también familias con niños pequeños que serán los jóvenes del futuro. Se apostó por el lanzamiento de una campaña on-line. Y los mensajes que se querían neutralizar eran aquellos dirigidos a atacar la diversidad de nuestra ciudad no centrados en ningún grupo concreto de posibles víctimas sino a la diversidad en general, puesto que este tipo de discursos se van modificando dependiendo de fechas concretas o de los eventos que vayan a tener lugar en la ciudad”³²⁸.

³²⁸ Entrevista publicada en Diario digital *UAH-Noticia* el 3 de abril de 2019. Disponible en <http://portalcomunicacion.uah.es/diario-digital/entrevista/delitos-de-odio-lo-que-hay-que-saber.html> [fecha de consulta: 10 de abril de 2019].

La Unidad de Gestión de la Diversidad, además de participar en acciones formativas en diferentes universidades, como por ejemplo en la Universidad de Alcalá, también colabora en proyectos europeos como por ejemplo Proximity³²⁹, Local Voices, Salam³³⁰ o Practicies. También ha realizado numerosas sesiones formativas en las asociaciones, entidades y ONGs que las han demandado, adaptándolas a las solicitudes realizadas. Por otra parte, y dentro del marco del Plan Estratégico de Derechos Humanos del Ayuntamiento de Madrid y del Plan Director de Policía Municipal de Madrid se han firmado convenios de colaboración con Cruz Roja, Arcópoli, Fundación ONCE, Plena Inclusión y Fundación Pluralismo y Convivencia. Este mes de febrero se firmarán también convenios con el colectivo Tercer Sector y la asociación Bokatas³³¹.

3. MANUAL DE GESTIÓN POLICIAL DE LA DIVERSIDAD RELIGIOSA DE ESPAÑA

³²⁹ <http://www.proximitypolicing.eu/>

³³⁰ <http://lamercedmigraciones.org/blog/inscribete-proyecto-salam/>

³³¹ El Plan Estratégico de Derechos Humanos del Ayuntamiento de Madrid se aprobó por la Junta de Gobierno el 16 de febrero de 2017. El Plan contiene una serie de metas, objetivos estratégicos y líneas de acción dirigidos al cumplimiento de las obligaciones que en materia de protección y garantía de los derechos humanos competen al Ayuntamiento de Madrid. El Plan es el resultado de un proceso participativo, iniciado en diciembre de 2015, tanto en el interior del propio Ayuntamiento como entre la ciudadanía y las entidades de defensa de los derechos humanos. Los trabajos se realizaron de forma simultánea y con una continua interacción entre los dos ámbitos. En total, la participación superó las 2.000 personas y 400 entidades.

Los principios orientadores del Plan Estratégico de Derechos Humanos son los siguientes: participación ciudadana; incorporación del enfoque de derechos, género e interseccionalidad en todas las políticas públicas municipales; transversalidad de sus medidas; universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos; introducción de líneas de acción que refuercen la posición del Ayuntamiento como garante de derechos; rendición de cuentas ante la ciudadanía; profundización en la función social de la ciudad y los criterios de sostenibilidad y equidad redistributiva.

Disponible en <http://cort.as/-H2fM> [Fecha de consulta: 15 de abril de 2019].

El 17 de diciembre del año 2018 se presentó el primer Manual de Gestión Policial de la Diversidad Religiosa de España elaborado desde la Unidad de Gestión de la Diversidad con la participación de la Fundación Pluralismo y Convivencia y todas las confesiones religiosas con presencia en la ciudad de Madrid.

Esta Unidad -que interviene en numerosos casos que suponen infracciones penales por este tipo de delitos, entre los que se encuentran agresiones o insultos por LGTBIfobia, amenazas o insultos racistas, y pintadas antisemitas en paredes o sinagogas- y la inquietud de sus miembros les ha llevado a la elaboración del *Manual de gestión policial de la diversidad religiosa en Madrid* con la colaboración de la Conferencia Episcopal Española, Arzobispado de Madrid, Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, Federación Comunidades Judías de España, Comisión Islámica Española, Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, Testigos Cristianos de Jehová, Federación Comunidades Budistas de España, Ortodoxos, Comunidad Baha'i, Hinduistas, Iglesia Scientology y Sijs dentro del marco de un convenio de colaboración del Área de Salud, Seguridad y Emergencias del Ayuntamiento de Madrid y la Fundación Pluralismo y Convivencia, dependiente del Ministerio de Justicia³³².

En Madrid, con frecuencia se registran hechos de intolerancia, discriminación o situaciones de conflicto por motivos religiosos, y, en muchos casos, la gestión de estos conflictos le corresponde a la Policía Municipal, siendo necesario aumentar el conocimiento sobre la realidad de la diversidad religiosa de la ciudad para realizar una mejor gestión del conflicto. En consecuencia, el objetivo principal del manual es dotar a la policía local de un protocolo de actuación unificado que

³³² Texto disponible en <http://cort.as/-H2hu>

facilite la intervención policial en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, teniendo en cuenta la protección de los derechos fundamentales y la legislación vigente.

No podemos olvidar que la religión reivindica un espacio en la vida pública, por lo que comprender su naturaleza y sus elementos básicos es imprescindible para todos los actores sociales. El prejuicio es el mejor aliado del desconocimiento de lo diferente. Los fenómenos culturales y religiosos ajenos, además, solo pueden ser analizados desde sus propias lógicas.

El Plan Estratégico de Derechos Humanos (2017-2019) del Ayuntamiento de Madrid al que antes hemos hecho referencia, en su “Meta 3” recoge el derecho a la libertad de religión, sin más limitaciones que lo establecido en la legislación internacional de derechos humanos. También fomenta el conocimiento entre la ciudadanía del derecho a la libertad religiosa, a no profesar ninguna religión o creencia o cambiar de creencia, de acuerdo con lo establecido en la legislación internacional de derechos humanos. Recoge también la revisión de la normativa municipal y de los espacios, servicios y políticas municipales para garantizar el cumplimiento por el Ayuntamiento del principio constitucional de aconfesionalidad.

El objeto principal de la elaboración del Manual es dotar al Servicio de Policía Municipal de Madrid de un protocolo de actuación unificado que facilite la intervención policial en el desarrollo del ejercicio del derecho a la libertad religiosa, con respeto a la protección de los derechos fundamentales y la legislación vigente, para que las y los agentes puedan informar a los titulares de dicho derecho fundamental y eliminar o reducir la tensión que pudiera llegar a producirse.

EL DELITO DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO: SU LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL COMO UNA MANIFESTACIÓN DEL «DISCURSO DE ODIO»

Lucas G. Menéndez Conca

*Investigador contratado del Grupo de Estudios Penales
Universidad de Zaragoza*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Evolución jurisprudencial del art. 578 CP. 2.1. Interpretación estrictamente literal. 2.2. Interpretación constitucional: la STC 112/2016, de 20 de junio. 2.3. Divergencias interpretativas: jurisprudencia actual. 3. Breve crítica a sus consecuencias penológicas.

1. INTRODUCCIÓN

El llamado «*discurso de odio*» no se manifiesta únicamente por motivos religiosos, raciales, xenofobos, antisemitas, etc., sino que la intolerancia y la hostilidad son expresadas también en otros ámbitos, como sucede con aquellos mensajes o discursos que ensalzan o justifican la perpetración de actos terroristas o glorifican a sus autores, incitando o promoviendo la comisión de nuevos delitos de terrorismo. El enjuiciamiento de esta clase de conductas presenta no pocas dificultades en la práctica, derivadas de su inevitable conexión con el derecho fundamental a la libertad de expresión. En las siguientes líneas se proporciona un enfoque distinto del tratamiento penal del «*discurso de odio*» a través de una breve descripción de un delito que ha tenido

una gran repercusión mediática durante estos últimos años y cuya configuración se ha ido modificando conforme a la evolución de la jurisprudencia.

El delito de enaltecimiento del terrorismo y de humillación de sus víctimas se introdujo, en el art. 578, en la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre. Dicho precepto fue objeto de una nueva reforma por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, en virtud de la cual las penas pasaron a ser de entre uno a dos años de prisión a un intervalo de uno a tres años, además de llevar aparejada una pena de multa. El tenor literal del primer apartado del art. 578 ha quedado redactado de la siguiente manera: “*El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses...*”.

2. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ART. 578 CP

2.1. Interpretación estrictamente literal

Durante la mayor parte del tiempo en que se ha enjuiciado el enaltecimiento o justificación del terrorismo, la jurisprudencia ha adoptado una interpretación del mismo estrictamente literal, sin reclamar ningún tipo de virtualidad incitadora a efectos de tipicidad³³³.

³³³ Podemos encontrar una extensa crítica a esta interpretación puramente gramatical del delito de enaltecimiento del terrorismo en ALONSO RIMO, A., «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n.º 4, 2010, p. 38 y ss.

En este sentido se pronuncia la SAN 11/2007, de 19 de febrero, la cual señala que *“para su tipicidad no es necesario que la expresión utilizada incite directa o indirectamente a la comisión de un delito, ni que el dolo del autor abarque más allá del propio elogio, es decir, no será preciso que el autor del delito de apología haya provocado o querido provocar la comisión de hechos delictivos como los que son objeto de la apología”*³³⁴. En términos similares afirma la STS 224/2010, de 3 de marzo, que las características de este tipo penal son *“el tratarse de un comportamiento activo, que excluye la comisión por omisión, tanto propia como impropia, siendo un delito de mera actividad y carente de resultado material, y de naturaleza esencialmente dolosa o intencional”*³³⁵. Por su parte, la STS 299/2011, de 25 de abril, sigue esa misma línea interpretativa y dispone que *“el enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron”*³³⁶. Se desprende de dichas sentencias que esta interpretación puramente gramatical del art. 578 se basa en su consideración como un delito de simple actividad y carente de resultado material, sin que sea necesario que las conductas de enaltecimiento del terrorismo provoquen o inciten directa o indirectamente a la comisión de ulteriores delitos de terrorismo, y sin

³³⁴ SAN 11/2007, de 19 de febrero (FJ 3.º).

³³⁵ STS 224/2010, de 3 de marzo (FJ 3.º).

³³⁶ STS 299/2011, de 25 de abril (FJ 1.º). *Vid.* también, entre otras, la STS 948/2016, de 15 de diciembre (FJ 4.º).

que tampoco se requiera que el autor actúe con una finalidad de provocar tal clase de delitos³³⁷.

Por su parte, la conducta típica de humillación de las víctimas ha tenido un menor desarrollo jurisprudencial con respecto del enaltecimiento del terrorismo, ya que esta última figura es la que más se ha aplicado por nuestros tribunales y, además, ha existido un mayor consenso en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a la aceptación de la tipificación del segundo inciso del art. 578. El Tribunal Supremo se encargó de aclarar que esta figura *“ostenta una naturaleza más íntima y personal, que afecta directamente al honor de las víctimas de acciones terroristas, por el hecho de serlo, y que en último término supone un ataque a su dignidad humana, violada con el menosprecio que supone el comportamiento querido, directa o indirectamente, por el sujeto activo”*; señalando además que *“no precisa de la difusión pública, [...] se consume con la simple recepción efectiva de la ofensa por la víctima del terrorismo que sufre un acto humillante o despreciativo que sea a tal fin idóneo, subjetiva y objetivamente”*³³⁸. Estamos también ante una conducta necesariamente activa y que requiere, a diferencia del enaltecimiento, un componente de idoneidad. En este caso, los actos de desprecio hacia las víctimas del terrorismo o sus familiares han de ser idóneos, subjetiva y objetivamente, para afectar a su honor y

³³⁷ Esta postura interpretativa ha conllevado la condena por conductas de evidente inocuidad, lo que ha supuesto una lamentable quiebra de los principios que rigen -o deberían regir- el Derecho Penal. Así, se ha llegado al extremo de condenar a una persona a un año de prisión y siete de inhabilitación absoluta simplemente por pintar con un rotulador el anagrama de ETA en una marquesina de la parada del autobús (SAN 3/2015, de 3 de febrero) o en la fachada de un inmueble (SAN 17/2015, de 1 de julio). Las mismas penas fueron impuestas por la SAN 26/2015, de 18 de septiembre, a un individuo por pegar en una pared una pegatina de unos 10 x 6 cm. que contenía el anagrama de dicha organización terrorista.

³³⁸ STS 752/2012, de 3 de octubre (FJ 3.º).

dignidad³³⁹. Respecto del sujeto pasivo que ve herida su dignidad como víctima de un delito de terrorismo, o familiar de aquélla, como consecuencia de los actos de descrédito, menosprecio o humillación, la STS 656/2007, de 17 de julio, estableció un concepto restrictivo de víctimas o familiares³⁴⁰ a los efectos de la aplicación de este delito al indicar que *“serían víctimas "directas" las personas que sufran lesiones corporales graves o daños graves en su salud física o mental como consecuencia de cualquier delito terrorista; y en caso de muerte, a título de víctimas "indirectas" diversos familiares (cónyuge o persona que viniera conviviendo con el fallecido de forma permanente, hijos o padres, según los casos)”*³⁴¹. Asimismo, la STS 846/2015, de 30 de diciembre, aclara que no se exige un ánimo específico de intentar humillar a las víctimas como un elemento añadido al dolo genérico, sino que *“basta con conocer el carácter objetivamente humillante y vejatorio de las expresiones consideradas aislada y contextualmente, y asumirlo y difundirlo haciéndolo propio. [...] Basta un dolo genérico”*³⁴².

³³⁹ Lo que no se exige es que se trate de una ofensa que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sea tenida en el concepto público por grave, como sí se exige respecto del delito de injurias en el art. 208 CP.

³⁴⁰ Resulta muy acertada la crítica de CARBONELL MATEU respecto de los problemas que plantea la falta de delimitación del ámbito de parentesco exigible a efectos de tipificación de este delito, por la inseguridad jurídica que aquéllo puede conllevar; CARBONELL MATEU, J.C., «Crítica a los sentimientos como bien jurídicopenal: El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas “más allá de la provocación y la injuria”», en *Terrorismo, Sistema Penal y Derechos Fundamentales*, Alonso Rimo (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2018 p. 343.

³⁴¹ STS 656/2007, de 17 de julio (FJ 4.º). Este argumento fue utilizado por dicha sentencia para confirmar la absolución del grupo musical “Soziedad Alkoholika” del delito de humillación de las víctimas del terrorismo del que habían sido acusados, puesto que las letras de sus canciones se referían a la actuación de determinados miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la prevención de atentados terroristas, pero no lesionaban la dignidad ni el honor de las víctimas del terrorismo o sus familiares.

³⁴² STS 846/2015, de 30 de diciembre (FJ 4.º). En el mismo sentido pueden verse, entre otras, las SsTS 820/2016, de 2 de noviembre; y 948/2016, de 15 de diciembre.

2.2. Legitimación constitucional: la STC 112/2016, de 20 de junio

Aquella solución interpretativa estrictamente literal encontraba difícil encaje en nuestro marco constitucional y suponía, sin duda, una vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión que no podía resultar legítima, ni siquiera para hacer frente al fenómeno del terrorismo. Por fortuna, esta situación cambió gracias a la STC 112/2016, de 20 de junio, en la cual el Tribunal Constitucional analizó el conflicto existente entre la libertad de expresión y el delito de enaltecimiento del terrorismo (no así respecto de la figura de la humillación de las víctimas, cuya constitucionalidad no fue puesta en duda), dando paso a una nueva línea interpretativa de este tipo penal. Este Tribunal comienza su fundamentación destacando tanto el carácter preeminente que tiene el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, como su carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, como sucede, por ejemplo, con aquellas expresiones que son manifestación del llamado «*discurso de odio*» y que cabe interpretar como incitaciones a la violencia, discriminación contra colectivos, etc.

Para analizar dicho conflicto, el Tribunal Constitucional trae a colación la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en la que se analiza la constitucionalidad de los tipos penales referidos a la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio y se establece la doctrina de que solo puede ser constitucional la punición de las conductas de justificación del genocidio cuando constituyan una incitación, aún indirecta, a la comisión de nuevos delitos³⁴³. La STC 112/2016, de 20

³⁴³ Así, la STC 235/2007, de 7 de noviembre (FJ 9.º), sostiene que *"la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de*

de junio, acude, asimismo, al art. 5 del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005³⁴⁴, y al art. 3.1.a) de la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008)³⁴⁵, y concluye que para que el delito de enaltecimiento del terrorismo sea compatible con el estándar del derecho a la libertad de expresión, debe imponerse la siguiente exigencia: *“la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de*

nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio”. El Tribunal Constitucional realizaba así una interpretación para salvar la legítimidad constitucional de la conducta de justificación del genocidio. Sin embargo, respecto del delito de negación del genocidio, dicha sentencia declara su inconstitucionalidad precisamente por carecer de ese elemento de incitación en su tipificación, puesto que estima que solo los actos de justificación del genocidio pueden operar como una incitación indirecta a la comisión de delitos.

³⁴⁴ El art. 5 de dicho Convenio establece lo siguiente: *“1. A los efectos del presente Convenio, se entenderá por «provocación pública para cometer delitos terroristas» la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas, cuando ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, cree peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos. 2. Cada Parte adoptará las medidas necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, la provocación pública para cometer delitos terroristas tal como se define en el apartado 1, cuando se cometa ilegal e intencionadamente”.*

³⁴⁵ Tras la referida modificación, el art. 3.1.a) de la Decisión Marco 2002/475/JAI dispone que se entenderá por provocación a la comisión de un delito de terrorismo *“la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos”.*

libertades”³⁴⁶. De este modo, el Tribunal Constitucional legitima la punición de este tipo penal, declarando que no infringe la libertad de expresión, al considerarlo una forma del «*discurso de odio*» y recuerda que nuestra Constitución no ampara la difusión de mensajes o expresiones que inciten o justifiquen el odio basado en la intolerancia, o que alienten o promuevan el uso de la violencia para imponer criterios propios.

Los magistrados introducen un nuevo criterio a valorar a la hora de decidir si un mensaje incurre en un delito de enaltecimiento del terrorismo, puesto que además de implicar una incitación, incluso indirecta, a la comisión de nuevos delitos de terrorismo, habrá de tratarse de una conducta que, desde una perspectiva *ex ante*, aumente el riesgo de que se produzcan tal clase de delitos, sin que sea necesario que lleguen a cometerse, pues estamos ante un delito de peligro y no de resultado. Con la tipificación de este delito se procura evitar la creación de un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, que aumente la probabilidad de que resurja o aumente la violencia terrorista. No obstante, pese a sentar esta importante doctrina jurisprudencial, la sentencia termina denegando el amparo solicitado por el recurrente al entender que su conducta no podía ser considerada como un legítimo ejercicio de este derecho, por tratarse de una expresión de odio basado en la intolerancia y

³⁴⁶ Más adelante, esta sentencia (FJ 3.º y 4.º) recuerda que “*es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que podría resultar justificada una limitación de la libertad de expresión cuando pueda inferirse que dichas conductas supongan un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito (por ejemplo, STEDH de 2 de octubre de 2008, as. Leroy v. France, § 43), bien sea como apoyo moral a la actividad -mediante el enaltecimiento de la propia actividad- [...] o como apoyo moral a la ideología a través de la loa a quienes desarrollan esa actividad -mediante el enaltecimiento de sus autores-...*”.

manifestado a través de un nacionalismo agresivo, con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros individuos³⁴⁷.

La antedicha sentencia cuenta con un importante voto particular formulado por Juan Antonio Xiol Ríos. Aunque este magistrado muestra su acuerdo con la opinión mayoritaria de considerar que aquellas acciones o conductas que inciten, aún de forma indirecta, a la violencia no deben quedar amparadas por la libertad de expresión, advierte que el Tribunal debería haber realizado un estudio más profundo de los elementos que posibilitan la represión penal de conductas de ensalzamiento o justificación de la violencia terrorista desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, puesto que en este caso no concurrían dichos elementos. Entre otras razones, Xiol Ríos aduce al factor del contexto en el que se difunde el mensaje, afirmando que *“otro de los elementos que han sido relevantes en las valoraciones realizadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es que la conducta desarrollada coincidiera en el tiempo con actos terroristas [...] o que se acreditara un contexto de violencia en que esa manifestación hubiera tenido alguna influencia”*³⁴⁸.

2.3. Divergencias interpretativas: jurisprudencia actual

Con el paso del tiempo ha ido asentándose aquella interpretación constitucional y actualmente se exige su aplicación en

³⁴⁷ Afirma que en este supuesto hubo una instigación a la violencia, concluyendo (FJ 6.º) que *“incitar supone siempre llevar a cabo una acción que ex ante implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta. Desde esta última perspectiva, acciones como las que nos ocupan crean un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo...”*.

³⁴⁸ Este magistrado trae a colación diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las que se tuvo en cuenta como un factor esencial el hecho de que la conducta desarrollada no coincidiera en el tiempo con actos terroristas. Cita las siguientes: SsTEDH de 25 de noviembre de 1997, as. Zana c. Turquía, § 56; y de 2 de octubre de 2008, as. Leroy c. Francia, § 45.

todos los procedimientos judiciales en que se enjuicia una conducta de enaltecimiento del terrorismo³⁴⁹. No obstante, ello no ha implicado la existencia de una jurisprudencia uniforme en esta materia, sino que la exigencia de determinados requisitos para entender que concurre este delito ha ido variando durante los últimos años, especialmente respecto de la cuestión de si basta con alabar a los miembros de una organización terrorista o debe exigirse una finalidad concreta de promover la comisión de nuevos delitos, así como de la importancia que debe otorgarse al contexto en el que se difunde el mensaje de loa al terrorismo³⁵⁰.

En cuanto a la finalidad con la que actúa el autor al proferir el mensaje, las SsTS 4/2017, de 18 de enero (caso César Strawberry), y 79/2018, de 15 de febrero (caso Valtòny) defendieron que no ha de confundirse el dolo y el móvil del autor, puesto que el art. 578 solo exige el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo. En otras palabras, tener plena conciencia y voluntad de

³⁴⁹ Aunque el Tribunal Constitucional había establecido aquella interpretación del primer inciso del art. 578 CP, no fueron pocas las resoluciones judiciales que obviaron la necesidad de que concurriese un elemento de riesgo para poder dictar una sentencia condenatoria. *Vid.*, por ejemplo, la SAN 29/2016, de 8 de noviembre, o la STS 706/2017, de 27 de octubre.

³⁵⁰ Aunque en este texto se analiza de forma muy breve el tipo penal de humillación de las víctimas del terrorismo, debido a que su tipificación no presentaba tales dudas de constitucionalidad, no podemos pasar por alto que también hemos sido de testigos de sentencias dictadas por su comisión que han recibido severas críticas de nuestra doctrina más especializada. El más llamativo es, sin duda alguna, el caso de Cassandra Vera, joven universitaria que, entre los años 2013 y 2016, publicó en su perfil de Twitter doce chistes de humor negro sobre el atentado que terminó con la vida del Almirante Carrero Blanco en 1973. Fue condenada por la SAN 9/2017, de 29 de marzo, a las penas de un año de prisión y siete años de inhabilitación absoluta, para ser finalmente absuelta por la STS 95/2018, de 26 de febrero. Resulta muy interesante, asimismo, la lectura de la SAN 20/2016, de 18 de julio, y la STS 4/2017, de 18 de enero, que conocieron del caso de César Strawberry, el cual, pese a ser en principio absuelto por la Audiencia Nacional del delito de enaltecimiento del terrorismo y de humillación de sus víctimas del que venía siendo acusado, fue finalmente condenado por el Tribunal Supremo.

que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista, por lo que resultaba indiferente que los acusados no realizasen una defensa o justificación de los actos violentos desarrollados por una organización terrorista y que tampoco pretendiesen promover la comisión de nuevos delitos de terrorismo³⁵¹. Por el contrario, la STS 378/2017, de 25 de mayo, sustentando su argumentación en la Directiva (UE) 2017/541, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo³⁵², entiende que dado que el tipo penal acude a juicios de valor, cabe reclamar lo que denomina «*elemento tendencial*», aunque éste no venga expresado en la literatura del precepto penal. De este modo, el dolo del autor debe abarcar la necesaria situación de riesgo, por lo que es imprescindible que el órgano judicial acredite que su finalidad o intención ha sido precisamente incitar o provocar, aún de forma indirecta, la comisión de nuevos delitos de terrorismo, y que su comportamiento ha sido idóneo para crear una situación de riesgo para los bienes jurídicos protegidos, aunque dicho riesgo haya de entenderse en abstracto, no referido a un concreto delito de terrorismo³⁵³. El mismo razonamiento puede verse

³⁵¹ Así, la referida STS 4/2017, de 18 de enero (FJ 3.º), concluye que “*la afirmación de que César Montaña no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y de que tampoco buscaba desprestigiar a las víctimas, es absolutamente irrelevante en términos de tipicidad. La estructura típica del delito previsto en el art. 578 del CP no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de resolver las diferencias políticas [...]; basta con la reiteración consciente de esos mensajes a través de una cuenta de Twitter, para descartar cualquier duda acerca de si el autor captó con el dolo los elementos del tipo objetivo*”.

³⁵² La Directiva 2017/541 ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero. Puede verse un estudio de cómo afecta la entrada en vigor de dicha Directiva a la aplicación e interpretación del art. 578 CP en MUÑOZ CUESTA, J., «Interpretación del enaltecimiento de terrorismo conforme a la Directiva UE 2017/541, de 18 de marzo», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, 2017.

³⁵³ De esta forma, la STS 378/2017, de 25 de mayo (FJ 2.º), destaca “*la relevancia a efectos de tipificación, como cuestión de legalidad ordinaria, pero bajo exigencias constitucionales, de la acreditación de con qué finalidad o motivación se ejecutan los*

en otras resoluciones recientes como las SsTS 560/2017, de 13 de julio; 600/2017, de 25 de julio; y 52/2018, de 31 de enero.

Respecto del contexto, elemento sobre el que ya se había incidido en el voto particular formulado a la STC 112/2016, de 20 de junio, podemos observar que un grupo de sentencias considera irrelevante el hecho de que los mensajes de exaltación de ciertas organizaciones terroristas (principalmente, ETA y GRAPO) se hubiesen difundido cuando aquéllas estaban inactivas y, al menos aparentemente, desaparecidas. Pueden volver a citarse a tal efecto los casos de Strawberry y Valtónyc, así como otros supuestos relacionados con el mundo de la música como el del grupo de rap “La Insurgencia” y el del músico y poeta Pablo Hasél. La SAN 34/2017, de 4 de diciembre, conoció del caso de “La Insurgencia”³⁵⁴ y, en referencia al contexto, llega a reconocer que *"tanto la organización terrorista GRAPO como ETA, aparte de prácticamente desmanteladas e inoperantes en los últimos años, no han desplegado actividad de esa índole a la fecha de los hechos, y sin que, tal como destacó algún acusado, se hayan reactivado con motivo de los contenidos alusivos a ambas en las canciones, lo que pudiera descartar cualquier rasgo de interferencia para el resurgir de una y otra organización terrorista a sus inherentes*

actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado. Por más que tal riesgo haya de entenderse en abstracto como «aptitud» ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo...”. Asimismo, advierte que “una cosa es proclamar, incluso vociferar, lo que el sujeto «siente», es decir sus deseos o emociones, exteriorizándolos a «rienda suelta» y otra cosa que tal expresión se haga, no para tal expresión emotiva, sino, más allá, para la racional finalidad de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, mueva a otros a cometer delitos de terrorismo”.

³⁵⁴ Los miembros de “La Insurgencia” fueron condenados por la comisión de un delito de enaltecimiento del terrorismo al estimar la SAN 34/2017, de 4 de diciembre, que el contenido de sus canciones, publicadas en You Tube entre los años 2014 a 2016, ensalzaba de una manera casi sistemática a los GRAPO, manteniendo una tónica subversiva frente al orden constitucional democrático.

*actividades de esa índole, alentadas por el proceder de los acusados*³⁵⁵. A pesar de admitir aquéello, advierte que el riesgo ha de entenderse en abstracto, por lo que entiende que aquel contexto no provoca la atipicidad de los hechos. Es decir, aunque las canciones de aquel grupo de rap elogiaban a los miembros de los GRAPO y, en menor medida, de ETA, grupos terroristas que llevaban años sin ejercer la violencia armada, la Audiencia Nacional estima que aquel hecho no convierte en atípica la conducta desplegada por sus autores³⁵⁶.

En cambio, otras sentencias han reconocido una gran importancia a la inexistencia de un contexto de violencia terrorista relacionado con ETA y GRAPO. En este sentido, podemos volver a acudir a la STS 378/2017, de 25 de mayo, que recoge como hechos a valorar para fundamentar la absolucióndel acusado los siguientes: *“a) inexistencia de un contexto de violencia terrorista relacionado con los «Grapo». Esta organización desapareció hace años y no comete atentados; b) las publicaciones que se atribuyen al acusado, en el año 2012, no coincidían con acciones de esta organización terrorista...*³⁵⁷.

³⁵⁵ SAN 34/2017, de 4 de diciembre (FJ 5.º).

³⁵⁶ Respecto de la acreditación de la situación de riesgo, la sentencia (FJ 5.º) sostiene que sus canciones pueden influir en las decisiones de aquellos que sean jóvenes, no posean un conocimiento cabal de los acontecimientos terroristas, o se encuentren en situaciones de desesperación por su precariedad económica, e indica que *“son determinados espectros sociales los más significados en las estrofas, como digno de ataques, dando incluso ideas de cómo llevarlos a cabo (impuestos revolucionarios, quemar cajeros, contra banqueros, de partidos políticos etc.). Se produce un doble efecto pues se señala a determinados ámbitos de la sociedad, y estos, pueden quedar en una posición débil por ser los identificados, a la par que aniden cierto temor”*. En el caso de Pablo Hasél, condenado por la SAN 3/2018, de 2 de marzo, los magistrados tampoco tuvieron en cuenta el contexto de ausencia de violencia terrorista en el que fueron difundidos sus mensajes. Consideraron un factor determinante de que su conducta había creado un riesgo real para la seguridad ciudadana, el hecho de que un particular hubiese denunciado sus publicaciones por considerar que eran delictivas. Además, aludieron a sus antecedentes penales por enaltecimiento del terrorismo, indicando que su comportamiento no se circunscribía a un mensaje concreto o una conducta ocasional, sino que obedecía a una trayectoria continuada.

³⁵⁷ STS 378/2017, de 25 de mayo (FJ 2.º).

Por su parte, la SAN 12/2017, de 21 de marzo, que conoció del procedimiento judicial que se llevó a cabo contra el abogado Arkaitz Terrón³⁵⁸, tuvo también en cuenta el factor contextual al declarar que *“en el examen de conductas incriminadas como enaltecedoras o justificadoras del terrorismo ha de tenerse en cuenta, aquí lo ponemos de manifiesto, que el fenómeno del terrorismo local (frente al de alcance internacional) cuyo protagonista era ETA se ha transformado de manera radical antes de la emisión de los mensajes, pues la organización terrorista ha abandonado desde hace más de cinco años la realización de actividades armadas, y se encuentra en fase de liquidación”*³⁵⁹.

Aunque ha habido alguna otra resolución judicial que ha seguido esta última línea interpretativa³⁶⁰, las últimas sentencias a las

³⁵⁸ Arkaitz Terrón fue absuelto del delito de enaltecimiento del terrorismo del que había sido acusado. Cabe destacar que en el análisis del riesgo creado por la conducta del acusado, la SAN 12/2017, de 21 de marzo (FJ 2.º), señala que *“la mejor demostración de la ausencia de riesgo alguno es que los tuits solo fueron detectados cuando los investigadores policiales realizaron prospecciones en la red social, que se convirtieron en destinatarios de los mensajes. Por lo tanto, no habían tenido impacto alguno en la opinión pública”*. El fallo absolutorio dictado por la Audiencia Nacional fue confirmado por la STS 52/2018, de 31 de enero.

³⁵⁹ Continúa indicando esta sentencia (FJ 2.º) que *“este es un dato que ha empleado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para juzgar la idoneidad de expresiones de incitación a la violencia terrorista (confrontar STEDH Sürek contra Turquía 8.7.1999, donde existía un conflicto violento, y Jersild contra Dinamarca, 23.9.1994, en un contexto de paz; también en Leroy contra Francia, ya citada, se tuvo en cuenta que la publicación de una viñeta humorística sobre el atentado del 11/S, el día siguiente del suceso, se hizo en un semanario de la región vasco-francesa, en proximidad con el espacio de actuación de ese tipo de terrorismo, donde el mensaje podría incitar a la violencia)”*.

³⁶⁰ En este sentido, la STS 646/2018, de 14 de diciembre (FJ único), para dictimar que las expresiones de exaltación del terrorismo de ETA proferidas por el acusado no debían ser objeto de reproche penal, aduce a su escasa difusión y al leve impacto causado, así como a la circunstancia de que *“la llamada a la acción no es real, no es seria, en la medida en que la apelación se hace a organizaciones terroristas, felizmente, desaparecidas”*. Asimismo, la reciente SAN 2/2019 de 17 de enero (FJ 3.º), que conoce de otro caso más de ensalzamiento de la organización terrorista ETA, tiene en cuenta en favor de dictar una sentencia absolutoria, que el escaso número de mensajes del acusado, realizados entre los años 2012 a 2015, *“son publicados cuando*

que haremos referencia provienen de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional y tienen una gran importancia porque, optando por una postura intermedia, otorgan relevancia al elemento contextual, pero no con la consecuencia de absolver a los acusados, sino de atenuar su responsabilidad penal. Se trata de las SsAN 5/2018, de 14 de septiembre, y 6/2018, de 18 de septiembre, que conocieron de los recursos de apelación interpuestos por Pablo Hasél y los miembros del grupo “La Insurgencia”, respectivamente. En ambas resoluciones se volvió a incidir sobre el contexto en el que fueron difundidos sus mensajes y canciones, recordando que los actos terroristas objeto de elogio en sus publicaciones fueron realizados en un entorno de entre cinco y veinte años antes. Asimismo, se destaca que en España se han producido un sin fin de actos terroristas de naturaleza muy diversa (ETA, GRAPO, Resistencia Galega, insurreccionalismo GAP, y más recientemente del Yihadismo) y, que, en concreto, el último gran atentado mortal ha ocurrido en Cataluña, en agosto de 2017, costando la vida a quince personas. No obstante, a diferencia de las sentencias de instancia, la Sala de Apelación se plantea si existen causas que deban atenuar la responsabilidad penal de los recurrentes y dictamina de forma afirmativa que debe aplicarse el art. 579 bis.4³⁶¹ para rebajar en dos grados las penas que le habían sido impuestas tanto a Pablo Hasél como a los miembros de “La Insurgencia”. Para ello, los magistrados tienen en cuenta que ETA y GRAPO llevan un tiempo importante sin realizar acciones terroristas, por lo que se ve muy reducida la posibilidad de que las mismas resurjan o vuelvan a cometer atentados a

dicha banda se encontraba ya inactiva”.

³⁶¹ El art. 579 bis.4 CP dispone que “*los jueces y tribunales, motivadamente, atendiendo a las circunstancias concretas, podrán imponer también la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en este Capítulo para el delito de que se trate, cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido*”.

consecuencia de la conducta de los recurrentes. Pese a ello, advierten que un gran número de delitos cometidos por aquellos grupos terroristas aún están pendientes de esclarecimiento y que la multitud de personas que fueron víctimas de sus atentados aún deben soportar el sufrimiento que les ha supuesto para sus vidas y las de sus familiares. Es decir, ambas sentencias estiman que el desvalor de la acción no desaparece por el hecho de que aquellas organizaciones terroristas no hayan ejercido la violencia durante estos últimos años, pero sí que se ve reducido, ya que el riesgo abstracto que ocasiona la conducta de los recurrentes al ensalzar a este tipo de bandas terroristas que han sido prácticamente desmanteladas y cuya capacidad de actuación es escasa, es menor que cuando se enaltece o justifica la actuación de actividades terroristas que están presentes en nuestra sociedad, como es el caso del terrorismo yihadista³⁶².

Aunque las sentencias que hasta ahora se han mencionado versaban sobre supuestos de enaltecimiento del terrorismo interno o nacional, la evolución jurisprudencial que se ha descrito brevemente en este texto ha repercutido también en el enjuiciamiento del ensalzamiento del terrorismo yihadista³⁶³. Así pues, las resoluciones

³⁶² Así, la SAN 6/2018, de 18 de septiembre (FJ 5.º), señala que *“si bien es cierto que, en el presente momento, ese padecimiento y miedo se han visto ostensiblemente reducidos, no puede de ninguna forma olvidarse que tal organización terrorista no se ha disuelto y que una parte considerable de sus delitos aún están pendientes de esclarecimiento, a la vez que se alude al sufrimiento de las innumerables víctimas y de sus familiares, a quienes no sólo el Estado y la ley debe amparar y reconocer, sino procurar su respeto y bienestar. Mas entendemos que [...] el desvalor de la acción cuando se alude a este tipo de bandas terroristas que han sido, como se ha dicho prácticamente desmanteladas, y que su capacidad de actuación es mínima, es menor que cuando se justifica o sublima la actuación de actividades terroristas que están presentes en nuestra sociedad, como es el caso del yihadismo, que ha causado la muerte de quince personas no hace más de un año”*.

³⁶³ Ha de advertirse que, como señala la STS 556/2006, de 31 de mayo, el propio significado de 'yihad' no es siempre y necesariamente violento, sino que, para que estemos ante un hecho delictivo, al mencionar la yihad, ha de precisarse que se alude

judiciales dictadas por enaltecimiento del terrorismo yihadista, cuyas cifras son mucho menores que respecto del terrorismo interno o nacional³⁶⁴, han adaptado sus argumentaciones a los cambios jurisprudenciales que se han producido en esta materia, exigiendo, en un primer momento, solamente la manifestación pública de un mensaje de exaltación o justificación del terrorismo o de sus miembros, hasta requerir, tras la referida la STC 112/2016, de 20 de junio, la concurrencia de una incitación, aún indirecta, a la perpetración de nuevos actos de violencia terrorista y la creación de un riesgo abstracto de que vayan a cometerse tales actos en el futuro³⁶⁵. Lo que parece inviable es la apreciación de la atenuante del art. 579 bis.4 CP a estos supuestos de apoyo indirecto al yihadismo radical, al menos con base en los motivos aducidos por las últimas sentencias que han acudido a dicho artículo para rebajar las penas aplicables, pues, como hemos visto, el principal fundamento de la atenuación en aquellos supuestos consistía en que los mensajes controvertidos habían sido difundidos en un contexto de ausencia de violencia terrorista relacionado con aquellos

a su acepción de guerra contra todos aquellos que no compartan sus creencias, sus prácticas religiosas y su forma de vida en cualquier parte del mundo.

³⁶⁴ De acuerdo a los datos proporcionados por Amnistía Internacional en su informe titulado "*Tuitea... si te atreves. Cómo las leyes antiterroristas resitringuen la libertad de expresión en España*" (marzo de 2018, p. 15), entre 2011 y 2017, el 92% de las personas procesadas en aplicación del art. 578 fueron acusadas de enaltecimiento de grupos armados internos, no extranjeros, como ETA y GRAPO, y de humillar a sus víctimas. En el mismo periodo, se dictaron solo 14 de un total de 117 sentencias en relación con el enaltecimiento de grupos armados extranjeros, como el grupo que se autodenomina Estado Islámico.

³⁶⁵ Resulta interesante a tal efecto la lectura de la STS 221/2017, de 29 de marzo, la cual confirma la condena impuesta a un sujeto que había publicado a través de su perfil de Facebook una serie de imágenes y expresiones de loa a la existencia y fines del ISIS, y en las que también elogiaba el adiestramiento de niños y hacía sorna de un ejecutado por espionaje. Asimismo, puede verse la aplicación de la doctrina constitucional en la STS 354/2017, de 17 de mayo, que analiza un supuesto de difusión en Internet de una gran cantidad de mensajes de contenido yihadista radical y en defensa de los fines del Estado Islámico, así como en la STS 72/2018, de 9 de febrero, la cual, en atención a dicha doctrina, acaba absolviendo al acusado. *Vid.* también la reciente STS 47/2019, de 4 de febrero.

grupos criminales a los que se ensalzaba, lo que, obviamente, no puede predicarse de las organizaciones yihadistas, que actualmente continúan ejerciendo su violencia terrorista tanto en España como en otros muchos países.

3. BREVE CRÍTICA A SUS CONSECUENCIAS PENOLÓGICAS

Finalmente, en este texto se hace una breve referencia a las consecuencias penológicas derivadas de la aplicación del art. 578 CP. Una vez admitida la legitimación constitucional de este delito, resta preguntarnos si aquellas expresiones o manifestaciones que no resultan amparadas por la libertad de expresión y que, cumpliendo los criterios jurisprudenciales, deben ser objeto de sanción penal, merecen ser castigadas con una pena de prisión. A tal efecto hemos de comenzar indicando que parte de nuestra doctrina critica severamente que este delito se castigue con pena de prisión, ya que considera que aquéllo supone una flagrante vulneración del principio de proporcionalidad que debe regir en la aplicación de las penas³⁶⁶. Asimismo, hemos de hacer hincapié en el segundo apartado del referido artículo, el cual recoge una agravación automática de las penas que se aplica cuando los mensajes son difundidos a través de los medios de comunicación o de Internet³⁶⁷. Aunque se tiene en cuenta el hecho de que estos mensajes pueden

³⁶⁶ Así, por ejemplo, COMAS D'ARGEMIR defiende que *"todos los delitos de opinión, caso de condena, no deberían nunca comportar la imposición de penas de prisión y si únicamente las de multa. Nadie debería ingresar en prisión por estos delitos"*; COMAS D'ARGEMIR, M., «El conflicto entre la libertad de expresión y los delitos de opinión», en *Boletín Límites a la libertad de expresión, Juezas y jueces para la democracia*, 2018, p. 14.

³⁶⁷ El art. 578.2 CP dispone que *"las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, Internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información"*.

llegar a un gran número de personas de forma instantánea y perdurar en el tiempo, produciéndose un riesgo cada vez mayor de que el terrorismo encuentre un fuerte apoyo o de que las víctimas de los actos terroristas vean aumentado aún más su sufrimiento; lo cierto es que este apartado, que debía constituir una agravación del tipo básico, terminará por convertirse, *de facto*, en el tipo genérico de este delito, ya que la inmensa mayoría de los casos de enaltecimiento del terrorismo o de humillación de sus víctimas que llegan a nuestros tribunales son detectados a través de Internet y, en concreto, de las redes sociales³⁶⁸. Esta circunstancia adquiere aún mayor relevancia si tenemos en cuenta que esta agravación automática conlleva que la pena de prisión que se impondrá por la comisión de este delito tendrá una duración mínima de dos años y un día, lo que veda la posibilidad de que el condenado solicite la suspensión de la ejecución de su pena de prisión de conformidad con lo dispuesto en el art. 80 CP, que prevé como una de las condiciones necesarias para dejar en suspenso su ejecución, que la pena o la suma de las penas impuestas no sea superior a dos años. Esto sucederá incluso aunque el condenado carezca de antecedentes penales.

Es cierto que el antes mencionado art. 579 bis. 4 CP permite una rebaja de la pena en uno o dos grados cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido, lo que puede conllevar la atenuación de la pena de prisión impuesta, paliando así, en parte, la desproporción que conlleva la aplicación del art. 578.2 CP. No obstante, no podemos olvidar que la imposición de una pena de prisión, aunque sea objeto de suspensión,

³⁶⁸ Puede verse un excelente estudio del impacto que han supuesto las redes sociales y, en particular, Twitter para la difusión de mensajes extremistas y de odio, entre los que se encuadran los tipos penales del art. 578 CP, en MIRÓ LLINARES, F., *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho Penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

puede acarrear abundantes perjuicios para el condenado, no solo jurídicos, sino también sociales, familiares y laborales³⁶⁹. Es por ello que, atendiendo a la gravedad de las conductas recogidas en el art. 578 CP, parecería más razonable que este delito se castigase únicamente con una pena de multa o, en su caso, que se previesen ambas penas de forma alternativa, de manera que los tribunales pudiesen optar por una u otra en función de la gravedad de los hechos³⁷⁰.

Aunque en este caso nos estamos refiriendo a las responsabilidades penales que impone nuestro Código Penal a los enaltecedores del terrorismo que sean mayores de edad, debemos tener presente que en el caso de los menores entre 14 a 18 años, las consecuencias que pueden tener para ellos elogiar o ensalzar a grupos terroristas o sus miembros pueden ser incluso más gravosas que para

³⁶⁹ En este sentido, MIRA BENAVENT señala que aunque pueda afirmarse que las penas de prisión que se imponen por la comisión de este delito son moderadas y normalmente no conducen a la entrada en prisión, no podemos obviar *"la experiencia estigmatizadora que supone ser juzgado y condenado por un tribunal de excepción que normalmente se enfrenta con gravísimos delitos de auténtico terrorismo, narcotráfico o corrupción política, y además de sufrir también otras consecuencias penales que lleva aparejado el fallo condenatorio a una pena de prisión (antecedentes penales, pago de costas procesales...)"*. MIRA BENAVENT, J., «El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional», en *Terrorismo, Sistema Penal y Derechos Fundamentales*, Alonso Rimo (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2018, p. 321.

³⁷⁰ Por otra parte, de conformidad con el art. 579 bis.1 CP, las conductas tipificadas en el art. 578 se castigan siempre con las penas de inhabilitación absoluta e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en los ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, puesto que el referido art. 579 bis.1 se aplica a todo el capítulo que regula los delitos de terrorismo en nuestro Código Penal, lo que, como recuerda BOLDOVA PASAMAR, *"convierte a todos los del indicado capítulo en delitos graves (art. 13.4), aun cuando en algunos de ellos la pena de prisión no excede de cinco años"*, como sucede precisamente con el enaltecimiento del terrorismo; BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Consecuencias sancionadoras de la radicalización terrorista de los menores de edad y su adecuación al perfil de jóvenes infractores», en *Terrorismo, Sistema Penal y Derechos Fundamentales*, Alonso Rimo (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2018, p. 690.

los mayores de edad, puesto que la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, establece en su art. 10.2 que cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los arts. 571 a 580 CP, el Juez impondrá a los menores infractores una medida de internamiento en régimen cerrado que tendrá una duración mínima de un año, pudiendo llegar hasta los cinco u ocho años, en función de la edad de aquéllos³⁷¹. Se trata de una medida que, como opina BOLDOVA PASAMAR, relega *"la prevención especial correctora que debe presidir el Derecho Penal juvenil y que se sitúa en la órbita de aplicación del art. 25.2 CE (en lo que afecta al mandato de reeducación y reinserción social de los menores infractores), en aras de las exigencias de la retribución por el delito cometido y de la prevención general intimidatoria"*³⁷².

³⁷¹ Dicho artículo dispone que en tal caso *"el Juez deberá imponer las siguientes medidas: a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años; b) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años"*.

³⁷² BOLDOVA PASAMAR, M.A., Consecuencias sancionadoras... cit., p. 688. Asimismo, este autor resalta la preocupante vulneración del principio de proporcionalidad que se produce debido a que para esta Ley todos los delitos de terrorismo son iguales, independientemente de su gravedad, aplicándose a todos ellos las medidas de internamiento en régimen cerrado e inhabilitación absoluta, cuando lo cierto es que *"el internamiento se tendría que utilizar tan solo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que procediera [...] Es decir, la ley no diferencia entre el atentado terrorista que causa la muerte de personas y el enaltecimiento del terrorismo, por ir de lo más grave a lo menos grave de los delitos deterrorismo, dando lugar siempre a las mismas consecuencias jurídicas, que únicamente se modulan en cuanto a su extensión"* (pp. 689-670).

TERRORISMO, RELIGIÓN Y DERECHOS CONSTITUCIONALES: JAPÓN ANTE LA VIOLENCIA DE LA SECTA *AUM SHINRIKYŌ*

Juan Luis López Aranguren

Profesor Ayudante Doctor

Universidad de Zaragoza

1. Los inicios históricos de la secta *Aum Shinrikyō*. 2. La dimensión político-comunicativa del grupo: del reconocimiento legal religioso a la creación de un partido político. 3. El inicio de la actividad terrorista de *Aum Shinrikyō*. 4. El ataque terrorista con gas sarín de marzo de 1995 contra el metro de Tokio y su impacto en la sociedad japonesa. 5. Las consecuencias jurídicas y mediáticas de los atentados terroristas. 6. Conclusiones.

1. LOS INICIOS HISTÓRICOS DE LA SECTA *AUM SHINRIKYŌ*

La secta apocalíptica *Aum Shinrikyō* (オウム真理教) fue fundada por el monitor de yoga Shoko Asahara (1955-2018) (麻原 彰 晃 *Asahara Shōkō*)³⁷³ en 1984. El nombre original de Asahara era Chizuo Matsumoto (松本 智津夫), pero lo modificó cuando fundó su grupo religioso. La vida de Asahara fue particular, lo que puede explicar la deriva radical que tomó cuando logró acceso a un grupo social de seguidores de sus clases de yoga: Asahara, que tuvo seis hermanos, nació en la ciudad de Yatsushiro, en la prefectura de Kumamoto (en la isla de Kyushu) en una familia humilde de

³⁷³ En japonés, al igual que en chino, es habitual que a la hora de referirse a un individuo se anteponga el apellido al nombre como forma de respeto. En este caso, *Shōkō* sería el nombre y *Asahara* el apellido.

fabricantes de tatamis. Sufrió glaucoma lo que le llevó a perder parcialmente la visión y fue admitido en una escuela especial para personas con discapacidad visual donde desarrolló un comportamiento violento y acosador contra sus compañeros.³⁷⁴

Tras graduarse en 1975 en acupuntura y medicina tradicional china (una ocupación habitual para las personas discapacitadas)³⁷⁵ trató sin éxito de ser admitido en una facultad de medicina. Tras este fracaso, se mudó a Chiba, cerca de Tokio, donde abrió una tienda de hierbas medicinales, trabajó en una clínica de acupuntura y contrajo matrimonio. En 1982 fue arrestado por la venta de medicamentos falsos y su negocio entró en bancarrota. Durante este periodo se unió a un movimiento religioso de reciente creación (1954) llamado *Agon Shū* (阿含宗) que mezclaba elementos de diferentes corrientes budistas (incluyendo el budismo tibetano esotérico) y utilizaba técnicas comunicativas modernas como campañas publicitarias, producciones audiovisuales y su propio canal de TV. Es posible identificar en este episodio de eclecticismo religioso y propaganda un precedente de lo que posteriormente realizaría él mismo años después con su propia organización.

Chizuo Matsumoto se muda entonces a Shinjuku, en Tokio, donde comienza a impartir clases de yoga en un estudio que llama *Aum*

³⁷⁴ HOLLEY, David, “Japanese Guru--A Youthful Bully's Quest for Power”, en *Los Angeles Times*, 27 marzo 1995, Acceso: 19 abril 2019, <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1995-03-27-mn-47649-story.html> Para una descripción más detallada sobre la infancia de Asahara, se recomienda la obra de Shoko Egawa: EGAWA, Shoko. 救世主の野望, *Kyusei-shu no yabou* [Ambiciones de un salvador], 教育出版, Kyoiku shiryō shuppan-kai, Tokio, 1995.

³⁷⁵ Japan Society of Acupuncture and Moxibustion (JSAM), The. *Legislation and Education*, Acceso: 19 abril 2019, <http://en.jsam.jp/contents.php/020000RNSXjD/>

*Inc.*³⁷⁶ En febrero de 1985 se produce un acontecimiento mediático que marcará el devenir del grupo: la revista japonesa *Twilight Zone* dedicada a fenómenos paranormales publica una fotografía de Matsumoto en la que aparece meditando y, mediante un truco fotográfico, da la impresión de levitar. Esto aporta popularidad de Matsumoto entre los círculos de aficionados al esoterismo en Japón y dispara el número de interesados y seguidores en su método. Este suceso no fue una coincidencia, sino que fue una preparada operación mediática de Matsumoto. Tal y como Lifton explica: “*The placing of the picture in such a visible outlet was an early example of Asahara’s strong sense of the importance of the media.*”³⁷⁷

En ese momento, Matsumoto logra los tres elementos necesarios para que la secta nazca: un colectivo estable en el que influir a nivel personal y psicológico como practicó durante su estancia en el colegio de Kumamoto, un armazón de creencias religiosas eclécticas que adquirió durante su pertenencia a *Agon Shū* y un rol de líder que posteriormente transformará en una figura mesiánica.

De esta manera, Matsumoto funda un grupo al que llama originariamente *Oumu Shinsen no Kai* (オウム神仙の会) (“Grupo Aum de los Dioses y los ermitaños”). Tras tres viajes espirituales al norte de Japón, a la India y a Sri Lanka, Asahara introduce el elemento final necesario para que la secta se radicalice: el anuncio de que poderes espirituales le han transmitido que la batalla del fin del mundo

³⁷⁶ *Aum*, *Om* u otros sonidos similares como *Oum* es una palabra o mantra sagrado en sánscrito que, según la tradición hinduista, representa el sonido original con el que el universo fue creado. Ha sido incorporado a otras religiones como el budismo, el jainismo y el sijismo. Cfr. GONDA, Jan, “The Indian Mantra”, en *Oriens*, Volumen 16, 1963, pp. 244-297. DOI:10.2307/1580265

³⁷⁷ LIFTON, Robert Jay, *Destroying the World to Save It: Aum Shinrikyo, Apocalyptic Violence, and the New Global Terrorism*, Owl Books, New York, 2000, p. 20.

o Armagedón se acerca y sólo él y sus seguidores pueden vencer al mal. El grupo va creciendo tanto en número de miembros (llegando a unos 4.000 en 1989)³⁷⁸ como en financiación al exigir a éstos la entrega de todos sus bienes a la secta. Matsumoto comienza a comprar parcelas de tierra en Japón donde funda comunidades de seguidores y se cambia el nombre al de Shoko Asahara por el que será conocido mundialmente más adelante.³⁷⁹

Comienza a imponer a sus seguidores prácticas ascéticas cada vez más extremas y esto produce la muerte accidental de uno de sus seguidores, Terayuki Majima. Tras consultar con su círculo interno qué hacer, deciden incinerar el cadáver en secreto y ocultar sus restos, lo que supone la primera infracción legal del grupo.³⁸⁰ Este hecho se filtró a un seguidor, Shuji Taguchi, quien prometió guardar el secreto, pero se desilusionó con el grupo y en febrero de 1989 intentó abandonarlo. Asahara dio orden para que se le retuviera y, temiendo que contara el episodio de la muerte, ordenó su muerte.³⁸¹ La primera muerte violenta del grupo se había producido. A partir de entonces, la radicalización del grupo se aceleró y se produjeron ataques tanto a otros miembros que querían abandonar la organización como a líderes de religiones rivales e incluso a jueces y abogados que obstaculizaban sus planes.

³⁷⁸ Cfr. READER, Ian, *Religious Violence in Contemporary Japan*, University of Hawaii Press, Honolulu, 1995.

³⁷⁹ Cfr. DANZIG, Richard; SAGEMAN, Marc; LEIGHTON, Terrance et al. *Aum Shinrikyo. Insights Into How Terrorists Develop Biological and Chemical Weapons*, Center for a New American Security, Julio 2011, Acceso: 19 abril 2019, https://wikileaks.org/gifiles/attach/60/60468_CNAS_AumShinrikyo_Danzig_1.pdf

³⁸⁰ *Ibid.* p. 9.

³⁸¹ El hecho de que Asahara ordenara siempre participar a varios seguidores en cada acción violenta reforzaba los lazos entre éstos y evitaba que surgiesen voces discrepantes que escaparan de la culpa colectiva y pudieran denunciar sus actividades. Asahara incluso justificó estos asesinatos con un argumento de índole religiosa: era aceptable asesinar a individuos que habían acumulado karma negativo ya que de esta forma se les liberaba del mismo, se les permitía una mejor vida futura y se les ayudaba a alcanzar la iluminación. *Ibid.* p. 12-13.

2. LA DIMENSIÓN POLÍTICO-COMUNICATIVA DEL GRUPO: DEL RECONOCIMIENTO LEGAL RELIGIOSO A LA CREACIÓN DE UN PARTIDO POLÍTICO

En abril de 1989 la secta solicitó al gobierno de la Prefectura de Tokio su registro legal como organización religiosa bajo la Ley de Organizaciones Religiosas (*Shūkyō-Hōjin-Hō*, 宗教法人法). Este estatus jurídico aportaría numerosas ventajas al grupo:³⁸² a) una bonificación fiscal; b) un reconocimiento público como movimiento religioso legítimo; y c) un mayor blindaje legal ante la capacidad de injerencia del Estado en su funcionamiento. Sin embargo, para lograr este estatus jurídico, la organización candidata debía cumplir con tres requisitos: a) demostrar un funcionamiento durante tres años; b) disponer de instalaciones propias; y c) mostrar un comportamiento tolerante y respetuoso con las leyes permitiendo a los ciudadanos la libre unión y salida de la organización. Es precisamente este último requisito el que más obstáculos presentó para el reconocimiento legal de *Aum Shinrikyō* debido a las protestas de los padres cuyos hijos se habían unido al grupo y habían cortado toda comunicación con sus familias. Debido a estas quejas, la petición de reconocimiento legal de la secta fue rechazada y ésta respondió con una agresiva campaña de protestas públicas frente a oficinas del Gobierno de la Prefectura de Tokio, cartas a periódicos y una intensa actividad propagandísticas exigiendo su reconocimiento.

³⁸² Para ser efectiva, la libertad religiosa debe ver protegida también la libertad de culto y la protección de los lugares religiosos. De lo contrario se quedaría en una libertad abstracta sin capacidad de ejercerse. Cfr. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro, “International protection of places of worship”, en *Rivista di Scienze Giuridiche*, Número 1, 2018, pp. 1-28.

Finalmente, la presión mediática consiguió doblegar al Gobierno de la prefectura y *Aum Shinrikyō* fue registrada como organización religiosa oficial en agosto de 1989. A nivel externo, el grupo se apuntó una victoria en su proyección mediática, pero a nivel interno se produjo un cambio decisivo que determinaría la futura radicalización del grupo: se afianzó entre Asahara y sus seguidores la convicción de que se encontraban realmente en una guerra espiritual contra poderes malignos representados por el gobierno y el sistema. Tal y como Reader señala: “*Aum's concept of a struggle between the forces of truth and evil moved from the symbolic and cosmic to the practical level of actual confrontation.*”³⁸³

Tras este incidente, Asahara intensificó la dimensión apocalíptica de su doctrina y se presentó como “el nuevo Cristo” y “el mensajero de Dios” que debía salvar al mundo frente a estas fuerzas malignas. Diseñó entonces dos planes para llevar a cabo este objetivo que comunicó a su círculo interno. En primer lugar, un plan A en el cual intentaría derrocar al Estado sin dañar la sociedad mediante la creación de un partido político para concurrir a las elecciones de febrero de 1990 a la Dieta japonesa. Si éste fallaba, Asahara indicó que sería una señal de Dios para activar el plan B: la guerra total contra la sociedad y el mundo terrenal.³⁸⁴

Crearon entonces el partido político *Shinrito* y nombraron a Asahara y a otros 24 miembros de confianza como candidatos. Iniciaron una intensa campaña mediática, pero en octubre de 1989 el semanario japonés *Sunday Mainichi* perteneciente al grupo mediático The Mainichi Newspapers Co., Ltd (株式会社毎日新聞社, *Kabushiki-*

³⁸³ READER, Ian, *Op. cit.* p. 147.

³⁸⁴ DANZIG, Richard; SAGEMAN, Marc; LEIGHTON, Terrance et al., *Op. cit.* p. 13.

gaisha Mainichi Shimbunsha), publicó una serie de siete reportajes en los que se criticaba duramente a la secta y sus métodos de explotación psicológica de sus seguidores. Asahara respondió con varias demandas judiciales contra la revista y atacando verbalmente a su editor, Maki Tarō. Estos reportajes crearon una incipiente conciencia en la sociedad japonesa sobre el peligro de la secta y en la redacción de la revista se recibieron más de 200 comunicaciones de ciudadanos japoneses afectados por las actividades del grupo, principalmente familiares de jóvenes abducidos por la secta y ex seguidores que la abandonaron tras ser explotados económicamente con supuestos tratamientos que nunca funcionaron.³⁸⁵

La revista actuó entonces no solamente como un medio de comunicación de masas, sino como una plataforma social y puso en contacto a los afectados entre ellos, lo que permitió la creación de la Asociación de Víctimas de *Aum Shinrikyō* (オウム真理教被害者の会, *Oumu Shinrikyō Higaisha no Kai*). Esta plataforma contrató a un abogado de Yokohama experto en derechos civiles, Sakamoto Tsutsumi, para representarles. El 31 de octubre de 1989 se produjo un encuentro entre Sakamoto y los representantes legales de *Aum Shinrikyō* liderados por el abogado Aoyama Yoshinobu, un acérrimo seguidor de la secta, quién rechazó con enfado todas las demandas de la asociación haciendo imposible cualquier acuerdo extrajudicial. Sakamoto participó entonces en un programa sobre la secta producido por Tokyo Broadcasting System (TBS) donde denunció los abusos cometidos por *Aum Shinrikyō*. La cadena de televisión, sin embargo, temerosa de una demanda judicial por parte del grupo decidió mostrar

³⁸⁵ READER, Ian, *Op. cit.* p. 148.

el reportaje a los líderes de la secta antes de emitirlo al público. Tras las airadas quejas de los líderes de *Aum Shinrikyō*, decidieron no emitirlo.

Esta actitud temerosa por parte de este medio de comunicación ya se había dado anteriormente con la cesión del Gobierno de la Prefectura de Tokio a las violentas presiones de la secta hasta registrarla como organización religiosa. Si la actitud de las autoridades políticas puede resultar chocante para una visión occidental, todavía puede resultar más sorprendente la pusilanimidad de la cadena de televisión, toda vez que en Occidente existe la concepción de los medios de comunicación como cuarto poder. Esta concepción no se limita solamente a considerar que los medios de comunicación fiscalicen y actúen como una “conciencia crítica” de los poderes públicos, sino también de todos los grandes actores que influyen en la sociedad (a pesar de que dichos medios puedan estar condicionados por éstos).³⁸⁶ En Japón, sin embargo, los medios de comunicación juegan también un rol diferente, y en ocasiones opuesto, respecto a esta fiscalización: su labor es contribuir también a mantener el equilibrio social.³⁸⁷

Esta búsqueda japonesa de la estabilidad social como bien supremo se manifiesta en el concepto japonés de *Wa* (和). Este concepto se suele traducir como “paz” o “armonía” y denomina al equilibrio, concordia y estabilidad social por encima del individuo. Su importancia es tal en la dimensión político-cultural japonesa que se utiliza en japonés para referirse al propio Japón. Esta estrecha relación

³⁸⁶ Cfr. SAEED, Saima, “Negotiating Power: Community Media, Democracy, and the Public Sphere”, en *Development in Practice*, Volumen 19, Número 4/5, Junio 2009, pp. 466-478. DOI:1080/09614520902866314

³⁸⁷ Cfr. KOWALEWSKI, David, “Censorship in the Japanese News Media: A Survey Report”, en *Asian Affairs: An American Review*, Volumen 26, Número 1, Primavera 1999, pp. 43-50. <http://www.jstor.org/stable/30172470>

entre la estructura jurídico-política de Japón y su dimensión cultural que tanto ha afectado a la evolución del fenómeno de la secta *Aum Shinrikyō* ha sido analizada por autores de las ciencias jurídicas³⁸⁸ en temas tan variados como el constitucionalismo comparado,³⁸⁹ la dimensión jurídica y política del agua³⁹⁰ o la percepción social sobre la pena de muerte.³⁹¹ Para poder conocer realmente la dimensión legal y política del país nipón es imprescindible estudiar también su dimensión cultural.

Tras la intensa campaña en contra del grupo del *Sunday Mainichi* y la creciente oposición de la opinión pública japonesa por la radicalización de la secta, Asahara y su círculo interno veían con extrema preocupación la labor de Sakamoto y de la Asociación de Víctimas en un momento tan importante para sus objetivos apocalípticos como la campaña electoral a la Dieta en la que participaban. Por ello, Asahara dio orden de asesinar a Sakamoto mediante la orden que se ha convertido en icónica en la historia política japonesa: *Poa suru shika nai*,³⁹² (literalmente: “no queda otra opción más que hacer limpiar su karma”).³⁹³ El círculo interno de Asahara

³⁸⁸ Cfr. TIRADO ROBLES, Carmen (Ed.), *Japón y Occidente. Estudios comparados*, Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2015.

³⁸⁹ Cfr. BARBERÁN, Francisco, *Introducción al Derecho Japonés Actual*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

³⁹⁰ Cfr. TIRADO ROBLES, Carmen (Ed.), *El agua en Japón. Una aproximación jurídica y social*, Tirant Humanidades, Valencia, 2018.

³⁹¹ Cfr. GASCÓN MARCEN, Ana, “Japón y el Consejo de Europa. Algunas reflexiones sobre los valores compartidos y la pena de muerte”, en Carmen Tirado Robles, (Ed.), *Japón y Occidente. Estudios comparados*, Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2015.

³⁹² READER, Ian, *Op. cit.* p. 150.

³⁹³ *Poa suru* significa “hacer poa”. *Poa* se refiere al acto budista de ayudar a limpiar el karma negativo de otra persona. Con esta expresión Asahara estaba ordenando el asesinato de Sakamoto de acuerdo a los propios planteamientos doctrinales de la secta ya radicalizada: asesinar a alguien que había acumulado mal karma era un acto de piedad y compasión, pues se le estaba ayudando a liberarse del mismo y alcanzar la

perpetró el asesinato del abogado en la noche del 3 al 4 de noviembre de 1989, asesinando además a su mujer y a su hijo de 14 meses. La deriva terrorista del grupo ya se había iniciado al utilizar la violencia para lograr sus objetivos político-apocalípticos.

Paralelamente, el objetivo político de *Aum Shinrikyō* falló estrepitosamente y ninguno de los 25 candidatos fueron electos. En el recuento de votos, el partido político de la secta, el *Shinrito*, obtuvo apenas 1.783 votos³⁹⁴ en la región donde se presentaban (con una población de medio millón de votantes registrados), lo que implicó que ni siquiera una cantidad significativa de sus propios seguidores votó por esta formación.³⁹⁵ Ante la imposibilidad de tomar el poder por la vía política, Asahara dio orden de pasar al plan B: la guerra total contra el mundo terrenal.

3. EL INICIO DE LA ACTIVIDAD TERRORISTA DE *AUM SHINRIKYŌ*

Años antes de los famosos ataques realizados en el metro de Tokio el 20 de marzo de 1995, *Aum Shinrikyō* realizó otros ataques utilizando armas químicas y biológicas que pasaron desapercibidos para las autoridades japonesas. Ya en la primavera de 1990 Asahara ordena a sus seguidores hacerse con armas biológicas y envía a uno de sus seguidores, Seiichi Endo, a Hokkaido para recolectar cepas de la bacteria *Clostridium botulinum* con la que fabricar un arma biológica.

iluminación en su próxima vida. Este tipo de ataques los llamaba la secta “actividades de salvación” (救済活動, *Kyūsai Katsudō*).

³⁹⁴ DANZIG, Richard; SAGEMAN, Marc; LEIGHTON, Terrance et al., *Op. cit.* p. 15.

³⁹⁵ WEINBERG, Leonard; PEDAHZUR, Ami y PERLIGER, Arie, *Political Parties and Terrorist Groups*, Routledge, Londres, 2009, p. 65.

La secta cultiva la bacteria y logran producir varias toneladas métricas con las que tratan de cometer varios atentados diseminando el cultivo por vía aérea desde tres camiones en Tokio. En acciones separadas atacan dos bases navales de EEUU, el aeropuerto de Narita, el edificio de la Dieta, el Palacio Imperial y las instalaciones de otros grupos religiosos rivales. Sin embargo, no consiguen producir ninguna víctima debido a una todavía reducida capacidad técnica de producción y almacenaje de las cepas de bacterias.

Durante los siguientes cinco años, la secta explora otras opciones de desarrollo de armas de destrucción masivas, tanto químicas como bacteriológicas. De esta forma, entre 1990 y 1995, *Aum Shinrikyō* lanza 17 ataques conocidos con métodos que van desde intentos de asesinatos específicos a atentados indiscriminados. Diez de estos ataques se llevaron a cabo utilizando armas químicas: cuatro con gas sarín, cuatro con VX, uno con fosgeno y uno con cianuro de hidrógeno. Siete de los restantes ataques se llevaron a cabo empleando agentes biológicos: cuatro con ántrax y tres con la toxina botulínica.³⁹⁶ Estos ataques biológicos resultaron infructuosos debido a una capacidad letal de las cepas menor de lo esperado por la secta, por lo que ésta decidió centrarse en la utilización de armas químicas. Junto a estos ataques confirmados, se han identificado otros 13 ataques en los que se sospecha que la secta ha participado.³⁹⁷

Las capacidades técnicas de la secta se fueron expandiendo e incluso se informó de que adquirieron un terreno en Australia donde

³⁹⁶ Asahara incluso envió una delegación de 40 miembros a Zaire en octubre de 1992 con la excusa de ayudar a víctimas del Ébola pero con la intención real de hacerse con cepas del virus. Este plan falló y no consiguieron hacerse con este agente biológico.

³⁹⁷ Monterey Institute of International Studies, “Chronology of Aum Shinrikyo’s CBW Activities”, Acceso: 19 abril 2019, https://www.nonproliferation.org/wp-content/uploads/2016/06/aum_chrn.pdf

realizaron experimentos tratando de desarrollar armas de destrucción masiva. Estas actividades fueron detectadas por la Australian Federal Police y se comunicaron a las autoridades japonesas. Sin embargo, una pobre coordinación entre los diferentes servicios de inteligencia japoneses impidió que se tomaran medidas para neutralizar a la secta e impedir el desarrollo del gas sarín que emplearían en los atentados del metro de Tokio.³⁹⁸

Este gas sarín fue desarrollado finalmente a finales de 1993 en el complejo de desarrollo científico de la secta Satyan 7 en Kamikuishiki, cerca del monte Fuji. En este momento el grupo ya era un conglomerado empresarial con infraestructuras y negocios pantalla por todo Japón. Asahara dio orden de usar esta arma contra los jueces que debían juzgar a la secta por un caso de fraude. La noche del 27 de junio de 1994 esparcieron el gas sarín empleando un camión equipado con un vaporizador y un ventilador en el edificio de Matsumoto donde dormían los jueces que debían juzgar su caso. Sin embargo, la brisa nocturna dispersó el gas sarín y éste afectó a los vecinos de los jueces, provocando ocho víctimas mortales y más de 200 heridos. La investigación policial encontró herbicidas en las residencias de algunos vecinos y concluyeron que ésta fue la causa de las contaminaciones, dejando sin investigar las sospechas de que la secta estaba involucrada en las muertes.³⁹⁹ La conexión entre la secta y el gas sarín fue aireado por la cabecera *Yomiuri Shimbin* en enero de 1995 cuando salieron a la luz los resultados del análisis de las infraestructuras científicas de

³⁹⁸ LÓPEZ-ARANGUREN, Juan Luis, “The Communicative Dimension and Security in Asia-Pacific: A communicative-viewing proposal for reform of the Japanese Intelligence Services”, UNISCI Discussion Papers, 2016, Número 41, pp. 29-52. DOI: 10.5209/rev_RUNI.2016.n41.52673 p. 33.

³⁹⁹ DANZIG, Richard; SAGEMAN, Marc; LEIGHTON, Terrance et al., *Op. cit.* p. 31.

Kamikuishiki.⁴⁰⁰ Sin embargo, las autoridades no pudieron detener a nadie de la secta ya que la producción de gas sarín no estaba prohibida por la ley. Tal y como Danzig y otros explican: “*Despite the available evidence of Aum’s involvement with sarin production, police could not prosecute Aum without tying it to a particular murder, assault or kidnapping as no Japanese law prohibited manufacture of a poisonous gas*”.⁴⁰¹

4. EL ATAQUE TERRORISTA CON GAS SARÍN DE MARZO DE 1995 CONTRA EL METRO DE TOKIO Y SU IMPACTO EN LA SOCIEDAD JAPONESA

La mañana del 20 de marzo de 1995, la secta lanzó el ataque por el que sería más conocida a nivel mundial. Ese día, en plena hora punta y mediante cinco ataques coordinados, liberó gas sarín en tres líneas de metro de la capital nipona (Chiyoda, Marunouchi y Hibiya) asesinando a 12 personas e hiriendo de gravedad a más de 50, algunas de las cuales murieron posteriormente. Además, provocaron problemas temporales de visión a más de 1000 personas, ya que el gas sarín provoca, entre otros síntomas, ceguera.

Los atentados provocaron un gran *shock* en la sociedad nipona por lo inesperado y la virulencia de los ataques. Las imágenes del metro de Tokio convertidas en una suerte de campo de batalla con miles de afectados y sanitarios equipados con trajes de protección biológica dieron la vuelta al mundo. Inicialmente, la secta no reivindicó los

⁴⁰⁰ Yomiuri Shimbun, “Sarin Compound Affected Villagers near Mt. Fuji,” *Yomiuri Shimbun*, 1 enero 1995, Acceso: 29 abril 2019 <https://info.yomiuri.co.jp/english/articles.html>.

⁴⁰¹ DANZIG, Richard; SAGEMAN, Marc; LEIGHTON, Terrance et al., *Op. cit.* p. 31.

ataques (al igual que había ocurrido con los anteriores), pero la policía sospechaba de la secta y con apoyo de las Fuerzas de Autodefensa de Japón (自衛隊, *Jieitai*) asaltó los centros de *Aum Shinrikyō* dos días más tarde con una preparación técnica y un despliegue de medios que indicaron que la operación se había preparado con anterioridad a los ataques, algo que posteriormente se confirmó por parte de las autoridades japonesas.⁴⁰² Asahara y otros líderes de la secta fueron detenidos por la policía y acusados no solamente de los ataques del metro de Tokio, sino de anteriores atentados. Tras un largo proceso judicial, el 27 de febrero de 2004 Asahara fue condenado a muerte. Tras sucesivas apelaciones, la Corte Suprema de Japón (最高裁判所, *Saikō-Saibansho*) ratificó esta condena el 15 de septiembre de 2006. Asahara y otros seis líderes de *Aum Shinrikyō* fueron ejecutados el 6 de julio de 2018).⁴⁰³ Es posible identificar cuatro razones por las que este ataque terrorista fue tan impactante para la sociedad japonesa:

a) El peor ataque terrorista de la historia de Japón.

El alto número de víctimas tanto mortales como heridos graves y afectados en la capital de Japón supuso que el país nipón se enfrentó al peor atentado de su historia. Asimismo, el hecho de que Japón es uno de los países más seguros del mundo (con apenas 0,3 homicidios por cada 100.000 habitantes)⁴⁰⁴ provocó que el *shock* en la sociedad japonesa fuera todavía mayor.

⁴⁰² READER, Ian, *Op. cit.* p. 23.

⁴⁰³ YOSHIDA, Reiji y MURAKAMI, Sakura, “Aum Shinrikyo guru Shoko Asahara and six other cult members hanged for mass murders”, *The Japan Times*, 6 julio 2018, Acceso: 29 abril 2019, <https://www.japantimes.co.jp/news/2018/07/06/national/crime-legal/aum-shinrikyo-guru-shoko-asahara-hanged-mass-murder-reports>

⁴⁰⁴ MCNEILL, David, “Japan’s crime problem? Too many police, not enough criminals”, *The Irish Times*, 6 abril 2018, Acceso: 29 abril 2019,

b) La primera utilización de un arma de destrucción masiva desde los bombardeos de Hiroshima y Nagasaki.

En la memoria colectiva japonesa se encuentran muy vivamente grabados los bombardeos atómicos de Hiroshima y Nagasaki en la Segunda Guerra Mundial, la única vez que se empleó armas atómicas contra población civil. Esto hace que la utilización de agentes biológicos o químicos catalogados como armas de destrucción masiva sea especialmente doloroso para la población japonesa. A este respecto cabe recordar que el gas sarín ya fue catalogado como arma de destrucción masiva por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas el 3 de abril de 1991.⁴⁰⁵ Además, se encuentra prohibida por la Convención de Armas Químicas que entró en vigor el 29 de abril de 1997.⁴⁰⁶

c) El surgimiento del grupo terrorista dentro de la sociedad japonesa y no fuera.

Japón se había enfrentado con anterioridad a otros ataques terroristas, como los realizados por el grupo terrorista de ideología comunista Japan Red Army o Ejército Rojo de Japón. Sin embargo, estos grupos extremistas, aunque formados por japoneses, seguían ideas y movimientos venidos de fuera de Japón, por lo que en la percepción japonesa se trataban de amenazas externas.

<https://www.irishtimes.com/news/world/asia-pacific/japan-s-crime-problem-too-many-police-not-enough-criminals-1.3451997>

⁴⁰⁵ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, *Resolución 687*, 3 abril 1991, Publicado el 8 abril 1991, Acceso: 29 abril 2019, <https://www.un.org/Depts/unmovic/documents/687.pdf>

⁴⁰⁶ Naciones Unidas, *Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, Producción, Almacenaje y Uso de Armas Químicas y sobre su destrucción*, Firmada en Ginebra, 3 septiembre 1992, entrada en vigor 29 abril 1997, https://treaties.un.org/doc/Treaties/1997/04/19970429%2007-52%20PM/CTC-XXVI_03_ocred.pdf

La opinión popular japonesa y las autoridades políticas y policiales no estaban preparadas para un movimiento terrorista puramente japonés y creado dentro de patrones culturales puramente nipones como el del grupo *Aum Shinrikyō*. El *shock* social fue más allá de la exigencia de responsabilidades políticas y llegó al cuestionamiento de cómo era posible que un movimiento de este tipo surgiera dentro de la propia cultura japonesa.

d) La paradoja de que un grupo terrorista se beneficiase de una protección diseñada para las religiones.

Aum Shinrikyō se benefició de la protección legal diseñada para proteger a los movimientos religiosos contemplada en la Ley de Organizaciones Religiosas. Bajo su protección pudo continuar con sus actividades propagandísticas y su radicalización sin injerencias del Estado. Esto llevó a su reforma en 1995 y a que se plantease la necesidad de un Centro Informativo de las Religiones gubernamental,⁴⁰⁷ una iniciativa que llevó a la creación del Japan Society for Cult Prevention and Recovery (JSCPR).⁴⁰⁸

5. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y MEDIÁTICAS DE LOS ATENTADOS TERRORISTAS

Tras los atentados de marzo de 1995, los medios de comunicación dedicaron una intensa y constante cobertura a todo lo que tuviera que ver con la secta. La actitud de la prensa y de la opinión pública fue muy crítica con los errores que se cometieron al permitir

⁴⁰⁷ Cfr. HIDEO, Yuki, “Problems with the Revisions to the Religions Corporations Law”, en *Japanese Religions*, Volumen 22, Número 1, 1997, pp. 75-86.

⁴⁰⁸ Japan Society for Cult Prevention and Recovery, *Website*, Acceso: 29 abril 2019, <http://www.jscpr.org/>

que la secta pudiera lanzar un ataque de tal magnitud a pesar de todos los indicios y amenazas previas. Tal y como señala Reader:

*In the months after the subway attack the Aum affair dominated Japanese Society, the media and the political world. The enormous numbers of crimes committed by Aum, the public disquiet over the way in which the movement had seemingly been able to stockpile weapons and commit murders without the authorities taking much notice, and the apparent reluctance of the police to investigate an organization because it was a registered religion, raised a number of political and legislative issues.*⁴⁰⁹

Desde el Gobierno de Japón se intentó prohibir *Aum Shinrikyō* empleando la *Subversive Activities Prevention Act*,⁴¹⁰ una dura ley promulgada en 1952 para luchar contra potenciales elementos terroristas dentro del país. Sin embargo, la dimisión de Asahara como líder de la secta, la voluntad de proteger los derechos civiles de los seguidores no involucrados en los ataques y una interpretación garantista de la Constitución japonesa llevó a que se abandonase esta vía. En ese sentido, cabe señalar que la Constitución de Japón, impuesta por EEUU tras la victoria de la Segunda Guerra Mundial y proclamada el 3 de mayo de 1947, defiende la libertad de conciencia, la de religión y la de expresión como pilares fundamentales a la hora de apuntalar toda la arquitectura política del Japón de la postguerra. De hecho, es posible interpretar la protección constitucional de la libertad de expresión japonesa como una garantía para mantener la capacidad

⁴⁰⁹ HIDEO, Yuki. *Op. cit.*, p. 224.

⁴¹⁰ Ministerio de Justicia de Japón, *Subversive Activities Prevention Act*, proclamada el 21 julio 1952, Act Número 240, <http://www.moj.go.jp/content/001127771.pdf>

de análisis de una sociedad democrática y moderna desde el marco teórico de la teoría de la elección racional.⁴¹¹

Tal y como aparecen en diferentes sitios web oficiales del Gobierno de Japón donde se ofrecen traducciones oficiales al inglés de la Constitución japonesa, estas protecciones constitucionales se articulan de la siguiente manera:⁴¹²

a) Artículo 19: Protección a la libertad de pensamiento y de conciencia:

La redacción de esta protección prohíbe explícitamente su violación: “*Freedom of thought and conscience shall not be violated.*” Esta fórmula evitaba interpretaciones demasiado restrictivas de este derecho y facilitaba una transición a un régimen democrático por parte de Japón en el contexto de la postguerra. La razón por la que este artículo se redacta de forma separada respecto al de la libertad de religión puede deberse a tres razones.

En primer lugar, la libertad de pensamiento y de conciencia puede incluir dimensiones políticas y culturales no estrictamente religiosas. En segundo lugar, en Japón el budismo convive con el sintoísmo como práctica religiosa mayoritaria de la población japonesa, siendo habitual que en los templos budistas haya santuarios sintoístas. En tercer lugar, la manifestación religiosa en Japón no siempre se da de forma estructura y organizada, sino que puede mostrar numerosas manifestaciones culturales (por ejemplo, los combates de sumo son, en

⁴¹¹ LÓPEZ-ARANGUREN, Juan Luis, “Rational Choice Theory and International Communication: A Proposal for a New Interpretation of Article 21 of the Japanese Constitution”, *Osaka University Law Review*, 2017, Volumen 64, pp. 111-134. <http://hdl.handle.net/11094/59680>

⁴¹² Gobierno de Japón, *The Constitution of Japan*, Promulgada el 3 de noviembre de 1946, Prime Minister of Japan and his Cabinet, Acceso: 29 de abril de 2019, https://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html

realidad, una evolución de una ceremonia religiosa sintoísta). Esto hace que muchos japoneses no se consideren religiosos a pesar de participar de forma activa en las visitas a templos y otras manifestaciones religiosas. Estas tres razones pueden haber impulsado la necesidad de ofrecer una protección específica para esta dimensión.

b) Artículo 20: Protección a la libertad de religión:

Este artículo también se redacta prohibiendo de forma explícita su violación e incluso llega más allá al limitar la intromisión del Estado en las actividades religiosas, ya sea de forma negativa (limitando sus actividades) como positiva (promocionando de forma activa sus prácticas):

Freedom of religion is guaranteed to all. No religious organization shall receive any privileges from the State, nor exercise any political authority. No person shall be compelled to take part in any religious act, celebration, rite or practice. The State and its organs shall refrain from religious education or any other religious activity.

c) Artículo 21: Protección a la libertad de expresión y de prensa:

Finalmente, la protección a la libertad de prensa y de expresión se redacta de forma similar a las anteriores: *Freedom of assembly and association as well as speech, press and all other forms of expression are guaranteed. No censorship shall be maintained, nor shall the secrecy of any means of communication be violated.*

Estas tres garantías constitucionales fueron utilizadas por la secta para, por un lado, blindarse mientras iban radicalizando sus mensajes y, por otro, impidieron acciones legales más contundentes tras los atentados de gas sarín. Aún así, fue posible retirar a *Aum Shinrikyō*

el reconocimiento como organización religiosa. En 2007, la secta se disolvió oficialmente, pero varios de sus líderes y seguidores crearon dos organizaciones diferentes: Aleph (アレフ) y *Hikari no Wa* (光の輪) literalmente: “Círculo de luz” pero traducido en inglés como “Circle of Rainbow Light”. Estas organizaciones han rechazado las actividades violentas de *Aum Shinrikyō* y se ha intentado distanciarse de la identificación con la organización matriz. Sin embargo, la opinión pública japonesa, los medios de comunicación nipones y el poder judicial han seguido considerando a estas organizaciones como sucesoras de la secta originaria, llegando los jueces a condenar a Aleph a indemnizar a las víctimas de *Aum Shinrikyō* con 1.020 millones de yenes de indemnización (aproximadamente 8,3 millones de euros).⁴¹³

En la actualidad existe preocupación por las actividades que estos movimientos pueden continuar realizando, tanto en Japón como en el extranjero, al haberse detectado intentos de captación de jóvenes por parte de estas organizaciones. En opinión del profesor Kimiako Nishida, presidente de The Japan Society for Cult Prevention and Recovery (JSCPR), este fenómeno responde a las nuevas formas de lucha contra la infelicidad que se dan entre los jóvenes: “*Youth movements (of the 1960s and 1970s) seeking social improvements died down, and students tried to gain happiness by changing themselves, not society.*”⁴¹⁴ Sigue presente la amenaza de movimientos supuestamente

⁴¹³ OSUMI, Magdalena, “Tokyo court orders Aum Shinrikyo cult successor Aleph to pay ¥1 billion to victims of sarin attack”, *the Japan Times*, 10 de abril de 2019, Acceso: 29 abril 2019, <https://www.japantimes.co.jp/news/2019/04/10/national/crime-legal/tokyo-court-orders-aum-shinrikyo-cult-successor-aleph-pay-%C2%A51-billion-victims-sarin-attack>

⁴¹⁴ The Mainichi, “Over 20 years after AUM terror, cults in Japan still seeking to recruit youths”, *The Mainichi*, 27 julio 2018, Acceso: 29 abril 2019, <https://mainichi.jp/english/articles/20180727/p2a/00m/0na/022000c>

religiosos, políticos o sociales que se aprovechan del dolor y sufrimiento de individuos vulnerables para radicalizarles y atentar contra la sociedad. Es necesario, por lo tanto, la implicación de toda la sociedad, incluyendo a los medios de comunicación y los legisladores, para evitar nuevos episodios como los de la espiral terrorista de *Aum Shinrikyō*, respetando a la vez los derechos constitucionales que protegen la libertad de expresión, de expresión y de conciencia. Un difícil equilibrio que supone un desafío no solamente para las sociedad japonesa, sino también para toda sociedad democrática.

6. CONCLUSIONES

Los atentados terroristas de la secta *Aum Shinrikyō* provocaron un gran impacto en la opinión pública nipona, el rol de sus medios de comunicación y el papel de las autoridades japonesas. La secta utilizó la protección constitucional a la libertad de conciencia, a la libertad de expresión y a la libertad de religión para blindarse ante la intromisión gubernamental. Bajo este blindaje jurídico lanzó una agresiva campaña propagandística empleando técnicas de comunicación moderna, a la par que abrazaba una radicalización interna basada en una ecléctica doctrina apocalíptica e iniciaba un plan de desarrollo de armas biológicas y químicas con las que cometería sus atentados. La secta se embarcó en una espiral de violencia en la que realizó numerosos ataques y asesinatos sin ser detenida por las autoridades japonesas, lo que culminó con los atentados del metro de Tokio del 20 de marzo de 1995 en los que empleó gas sarín.

Cuatro razones explican por qué este atentado terrorista fue el más impactante de la historia de Japón. En primer lugar, fue el que

provocó mayor número de víctimas tanto mortales (13) como graves y leves (más de 1.000). En segundo lugar, fue la primera vez que se volvían a utilizar armas de destrucción masiva contra la población japonesa tras los bombardeos atómicos de Hiroshima y Nagasaki. En tercer lugar, el movimiento religioso-terrorista nació dentro de la sociedad y la cultura japonesa y no fuera, como el grupo terrorista de ideología comunista Japan Red Army. En cuarto y último lugar, la secta pudo utilizar las leyes y la protección constitucional destinados a proteger a los movimientos religiosos (especialmente la Ley de Organizaciones Religiosas) para blindarse y atacar a otras confesiones religiosas y al resto de la sociedad.

La secta *Aum Shinrikyō* se disolvió tras la detención de sus líderes, la retirada de su reconocimiento como organización religiosa y la oposición de la opinión pública japonesa tras los ataques. Sin embargo, las garantías constitucionales permitieron a sus seguidores crear dos organizaciones sucesoras, *Aleph* y *Hikari no Wa* que, aunque se encuentran bajo vigilancia policial, son legales y se encuentran plenamente operativas. El caso de *Aum Shinrikyō* ilustra cómo Japón ha encarado el difícil equilibrio entre libertad religiosa, seguridad y libertad de expresión al luchar contra esta organización violenta garantizando al mismo tiempo las libertades y derechos constitucionales de la población japonesa.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BARBERÁN, Francisco, *Introducción al Derecho Japonés Actual*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

- Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, *Resolución 687*, 3 abril 1991, Publicado el 8 abril 1991, Acceso: 29 abril 2019, <https://www.un.org/Depts/unmovic/documents/687.pdf>
- DANZIG, Richard; SAGEMAN, Marc; LEIGHTON, Terrance et al., *Aum Shinrikyo. Insights Into How Terrorists Develop Biological and Chemical Weapons*, Center for a New American Security, Julio 2011, Acceso: 19 abril 2019, https://wikileaks.org/gifiles/attach/60/60468_CNAS_AumShinrikyo_Danzig_1.pdf
- EGAWA, Shoko. 救世主の野望, *Kyusei-shu no yabou* [Ambiciones de un salvador], 教育出版, Kyoiku shiryo shuppan-kai, Tokio, 1995.
- GASCÓN MARCEN, Ana, “Japón y el Consejo de Europa. Algunas reflexiones sobre los valores compartidos y la pena de muerte”, en Carmen Tirado Robles, (Ed.), *Japón y Occidente. Estudios comparados*, Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2015.
- Gobierno de Japón, *The Constitution of Japan*, Promulgada el 3 de noviembre de 1946, Prime Minister of Japan and his Cabinet, Acceso: 29 de abril de 2019, https://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html
- GONDA, Jan, “The Indian Mantra”, en *Oriens*, Volumen 16, 1963, pp. 244-297. DOI:10.2307/1580265
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro, “International protection of places of worship”, en *Rivista di Scienze Giuridiche*, Número 1, 2018, pp. 1-28.

- HIDEO, Yuki, “Problems with the Revisions to the Religions Corporations Law”, en *Japanese Religions*, Volumen 22, Número 1, 1997, pp. 75-86.
- HOLLEY, David, “Japanese Guru--A Youthful Bully's Quest for Power”, en *Los Angeles Times*, 27 marzo 1995, Acceso:19 abril 2019, <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1995-03-27-mn-47649-story.html>
- Japan Society for Cult Prevention and Recovery, *Website*, Acceso: 29 abril 2019, <http://www.jsopr.org/>
- Japan Society of Acupuncture and Moxibustion (JSAM), *The. Legislation and Education*, Acceso: 19 abril 2019, <http://en.jsam.jp/contents.php/020000RNSXjD/>
- KOWALEWSKI, David, “Censorship in the Japanese News Media: A Survey Report”, en *Asian Affairs: An American Review*, Volumen 26, Número 1, Primavera 1999, pp. 43-50. <http://www.jstor.org/stable/30172470>
- LIFTON, Robert Jay, *Destroying the World to Save It: Aum Shinrikyo, Apocalyptic Violence, and the New Global Terrorism*, Owl Books, New York, 2000
- LÓPEZ-ARANGUREN, Juan Luis, “Rational Choice Theory and International Communication: A Proposal for a New Interpretation of Article 21 of the Japanese Constitution”, *Osaka University Law Review*, 2017, Volumen 64, pp. 111-134. <http://hdl.handle.net/11094/59680>
- LÓPEZ-ARANGUREN, Juan Luis, “The Communicative Dimension and Security in Asia-Pacific: A communicative-viewing proposal for

reform of the Japanese Intelligence Services”, UNISCI Discussion Papers, 2016, Número 41, pp. 29-52. DOI: 10.5209/rev_RUNI.2016.n41.52673

- MCNEILL, David, “Japan’s crime problem? Too many police, not enough criminals”, *The Irish Times*, 6 abril 2018, Acceso: 29 abril 2019, <https://www.irishtimes.com/news/world/asia-pacific/japan-s-crime-problem-too-many-police-not-enough-criminals-1.3451997>

- Ministerio de Justicia de Japón, *Subversive Activities Prevention Act*, proclamada el 21 julio 1952, Act Número 240, <http://www.moj.go.jp/content/001127771.pdf>

- Monterey Institute of International Studies, “Chronology of Aum Shinrikyo’s CBW Activities”, Acceso: 19 abril 2019, https://www.nonproliferation.org/wp-content/uploads/2016/06/aum_chrn.pdf

- Naciones Unidas, *Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, Producción, Almacenaje y Uso de Armas Químicas y sobre su destrucción*, Firmada en Ginebra, 3 septiembre 1992, entrada en vigor 29 abril 1997, https://treaties.un.org/doc/Treaties/1997/04/19970429%2007-52%20PM/CTC-XXVI_03_ocred.pdf

- OSUMI, Magdalena, “Tokyo court orders Aum Shinrikyo cult successor Aleph to pay ¥1 billion to victims of sarin attack”, *the Japan Times*, 10 de abril de 2019, Acceso: 29 abril 2019, <https://www.japantimes.co.jp/news/2019/04/10/national/crime-legal/tokyo-court-orders-aum-shinrikyo-cult-successor-aleph-pay-%C2%A51-billion-victims-sarin-attack>

- READER, Ian, *Religious Violence in Contemporary Japan*, University of Hawaii Press, Honolulu, 1995.
- SAEED, Saima, “Negotiating Power: Community Media, Democracy, and the Public Sphere”, en *Development in Practice*, Volumen 19, Número 4/5, Junio 2009, pp. 466-478. DOI:1080/09614520902866314
- The Mainichi, “Over 20 years after AUM terror, cults in Japan still seeking to recruit youths”, *The Mainichi*, 27 julio 2018, Acceso: 29 abril 2019,
<https://mainichi.jp/english/articles/20180727/p2a/00m/0na/022000c>
- TIRADO ROBLES, Carmen (Ed.), *El agua en Japón. Una aproximación jurídica y social*, Tirant Humanidades, Valencia, 2018.
- TIRADO ROBLES, Carmen (Ed.), *Japón y Occidente. Estudios comparados*, Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2015.
- WEINBERG, Leonard; PEDAHZUR, Ami y PERLIGER, Arie, *Political Parties and Terrorist Groups*, Routledge, Londres, 2009
- Yomiuri Shimbun, “Sarin Compound Affected Villagers near Mt. Fuji,” *Yomiuri Shimbun*, 1 enero 1995, Acceso: 29 abril 2019
<https://info.yomiuri.co.jp/english/articles.html>.
- YOSHIDA, Reiji y MURAKAMI, Sakura, “Aum Shinrikyo guru Shoko Asahara and six other cult members hanged for mass murders”, *The Japan Times*, 6 julio 2018, Acceso: 29 abril 2019,
<https://www.japantimes.co.jp/news/2018/07/06/national/crime-legal/aum-shinrikyo-guru-shoko-asahara-hanged-mass-murder-reports>

IV. DISCURSO DE ODIO, POLÍTICA Y MOVIMIENTOS MIGRATORIOS

POLITICALLY INCORRECT OR NECESSARY? POLITICAL UNDERPINNINGS AND RAMIFICATIONS OF RELIGIOUSLY MOTIVATED HATE SPEECH

Monika Gabriela Bartoszewicz,

Assistant Professor

Masaryk University (Brno, República Checa)

SUMARIO: 1. Criminalising emotions. 2. Symptom versus root of the problem. 3. Suppression of the open debate. 4. “Hate speech” as a political tool. 5. Conclusions.

Over the past couple of days, we have heard many wise and enlightened remarks concerning the nature, advantages and limitations of the “hate speech” concept. Majority of those were rooted in the legal understanding of the problem. What I wanted to share in my paper, is a couple of considerations coming from a slightly different perspective and discipline, i.e. political science. My argumentation must yield to brevity due to time constraints, but I am aware that each of the problems I touch upon deserves a separate paper. In my short presentation, I would like to focus on the following issues: the problem of criminalising emotions, the focus on a symptom not the root of the problem, political ramifications of “hate speech” regulations involving suppression of open debate, and finally, on using speech restriction as a tool in political struggles.

1. CRIMINALISING EMOTIONS

There is no doubt about the fact that speech can be hateful. Words can hurt, defame, vilify and denigrate both individuals and groups. Especially in the political milieu this fact is doubly visible, particularly when the public debate reaches out to non-political issues that are nonetheless present in the political discussions. Of those religion is one of the most contentious. According to the Council of Europe hate speech covers “all forms of expressions that spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance”⁴¹⁵. In the view of an increasing tendency to delegalize such form of expression in different states, which is based on an understanding that sometimes these do not contribute to the public debate and to the contrary, hinder it to a great extent, two fundamental problems must be addressed:

Firstly: hate, just like being offended or hurt pertain to emotions and hence something inherently subjective. There is no objective and unbiased way to assess and evaluate how much somebody “hates”, how much a member of a group is “hurt” by some hateful remark and whether all the other members of his or her group share unanimously share this hurt and are equally “offended”. There can be no forensic examination for the hurt feeling like there is for an injured or hurt part of a body and even should such examination be launched, it would not be able to yield a verifiable proof.

The above should not be mistaken with public incitement for violence or other law-breaking actions and behaviours that are already

⁴¹⁵ Council of Europe’s Work on Hate Speech available at <https://www.coe.int/en/web/no-hate-campaign/coe-work-on-hate-speech> (accessed April 13, 2019).

illegal in most of the countries. Existing measures thus limit the freedom of expression to the limits of individual security and personal safety of the other person. Can, however, not only behaviours and actions but also feelings and opinions be regulated by the state? If the state decides to regulate human feelings, why giving precedence to hate only?⁴¹⁶ Why not delegating sadness? Or anger? And how to unequivocally identify and assess whether certain expression evokes negative feelings? For instance: can a vulgar opinion, openly criticizing certain group also incite hatred against its members? Whereas undoubtedly hate can prompt people to action and even violent behaviours, things like beatings, harassment, discrimination and oppression are already illegal. And it is enough to analyse the situation in those countries that have already attempted to penalise “hate speech” to some extent, to see that any legislation aimed at regulating something as ephemeral and contrary as the feelings while commendable in theory, in practice has led only to serious abuse or misinterpretation.

This proves to be especially the case, when many different and opposing “feelings” are in question. Let us look at Great Britain. In 2002 Harry Hammond was apprehended for hate speech. His crime amounted to keeping in the public place a placard that read: “Jesus gives peace, Jesus is alive, stop immorality, stop homosexuality, stop lesbianism, Jesus is lord.” Was he hateful (as the British authorities believed for he was sentenced) or was his arrest hateful and was there a

⁴¹⁶ Although one can also reasonably argue that “fear” is also being targeted via various anti- “phobic” policies. However, this issue remains outside the scope of this paper.

hate crime committed against a member of a religious group? I am sure we could debate this for hours.⁴¹⁷

But there are further complications: those who are actually offended or hurt by words of another person (because I do not doubt they frequently are), how much have they been offended and how could this offense be objectively measured? And once this dilemma has been resolved, a more complex challenge awaits: What could this immaterial damage be compared to and how to prove beyond any doubt that this hurt and offence actually took place?

A separate issue that requires a careful consideration concerns the nature of the damage. Assuming that there was indeed an offence, why exactly should the state single out religious feelings and extend its umbrella of protection over them? What about, for example, patriotic feelings or aesthetic feeling? Why ignoring the feelings for other important values, for example, to a beloved sports club (these can acquire certain religious flavour anyway)? These doubts are derived from the fact that the very notion of religion is problematic. As William Cavanaugh writes, the concept of religion as a universalised and internalised human impulse, expressed in a conviction based on irrational grounds and essentially different from the secular actions (like politics) was created in Europe between the fifteenth and sixteenth centuries. A key element of this process was limitation of the Church activity to the internal sphere of human existence called religion that is fundamentally different from the policies belonging to the domain of the state. Consequently, the very idea of “religion” brings with it not only the descriptive aspect, but also the normative dimension, because

⁴¹⁷ KECK, THOMAS M. “Hate Speech and Double Standards.” *Constitutional Studies*, vol. 1 no. 1, 2016, pp. 95-121. Retrieved from <http://muse.jhu.edu/article/640097/> (accessed April 13,2019).

the appearance of religion and all things “religious” is but a part of the new configuration of power-sharing in the Western states⁴¹⁸ and indeed, the struggle for power is a pivotal element, inherent to the development of the whole process.

Religion is often presented as a separate sphere of human life, easily distinguished from culture, economics, politics and other areas of our existence,⁴¹⁹ but the division of ideology and institutions into “religious” and “secular” is an arbitrary and inconsistent one. Even if we agree that religion as a separate phenomenon exists, is the concept is characterized by consistency and integrity? Following Cavanaugh’s reasoning, one must conclude that if we restrict the definition of religion to a substantive approach, that is believe in God/gods, certain belief systems commonly recognized as a religion will not fall under this category (e.g. certain forms of Buddhism and Confucianism). On the other hand, should the definition be extended to include them in a functionalist approach (developed by Émile Durkheim⁴²⁰), certain phenomena usually are considered secular (such as nationalism, sports, the ideology of the free market) also become unequivocally religious.

Which leaves us with a fundamental question: Who and on what basis determines which of these feelings are more important?

A superb example illustrating this issue is the case of Oluwole Ilesanmi arrested by police outside Southgate tube station for a “breach

⁴¹⁸ CAVANAUGH, WILLIAM T. *The myth of religious violence: Secular ideology and the roots of modern conflict*. OUP USA, 2009.

⁴¹⁹ SMITH, WILFRED CANTWELL. *The meaning and end of religion*. Fortress Press, 1963.

⁴²⁰ DURKHEIM, EMILE. *The elementary forms of the religious life*. New York: Dover Publications, 2008.

of the peace”.⁴²¹ Police arrested Mr Ilesanmi after a member of the public complained that he had made “Islamophobic” and hateful comments when preaching. Asked for a commentary on the issue, the Mayor of London said: “There’s not an unlimited right to freedom of expression or free speech. There are limitations and there’s a balance that needs to be done.” But what is to serve as a measure of this balance? A crucial question, especially if one considers that if there are any limits to the freedom of speech other than prohibitions on open calls for violence and criminal activity, then there is no freedom of speech at all. And if there is no freedom of speech, there is no longer a free society. Even if the purported aim is to achieve some sort of equilibrium, in a situation when a Muslim complains that Christian evangelisation is “hate speech,” legal regulations are not going to help to resolve the underlying problem of inter-communal differences and tensions, they will only aggravate it. In addition, a legal provision allowing to pass judgments on the basis of someone’s feelings teaches the public that offended feelings can be something not only serious, but also demanding state reaction. Certainly, opinions can be both, offensive and hateful but does it mean that we should agree to delegatize expressing certain views?

2. SYMPTOM VERSUS ROOT OF THE PROBLEM

This is an important question especially if we remember that “hate speech” is merely a symptom of a deeper problem. Banning this symptom will not address what lies at its root and even might

⁴²¹ GOODENOUGH, TOM. “What happened when an innocent Christian preacher was accused of Islamophobia? Why was Oluwole Ilesanmi carted off the streets of London in handcuffs?” *The Spectator*, March 19, 2019. Available at <https://www.spectator.co.uk/2019/03/what-happened-when-an-innocent-christian-preacher-was-accused-of-islamophobia/> (Accessed April 13, 2019).

exacerbate it. Delegalizing expressions of opinion that is deemed hateful will not eliminate the pathological attitudes which had bred them in the first place. It will only mean that these opinions will not be present in the public, open space where they could be challenged and refuted.

Therefore, the fight against the haters should be conducted in the only way that is effective. If somebody has a hateful and offensive opinion in order to counter it, the best way is to show it in a full light and publicly bare its feeble foundations and lack of argumentation behind it. In other words, to challenge and refute it. To the contrary, ban on words implies certain helplessness if not outright desperation – nearly as if it was impossible to counter words driven by hate with words offering a reasoned argument. As if “hate speech” was ugly but true and thus must stay hidden as it cannot be denied credentials. Paradoxically, ban on “hate speech” only validates and reinforces its message.

What makes this even more poignant is the fact that any attempt at censorship will have far reaching political side effects that can be far worse than what is meant to be curtailed by “hate speech” legislation. Perhaps there will be those who will say that such censorship is a price worth paying for if hate speech potentially leads to violence. Nonetheless, as research shows, it is hard to decisively say that such causal connection between these two factors is really the case. Historical study on Nazi Germany shows that propaganda radio programs endorsing dehumanization of Jews and sanctioned actions against them led to an increase of anti-Semitic acts but only in places where anti-Semitism was ripe even before Hitler took the power. But, paradoxically, they led to a decrease in such forms of behaviours in

places where anti-Semitism was absent.⁴²² And there are further examples of similar research that could be cited.

3. SUPPRESSION OF THE OPEN DEBATE

Fighting hate speech has one more effect, namely it deters people from expressing their opinions. Here the causality is quite straightforward: if individuals are punished for words without a clear definition of that for which one can be penalised, in the end people will start to fear to say anything that deviates from the political mainstream and public orthodoxy just to be on the safe side of things. Furthermore, what is labelled as “hate” very often amounts to “verbal lack of acceptance.” Just as it is today in England, for example, where people have been chased by the law enforcement, fined or even imprisoned for a “controversial” tweet or sharing “inappropriate” content on the Internet.

In British town and cities one can come across posters encouraging citizens to contact the authorities when a “hate crime” is encountered. “*Don’t let them get away with it. Tell someone,*” they implore. For me, the only association that comes to mind is the “thoughtcrime” and vigilance against it described by George Orwell in “1984”. If you think this is too far reaching a conclusion, please check the official tweets of British Police. The South Yorkshire police urges people to do the following: “In addition to reporting hate crime, non-crime hate incidents, which can include things like offensive or insulting comments, online, in person or in writing. Hate will not be

⁴²² ADENA, M., ENIKOLOPOV, R., PETROVA, M., SANTAROSA, V., & ZHURAVSKAYA, E. (2015). Radio and the Rise of the Nazis in Prewar Germany. *The Quarterly Journal of Economics*, 130(4), pp. 1885-1939.

tolerated.” Only in 2016 British police arrested over 3000 people for offensive comments on the Internet. This number steadily rises from year to year.⁴²³

One of the most important arenas of contemporary political debates occasionally encroaching on religious grounds is the one concerning terrorism. Imam Mohamad Tawhidi who criticises radical Islam and calls for a reform from within is frequently attacked for hate speech on religious grounds. His opponents insist that groups like the Islamic State (ISIS) and jihadism have nothing to do with Islam therefore when an imam like Tawhidi is criticising the ideology of ISIS, he is accused of insulting Islam. Only in 2018 his Facebook account was blocked 8 times and entirely unpublished twice.⁴²⁴ It is clear that anybody who wishes to impose the “hate speech” ban should consider whether silencing a reformist voice of Imam Tawhidi (and others like him) is the intended and desired outcome of such limitation.

In a democracy, everyone is in a sense responsible for reality around us and must take part in public debate. And it is hard to expect that everyone will be able to talk about weighty and controversial topics *sine ira et studio*, only referring to detached, impersonal arguments. People tend to approach things that are important to them emotionally, and some people cannot express emotions without using epithets. And if we acknowledge that the public debate is important, and in democracies it should be one of the most important elements of the political system, then unfortunately we have to accept that such

⁴²³ ELLIOTT, CORAN & JOHNSON JAMIE. “Police urge public to report insults that hurt feelings, but aren’t crimes.” The Telegraph, September 10, 2018. Retrieved from <https://www.telegraph.co.uk/news/2018/09/10/police-urge-public-report-insults-hurt-feelings-arent-crimes/> (Accessed April 13, 2019).

⁴²⁴ Imam Mohamad Tawhidi’s Twitter account: <https://twitter.com/imamofpeace/status/1091211056754712576>

people will take part in it. Because the alternative is even worse. Due to the fact that the boundary between a resolute opinion and hate speech is very vague, if we want to eliminate “hate”, someone will have to decide what is and what is not ‘hateful’. And it is not difficult to imagine that sooner or later it will lead to abuse particularly that it is frighteningly easy to use such an ambiguous tool for personal purposes. The pretext of “fighting hate speech” as a means to silence political opponents is becoming worryingly popular.

4. “HATE SPEECH” AS A POLITICAL TOOL

The above elucidates quite clearly that “hate speech” is nearly impossible to define. For example, is the statement that Israeli soldiers are shooting unarmed Palestinians a political observation, pure anti-Semitism or an individual opinion? Preparing this paper, I read a dozen different definitions of “hate speech” both in academic and policy papers. Because it is impossible to retain concept’s integrity and objectively determine what is acceptable and what is not, they all had one thing in common: they were general.

I will bypass this problem by stating what “hate speech” is not: It is not a tool to protect somebody from hatred. The resentment behind the words will be present even if it is not verbalized. Restriction of speech will not restrict the negative reactions (or feelings) that augment, enhance and drive the words. Politically speaking, “hate speech” is a gag but also a tool used in political struggles. It has a twofold application: against the society and against one’s political opponents.

It is a tool for controlling the mind, keeping society in check, forcing people to think in accordance with established guidelines. In certain countries where these guidelines are precise and firmly enforced, one can lose your job, home, children and family for verbalised disagreement.⁴²⁵ In political settings it very often comes down to a simplified adage that says: if I agree with you, it's "freedom of expression", if not, it is "hate speech". Invoking "hate speech" accusations is frequently used to dismiss opponent remarks, or to simply discredit the opponent. In this sense, the very term became nothing more than a pejorative label used at a convenience.

The first scenario of "hate speech" instrumentalization has far reaching ramifications. In a situation when people feel their opinions and feelings are muzzled, this discontent does not disperse, but goes underground. While it is not visible of Facebook or other social media diligently policing for a smallest sign of breaching the "community standards", it is palpable in the unofficial, daily interactions among people. It is whispered. It breeds in the darkness. It is all the more attractive for being forbidden. Where the speech is restricted a great risk appears, the risk that ideas cannot be challenged in an opened and rational debate, that offensive ideas cannot be engaged in unrestricted dialogue. It is enough to do even a perfunctory overview of the non-mainstream media to conclude that at present, there is a growing dark conspiracy in Europe that the "hate speech" is a political tool directed against the traditional inhabitants. This is a truly dangerous belief and

⁴²⁵ SCOTT, MARK & DELCKER, JANOSCH, "Free Speech vs. Censorship in Germany". *Politico*, January 6, 2018. Retrieved from <https://www.politico.eu/article/germany-hate-speech-netzdg-facebook-youtube-google-twitter-free-speech/> (Accessed April 13, 2019).

can only be countered by encouraging the population to speak their minds.

But also on the political level, politicisation of “hate speech” reaps its toll. Marine Le Pen is to be tried for tweeting pictures of atrocities committed by the Islamic State group. One of the pictures showed the body of James Foley, an American journalist beheaded by the Sunni extremists while another showed a man in an orange jumpsuit being run over by a tank, and the third featured a Jordanian pilot being burned alive in a cage. Le Pen shared the gruesome images in December 2015, a few weeks after ISIS jihadists killed 130 people in attacks in Paris and after a French journalist drew an obviously far-fetched comparison between the jihadist group and her political party.⁴²⁶ Now, she is facing a possible three-year jail term and a fine of 75,000 Euros. Furthermore, Le Pen was stripped of her parliamentary immunity over the pictures and the investigative magistrate called for her to undergo psychiatric tests. It is scary that such things are happening in the homeland of Voltaire, one of the Enlightenment icons, whose legacy can be summed up by one sentence: “I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it.”

The present political radicalisation of European societies proves without a shadow of a doubt that silencing anti-establishment politicians will only further feed a sense of “betrayal” among the populaces and exacerbate the feeling of being left alone and ignored by the political powers. Inability to articulate and debate publicly is one of the roots of the current political radicalisation we observe across nearly

⁴²⁶ HAWKINS, DEREK. „French far-right leader Marine Le Pen charged for tweeting gruesome ISIS images.” *The Washington Post*, March 16, 2018. Retrieved from https://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2018/03/02/french-far-right-leader-marine-le-pen-charged-for-tweeting-gruesome-isis-images/?noredirect=on&utm_term=.e67bf9baeaf0 (Accessed April 13, 2019).

all European states.⁴²⁷ To the contrary, tension that is blocked like in a stoppered bottle tends to intensify and when it explodes it takes everybody by surprise like it happened in Germany when nobody expected the Alternative für Deutschland (AfD) to gain so much power in the last elections. But the research suggests that AfD gained exactly because of restrictive hate speech regulations that were enacted to augment support and prevent discontent for the controversial migration policy favoured by Angela Merkel.⁴²⁸

5. CONCLUSIONS

As the above shows clearly, regardless how hard we would try, the “hate speech” concept does not protect everyone. In the realities of liberal democracy based on the minority protection paradigm, this safeguard will be primarily geared towards the minority groups. In Europe that denotes mainly Muslims and Jews, and other ethnic, religious or sexual minorities, although in some countries Christians also slowly become a minority within the mostly secular society. Yet, paradoxically, one can still offend all sorts of Christian symbols, groups or representatives and wish them death or all kinds of misfortune and in an overwhelming majority of cases no one will bat an eye. Most of these cases are framed as artistic expression, metaphor, and freedom of speech. Pages and groups with content explicitly directed against Jesus or John Paul II can be easily found on Facebook and other social media. In the theatre it is possible to see Jesus raping a

⁴²⁷ BARTOSZEWICZ, MONIKA GABRIELA. *Festung Europa*, Ośrodek Myśli Politycznej, Kraków, 2018.

⁴²⁸ BARTOSZEWICZ, MONIKA GABRIELA. “By Elite Demand: Immigration Policies of Germany and Hungary in the Context of the Common EU Policy.” *International Social Science Journal* [forthcoming]

Muslim woman (a scene featured in “Our violence, your violence” by Oliver Frljić). In the art gallery a Bible with offensive inscriptions added on its pages (an exhibition in the Glasgow Gallery of Modern Arts). In the newspapers cartoons and caricatures of deities, like the image of Father, Son and Holy Spirit having sex with each other which the famous Charlie Hebdo published in support of same-sex marriage.

So no, the concept of hate speech does not offer equal protection. And a law that protects only the select few is not a right but a privilege. And the privilege of protection against hatred applies only to the arbitrarily chosen groups and minorities. Do not get me wrong. I do not intend to defend the “hate speech”. As a representative of Latin civilization, I think that certain things should not be said. And I do not mind that people breaking this rule are criticized, publicly ridiculed or subjected to social ostracism. I will even say that we should do it more often. But as our continent is undergoing certain demographic and cultural changes reaching the unspoken agreements rooted in homogenous and monocultural societal fibre is going to be harder if not altogether impossible.

What I wanted to under scrutiny in my brief analysis are increasingly frequent statements that “hate speech” should be prosecuted and punished by default. Because this is a very dangerous request regardless whether the subject of such speech touches religion, sexuality or political views. The majority of people wishes to live in states based on secular, humanist principles. But the states when they usurp to have the power to decide what is sacred like a taboo and hence cannot be debated, disputed and criticised is itself becoming nothing else than a divine power with God-like attributes, capable of giving the ultimate answers to the most profound questions: of life and death and

good and evil. In this sense “hate speech” on religious ground signifies the progressing sacralisation of the state and the secular takeover of what traditionally was a religious domain thus infusing politics with religion clenched with dogmas hence doing something exactly opposite to what it purports to achieve: that is a more open and value-neutral society.

DIFICULTADES PARA CUANTIFICAR LAS MANIFESTACIONES DE RACISMO Y XENOFOBIA CONTRA MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

Beatriz Román Luján

*Abogada y Doctoranda
Universidad de Zaragoza*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Racismo y xenofobia. 2.1. Distinción conceptual entre xenofobia y racismo. 2.2. Algunos factores que inciden en la generación de racismo y xenofobia en España. 2.2.1. *Percepción «cuantitativa» sobre los extranjeros.* 2.2.2. *Percepción «cualitativa» de los extranjeros. Influencia de los medios de comunicación.* 2.2.3. *Factores socioeconómicos y culturales.* 3. Delitos de odio e incidentes de odio con motivaciones racistas y/o xenófobas. 3.1. Delitos de odio. 3.2. Incidentes de odio. 4. Menores extranjeros no acompañados (MENAs) en España. 4.1. Los «menores extranjeros no acompañados». 4.2. Manifestaciones racistas/xenófobas frente a «menores extranjeros no acompañados» bajo la protección o tutela de las autoridades españolas. 5. Obtención de datos sobre los delitos e incidentes de odio en España. 5.1. Sistema español de recogida de datos. 5.2. La «cifra oscura» de la criminalidad en los delitos de odio en España. 6. Invisibilidad de los menores extranjeros no acompañados en los datos oficiales sobre delitos e incidentes de odio por motivos racistas/xenófobos. 7. Conclusiones. 8. Recomendación.

1. INTRODUCCIÓN

Hasta la actualidad en nuestro país apenas habían calado los discursos xenófobos y racistas que en otros países de nuestra esfera occidental tenían ya cabida destacada. Ello a pesar del notable incremento de la población de nacionalidad extranjera en España

(pasando del 1'6% en 1998 al 10,13% en 2018⁴²⁹). Esto significaba que la sociedad española había ido transformándose con normalidad y calma en una sociedad más multicultural, multirracial y diversa.

Sin embargo, la profunda crisis económica y el miedo al terrorismo yihadista, han despertado voces, incluso en el terreno político español, que promocionan la preeminencia de «lo español», agitando la maliciosa asociación de ideas entre inmigración y delincuencia/inseguridad ciudadana, inmigración y pérdida de los valores «españoles» e inmigración y pérdida de oportunidades económicas para los españoles. Tales actitudes son el origen del germen del discurso del odio con motivaciones xenófobas y racistas. Este discurso busca, en esencia, desvestir al «otro» de su dignidad como persona para legitimar el ataque a su honor y autoestima, a su integridad física o, incluso, a su vida.

En las líneas siguientes se van a analizar brevemente algunos de los factores que alimentan la xenofobia en España, generadora junto con el racismo de incidentes y delitos de odio, tipificados en el Código penal. Así mismo, va a exponerse el fenómeno creciente de actitudes racistas y/o xenófobas frente a adolescentes extranjeros que están bajo la protección o tutela de la Administración pública en su condición de *menores extranjeros no acompañados*. Por último, va a verificarse si los instrumentos estadísticos utilizados en España para la cuantificación de los delitos de odio permiten visibilizar a estas víctimas especialmente vulnerables como son los *menores extranjeros no acompañados*.

⁴²⁹ Datos disponibles en la web del Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es) en INEBase. Dentro del grupo “extranjeros” se incluyen tanto ciudadanos de la Unión Europea como los nacionales de terceros países.

2. RACISMO Y XENOFOBIA

2. 1. *Distinción conceptual entre xenofobia y racismo*

Se entiende por *xenofobia* «el **comportamiento o actitud** que desarrolla un grupo social o étnico (en este caso, etnofobia) frente al temor o prevención respecto de otros grupos (étnicos, sociales o nacionales) a los que se considera extranjeros (...) y se muestra en expresiones o acciones, en muchas ocasiones espontáneas, hacia o contra individuos pertenecientes a grupos étnicos-culturales desconocidos lo que produce desconcierto y temor en el propio»⁴³⁰.

Se considera *racismo* la «**ideología** que promueve comportamientos o actitudes de odio y rechazo a personas que tienen características físicas diferentes a las del propio grupo étnico o racial (...) [se articula] «a través de organizaciones políticas y movimientos sociales que la sustenten y apoyen»⁴³¹.

No obstante, lo cierto es que en el terreno concreto de los sucesos motivados por xenofobia y/o racismo (delictivos o no), no resulta siempre sencillo saber si concurre xenofobia, racismo o ambas. Por ello, se habla de que existe un solapamiento en ambos conceptos⁴³².

2.2. *Algunos factores que inciden en la generación de racismo y xenofobia en España*

2.2.1. *Percepción «cuantitativa» sobre los extranjeros*

⁴³⁰HERRANZ DE RAFAEL, G., *Xenofobia y multiculturalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 141-142.

⁴³¹ Ver nota anterior.

⁴³² DIEZ NICOLAS, J., «Construcción de un índice de Xenofobia-Racismo», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 80, 2009, p. 24.

Según el Eurobarómetro nº 469 de octubre de 2017, sobre la integración de los inmigrantes en la Unión Europea⁴³³, los ciudadanos de la UE tienen una percepción sobreestimada del número de inmigrantes de terceros países que permanecen en el territorio de la Unión. Así los datos globales revelan que la percepción es que viven entre nosotros un 16,7 %, cuando la realidad es que tan solo hay un 7,2%⁴³⁴. En nuestro país, los españoles percibían que la población extranjera de terceros países en España alcanzaba el 23,2% de la población total, cuando en realidad tan solo constituía el 8,8%⁴³⁵: el 29,3% de los encuestados consideraba que el número de inmigrantes que había en España era excesivo y el 31,8 % que es elevado⁴³⁶.

2.2.2. Percepción «cualitativa» de los extranjeros. Influencia de los medios de comunicación

Actualmente en España, en el imaginario colectivo, cuando se evoca la idea de «extranjero» se piensa automáticamente en el *inmigrante económico*, y se asocia a este tipo de migrante la «conurrencia» con los españoles por los puestos de trabajo y los recursos del sistema de bienestar. También se relaciona con otro tipo de

⁴³³ CONSILIUM, [Recurso electrónico] Disponible en https://ec.europa.eu/home-affairs/news/results-special-eurobarometer-integration-immigrants-european-union_en. Último acceso: 22 de marzo de 2019.

⁴³⁴ Información obtenida de infografía de la web del Consejo de la Unión Europea, elaborada con los datos del Eurobarómetro de 2018 [Recurso electrónico] Disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/migration-eurobarometer-2018/>. Último acceso: 22-3-19

⁴³⁵ Ver nota anterior. Ver «factsheets in national language» en <http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/survey/getsurveydetail/instruments/special/surveyky/2169>.

⁴³⁶ CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS (CIS), *Estudio n.º 3190 «Actitudes hacia la inmigración (X)»*, septiembre de 2017, pregunta 4 [Recurso electrónico] Disponible en http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3180_3199/3190/es3190mar.pdf. Último acceso: 24 de marzo de 2019.

conductas negativas como la delincuencia⁴³⁷. Igualmente, se vincula al «extranjero» con la *irregularidad administrativa*, con llegadas a territorio español por cauces irregulares; con personas que tratan de burlar el control de las fronteras europeas que corresponde al Estado español como frontera Sur.

Ello como consecuencia del sesgo de las informaciones que aparecen mayoritariamente en los medios de comunicación, que centran casi exclusivamente las noticias en saltos a las vallas de Ceuta y Melilla, llegada de pateras a las costas españolas, niños y adolescentes escondidos en camiones o coches, etc., o bien en actos delincuenciales identificando la nacionalidad extranjera del presunto autor.

Los medios de comunicación, sin embargo, omiten difundir que casi la mitad de la población extranjera que hay en España es europea⁴³⁸ (muchos de ellos, jubilados o personas con alto poder adquisitivo instalados en nuestro país desde hace décadas); y que la mayoría de los extranjeros de terceros países se encuentran en territorio español regularmente⁴³⁹.

⁴³⁷ Ver nota anterior, preguntas 2, 16 y 18.

⁴³⁸ Según las últimas cifras del Instituto Nacional de Estadística (primer semestre de 2018) disponibles en INEBase <http://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/e245/p08/10/&file=02005.px&L=0> (último acceso: 24 de marzo 2019), viven en España 46.722.980 personas, de las cuales 4.734.691 son ciudadanos de nacionalidad diferente a la española. De esta población extranjera, algo más de la mitad no son europeos (2.673.656), siendo el grupo más numeroso el de los marroquíes (770.523), seguido de los chinos (215.970). De entre los europeos, el grupo más numeroso es el de los rumanos (676.005), seguido de los británicos (242.837).

⁴³⁹ A 31-12-2018, el 60,4% de los extranjeros residentes en España lo eran dentro del régimen de libre circulación UE (que incluye a los ciudadanos de la Unión y determinadas categorías de sus familiares, RD 240/2007), siendo tan solo 2.149.927 los extranjeros residentes en nuestro país en el llamado régimen general (LO 4/2000 y RD 557/2011), lo que suponía el 39,6% de todos los extranjeros en situación regular. A este respecto, MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD

De este modo, la percepción del extranjero se construye sobre el *rechazo* a los «inmigrantes irregulares» y el *temor* a la pérdida de oportunidades socioeconómicas de los españoles, como consecuencia de la presencia de estos extranjeros.

2.2.3. Factores socioeconómicos y culturales

Se ha constatado (GONZALEZ ENRIQUEZ, HERRANZ DE RAFAEL, CEA D'ANCONA⁴⁴⁰) que un factor muy importante para medir la xenofobia y/o racismo en España⁴⁴¹ lo constituye el dato objetivo de la mayor densidad de inmigrantes en una determinada localidad o un determinado barrio (por encima del 15%).

Asimismo, estudios científicos realizados desde 1991⁴⁴² han permitido concluir que el grado de xenofobia de los españoles es mayor: a) cuanto mayor es la edad de los entrevistados, b) cuanto

SOCIAL, OBSERVATORIO PERMANENTE DE LA INMIGRACIÓN, *Extranjeros residentes en España a 31 de diciembre de 2018*, 2019 [Recurso electrónico] Disponible en http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/concertificado/201812/Residentes_Principales_Resultados_31122018.pdf . Último acceso: 25 de marzo de 2019.

⁴⁴⁰ GONZALEZ ENRIQUEZ, C., «Opinión pública y política de inmigración: elementos de conflicto en la convivencia con los inmigrantes en España», en *CPA Estudios, Working Paper*, nº 9, 2004, p. 9. HERRANZ DE RAFAEL, G., *Xenofobia y...*, cit., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 21. CEA D'ANCONA, M.A., *La activación de la xenofobia en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), Madrid, 2004.

⁴⁴¹El sociólogo Juan DIEZ NICOLÁS ha elaborado para ello el concepto de «índice de xenofobia», basado fundamentalmente en el rechazo o exclusión social de los inmigrantes en el ámbito familiar, en el ámbito del vecindario y en el ámbito del trabajo y la integración social. DIEZ NICOLAS, J., «Construcción de un índice de Xenofobia-Racismo», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 80, 2009, pp. 21-38.

⁴⁴² Encuestas anuales ASEP-CIRES (Centro de Investigaciones de la Realidad Social) desde 1991 hasta 2007, recogidas en la base de datos de www.jdsurvey.net. También encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas «Actitudes hacia la inmigración» desde 2007 hasta 2017, que pueden consultarse en www.cis.es/cis/open/cm/ES/1_encuestas/estudios/listaTematico.jsp?tema=82&todos=no.

menor es el nivel educativo, d) cuanto menor es su situación socioeconómica, d) cuanto más se sitúan a la derecha política⁴⁴³; y que no es determinante vivir en una Comunidad Autónoma con mayor número de población extranjera⁴⁴⁴.

Del mismo modo, cuanto mayor es el grado de conocimiento por parte de los españoles respecto de los inmigrantes como «individuos concretos» a quienes frecuentan personalmente, menor es el grado de xenofobia o racismo que se constata⁴⁴⁵.

3. DELITOS DE ODIOS E INCIDENTES DE ODIOS CON MOTIVACIONES RACISTAS Y/O XENÓFOBAS

3.1. *Delitos de odio*

El racismo y la xenofobia son motivaciones que están en la base de algunos de los llamados «delitos de odio» (también conocidos como *delitos motivados por la intolerancia*⁴⁴⁶). En el Código Penal español los *delitos de odio* no están recogidos específicamente bajo

⁴⁴³ DIEZ NICOLAS, J., “Construcción de un índice ...”, cit., pp. 26-27. También, HERRANZ DE RAFAEL, G., *Xenofobia y ...*, cit., pp.159-160.

⁴⁴⁴ DIEZ NICOLAS, J., “Construcción de un índice ...”, cit., pp. 26-27. HERRANZ DE RAFAEL, G., *Xenofobia y ...*, cit., p. 35, señala que los mayores conflictos con los inmigrantes se producen en la *periferia social*.

⁴⁴⁵ HERRANZ DE RAFAEL, G., *Xenofobia y ...*, cit., p. 147. «Los sentimientos de rechazo provocados por la alta densidad de inmigrantes en los barrios, ya sea a través de la inseguridad ciudadana, la suciedad, los ruidos, el hacinamiento en pisos, etc., se refieren, como han puesto claramente de manifiesto los estudios cualitativos, 'a esos extranjeros que les consta que viven o pasan su tiempo en su barrio, pero que no conocen individualmente', por lo que 'esas formas de rechazo más abstractos conviven en los discursos de los españoles con la aceptación de los individuos concretos a quienes conocen personalmente'».

⁴⁴⁶ Delito motivado por prejuicio, sesgo o selección; se refiere a la negación delictiva de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales por rechazo a ser distinto. IBARRA, E., *La Europa siniestra. Racismo, Xenofobia, Antisemitismo, Islamofobia, Antigitanismo, Homofobia, Neofascismo e Intolerancia*, Catarata, Madrid, 2014, p.164.

ningún Título o Capítulo que así se denomine, no existiendo tampoco una definición concreta de un tipo delictivo de odio⁴⁴⁷.

La OSCE ha señalado dos elementos caracterizadores del delito de odio: 1º) el acto debe constituir un delito según el derecho penal y 2º) el acto debe haber sido motivado por un sesgo (opiniones negativas preconcebidas, supuestos estereotipados, intolerancia u odio dirigidos a un grupo particular que comparte una característica común, como raza, etnia, idioma, religión, nacionalidad, orientación sexual, género o cualquier otra característica fundamental, incluyendo la discapacidad)⁴⁴⁸.

Dentro del actual Código Penal, estos delitos de odio comprenderían todos aquellos en los que concurre la agravante genérica del artículo 22.4ª CP⁴⁴⁹, así como varios tipos penales de la Parte Especial (delito de amenazas dirigidas a atemorizar un grupo étnico, cultural o religioso, o un colectivo social o profesional, o cualquier otro grupo de personas del art.170.1 CP, delitos contra la integridad moral del art. 173 CP, delito contra la discriminación en el ámbito laboral del art. 314 CP, delito de incitación al odio, la violencia o la discriminación

⁴⁴⁷ No hay un consenso académico o doctrinal internacional sobre lo que es un delito de odio. En ocasiones, se pone el acento en el odio o prejuicio del autor hacia un estereotipo representado por una condición personal real o percibida en su víctima (ser «discapacitado» frente al «no discapacitado», ser «extranjero» frente al «autóctono», ser «homosexual» frente al «heterosexual», etc.) y, en otras, en la pertenencia de la víctima a un grupo social odiado por el autor del delito (p.ej. los musulmanes, los homosexuales, etc.).

⁴⁴⁸ ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA (OSCE), ODIHR, *Hate Crime Reporting: What is a hate crime?* [Recurso electrónico] Disponible en: <http://hatecrime.osce.org/what-hate-crime>. Último acceso: 16 de abril de 2019.

⁴⁴⁹ “«Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad». Redacción dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

del art. 510 CP, delitos de denegación discriminatoria de prestaciones o servicios públicos del art. 511 CP, y de denegación de prestaciones o servicios en el ámbito empresarial del art. 512 CP, delito de asociación ilícita para cometer un delito discriminatorio del art. 515.4 CP, delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos de los arts. 522 a 525 CP y los delitos de genocidio y lesa humanidad de los arts. 607 y 607 bis CP)⁴⁵⁰.

El elemento esencial es la motivación basada en el prejuicio (el sesgo de intolerancia o discriminación). Además, resulta característico de los delitos de odio que el impacto de la infracción se extiende más allá de la propia víctima, afectando al grupo con el que ella se identifica (victimización indirecta). De ahí la especial agravación de la pena.

3.2. *Incidentes de odio*

Se viene considerando *incidente de odio* aquel hecho o comportamiento que indiciariamente pudiera ser constitutivo de un delito de odio pero aún no existe resolución judicial que lo declare tal, así como también el que pudiera constituir una infracción administrativa relacionada con los delitos de odio⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ A veces se incluyen también como delitos de odio los de clonación para selección de la raza (artículo 160.3 CP), los de descubrimiento y revelación de secretos de datos que revelen condiciones personales (artículo 197.6) y los de prácticas de segregación racial (artículo 611.6 CP). DIAZ LÓPEZ, J.A., *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio*, 2018, p. 37 [Recurso electrónico] Disponible en <http://www.mitramiss.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/InformeConceptualDelitosOdio.pdf>. Último acceso: 16 de abril de 2019.

⁴⁵¹ DIAZ LÓPEZ, J.A., *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de ...*, cit., p. 55.

El racismo y la xenofobia están en la base de muchas conductas «normalizadas» de intolerancia hacia los extranjeros en España («racismo cotidiano»⁴⁵²); conductas que contribuyen a generar un ánimo colectivo de rechazo al que se percibe «diferente» por motivos de raza, religión, etnia u origen nacional. A veces, constituirán infracciones administrativas⁴⁵³.

Por ejemplo, insultos a jugadores de fútbol por ser de raza negra, recelo hacia las mujeres que visten con velo o hiyab, discriminación a los extranjeros para acceder a determinados puestos de trabajo, al arrendamiento de viviendas o a determinados lugares de ocio, etc. También se encuadrarían aquí los controles policiales aleatorios en espacios públicos (zonas de ocio, estaciones de tren y autobuses, etc.) basados únicamente en perfiles raciales⁴⁵⁴.

4. MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS (MENAs) EN ESPAÑA

4.1. *Los «menores extranjeros no acompañados»*

Técnicamente se conoce como «menores extranjeros no acompañados» (o abreviadamente MENAs) a aquellos niños y adolescentes que arriban al territorio de un país extranjero sin la

⁴⁵² VAN DIJK, citado por HERRANZ DE RAFAEL, G., *Xenofobia y...*, cit., p. 142.

⁴⁵³ Por ejemplo, la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

⁴⁵⁴ El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Dictamen de 27 de julio de 2009, relativo a la Comunicación 1493/2006, declaró que dicha práctica de la policía española es ilegal y discriminatoria e instó al Estado español a erradicarla y a pedir disculpas a la afectada (Rosalind Williams, ciudadana española de raza negra, obligada a identificarse en un lugar público, exclusivamente por no ser blanca).

compañía de un adulto de su familia o de quien, según las costumbres o leyes de su país, incumbiría esa responsabilidad⁴⁵⁵.

Según el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, los motivos por los que estos niños migrantes salen solos de sus países de origen van desde la persecución del menor o sus padres en su país (p.ej. por cuestiones políticas o religiosas), la huida de un conflicto internacional o una guerra civil, ser víctima de trata de seres humanos (incluso vendidos por sus propias familias), hasta motivaciones de búsqueda de mejores oportunidades y de condiciones de vida en general⁴⁵⁶.

De las cifras oficiales, se deduce que la mayoría de estos niños y adolescentes llegan por cauces irregulares, pero la denominación MENA incluye también a aquellos menores que, encontrándose ya en España, han perdido el contacto con los familiares que los acompañaron y cuidaban de ellos (entraran o no regularmente en nuestro país).

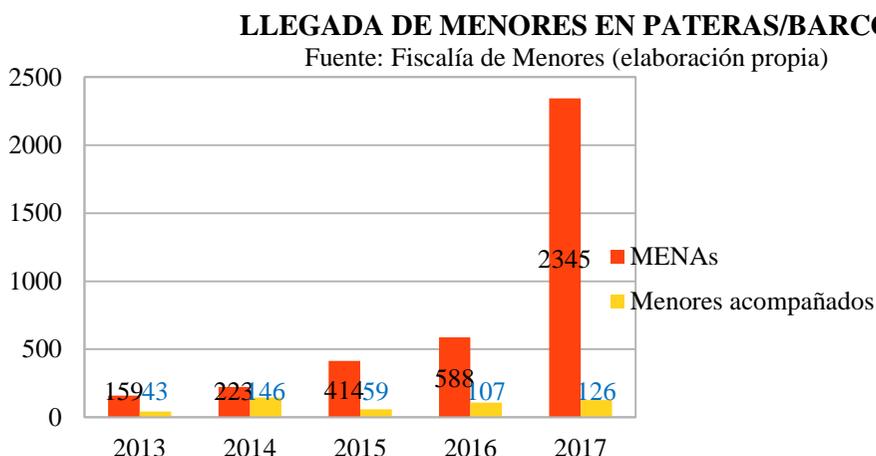
Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado presentada al inicio del año judicial 2018⁴⁵⁷, en el año anterior (2017) habían sido localizados 2.345 menores extranjeros no acompañados

⁴⁵⁵ El art. 35 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) no establece una definición legal del concepto. Sí lo hace el art. 189 del Reglamento de desarrollo de dicha LO (RD 557/2011, de 20 de abril). Véase también la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países (97/C 221/03), en DOCE C221 de 19-07-1997, en especial, arts. 1.1 y 5.4.

⁴⁵⁶ Observación General n° 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño, CRC/GC/2005/6, de 1 de septiembre de 2005, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, párrafo 2. En sus párrafos 7 y 8 define respectivamente los conceptos de “niños no acompañados” y el de “niños separados”.

⁴⁵⁷ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria de la Fiscalía General del Estado, presentada al inicio del año judicial 2018*, Vol.I., Fiscalía General del Estado y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 624-625

cuando llegaban a las costas españolas en pateras u embarcaciones similares, lo que suponía un incremento de un 398 % en relación al año 2016. Estos niños y adolescentes que migran solos por cauces irregulares son mayoritariamente varones y más del 56% son originarios de Marruecos⁴⁵⁸.



Estos niños y adolescentes migrantes, en su condición de menores de edad, son merecedores de una especial protección por parte de las autoridades españolas, de conformidad con el art. 39.4 de la Constitución y de todos los Tratados internacionales ratificados por España que garantizan sus derechos, en especial, por la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (ratificada por el Estado español en 1990, BOE 31-12-1990). En este sentido, el principio del interés superior del menor ha de guiar cualquier actuación de los poderes públicos que afecten a los niños (STC 124/2002, de 20 de mayo -FJ 6- y STC 221/2002, de 25 de noviembre -FJ2-).

⁴⁵⁸ Según FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria de la Fiscalía General del Estado presentada ...*, cit., p. 625, el 56,33 % de estos niños son originarios de Marruecos, el 19,95 % de Argelia, seguidos de los originarios de países del África Subsahariana como la República de Guinea (8,48 %) Costa de Marfil (7,50 %) y Gambia (2,85 %).

Además la circunstancia de «estar solos» en un país extranjero, ignorando mayoritariamente el idioma, hace que se acentúe notablemente su vulnerabilidad por el riesgo de desprotección y afección a sus derechos fundamentales más básicos (integridad física y mental, salud, educación, desarrollo de la personalidad, e incluso la vida⁴⁵⁹), siendo también víctimas de conductas racistas y xenófobas.

Por ello, cuando uno de estos niños migrantes es hallado en territorio español, las autoridades deben procurarle protección y atención adecuada a su condición específica de niño en situación de desprotección grave o situación de desamparo⁴⁶⁰. De este modo, los cuerpos policiales deben alertar de inmediato a los servicios de protección de menores de la Comunidad autónoma correspondiente, a fin de prestar a los menores atención inmediata sanitaria, alimenticia, habitacional o la que sea precisa (art. 190 del RD 557/2011, de 20 de abril). En un segundo momento, verificada la minoría de edad por el Ministerio Fiscal -si existieran dudas iniciales- y la imposibilidad de reintegrarlo con su familia o con los servicios de protección de menores de su país de origen⁴⁶¹, las Comunidades autónomas asumirán *ex lege*

⁴⁵⁹ El Comité de los Derechos del Niño en el pfo. 3 de su Observación General nº 6 (2005), citada en nota 28, ha señalado con firmeza que estos menores están expuestos a la explotación y abusos sexuales, a la discriminación, a la falta de acceso a la alimentación, al cobijo, a la vivienda, a los servicios sanitarios y a la educación, así como, en algunos casos, a la falta de documentos de identidad apropiados y a la dificultad de probar su minoría de edad.

⁴⁶⁰ El art. 18.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su redacción vigente, establece que la situación de desamparo existe cuando aparezcan circunstancias que supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor, lo que se produce a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

⁴⁶¹ El art. 19 bis.5 LO 1/1996 señala que la reintegración del menor extranjero no acompañado con su familia es el objetivo prioritario, pero solo se hará cuando “dicha medida responde a su interés superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad”. En un sentido similar, el art. 192 del RD

su tutela tras la declaración de desamparo y procederán a su cuidado de conformidad con lo establecido en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁴⁶². En palabras del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, esto debe traducirse “en la asignación prioritaria de recursos a dichos menores”⁴⁶³.

Normalmente, estos niños y adolescentes son objeto de acogimiento residencial en centros de menores a cargo de las Comunidades autónomas. A fecha 31 de octubre de 2018, la Ministra de Sanidad informó en conferencia de prensa que 12.437 menores extranjeros no acompañados estaban siendo protegidos o tutelados por los servicios de protección de menores autonómicos y de las ciudades de Ceuta y Melilla⁴⁶⁴, aunque su distribución territorial es muy irregular, lo que afecta seriamente a los niveles de protección de estos niños por las desigualdades en el trato y los recursos económicos que se destinan en las diferentes Comunidades autónomas⁴⁶⁵.

557/2011, cuando establece que el procedimiento de repatriación del menor está condicionado a que el interés superior del menor se satisfaga con la reagrupación con la familia o puesta a disposición de los servicios de protección de su país de origen.

⁴⁶² Arts. 12 y ss. LO 1/1996. Art. 35, aptados. 4 y 11 LO 4/2000. Art. 172 Código civil.

⁴⁶³ Observación General nº 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, CRG/GC/2005/6, pfo. 16.

⁴⁶⁴ Las cifras oficiales sobre MENAs en el último año han sido bastante opacas, a pesar de que existe el Registro de Menores no Acompañados que recoge todos los datos relativos a la identificación de estos niños (art. 215 RD 557/2011). La Fiscalía General del Estado es la competente para la coordinación de este Registro, según Instrucción de Fiscalía General del Estado nº 1/2012. El dato de número de MENAs a 31-10-2018 se ha obtenido de <http://www.alertadigital.com/2018/12/30/al-menos-12-500-menores-extranjeros-solos-llegaron-a-espana-hasta-el-31-de-octubre/>. Sobre la opacidad en el conocimiento del número de MENAs, véase LA VANGUARDIA, «Ong denuncian que registros sobre menas ‘no cuadran’ y están desactualizados», 17-10-2018 [Recurso electrónico] Disponible en www.lavanguardia.com/vida/20181017/452410265749/ong-denuncian-que-registros-sobre-menas-nocudran-y-estan-desactualizados.html. Último acceso: 22 de febrero de 2019.

⁴⁶⁵ La existencia de estas desigualdades presupuestarias y de atención a los MENAs en los diferentes territorios autonómicos ha sido objeto de duras críticas por el Comité

4.2. *Manifestaciones racistas/xenófobas frente a «menores extranjeros no acompañados» bajo la protección o tutela de las autoridades españolas*

Las autoridades públicas (tanto servicios de protección a la infancia de las Comunidades autónomas, como la Fiscalía que tiene atribuida especialmente por ley la defensa de los derechos de los menores) han de extremar la atención en cuanto a la prevención y monitoreo de las actitudes y conductas racistas o xenófobas que padecen o pueden llegar a padecer en los ámbitos en que se desenvuelven cotidianamente los niños y adolescentes extranjeros no acompañados que están bajo su tutela y protección.

Estos ámbitos son, especialmente, el escolar (problemática del *bulling* o ciberacoso por motivos racistas, xenófobos o religiosos, conductas de menosprecio por su color de piel u origen nacional, etc.) y el ámbito social (entendiendo por este el barrio o localidad en la que estos niños y adolescentes desarrollan sus actividades de ocio y deportivas).

En razón de ello, resultan escandalosos y muy preocupantes los ataques racistas y/o xenófobos a centros de acogida de menores extranjeros, como los que tuvieron lugar en Oviedo en noviembre de 2018⁴⁶⁶ o en marzo pasado en Canet de Mar y Castelldefels⁴⁶⁷). O las

de los Derechos del Niño en sus Observaciones Finales sobre los informes periódicos V y VI combinados de España, CRC/C/ES/CO/5-6, de 5 de marzo de 2018, par. 44 y 45.

⁴⁶⁶ MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Informe Raxen. Especial 2018. La mundialización de la intolerancia normaliza el odio identitario*, 2018, p. 55 [Recurso electrónico] Disponible en: <http://www.mitramiss.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/informeraxenespecial2018.pdf>. Último acceso: 19 de abril de 2019.

violentas agresiones sufridas el otoño pasado por dos menores tutelados argelinos en Denia (Alicante) a manos de quince *ultras* cuando estaban tranquilamente en un parque próximo al centro de acogida.

Pero aún más zozobra causan las manifestaciones de representantes políticos de primer orden tales como las del Presidente de la Ciudad autónoma de Melilla, Sr. Imbroda, quien el 3 de diciembre de 2018 pidió que se modificara el Código civil para evitar que los hijos de marroquíes nacidos en España puedan obtener la nacionalidad española⁴⁶⁸, o las del líder del Partido Popular, Sr. Casado, que en enero pasado abogaba por «abordar la situación de los MENA desde una perspectiva de inmigración económica», con sus derivadas de «seguridad ciudadana y control de las fronteras» y no «solo desde una perspectiva social»⁴⁶⁹.

En estas conductas y discursos subyace una visión de estos niños centrada exclusivamente en los prejuicios asociados al elemento de *extranjería* (fácilmente reconocible por la identificación de sus rasgos físicos, color de piel, idioma, etc.).

Por ello, el Comité de los Derechos del Niño en sus Observaciones finales sobre los informes periódicos Quinto y Sexto combinados de España, de 5 de marzo de 2018 instó al Estado español a adoptar, entre otras actuaciones, las de asegurar la protección jurídica efectiva de los niños no acompañados, establecer centros mecanismos

⁴⁶⁷ EL PERIÓDICO, «Tres heridos en un ataque con piedras contra un centro de menores migrantes en Castelldefels», 11-03-2019 y «Gritos en un Castelldefels dividido por los “menas”», 12-03-2019.

⁴⁶⁸ MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Informe Raxen...*, cit., p. 66.

⁴⁶⁹ EL DIARIO.ES, «Expulsar a menores extranjeros no acompañados: PP y Gobierno vuelven a intentar lo que ya fracasó en el pasado», 05-01-2019 [Recurso electrónico] Disponible en https://www.eldiario.es/desalambre/PP-defiende-menores-migrantes-adultos_0_853565138.html. Último acceso: 20 de febrero de 2019.

de denuncia accesibles y efectivos para los niños, e investigar a fondo todos los casos de vulneraciones de los derechos de los niños⁴⁷⁰.

5. OBTENCIÓN DE DATOS SOBRE LOS DELITOS E INCIDENTES DE ODIOS EN ESPAÑA

5.1. Sistema español de recogida de datos

Las autoridades nacionales españolas han comenzado a producir estadísticas oficiales en relación con los delitos e incidentes de odio en España a partir del año 2014⁴⁷¹, mediante la adaptación correspondiente del Sistema Estadístico de Criminalidad (SEC) y la formación de los diferentes cuerpos policiales nacionales y autonómicos⁴⁷² en la recepción de datos en los atestados policiales a través de los llamados «indicadores de polarización» o «indicadores de delitos de odio»⁴⁷³.

⁴⁷⁰ Parágrafos 44 y 45 de dichas Observaciones Finales (CRC/C/ESP/CO/5-6), accesibles en <https://www.unicef.es/publicacion/observaciones-finales-del-comite-de-los-derechos-del-nino-espana-2018>

⁴⁷¹ Tan solo la Fiscalía Provincial de Barcelona tenía desde 2010 un registro manual de delitos de odio y discriminación en Cataluña en colaboración con los *Mossos d'Esquadra*. GÜERRI FERRÁNDEZ, C., «La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso de odio en España», en *Indret*, nº 1, 2015, p.7 [Recurso electrónico] Disponible en <http://www.indret.com/pdf/1097.pdf>. Último acceso: 16 de abril de 2019.

⁴⁷² Determinante fue el «Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación», aprobado por Instrucción nº 16/2014 de la Secretaría de Estado de Seguridad, y modificado por la Instrucción nº 16/2015. Disponible en <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/PROTOCOLO+ACTUACION/99ef64e5-e062-4634-8e58-503a3039761b>. Último acceso: 24 de marzo de 2019.

⁴⁷³ P.ej. la percepción de la víctima, su pertenencia a un grupo o colectivo minoritario determinado o “colectivo diana”, estética del autor de los hechos, expresiones o insultos proferidos en el lugar de los hechos, gratuidad de la violencia, el autor ya se ha visto involucrado en hechos similares, el hecho se produce en una fecha significativa para la comunidad o colectivo de destino o en un lugar habitualmente frecuentado por miembros del grupo minoritario, etc.

Con los datos por ellos registrados, se viene elaborando a través del Gabinete de Coordinación y Estudios de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, un informe anual sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España. Hasta la fecha se han realizado cinco informes, siendo el último el que contiene los datos del año 2017⁴⁷⁴.

Además, en enero pasado, el Ministerio del Interior presentó el «Plan de Acción contra los delitos e incidentes de odio»⁴⁷⁵ que incluye entre sus objetivos la mejora de la recogida de datos estadísticos. Y en 2018 se creó la Oficina Nacional de lucha contra los delitos de odio⁴⁷⁶.

Otra fuente de datos son las Memorias anuales de la Fiscalía General del Estado, en las que se recogen las estadísticas de diferentes categorías de delitos, entre ellos, los delitos de odio y contra la discriminación⁴⁷⁷.

5.2. La «cifra oscura» de la criminalidad en los delitos de odio en España

Existe una presumible elevada proporción de personas que no denuncian conductas que podrían encuadrarse como delitos o

⁴⁷⁴ Pueden consultarse en la web del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, <http://www.mitramiss.gob.es/oberaxe/es/destacados/index.htm>.

⁴⁷⁵ MINISTERIO DEL INTERIOR, SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD, *Plan de Acción contra los delitos e incidentes de odio*, 2019, p.4 [Recurso electrónico] Disponible en

<http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/plan+de+accion+delitos+de+odio/d054f47a-70f3-4748-986b-264a93187521>. Último acceso: 24 de marzo de 2019.

⁴⁷⁶ Fue creada por Instrucción nº 1/2018 de la Secretaría de Estado de Seguridad, a fin de asesorar y aportar la información estratégica y técnica correspondiente para la adopción de políticas públicas en relación con los delitos de odio.

⁴⁷⁷ Aunque los propios Fiscales se lamentan de que los sistemas informáticos no permiten recoger la agravante del 22.4 CP, por lo que se dificulta elaborar una estadística fidedigna FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria de la Fiscalía General del Estado presentada ...*, cit., p. 818

incidentes de odio, de modo que no son investigadas y no pasan al SEC ni son contabilizadas. Es lo que se viene denominando “cifra negra” o “cifra oscura”⁴⁷⁸.

El propio Ministerio del Interior español, consciente del problema, realizó en la web del Ministerio una encuesta anónima («Encuesta sobre experiencias con incidentes relacionados con los delitos de odio») durante nueve meses de 2017, que permitió concluir que el 75,9% de los incidentes y delitos de odio afectando al 96,9% de los participantes no habían sido denunciados, siendo la de discriminación por orientación sexual (17%), y las de racismo (16,1%), ideología (15,9%) y xenofobia (13,8%) las principales motivaciones⁴⁷⁹.

6. INVISIBILIDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN LOS DATOS OFICIALES SOBRE DELITOS E INCIDENTES DE ODIOS POR MOTIVOS RACISTAS/XENÓFOBOS

⁴⁷⁸ El «Plan de Acción contra los delitos e incidentes de odio» del Ministerio del Interior, citado en nota 48, tiene entre sus objetivos impulsar la denuncia de los delitos e incidentes de odio (objetivos 4.1, 6.1 y 2, 9.4, 10.3, 13.4). Las causas de la baja tasa de denuncias son, entre otras, el desconocimiento del idioma, de sus derechos o de cómo ejercerlos, el miedo a represalias del autor, la vergüenza, la desconfianza o miedo a la policía, el encontrarse en España en situación administrativa irregular, el temor a revelar su filiación étnica, religiosa, política u orientación sexual o, incluso, no ser consciente la propia víctima de que los hechos sufridos no son leves por atentar contra su dignidad como ser humano y sus derechos fundamentales.

⁴⁷⁹ Los datos han sido obtenidos de MINISTERIO DEL INTERIOR, SECRETARÍA DE ESTADO SEGURIDAD, GABINETE DE COORDINACIÓN Y ESTUDIOS, *Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España (2017)*, 2019, p.40 [Recurso electrónico] Disponible en http://www.mitramiss.gob.es/oberaxe/es/publicaciones/documentos/documento_0114.htm. Último acceso: 25 de marzo de 2019. Ver también GÜERRI FERRÁNDEZ, C., “La especialización de la fiscalía ...”, cit., p. 8.

Las Memorias anuales de la Fiscalía General del Estado no recopilan información acerca de cuántos menores extranjeros no acompañados son víctimas de delitos de odio o de manifestaciones de intolerancia por motivos racistas y/o xenófobos contra ellos⁴⁸⁰. Tampoco se nombra a estos como víctimas en las publicaciones en las que colabora el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (OBERAXE).

Pero lo que, a nuestro parecer más gravedad representa, es que ninguno de los Informes anuales sobre la Evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España (de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior) haga mención alguna a este colectivo tan vulnerable. Ello a pesar de que en el último Informe, correspondiente a datos del año 2017: a) más de la tercera parte de los incidentes (524, 38%) fueran por racismo o xenofobia (suponiendo un incremento del 26% respecto a los del año anterior⁴⁸¹), b) que el mayor número de victimizaciones⁴⁸² de menores de edad se debiera a incidentes de tipo racista/xenófobo (un total de 80 víctimas), y c) que casi el 40% de estas víctimas menores de edad (sin distinción de motivaciones) fueran de nacionalidad extranjera, siendo los más victimizados los menores marroquíes (21,7%)⁴⁸³, correspondiéndose

⁴⁸⁰ Tan solo se reflejan datos de *bullying* o ciberacoso, sin poderse concluir si estas víctimas son extranjeras (acompañados o MENAs) o españolas, ni tampoco los motivos de dicho *bullying* o ciberacoso (racistas/xenófobos u otros).

⁴⁸¹ MINISTERIO DEL INTERIOR, SECRETARIA DE ESTADO SEGURIDAD, GABINETE DE COORDINACIÓN Y ESTUDIOS, *Informe sobre la evolución de ...*, cit., pp. 11 y 37. Aunque el incremento mayor se dió en los motivados por creencias o prácticas religiosas con un 119,1% de subida, seguido de los motivados por “ideología” con un 72,2%.

⁴⁸² Término que engloba los diferentes hechos que afectan a una o determinadas víctimas, no refiriéndose a personas individuales.

⁴⁸³ Ver nota anterior, p. 17.

este último dato con la realidad de que, mayoritariamente, los MENAs son de nacionalidad marroquí.

La razón de esta «invisibilidad» es que el Sistema Estadístico de Criminalidad no prevé un ítem específico para la categoría de «menores extranjeros no acompañados» en la recogida de datos de denuncias y atestados policiales⁴⁸⁴. Ello a pesar de que, por las informaciones periodísticas y de ONGs especializadas, los incidentes de odio por motivos racistas y xenófobos contra estos niños y adolescentes extranjeros se producen con indeseable frecuencia.

7. CONCLUSIONES

1ª). Existen muy pocas fuentes oficiales de datos relativos a los delitos de odio en España, resultando insuficientes por no proporcionar una visión realista del alcance de estos delitos ni de los incidentes racistas fuera del ámbito penal, lo que impide el establecimiento de estrategias públicas más eficaces en la prevención y contención de conductas motivadas por racismo y xenofobia, cuando aproximadamente una tercera parte de los incidentes relacionados con delitos de odio en España lo son por estas motivaciones.

2ª). No existen datos oficiales en relación a cuántos “menores extranjeros no acompañados” bajo la protección o tutela de las autoridades administrativas españolas son sujetos pasivos de delitos o incidentes de odio. Esta cifra permanece oculta dentro de la global de delitos cometidos por motivos racistas, xenófobos, religiosos, etc.

⁴⁸⁴ Otra de las deficiencias de los Informes anuales es que no indican si las víctimas españolas de racismo/xenofobia son de etnia gitana o tienen otra nacionalidad además de la española. Sería necesario conocer este dato para averiguar la frecuencia de los ataques delictivos antigitanos y de los ejecutados frente a binacionales, a fin de orientar de un modo más preciso las políticas públicas para erradicarlos.

3ª). El Sistema Estadístico de Criminalidad (SEC) no recoge la categoría de «menores extranjeros no acompañados» dentro de la categoría de víctimas de delitos e incidentes de odio, aun siendo el colectivo de niños y adolescentes más vulnerable respecto a la victimización por motivos raciales o xenófobos, y conociéndose frecuentes ataques por informaciones de los medios de comunicación y otros canales.

8. RECOMENDACIÓN

Debe crearse el ítem «menores extranjeros no acompañados» dentro de la categoría de las víctimas menores de 18 años en el Sistema Estadístico de Criminalidad e incluirse también en la recogida de datos estadísticos de la propia Fiscalía y los Juzgados para los delitos de odio. Esto permitirá conocer estadísticamente cuántos de ellos sufren conductas relacionadas con los delitos de odio en sus diferentes modalidades motivacionales y, así, evaluar e implementar, en su caso, mejoras en la detección de incidentes racistas y/o xenófobos y en la pronta denuncia por parte de las autoridades responsables de la tutela de los mismos.

**V. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y RELIGIÓN EN EL ÁMBITO
CONFESIONAL**

AUTONOMÍA DE LOS GRUPOS RELIGIOSOS Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE SUS MIEMBROS: CONSIDERACIONES A LA LUZ DE ALGUNAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Juan González Ayesta

Profesor Doctor

Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La doctrina del TEDH sobre autonomía de los grupos religiosos frente al estado. 3. Evolución de la jurisprudencia del TEDH sobre limitaciones de la autonomía de los grupos religiosos en los conflictos con sus miembros. 4. Protección de los derechos humanos dentro de los grupos religiosos.

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, se viene constatando un creciente incremento de litigios en que son parte iglesias o comunidades religiosas⁴⁸⁵. Aunque este fenómeno no es ni mucho menos exclusivo del ámbito europeo, no cabe duda de que encuentra un claro reflejo en

⁴⁸⁵ En un reciente ensayo, el autor reflexiona sobre este fenómeno, poniendo de relieve algunas de sus causas: vid. McCRUDDEN, C., *Litigating religions: an essay on human rights, courts, and beliefs*, Oxford, Oxford University Press, 2018. Para explicar con mayor profundidad otros aspectos implicados en ese fenómeno, me parecen también de interés dos estudios publicados en una obra colectiva que el Prof. Miguel Rodríguez Blanco y yo dirigimos hace algunos años: vid. RODRÍGUEZ BLANCO, M. - GONZÁLEZ AYESTA, J. (Dirs.), *Religión y Derecho Internacional*, Edit. Comares, Granada, 2013. Me refiero, concretamente, a los trabajos de: ORDUNA PORTUS, P., «La religión en las relaciones entre Estados: el paso de la era confesional al nuevo paradigma en el mundo occidental», pp. 3-42; y ALMANSA PÉREZ, R., «Evolución de las Declaraciones Universales de Derechos y relativización de las fuentes de la moral religiosa», 87-126.

la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). A lo largo de los últimos veinticinco años, han sido numerosas las controversias resueltas por el Alto Tribunal en las que, de una u otra manera, estaban implicados no solo problemas de índole netamente religioso (proselitismo, culto, vestimenta y símbolos religiosos, etc.), sino también los propios grupos religiosos, tanto en su posición frente al Estado, como en las relaciones con sus propios miembros, en particular los que trabajan a su servicio⁴⁸⁶.

Son precisamente estos dos últimos ámbitos los que ahora más nos interesan. La razón es que, si bien el TEDH ha otorgado una amplia autonomía a los grupos religiosos en cuanto a su existencia, gobierno y funcionamiento, no es menos cierto que su jurisprudencia ha evolucionado también en una línea tendente a reducir o limitar progresivamente esa misma autonomía en los conflictos con sus miembros. El último estadio de ese proceso se concreta en la exigencia de que, en tales conflictos, los grupos religiosos hagan una ponderación o balance equilibrado de los diferentes derechos e intereses en juego: los suyos propios y los de sus miembros.

Se plantea entonces la cuestión del alcance que haya de darse a esa exigencia, para que se mantenga dentro de unos límites razonables, sin invadir esferas o ámbitos que pertenecen a la legítima autonomía de los grupos religiosos, en cuanto titulares del derecho de libertad

⁴⁸⁶ «It was not until 1993 that the Court examined the right to freedom of thought, conscience and religion provided by article 9 in any detail. Since then three key questions, with particular significance given the increasing public profile of religion in 'post-secular' European states and societies, have emerged: what kind of beliefs are covered; to what extent do they give rise to negative and/or positive obligations on the part of states and to corresponding rights on the part of believers; and to what extent may the exercise of these rights be legitimately restricted?» (GREER, S. – JANKEE, G. - SLOWE, R., *Human Rights in the Council of Europe and the European Union. Achievements, trends and challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 168).

religiosa. En las páginas que siguen pretendo exponer algunas ideas conectadas con toda esta problemática, esperando que sean de alguna utilidad en relación con las cuestiones abordadas en este Congreso Internacional.

Para ello, comenzaré por examinar la doctrina del TEDH sobre la autonomía de que gozan los grupos religiosos frente al estado (apartado 1); pasaré luego a exponer la evolución seguida por la jurisprudencia de ese mismo Alto Tribunal en los conflictos entre los grupos religiosos y sus miembros, especialmente en el ámbito laboral (apartado 2); y, finalmente, haré algunas reflexiones, a la luz de lo anteriormente visto, sobre el papel del Estado en la protección de los derechos humanos en los grupos religiosos (apartado 3).

2. LA AUTONOMÍA DE LOS GRUPOS RELIGIOSOS FRENTE AL ESTADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

La autonomía de los grupos religiosos puede ser entendida en diversos sentidos: desde uno muy amplio, casi equivalente a la noción misma de libertad religiosa⁴⁸⁷, hasta otro más reducido, conectado con los derechos de que gozan esos mismos grupos para regirse por sus propias normas y poder decidir libremente sobre las cuestiones relativas a su gobierno, funcionamiento y disciplina⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ En ese sentido amplio, un autor del ámbito anglosajón llega a individuar hasta diez derechos que podrían entrar en la autonomía de los grupos religiosos: desde el derecho a ser reconocidos jurídicamente y a poder organizarse internamente del modo que consideren oportuno, hasta el derecho de elegir, formar y designar a sus dirigentes; pasando por otros varios que ahora no es necesario mencionar (cfr. RIVERS, J., *The law of organized religions: between establishment and secularism*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 55-71).

⁴⁸⁸ En este sentido más reducido, podría hablarse, siguiendo a Doe, de los siguientes aspectos: 1º) la *autonomía legislativa*, es decir, los diversos instrumentos normativos mediante los que los grupos religiosos regulan sus asuntos internos; 2º) la *autonomía de gobierno y ministerial*, relativa a la toma de decisiones sobre cuestiones internas de tales grupos, especialmente en materia doctrinales, de fe o de culto, así como a las que

En este momento voy a ocuparme solo de dos aspectos sobre los que el TEDH se ha pronunciado, que están directamente relacionados con la existencia y funcionamiento independiente de los grupos religiosos, y que considero relevantes a efectos del discurso aquí tratado⁴⁸⁹.

El primero de estos aspectos hace referencia a la *libertad para crear organizaciones religiosas*, que debe ir acompañado de los oportunos mecanismos para su reconocimiento civil por parte del Estado. Resulta evidente que este punto es de extraordinaria importancia, ya que solo una vez reconocido este “derecho a existir” de las organizaciones religiosas, puede tener sentido hablar de otros derechos en el seno de tales organizaciones.

La doctrina del TEDH en este punto ha sido constante y reiterada –al menos, ya desde el año 2001-, recordando que el derecho de libertad religiosa comprende el derecho a manifestar la religión en comunidad, abarcando, por tanto, la posibilidad de que los creyentes se asocien libremente a tal fin, sin ninguna interferencia arbitraria del Estado⁴⁹⁰. Por eso, tal y como señalaba ese Alto Tribunal: «Allí donde está en juego la organización de la comunidad religiosa, [...] la negativa a reconocerla constituye una injerencia en el derecho de los

afectan a la designación, régimen y funciones de los ministros de culto; 3º) la autonomía judicial o cuasi-judicial, que abarcaría los mecanismos previstos por las organizaciones religiosas para resolver sus conflictos internos (cfr. DOE, N., *Law and Religion in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 123-134). Sobre esa distinción entre un sentido amplio y estricto de la autonomía de los grupos religiosos, puede verse también: DURHAM, W.C., «The right to Autonomy in Religious Affairs: A comparative View», en ROBBERS, G. (Ed.), *Church Autonomy. A comparative Survey*, cit., pp. 683-714.

⁴⁸⁹ Para un estudio de conjunto sobre la jurisprudencia del TEDH en materia de autonomía de los grupos religiosos, remito a la excelente monografía de SCHOUPE, J.-P., *La dimension institutionnelle de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Éditions A. Pedone, Paris 2015.

⁴⁹⁰ Vid., entre otras, la sentencia del caso: *Iglesia Metropolitana de Besarabia y otros contra Moldavia*, nº. 45701/99, 13 de diciembre de 2001, § 118.

solicitantes a la libertad de religión en virtud del artículo 9 de la Convención»⁴⁹¹.

Algunos años después, el TEDH se reafirmaba en su doctrina y desarrollaba, además, la relación existente entre el pluralismo religioso y el derecho de asociación, garantizado en el artículo 11 del CEDH. Así, en el caso *Rama Moscovita del Ejército de Salvación c. Rusia*, el TEDH afirmaba que para garantizar el pluralismo y la democracia no solo son importantes los partidos políticos, sino que también son importantes las asociaciones formadas para otros fines, mencionando expresamente la proclamación y la enseñanza de la religión. Concretamente, según el Alto Tribunal de Estrasburgo: «El pluralismo también se basa en el reconocimiento genuino y el respeto de la diversidad y la dinámica de las tradiciones culturales, de las identidades étnicas y culturales, de las creencias religiosas y de las ideas y conceptos artísticos, literarios y socioeconómicos»⁴⁹².

El otro aspecto importante que ahora quería mencionar se refiere al *libre funcionamiento de los grupos religiosos*, una vez constituidos. El TEDH se ha pronunciado claramente acerca de la posición que han de mantener los Estados en cuestiones relativas a la organización interna de los grupos religiosos y, especialmente, sobre cuál ha de ser su papel ante eventuales controversias o disputas internas que puedan surgir dentro de ellos⁴⁹³.

⁴⁹¹ *Comunidad religiosa de los Testigos de Jehová en Austria y otros c. Austria*, nº. 40825/98, 31 de julio de 2008, § 62 (la traducción del texto oficial en inglés, es propia).

⁴⁹² *Rama Moscovita del Ejército de Salvación c. Rusia*, nº. 72881/01, 5 de octubre de 2006, § 61 (la traducción del texto oficial en inglés, es propia).

⁴⁹³ Sobre este punto, puede verse también: CAÑAMARES, S., *Igualdad religiosa en las relaciones laborales*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 117-122.

Entre las sentencias más destacadas a este respecto, cabe ahora recordar la del caso *Hasan y Chaush c. Bulgaria*⁴⁹⁴, citada con frecuencia al exponer la doctrina del TEDH sobre autonomía de los grupos religiosos. La controversia de fondo versaba, en buena parte, sobre el liderazgo de la comunidad musulmana en Bulgaria y el Tribunal consideró que el Estado violó la legítima autonomía de la comunidad religiosa interfiriendo en sus asuntos internos. Al hilo de esa problemática, el TEDH hizo algunas afirmaciones importantes, recordando, por ejemplo, que: «el derecho de los creyentes a la libertad de religión abarca la expectativa de que la comunidad pueda funcionar pacíficamente, libre de la intervención arbitraria del Estado» y que si «la vida organizacional de la comunidad no estuviera protegida [...] todos los demás aspectos de la libertad de religión del individuo se volverían vulnerables»⁴⁹⁵.

Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora, resulta sumamente importante aclarar que no existe, un presunto “derecho a la disidencia” dentro de los grupos religiosos, que el Estado deba proteger. El TEDH se pronunció directamente sobre esta delicada cuestión en otro caso también relacionado con el liderazgo de una comunidad religiosa: el caso del *Santo Sínodo de la Iglesia Ortodoxa Búlgara (Metropolitano Inocencio) y otros c. Bulgaria*, que enfrentaba a dos grupos dentro de la

⁴⁹⁴ *Hasan y Chaush c. Bulgaria*, n.º. 30985/96, 26 de octubre de 2000.

⁴⁹⁵ Ídem, § 62 (la traducción del texto oficial en inglés, es propia). Ideas similares aparecían también claramente expuestas en el caso del *Supremo Santo Consejo de la Comunidad Musulmana c. Bulgaria*, de 2004, íntimamente vinculado al que acabamos de mencionar, pues, en parte, es una suerte de continuación de la misma controversia (vid., *Supremo Santo Consejo de la Comunidad Musulmana c. Bulgaria*, n.º. 39023/97, 16 de diciembre de 2004, § 92). En realidad, el respeto de la autonomía religiosas como garantía de pluralismo, estuvo ya presente en la doctrina del tribunal desde el caso *Serif c. Grecia*, n.º. 38178/97, 14 de diciembre de 1999 (vid. §§ 52 y 53).

Iglesia Ortodoxa Búlgara⁴⁹⁶. En este caso, el TEDH recordó que el Estado ni tiene el deber positivo de tutelar un presunto derecho de la facción disidente, ni debe tampoco tomar partido en favor de la otra facción establecida. Uno de los puntos centrales de la sentencia, dice así: «... el hecho de que el Convenio [Europeo de Derechos Humanos] no garantice un derecho de disidencia dentro de una comunidad religiosa, no significa que otorgue discreción sin restricciones a las autoridades para tomar partido en una disputa intra-religiosa y usar el poder del Estado para reprimir a uno de los grupos opuestos en la disputa»⁴⁹⁷.

En esta misma línea, otra importante sentencia del TEDH fue la dictada en el caso *Miroļubovs y otros c. Letonia*⁴⁹⁸. Aquí, el origen de la controversia radicaba en una disputa interna dentro de dos distintas facciones de una comunidad religiosa –concretamente una parroquia viejo ortodoxa de la capital de Letonia-, en la que el Estado se inmiscuyó, tomando partido en favor de una de ellas. En ese contexto, la sentencia reafirmó inequívocamente que no puede hablarse de un derecho a la disidencia interna en los grupos religiosos, que se apoye o ampare en la libertad religiosa que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) protege: «el artículo 9 del Convenio no garantiza ningún derecho a discrepar dentro de una comunidad religiosa; en caso de discrepancia sobre materias doctrinales o de organización entre una comunidad religiosa y uno de sus miembros, el

⁴⁹⁶ Vid. *Santo Sínodo de la Iglesia Ortodoxa Búlgara (Metropolitano Inocencio) y otros c. Bulgaria*, n.º. 412/03 y n.º. 35677/04, de 22 de enero de 2009.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, § 141 (la traducción del texto oficial en inglés, es propia).

⁴⁹⁸ *Miroļubovs y otros c. Letonia*, n.º. 798/05, 15 de septiembre de 2009. Un comentario de esta sentencia puede verse en: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «La libertad religiosa en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 26 (2010), especialmente, pp. 305-312.

derecho individual a la libertad religiosa se expresa a través del derecho a abandonar la comunidad»⁴⁹⁹.

En definitiva, el TEDH ha sido constante a la hora de sostener que los grupos religiosos deben gozar de un legítimo ámbito de autonomía frente al Estado, especialmente en aquellos aspectos que podríamos llamar estructurales o internos, de modo que puedan gestionar con libertad sus propios asuntos y solucionar sus controversias internas, especialmente allí donde existan facciones opuestas en conflicto. En estos casos, el Estado ha de ser neutral y no interferir –en la medida de lo posible⁵⁰⁰– en tales conflictos, tanto por respeto a la libertad religiosa de los fieles, como por respeto al legítimo pluralismo.

3. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE LÍMITACIONES DE LA AUTONOMÍA DE LOS GRUPOS RELIGIOSOS EN LOS CONFLICTOS CON SUS MIEMBROS

Como ha podido verse, hasta ahora me he referido solo a la protección de la autonomía de la que gozan los grupos religiosos frente al Estado. Seguidamente me detendré en otro aspecto que considero importante, de cara al propósito de estas páginas: me refiero a las crecientes limitaciones de la autonomía religiosa en las controversias entre esos mismos grupos y sus miembros, especialmente si se trata de conflictos de tipo laboral. En este otro tipo de conflictos, el TEDH ha

⁴⁹⁹ Ídem, § 80, letra d); la traducción del original en inglés, es propia.

⁵⁰⁰ En la medida de lo posible, porque es de justicia reconocer que el Estado no siempre puede mantenerse completamente al margen de estas divisiones internas en los grupos religiosos, especialmente, cuando llevan aparejadas cuestiones patrimoniales sobre bienes o derechos. A este respect, pueden verse, por ejemplo, las consideraciones que hace: LANGLAUDE DONE, S., «Religious Organisations, Internal Autonomy and other Religious Rights before the European Court of Human Rights and the OSCE», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 34 (2016),1, pp. 25-26.

seguido una evolución diferente, incrementando las limitaciones a la autonomía de los grupos, para otorgar mayor protección a los derechos individuales de sus miembros.

Siguiendo lo expuesto por Cismas, en un interesante estudio en el que ha analizado esa evolución⁵⁰¹, podría hablarse de tres fases o momentos en la jurisprudencia del TEDH, en cuanto a las limitaciones de la autonomía religiosa en esos conflictos: la del *principio de voluntariedad*, la de las *limitaciones de procedimiento* y la de las *limitaciones sustantivas*⁵⁰². Para nuestro propósito actual, es suficiente exponer brevemente cada una de esas etapas, siguiendo los planteamientos de fondo de esa autora, sin necesidad de entrar en los detalles del análisis:

a) El *principio de voluntariedad*: en esta primera fase, se consideraba que algunos derechos de los miembros de un grupo religioso, como podían ser, por ejemplo, los relativos a la vida familiar o a la libertad de expresión, quedaban suficientemente protegidos por la posibilidad que cada uno de los miembros tenía en todo momento de dejar el grupo religioso; en este sentido, quien discrepaba o no estaba conforme con la doctrina del grupo o con alguno de sus principios, siempre podía abandonarlo libremente, ejerciendo de ese modo su libertad⁵⁰³.

b) Las *limitaciones de procedimiento*: en esta segunda fase, se entendía que la protección otorgada a los miembros de un grupo

⁵⁰¹ Vid. CISMAS, I., *Religious actors and international law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

⁵⁰² Tomo la denominación de las etapas, de la síntesis que la propia autora hace (vid. *Ibíd.*, p. 151).

⁵⁰³ Cfr. *Ibíd.*, p. 128. Conviene precisar que el TEDH no emplea la expresión “Principio de Voluntariedad”, que sí es usada, en cambio, por la doctrina, al menos en el ámbito anglosajón, donde se habla del *principle of voluntariness* (cfr. KIVIORG, M., «Collective Religious Autonomy versus Individual Rights: A Challenge for the ECtHR?», *Review of Central and East European Law*, 39 (2014), p. 326, nota 51).

religioso debía ir algo más allá de la mera libertad para abandonar el grupo, entendiendo que era preciso asegurar también su derecho de defensa; es decir, en caso de conflicto, el Estado debía verificar si el procedimiento disciplinar seguido por el grupo religioso contra uno de sus miembros había respetado o no los derechos de defensa de éste último⁵⁰⁴.

c) Las *limitaciones substantivas*: en esta tercera fase, el control y las garantías para los individuos iban más allá, ya que el Estado debía comprobar también si las autoridades religiosas habían hecho o no una ponderada valoración de los derechos de los miembros implicados, frente a los suyos propios; esto suponía exigir a los grupos religiosos un mayor compromiso con la protección de los derechos individuales de sus miembros⁵⁰⁵.

De esas tres fases, esta última es precisamente la que tiene mayor interés para nosotros. Por eso, en orden a ilustrar mejor lo que suponían ese tipo de limitaciones, resulta oportuno mencionar ahora dos casos resueltos por el TEDH en septiembre de 2010, que afectaban a trabajadores al servicio de dos iglesias: el caso *Obst contra Alemania* y el caso *Schüth contra Alemania*⁵⁰⁶.

En el *caso Obst*, el demandante era el director de relaciones públicas de la *Iglesia de los Santos de los Últimos días* (Mormones) en Europa. Su Iglesia le despidió una vez que sus dirigentes tuvieron conocimiento de que aquél había mantenido una relación extramatrimonial. Para la Iglesia, el despido estaba justificado, ya que la infidelidad matrimonial suponía una clara trasgresión de algunos

⁵⁰⁴ Cfr. CISMAS, I., *Religious actors and international law*, cit., p. 133.

⁵⁰⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 138.

⁵⁰⁶ *Obst c. Alemania*, nº. 425/03, 23 de septiembre de 2010; *Schüth c. Alemania*, nº. 1620/03, 23 de septiembre de 2010.

principios morales esenciales, que el demandante estaba obligado a respetar, tal y como constaba en las cláusulas de su contrato de trabajo.

En el *caso Schüth*, el demandante trabajaba para una parroquia católica como organista. Tras separarse de su esposa, convivió con otra mujer, con la que tuvo un hijo. También aquí las autoridades religiosas entendieron que el despido estaba justificado, ya que la conducta seguida por el demandante atentaba contra la doctrina católica sobre el matrimonio y contra las obligaciones asumidas por todos los empleados de la Iglesia católica en Alemania.

Los tribunales domésticos alemanes consideraron, en todas las instancias, que ambos despidos eran procedentes y se ajustaban a derecho. Pero, en cambio, los demandantes veían en sus respectivos ceses una violación de sus derechos fundamentales (concretamente de su derecho a la vida privada y familiar) y consideraban que no habían sido adecuadamente protegidos por la justicia alemana frente a sus empleadores religiosos. Y de ahí que acudiesen ante el TEDH, invocando la violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁰⁷.

La decisión adoptada por el Alto Tribunal de Estrasburgo fue distinta en uno y otro caso: favorable a los intereses del demandante en el caso *Schüth* y contrario a sus pretensiones en el caso *Obst*. Sin embargo, lo que ahora interesa no ese particular, cuanto el enfoque general adoptado por el TEDH y los pasos que siguió en la motivación

⁵⁰⁷ El texto completo del artículo 8 del CEDH, dice así: «Artículo 8.- *Derecho al respeto a la vida privada y familiar*: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

de esas dos sentencias. En concreto interesa poner de relieve que, tanto en uno como en otro caso, el Alto Tribunal no se limitó a constatar que los demandantes habían podido contar con las debidas garantías procesales ante los tribunales domésticos, sino que examinó si esos mismos tribunales ponderaron adecuadamente los intereses en conflicto (los de los empleados y los de la Iglesia), desde una doble perspectiva: a) si las obligaciones de lealtad exigidas a los demandantes por su empleador religioso, resultaban razonables o no; b) si las medidas disciplinarias adoptadas contra ellos (el despido) por faltar a esas obligaciones, podían considerarse necesarias y proporcionadas.

Partiendo de este análisis, el TEDH motivó su decisión final sobre si el Alemania había cumplido o no sus obligaciones positivas de proteger los derechos de los demandantes frente a sus respectivas iglesias, llegando, como decíamos, a un distinto resultado en uno y otro caso. Aunque el resultado final fuese distinto, parece innegable que en el fondo de todo el planteamiento late una orientación favorable a ofrecer una mayor protección a los derechos individuales dentro de los grupos religiosos, con mayores limitaciones a la autonomía de estos últimos.

4. EL PAPEL DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DENTRO DE LOS GRUPOS RELIGIOSOS

En esta parte final de la exposición, sobre la base de lo expuesto hasta el momento, haré algunas consideraciones acerca del papel del Estado en todo este ámbito de las controversias con trasfondo religioso, esperando que sean de utilidad para enriquecer algunas de las perspectivas desde las que contemplar los problemas abordados en este Congreso.

Comenzaré por preguntarme cómo debería actuar el Estado en los conflictos entre los grupos religiosos y sus miembros, para armonizar adecuadamente estos dos intereses en juego: por un lado, la protección de la dignidad y los derechos de los individuos; y, por otro, el respeto de la legítima autonomía de los grupos, especialmente en todo aquello que afecte a aspectos nucleares de su doctrina y misión.

En mi opinión, esta problemática solo puede ser correctamente afrontada, advirtiendo que, si bien los derechos de los otros constituyen un legítimo límite a la libertad religiosa, tanto en su dimensión individual, como colectiva⁵⁰⁸, sin embargo, no todo lo que hoy se engloba en el campo de los derechos humanos ha de tener la misma relevancia o el mismo peso, por así decirlo.

Por un lado, hay derechos que los grupos religiosos deben respetar siempre, ya que en ningún caso estaría justificado vulnerarlos, como el derecho a la vida, a la integridad física y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, por citar algunos señalados ejemplos. Pero, por otro lado, hay derechos, cuyo ejercicio en el seno de los grupos religiosos puede estar matizado o condicionado por la previa decisión libre del individuo de integrarse en esos grupos. La razón es que éstos últimos son también titulares del derecho fundamental de libertad religiosa, en el que se incluye, por ejemplo, el derecho a enseñar su religión o convicciones y a formar y designar a sus ministros de culto y

⁵⁰⁸ Así, como es sabido, en el artículo 18.2 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966, entre los límites de la libertad religiosa, se incluye la protección de los «derechos y libertades fundamentales de los demás»; y, en igual sentido, el artículo 9.2 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, menciona, como límite de esa misma libertad, «la protección de los derechos o las libertades de los demás».

dirigentes, tal y como expresamente reconocen también otros autorizados instrumentos internacionales⁵⁰⁹.

Pensemos, por ejemplo, en una comunidad religiosa que adoptase medidas disciplinares contra uno de sus miembros que, sin abandonarla, declarase públicamente profesar la doctrina de otra distinta o que, violando un previo compromiso formal de celibato, contrajese matrimonio civil. ¿Sería razonable afirmar, en supuestos así, que estaría atentando contra la libertad religiosa o contra el derecho a la vida familiar de aquel? ¿O sería más razonable admitir que en supuestos de este tipo la comunidad religiosa tiene derecho a proteger su doctrina y misión?⁵¹⁰.

A este respecto, quiero traer ahora a colación unas palabras sobre la eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares –la llamada *eficacia horizontal* de tales derechos o *eficacia frente a terceros* (*Drittwirkung*, en la terminología alemana)- que, si bien escritas ya hace bastantes años, considero de interés en relación con el discurso que vengo realizando. Dicen así esas palabras a las que me refiero:

«[...] las situaciones de poder social son muchas y distintas y el grado y la medida de la aplicabilidad inmediata de los derechos, libertades y garantías necesariamente tiene que ser

⁵⁰⁹ Basta recordar el artículo 6 de la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 25 de noviembre de 1981, donde precisamente se ponen de relieve diversos derechos de los grupos religiosos, vinculados con la dimensión colectiva de la libertad religiosa.

⁵¹⁰ McCrudden hace notar, a este respecto, que, en el campo de los derechos humanos, se ha verificado un proceso, en el que, partiendo de la igualdad racial y de género, se ha ido poniendo el énfasis en una protección cada vez mayor de la identidad individual, de manera que el discurso de la igualdad, al menos en ese contexto, ha ido adquiriendo un tinte marcadamente individualista que contrasta con la visión sostenida por varias religiones (cfr. McCrudden, C., *Litigating Religions...*, cit., pp. 28-31).

diverso según los tipos de situaciones y las circunstancias que, en último análisis, solo pueden establecerse en concreto. Así, no puede ser tratada de la misma manera la relación de poder que existe dentro de la familia, entre menores y padres (o tutores), y aquella que vincula a un empleador con un empleado en una empresa, o el usuario de una instalación privada y la respectiva administración, o los consumidores y empresas en oligopolio, así como merecen un trato diferenciado las relaciones entre los grupos y los miembros, según sean institutos religiosos e iglesias, sindicatos, partidos u otros tipos de asociaciones»⁵¹¹.

Estamos pues un ámbito muy delicado, en el que debe obrarse con gran prudencia, teniendo presentes las singularidades de los grupos religiosos y algunos de los elementos antes vistos: los legítimos ámbitos de autonomía de que gozan tales grupos y la separación entre éstos y el Estado.

En este sentido, si se perdiesen de vista que también los grupos religiosos son titulares de legítimos derechos y se pusiese el énfasis solo o principalmente en la protección de los derechos de sus miembros, esa protección podría terminar por convertirse en una especie de Caballo de Troya, usado como sutil instrumento desde el que influir en la vida y la doctrina de los grupos religiosos⁵¹². Dicho de otra manera, el Estado podría terminar por arrogarse el papel de árbitro

⁵¹¹ VIEIRA DE ANDRADE, J.C., *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª Ed., Coimbra, 2012, p. 247 (la traducción del texto original en portugués, es propia). Sobre la cuestión de la *Drittwirkung*, en conexión con la autonomía religiosa, puede verse: ROCA, M.J., *Derechos fundamentales y autonomía de las iglesias*, Edit. Dykinson, Madrid, 2005, especialmente, las pp. 19-34 y 76-87.

⁵¹² Tomo la comparación con el ingenioso artefacto empleado por los griegos en la guerra contra los troyanos, que me parece enormemente sugerente, de las reflexiones propuestas por Navarro-Valls sobre los desafíos actuales a la libertad religiosa: cfr. NAVARRO-VALLS, R. *Entre dos orillas. De Barack Obama al Papa Francisco*, EIUNSA, 2014, pp. 239-243.

en materias en las que late o subyace, al menos en buena medida, la concepción que se tenga de la persona humana, como la sexualidad, el matrimonio y la familia, la educación moral, etc.

En ningún caso debe perderse de vista que no es misión del Estado tratar de “democratizar” las Iglesias o comunidades religiosas. Al Estado no le corresponde, ni le puede corresponder nunca, promover, facilitar, impulsar, ni tanto menos exigir, que los grupos religiosos sean “más democráticos”, en cuanto a su gobierno, disciplina o funcionamiento; tampoco le corresponde, ni le puede corresponder, pretender que su doctrina o sus enseñanzas religiosas hayan de adaptarse a las ideologías dominantes o a los postulados de lo que hoy suele denominarse lo “políticamente correcto”.

Sin embargo, desde algunos colectivos pro-derechos humanos se viene ejerciendo una cierta presión en ese sentido, postulando, desde posiciones maximalistas, que se imponga a los grupos religiosos un mayor respeto de los derechos humanos⁵¹³; tendencia que ha encontrado eco y reflejo en opiniones concretas sostenidas por algunos jueces del TEDH, favorables a una muy amplia protección de las libertades individuales en el seno de los grupos religiosos, olvidando o minimizando los derechos derivados de la dimensión colectiva de la libertad religiosa⁵¹⁴.

⁵¹³ Una sintética descripción del fondo del problema al que hemos hecho referencia, puede verse en: KIVIORG, M., «Collective Religious Autonomy versus Individual Rights...», cit., pp. 325-326.

⁵¹⁴ Un ejemplo significativo de estas opiniones maximalistas, lo encontramos en el voto particular emitido por el juez Dedov en el caso *Fernández-Martínez c. España*. En esa opinión particular, el citado juez sostiene que la existencia misma de la obligación de celibato para los sacerdotes de la Iglesia católica sería contraria al derecho a la vida privada y familiar, recogido en el artículo 8 del CEDH (cfr. *Fernández-Martínez c. España*, nº. 56030/07 (Gran Sala), 12 de junio de 2014, *Dissenting opinion of judge Dedov*).

Por todo ello, conviene recordar, como ese mismo Tribunal ha recordado en diversas ocasiones, la importancia que, para garantizar el pluralismo en los estados democráticos, tiene la existencia autónoma de grupos religiosos, respetando la diversidad de creencias religiosas y su libre ejercicio, sin más límites que los necesarios e imprescindibles en una sociedad democrática, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 del CEDH. Podríamos añadir, que el verdadero pluralismo exige además garantizar la libertad de los grupos religiosos, dentro de esos mismos límites antes indicados, para expresar libremente no solo su fe y sus convicciones, sino también sus corolarios morales en temas debatidos, como el aborto, la eutanasia, la ideología de género u otros similares, sin temor a ser tachados de intolerantes.

EL DERECHO A DIFUNDIR ÍNTEGRAMENTE EL MENSAJE RELIGIOSO

Enrique Herrera Ceballos

Profesor Doctor

Universidad de Cantabria

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Breve referencia a los discursos contra la homosexualidad. 3. La libertad de expresión como libertad instrumental de la libertad religiosa. 4. La autonomía confesional como garantía de la libertad religiosa colectiva. 5. Síntesis.

1. INTRODUCCIÓN

Lo más significativo del título de esta comunicación es la inclusión del adverbio (íntegramente) porque si lo suprimimos parece que el objeto del trabajo es análisis del derecho de las confesiones religiosas al ejercicio del proselitismo. Nuestra reflexión no aspira a semejante tarea, desde luego bien cumplida por otros colegas con mejores dotes que el que suscribe el texto⁵¹⁵.

Sin embargo, nuestra intención no es analizar el mensaje religioso dirigido personalmente a un sujeto con la intención de modificar sus convicciones morales y religiosas sino el análisis de situaciones en las que el mensaje religioso, difundido de forma abstracta e impersonal, puede verse coartado, limitado o cercenado por

⁵¹⁵ A modo de ejemplo Vid, CIÁURRIZ, M^a J. *El derecho de proselitismo en el marzo de la libertad religiosa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001 o BUENO SALINAS, S. y GUTIÉRREZ DEL MORAL, M^a J. *Proselitismo religioso y Derecho*, Comares, Granada, 2002.

la acción del Estado □ motu proprio o a instancia de parte □ al entender que violenta principios o derechos constitucionalmente reconocidos a particulares o colectivos.

Uno de los elementos definatorios del concepto de confesión religiosa y, tal vez, el más significativo, es la existencia de un “credo” concebido como un conjunto de dogmas verdades reveladas, si se quiere sobre la divinidad o la trascendencia⁵¹⁶ a los que se apareja la existencia de directrices morales y prescripciones rituales que el fiel religioso debe poner en práctica en cumplimiento de una voluntad Superior.

El instinto de auto conservación de las confesiones religiosas lleva a la difusión pública y privada del elemento dogmático, surgiendo así lo que podríamos denominar, mensaje o discurso religioso; entendido como el conjunto de creencias sobre la divinidad y las normas morales que del conjunto dogmático dimanarían necesariamente y que han de guiar la actuación de los fieles.

Surge así la prédica como instrumento fundamental de difusión del credo religioso que ordinariamente queda a cargo de los llamados “ministros de culto”. Ésta, *ad intra* pre-tendería solo avivar y fortalecer la fe de quienes comparten unas mismas convicciones, manteniéndolos en la senda prefigurada por la divinidad y, *ad extra*, trataría de convencer a los infieles en terminología religiosa para que abandonen sus creencias y adopten la fe predicada; entendiendo que toda religión presume estar en posesión de la “Verdad” absoluta.

⁵¹⁶ Utilizo el término “trascendencia” junto al de “divinidad” en la medida en que éste último tal vez está más apegado a las religiones en las que Dios está personificado resultando el primer término más omnicomprendivo en la medida en que abarca creencias carentes de Dios, aunque asimilables a lo religioso como el budismo, sintoísmo, etc.

Como antes dijimos, no prestaremos especial atención al proselitismo sino a la difusión general del mensaje religioso por las propias confesiones y hasta qué punto éste puede ser restringido cuando eventualmente pueda atentar contra valores jurídicamente protegibles y protegidos.

Debemos, no obstante, partir de una premisa fundamental como es la especificidad del mensaje religioso y su notable diferencia con cualquier otro tipo de discurso como el discurso político, el ideológico, el filosófico, etc.

Mientras estos discursos son, por naturaleza, mudables en función de las circunstancias coyunturales (sociales, económicas o culturales) así como de los intereses también mudables del emisor, el discurso de origen religioso, en gran parte, es un discurso monolítico, condicionado por su propio origen y que, en muchos aspectos resulta necesariamente invariable con independencia, tanto de las circunstancias sociales en las que se dé como del interés particular de su emisor.

Esta circunstancia que no puede pasarse por alto conlleva un riesgo como es la calificación moral desfavorable, por parte de la religión, de determinados valores y conductas que en la sociedad secular se advierten como moralmente inocuos y, por ende, en ocasiones promocionables por los propios poderes públicos. Es el caso de los discursos contra la homosexualidad que, en no pocos casos, han dado lugar a imputaciones y condenas por “delito de odio” en la persona de algunos clérigos e incluso de miembros de la jerarquía eclesiástica más o menos conocidos en el panorama nacional. Detengámonos un momento en algunos casos reseñables.

2. BREVE REFERENCIA A DISCURSOS CONTRA LA HOMOSEXUALIDAD⁵¹⁷

En 2001, un pastor protestante británico llamado Harry Hammond fue condenado a pagar una multa de 300 libras por incitar a la violencia y alterar la paz al exhibir una pancarta que rezaba “¡Detened la homosexualidad! ¡Detened el lesbianismo! ¡Jesús es el Señor!”.

Según los tribunales británicos⁵¹⁸ que lo juzgaron sus palabras resultaban abusivas e insultantes y, a pesar de que se advirtió la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las llamadas “*shocking ideas*”⁵¹⁹, no solo se le condenó, sino que el tribunal se permitió la inaceptable⁵²⁰ licencia de sugerir reformular su disenso con la ortodoxia social en términos más aceptables en pro de rebajar el ambiente de crispación que se había creado. Como puede advertirse el tribunal además de violentar el derecho de libertad religiosa y de expresión asociada a la anterior actúa como censor moral de las ideas que discurren contra lo que podríamos llamar “corriente social imperante”; en este caso, una corriente notablemente condescendiente y pacata con el lobby homosexual.

⁵¹⁷ Puede verse un estudio más detallado sobre casos que han llegado a los tribunales en diferentes países en HERRERA CEBALLOS, E. “El discurso religioso contra la homosexualidad. Análisis desde la perspectiva de la libertad religiosa”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 47 (2018).

⁵¹⁸ Tribunal de Primera Instancia o *County Court* y *Divisional Court* o de segunda instancia.

⁵¹⁹ Contendida en la STEDH *Handyside contra Reino Unido* de 7 de diciembre de 1976. En España esta doctrina fue asumida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 235/2007 (FJ. 1).

⁵²⁰ Permítaseme el epíteto, pero no cabe otro calificativo contra la intromisión en la libertad religiosa del Pastor por parte de la representación del poder judicial; no olvidemos, un poder del Estado.

En 2003, un tribunal sueco condenó al pastor pentecostal Åke Green por el delito de “agitación contra un grupo social” por el contenido de un sermón titulado “¿Es la homosexualidad un instinto natural o las fuerzas del mal juegan con los humanos?, al entender que contenía manifestaciones de desprecio contra los homosexuales como colectivo a la vez que excedía un debate objetivo y responsable sobre el grupo.

Sin embargo, en 2005, el Tribunal Supremo del país estimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia al entender que el sermón se encuadraba en el ejercicio del derecho de libertad de expresión tal y como es contemplado en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este caso el tribunal fue consecuente y absolvió al imputado, aplicando adecuadamente la doctrina de las “shocking ideas” que había consagrado la STEDH *Handyside contra Reino Unido* a la que ya hemos hecho referencia.

España también ha sido escenario de este tipo de imputaciones contra destacados miembros de la jerarquía católica como los obispos de Alcalá de Henares (Mons. Reig Plá) y de Valencia (Mons. Cañizares). Ambos fueron denunciados por haber cometido, presuntamente, un delito de odio tipificado en el art. 510 del Código Penal⁵²¹ por la difusión de dos homilías⁵²² en las que se criticaba “la adopción de ideologías que corrompen la sexualidad humana y deconstruyen al ser humano imponiendo lo que se ha llamado ‘imperio gay’”. Ambas demandas fueron archivadas, aplicando reiteradamente los tribunales la doctrina del TEDH sobre el alcance de la libertad de

⁵²¹ Vid. al respecto LÓPEZ-SIDRO, A. “La libertad de expresión de la jerarquía eclesiástica y el discurso del odio”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 42 (2016).

⁵²² En el año 2012.

expresión, al entender que no existía en el discurso incitación directa al odio o a la violencia contra el colectivo homosexual y que las palabras de ambos purpurados se encuadraban en el ejercicio del derecho a la libertad ideológica y de expresión del artículo 20 de la Constitución Española y del 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que abarcan manifestaciones de muy diversa naturaleza incluyendo las ideas “críticas incluso extremistas aun cuando puedan ser desabridas, molestas o inquietantes”⁵²³.

3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO LIBERTAD INSTRUMENTAL DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL CONTEXTO DEL DISCURSO

A nuestro entender, sin embargo, existe un error de base que vicia, en cierto modo, la argumentación tanto de los tribunales nacionales como del propio Tribunal Europeo.

Todos ellos fundamentan la legitimidad del discurso religioso en la amplitud con la que se concibe el ejercicio del derecho de libertad de expresión según se recoge en el artículo 10 del Convenio, entendiendo que aun cuando moleste, irrite o incluso amenace determinados convencionalismos sociales debe ser soportado por la ciudadanía incluidos los colectivos perjudicados o concernidos tal como, del mismo modo, la religión debe soportar el discurso secular/laico contra ella.

El discurso religioso es sin lugar a dudas “discurso” como cualquier otro el político, el social, etc., sin embargo, el adjetivo no es baladí.

⁵²³ Cfr. SSTC 174/2006, de 5 de junio y 176/2005, de 11 de diciembre.

Como discurso es subsumible en el derecho de libertad de expresión, sin lugar a dudas, aunque esta afirmación, sin más, resulta un tanto simplista. Y ello porque en el discurso religioso convergen dos libertades: la libertad de expresión y la libertad religiosa y, a nuestro entender, hay que partir de que en este contexto concreto la libertad de expresión resulta una libertad instrumental al servicio de la libertad religiosa, garantizando su efectivo y pleno ejercicio. Máxime cuando el emisor del mensaje es un representante de un grupo religioso en la medida en que no pretende transmitir “su” mensaje sino “el” mensaje de la divinidad que individualiza e identifica de forma peculiar al grupo y lo diferencia de cualesquiera otros; manifestación que se enmarcaría claramente en los artículos 2.1 y 6.1. LOLR.

Aunque el TEDH se muestra más proclive al reconocimiento de un mayor margen de apreciación de los Estados en la restricción de la libertad de expresión en el contexto del discurso político⁵²⁴ que en el contexto del mensaje religioso y sin cuestionar este razonamiento, consideramos que la especificidad de este último, merece una cierta atención colocándolo en el lugar que le corresponde: la libertad religiosa y la autonomía confesional.

Un Estado democrático no es tal si se reduce al mero reconocimiento formal de los derechos. Respecto del de libertad religiosa, no se garantizaría su plenitud de ejercicio si solo se reconociere en el plano individual porque los grupos canales de la organización del fenómeno religioso quedarían desamparados cuestión esta que choca con la actual concepción que de la libertad religiosa tienen los Estados modernos democráticos y de Derecho. Si a la libertad religiosa colectiva no acompaña además un margen de

⁵²⁴ Vid. *Handyside*...

independencia de las confesiones con respecto a los poderes públicos como es la autonomía, el derecho queda seriamente comprometido.

4. LA AUTONOMÍA CONFESIONAL COMO GARANTÍA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA COLECTIVA

Convenimos con parte de la doctrina⁵²⁵ en que la autonomía de las confesiones religiosas encuentra su fundamento último en el principio de laicidad estatal que, en su doble vertiente, implica tanto la naturaleza no estatalista con la que se identifican las confesiones religiosas como la incompetencia del Estado en materia religiosa (art. 26.3 de la Constitución). Así pues, existen dos esferas independientes que no pueden interferirse mutuamente porque pertenecen a órdenes sustancialmente distintos: la esfera temporal el Estado y la espiritual la religión. Gran parte de la doctrina⁵²⁶ ha destacado que la autonomía confesional deriva de la consideración de las confesiones como realidades pre-estatales⁵²⁷ así como de la idea de que aquellas poseen consecuencia de lo anterior ordenamientos jurídicos primarios que no dependen de su reconocimiento estatal⁵²⁸. Esta autonomía hace que las confesiones religiosas tengan capacidad de autoorganización y autonormación al margen del derecho común. Autonomía que en última instancia □siguiendo a González del Valle⁵²⁹□ les permite fidelidad a

⁵²⁵ Cfr. CIÁURRIZ, M^a J. *La libertad religiosa en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. y p. 164 y MARTÍNEZ BLANCO, A. *Derecho Eclesiástico del Estado*, Tecnos, Madrid, 1994, 341-342.

⁵²⁶ Por todos ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. *La personalidad religiosa en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 111.

⁵²⁷ Cfr. la Exposición de Motivos, no publicada, de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, en CIÁURRIZ, M^a J. cit., p. 193.

⁵²⁸ Por todos ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. *La personalidad religiosa en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 111.

⁵²⁹ Cfr. GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M^a, *Derecho eclesiástico español*, 5^a ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 114.

los presupuestos de su constitución y capacidad para pronunciarse y adoctrinar en materia de culto, destino del hombre, comportamiento sexual, vida de ultratumba, etc.

No obstante, si la autonomía tiene su fundamento en la laicidad su reflejo radica en la libertad religiosa y, en lo que nos concierne, debe desplegarse en la capacidad de que las confesiones difundan su mensaje sin miedo a injerencias estatales ilegítimas. El

Estado, en ningún caso, podrá enjuiciar la legitimidad de las creencias religiosas⁵³⁰ con lo que cualquier mensaje religioso será lícito siempre y cuando no sobrepase los límites marcados por el ordenamiento estatal al efecto que, en España, se concretan en el texto del artículo 3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa así como de la interpretación que del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos haga el TEDH. De esta interpretación depende el hecho de que los ciudadanos pueden asociarse libremente para compartir su fe (pública o privadamente) y ser convenientemente adoctrinados según sus propias convicciones.

El problema surge cuando el mensaje religioso choca frontalmente con valores, principios o derechos del ordenamiento jurídico secular y se le acusa de transgredirlos o violentarlos. En estos casos la sociedad tiende a calificar el discurso religioso como anticuado, retrógrado e incluso inmoral, reclamando en ocasiones la intervención del Poder Judicial, para poder ser calificado como incluso delictivo; principalmente cuando se manifiesta contrario a los intereses de determinados grupos con notable influencia sociopolítica, los llamados “lobbies”.

⁵³⁰ Cfr. STC 46/2001, de 15 de febrero.

Sin embargo, si el debate político contribuye a la creación de una opinión pública, el debate con origen en presupuestos religiosos no lo hace en menor medida. Como afirmaría J. Stuart Mill, también éste contribuye al “mercado de las ideas”.

El mero hecho de provenir de convicciones no ideológicas (religiosas) y de cuestionar determinados valores o conductas sociales más o menos aceptadas en el momento en que se difunde el discurso no lo deslegitima en origen porque de concebirse así se violentaría la libertad religiosa como derecho colectivo. La voluntad de silenciar o modular el discurso religioso según los convencionalismos sociales imperantes o los valores enarbolados en un momento determinado de la historia por algunos lobbies como el LGTBi ponen en riesgo el ejercicio de la libertad religiosa pues pueden llevar a la expulsión del mensaje religioso de la comunidad política por el pecado de su origen pasando inadvertido, sin embargo, su contenido; elemento éste que es la única vara de medir a la hora de enjuiciar negativamente, en su caso, tal discurso.

La autonomía confesional dota a los grupos religiosos de capacidad para reclamar el derecho de difundir en plenitud íntegramente su mensaje. Sólo de esta forma se salvaguarda su identidad dogmática y estructural y, en última instancia, su libertad plena. No en vano en el Acuerdo de Asuntos Jurídicos 1979 entre la Iglesia católica y el Estado español habla, respecto de la Iglesia, de “reconocimiento del derecho a ejercer su misión apostólica”, lo que significa reconocer su derecho originario, preexistente respecto del derecho del Estado (en sede de la autonomía) para llevar a cabo las actividades necesarias para el desarrollo de sus fines en el ámbito de la sociedad española, con arreglo a la propia naturaleza de las actividades,

tales como son configuradas y organizadas por la propia Iglesia, sin que el Estado pueda inmiscuirse en ellas .

Ello conecta, en el ámbito en que nos movemos, con las llamadas “*tria munera*”: la función de enseñar, la de regir y la de santificar, convenientemente codificadas⁵³¹, en la medida en que en una de ellas (*munus docendi*) se incardina la prédica; la difusión del mensaje religioso. A este respecto interesa destacar dos cánones del Código de Derecho Canónico que clarifican las aspiraciones de la Iglesia en lo que antes se llamó “*libertas ecclesiae*” como son los cánones 762 y 760. El primero, consagra el derecho del Pueblo fiel a exigir de los ministros sagrados alta estima en la predicación, resultando de entre sus principales deberes el anuncio del Evangelio de Dios. La predicación, por tanto, resulta un bien preciadísimo por la Iglesia que el ministro sagrado debe cuidar y mimar para que la transmisión de la “Buena Nueva” sea fiel a su origen. El segundo canon consagra, en paralelo, la idea de que el mensaje debe transmitirse en su integridad, es decir, la Iglesia debe anunciar todas las verdades sobre la fe y la moral sin omitir ninguna por más que resulten *impopulares*⁵³², de este modo dice textualmente “*Ha de proponerse íntegra y fielmente el misterio de Cristo en el ministerio de la palabra, que se debe fundar en la Sagrada Escritura, en la Tradición, en la liturgia, en el magisterio y en la vida de la Iglesia*”.

Las confesiones religiosas □antes lo dijimos□ poseen un corpus doctrinal que en la Iglesia recibe el nombre de magisterio y que se expresa a través de diversos instrumentos como la predicación, la

⁵³¹ Libros II, III y IV del Código de Derecho Canónico.

⁵³² Cfr. Comentario al canon 764 del *Código de Derecho Canónico*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2008, p. 461.

catequesis, la enseñanza⁵³³ en centros de diversa naturaleza (escuelas, universidades, medios de comunicación, etc.) cuya ordenación interna depende del Derecho Canónico pero que puede tener cierta proyección en el ámbito civil el paradigma es la enseñanza en cuyo caso se requerirá la cooperación del Estado; terreno abonado dice Martínez Blanco⁵³⁴, para el afloramiento de puntos de fricción entre ambos porque, no olvidemos, el magisterio incluye no solo las verdades y la moral cristiana sino la ordenación, según la voluntad divina, de los asuntos temporales (la dignidad humana, la familia, las obligaciones sociales, etc.)⁵³⁵.

En todo caso, la autonomía que se concede a la Iglesia debe salvaguardar que pueda transmitir el Evangelio en su integridad aun cuando ponga en solfa algunos valores, instituciones o pretendidos derechos de carácter secular.

Reclamar esta autonomía, este ámbito de libertad, supone una toma de postura del Estado a favor de la plena eficacia del derecho de libertad religiosa y no solo de la libertad de expresión.

El Estado siempre que pretenda ser calificado como democrático y de Derecho debe tender a garantizar que los grupos religiosos puedan difundir sus bases dogmáticas y morales en plena libertad con independencia de que a determinados sectores sociopolíticos puedan incomodar o incluso escandalizar y ello porque así ha configurado la libertad de expresión el TEDH.

⁵³³ Según el canon 761 estos son los otros medios disponibles para contribuir a la difusión del Evangelio.

⁵³⁴ Cfr. MARTÍNEZ BLANCO, A. cit., p. 406.

⁵³⁵ *Ibíd.*, p. 407.

No puede cercenarse el derecho a transmitir el contenido de los “Escritos Sagrados” por el mero hecho de reprender severamente determinados valores y conductas por muy morales que la sociedad actual las considere. Tampoco por el hecho de contener expresiones ofensivas o incluso insultantes merced al contexto en el que fueron plasmados. Del mismo modo tampoco puede calificarse de “incitación a la violencia” los mensajes fieles o representantes de las confesiones que reproducen literalmente pasajes de la Sagrada Escritura porque si la religión debe soportar la crítica aun resultando molesta, irritante u ofensiva al contribuir, en última instancia, a la conformación de la opinión pública, sensu contrario, la sociedad civil (secular) también deberá soportar la crítica de origen religioso en términos idénticos, so pena de incurrir en un agravio comparativo que conculcaría el principio de igualdad, con la salvedad, eso sí, de las restricciones del discurso político según el TEDH.

La crítica religiosa, por ejemplo, con respecto a un modelo afectivo-sexual en nada conculca los derechos del colectivo criticado. No impide el ejercicio de su plena libertad para adoptar “su” modelo afectivo-sexual por muy errado que lo consideren múltiples religiones y, por otro lado, tampoco violenta su derecho de libertad de expresión para tomar postura y rebatir los argumentos religiosos. No hay conflicto de libertades porque la libertad religiosa no menoscaba ni restringe ni la libertad de expresión del colectivo concernido ni tampoco su libertad de conciencia para adoptar una moral determinada. Cuestión distinta es que el mensaje religioso, más allá de repetir pasajes más o menos ofensivos que hay que contextualizar⁵³⁶ como el uso de epítetos que

⁵³⁶ Merece la pena hacer referencia aquí a la sentencia del Tribunal Supremo sueco en el caso Åke Green, de 11 de febrero de 2005. El discurso comparaba la homosexualidad con un “tumor canceroso”. Para el tribunal semejante calificativo no

hoy se consideran inapropiados o políticamente incorrectos⁵³⁷ o la amenaza con males de ultratumba⁵³⁸, incurra en manifestaciones visiblemente vejatorias, injuriosas, atentatorias contra el honor de individuos concretos o que inciten directamente a la violencia contra un determinado colectivo.

En el primer caso puede advertirse un beneficio social por muy “crudo” que sea el mensaje porque, a una parte de la sociedad, llevará a reflexionar sobre la mayor o menor idoneidad moral de un determinado comportamiento que puede incluir en su conducta individual y, en su caso, en una reflexión de mayor espectro sociológico con consecuencias de diverso tipo entre las que pueden advertirse las jurídicas.

No se puede calificar como discurso del odio un sermón por el hecho de que se utilicen términos como “inmoralidad”, “depravación”, “condena” o “desorden” basándose únicamente en la me atrevería a calificar de extrema sensibilidad de un determinado grupo por mucho que en tiempos pretéritos fuere un grupo en riesgo de ser objeto de violencia, discriminación u odio. Este planteamiento más que proteger a colectivos vulnerables lleva a lo que podríamos llamar “victimización preventiva” porque a nadie escapa que en múltiples ocasiones al creyente se le ha tachado de irracional o iluso por el mero hecho de adoptar una postura teocéntrica frente al antropocentrismo.

El tipo penal exige un comportamiento con un plus de entidad que debe inducir, de forma efectiva, a la violencia, discriminación u hostilidad contra el colectivo. Sin que se ad-viertan estos

es discurso del odio entre otras cosas porque *“la forma en la que se expresó no puede decirse que sea más despectiva que los pasajes bíblicos en cuestión...”*. (parágrafo 37).

⁵³⁷ Por ejemplo, el término sodomita.

⁵³⁸ Por ejemplo, la condenación eterna.

comportamientos en quienes reciben el mensaje religioso el tipo penal no quedará completado y, en consecuencia, no podrá ser aplicado cabalmente. En el segundo caso, es decir, cuando el mensaje religioso incluya manifestaciones gratuitamente ofensivas, en nada contribuirá al debate y conformación de la opinión pública, resultando pues rechazable y, en su caso, sancionable por violentar por ejemplo el honor de determinadas personas.

5. SÍNTESIS

Resulta evidente que el alcance del discurso religioso no es pequeño. Influye notablemente en los fieles, pero parece que también lo hace en quienes no comparten los mismos valores morales. Parece que en los últimos tiempos la sociedad, cada vez más secularizada, acoge peor el discurso religioso. Religión y sociedad han pasado de ser realidades identificables o afines durante siglos para convertirse en valores casi antagónicos o, al menos, muy distanciados en muchos aspectos. Hemos hablado de la postura ante la homosexualidad, pero podríamos poner el foco en muchas otras controversias como el valor de la vida no nacida, la moralidad de los llamados “vientres del alquiler”, el valor de la castidad, el papel de la mujer en la religión, y un sinfín de ellas.

En todos estos temas existe una gran escisión entre el mensaje que transmite la sociedad secular en términos generales de total asunción de una pretendida realidad unívoca y el mensaje que mantiene la religión; la Iglesia católica en particular. Este antagonismo cada vez más acendrado y la connivencia con la ideología imperante hace que el mensaje religioso no solo resulte contracorriente sino muy incómodo e

incluso inasumible por parte de muchos individuos. Hasta tal punto resulta inaceptable que no sólo se pretende rebatir lo cual sería bastante loable sino que se descalifica en origen e incluso se criminaliza tildándolo de “discurso de odio”.

Sin embargo, la religión debe mantenerse firme en la defensa de determinados postulados que son “de Derecho divino” y que al Ser humano le resultan indisponibles. El Estado aun incompetente sobre el hecho religioso debe garantizar que este mensaje pueda transmitirse en su integridad con independencia de que guste más o menos a la sociedad. Y sólo mediante el mecanismo de la autonomía de las confesiones, corolario del pleno ejercicio de la libertad religiosa colectiva, puede garantizarse aquel extremo.

Los tribunales de justicia, no obstante, tienen que ser conscientes de la amplitud de la libertad religiosa y del instrumento del que se sirve la religión para difundir su mensaje que es la libertad de expresión. Y ésta debe reconocerse en términos de igualdad para con cualquier otro discurso porque de lo contrario se violenta el ejercicio de un derecho fundamental que para el pueblo americano es el Primero de los Derechos.

RESPONSABILIDADES DE LOS MINISTROS DE CULTO QUE INCITEN AL ODIO

José Luis Llaquet de Entrambasaguas

Profesor Titular

Universidad Loyola Andalucía

SUMARIO: 1. La mediación en las tradiciones religiosas. 2. La perspectiva teológica de la mediación cristiana. 3. Los ministros de culto y los principios de la convivencia. 4. El prevalimiento de los ministros de culto y vulnerabilidad de los creyentes. 5. Responsabilidades de los ministros de culto por predicaciones que inciten al odio.

1. LA MEDIACIÓN EN LAS TRADICIONES RELIGIOSAS

Las explicaciones mitológicas de las antiguas civilizaciones acerca de la creación del mundo y del ser humano suelen partir de una narración similar: el caos primigenio pugna contra los dioses, los cuales quieren humanizar el caos, ordenándolo. Los dioses vencen al caos y recrean un nuevo mundo en el que unas personas elegidas (semidioses, héroes, adivinos, chamanes, sacerdotes) actúan como intermediarios y legislan sabiamente para el bien de su pueblo, igualmente elegido por los dioses.

Era el *axis mundi*, en el que todo acontecimiento terrenal es una hierofanía que refleja lo que sucede en el supramundo de la divinidad y, a su vez, los trasuntos divinos son arquetipos pedagógicos

de los quehaceres humanos. Por ello las relaciones y las instituciones humanas deben reproducir las relaciones y las instituciones de los dioses. Numerosos relatos del imaginario mitológico explican la vida de los intermediarios divinos: son personajes con sentimientos que, en ocasiones, se dejan llevar de sus bajas pasiones y, en otras, son capaces de los mayores heroísmos. Sentimientos, pasiones y heroísmos que, por otra parte, comparten con los dioses.

Los filósofos griegos y romanos racionalizaron estas narraciones mitológicas, dotándolas de un mayor eclecticismo y pragmatismo. Los intermediarios griegos y romanos también vivían pasionalmente sus virtudes y defectos y seguían interviniendo en los conflictos humanos, aunque desarrollaron, desde la ética, el objeto y el contenido de las virtudes y los vicios.

En paralelo, en Oriente fueron naciendo religiones alrededor de grandes escrutadores del espíritu humano, como Confucio, Abraham, Sidarta Gautama, Zoroastro, Lao-Tsé, Mahavira, Jesucristo, Mohammed y Gurú Nanak. Hoy día estas religiones son referentes espirituales para millones de personas que se agrupan en estructuras comunitarias en torno a esos personajes y a sus mensajes. En ellas, algunos miembros se consagran a esos fundadores o a los dioses que representan, como intermediarios, ministros o dirigentes religiosos de la comunidad creyente.

Los líderes religiosos, además de desempeñar funciones de culto, orientan a la comunidad e intervienen - como hombres prudentes, buenos y sabios que se presume que son-, en la mediación y resolución de conflictos de sus comunidades. Sus palabras son valiosas y tienen poder sanador ante las debilidades humanas que engendran el mal, el

pecado, los conflictos, la falta de compasión, los abusos, el desequilibrio o la desarmonía.

Los conflictos existen porque forman parte de la condición humana, que es relacional y, como tal, conflictual. No son buenos o malos *per se*, son neutros: simplemente, existen. Lo determinante de los conflictos es la adecuada o inadecuada manera de resolverlos.

Los conflictos intraconfesionales suelen tener manifestaciones interculturales, porque las religiones se desenvuelven en entornos de pertenencia nacional, cultural y social. La identidad y/o el mestizaje religiosos y étnicos son constantes históricas que cada pueblo y cada persona resuelve experiencialmente.

En la actualidad, la movilidad social, la migración, las relaciones interconfesionales y la globalización son algunos de los factores que han propiciado una convivencia de nuevo cuño, con identidades diversas superpuestas en una misma persona, con parejas mixtas, con centros de trabajo multirreligiosos y con vecindarios en los que las personas profesan diferentes religiones que posibilitan la aparición de conflictos y, por ende, de soluciones consensuadas.

2. LA PERSPECTIVA TEOLÓGICA DE LA MEDIACIÓN CRISTIANA

El concepto filosófico del *kairós* es relevante en el cristianismo y en la mediación. *Kairós* es el *tempus Dei* que se inserta en el *carpe diem*: el creyente debe vivir con intensidad espiritual cada instante porque ha llegado la hora de Dios. Estos misterios parten del pecado y del desorden personal y se encaminan a ordenar los procesos personales, interrelacionales y comunitarios dirigiéndolos, desde la

koinonía comunitaria del presente hasta la *parousía* final, con la recapitulación de todas las cosas en Cristo. Es el reconocimiento de lo que nos aleja de nuestra realidad para experimentar una *metanoia*, un cambio de corazón que permita acoger la gracia de Dios y, consecuentemente, al otro (el próximo, el prójimo) tal como es, con sus expectativas, necesidades, carencias y puntos fuertes.

En el cristianismo podemos hablar de una teología de la mediación que aborda, desde el punto de vista soteriológico, la relación existente entre la gracia divina y las obras humanas. La interpretación de esta relación motivó la división en el seno del cristianismo, en la vieja Europa Occidental, entre católicos y protestantes en el siglo XVI.

La transversalidad de la mediación es una de las constantes recurrentes en la teología cristiana. La eclesiología estudia la mediación de la iglesia entre Dios y la humanidad. La teología de la santidad aborda la mediación de los santos. La teología sacramental contempla la mediación del ministro consagrado en los signos que nos religan a Dios. La teología pastoral se centra en la mediación entre consagrados y comunidad cristiana. La pneumatología y la espiritualidad estudian cómo las mediaciones propician un encuentro personal con Cristo en la comunidad eclesial, por obra del Espíritu.

Jesucristo se presenta como el único mediador (1 Tim 2, 5). Él emplea signos, gestos y palabras simbólicos de valor universal, como la primacía de la misericordia, la relatividad del cumplimiento del sábado, el elenco de bienaventuranzas, el desvelo por los pobres y por los socialmente descartados o la voluntad de no juzgar, por ejemplo. Su entrega oblativa es la esencia mistagógica de la auténtica mediación cristiana.

La iglesia y sus miembros participan de la mediación de Cristo, único mediador. El pueblo cristiano es un pueblo mediador (Apoc. 1,6; 5,10; 20,6), tanto quienes han recibido el sacramento del Orden (obispos, sacerdotes y diáconos), por su conformación con Cristo sacerdote-, como los fieles laicos, por el sacerdocio común de los bautizados. Todos ellos son mediadores en el mediador Jesucristo.

La primitiva comunidad creyente en Cristo no utilizaba el término ‘sacerdote’ -que era el empleado tanto en el judaísmo como en la religión romana-, sino el término ‘presbítero’, que significaba anciano y, por ende, varón maduro y experimentado, idóneo para la mediación en los conflictos.

Frente a la idílica comunidad cristiana descrita al principio de los Hechos de los Apóstoles, su capítulo 15 nos muestra, con mayor realismo, una iglesia sometida a las normales desavenencias de cualquier grupo humano. Sólo en los Hechos de los Apóstoles se narran más de 150 conflictos en el seno de la primitiva comunidad apostólica, cuyo momento crítico será el enfrentamiento entre los dos principales líderes, Pedro y Pablo (Gal 2, 12-14).

Los evangelistas intentan que no surjan controversias en el seno de la iglesia (Mt 18, 15s.), pero, si aparecen, que no se diriman ante las autoridades seculares, sino ante personas elegidas de la propia Iglesia: hasta el siglo XII el medio habitual para solucionar los enfrentamientos entre los cristianos fue la mutua reconciliación.

Después del Decreto de tolerancia religiosa del Emperador Constantino (313) y, sobre todo, tras la proclamación por parte de Teodosio I del cristianismo como religión oficial del Imperio Romano (380), el cristianismo configuró su estructura eclesial a semejanza de

las instituciones administrativas del Imperio y fue ocupando mayores cotas de poder en Europa Occidental.

En España, la conversión de Recaredo al catolicismo (589) posibilitó que la jerarquía eclesial interviniera en la toma de decisiones políticas de los visigodos. Los reyes hispanos convocaban los Concilios de Toledo, sancionaban sus Decretos y les remitían sus disposiciones regias (*tomus regii*) para su estudio y sanción espiritual. A partir del VIII Concilio de Toledo (653), los miembros del Aula Regia fueron, a la par, padres conciliares. Cada vez más se iba produciendo una confusión osmótica entre instituciones de derecho público y privado. Los clérigos católicos, además de mediar y juzgar los conflictos entre los fieles y la iglesia, desempeñaron también un papel institucional y político como mediadores y jueces de los conflictos entre la realeza y sus súbditos.

La iglesia creó un ordenamiento particular -el derecho canónico-, con instituciones propias, entre las que se encontraban la Curia episcopal y los tribunales eclesiásticos, que resolvían judicialmente los conflictos eclesiales entre bautizados y las desavenencias de los consagrados, con lo que desapareció la primitiva reconciliación entre las partes. Los clérigos tenían el privilegio del fuero canónico, que era el único competente para juzgarlos.

Los sacerdotes han seguido manteniendo una dimensión pública tanto en los países católicos del Sur europeo, como en los países protestantes y evangélicos del Norte, en los que existían iglesias nacionales. Las recientes leyes de separación Iglesia-Estado ha permitido a las iglesias cristianas, a partir del siglo XX, recobrar su independencia y su rol más evangélico.

El radicalismo del seguimiento a Cristo -manifestado principalmente en el Evangelio de las Bienaventuranzas (Mt 5, 3-12) y en muchas de sus parábolas-, es un signo identitario del cristiano que interpela a toda clase de mediación, bien sea cultural, étnica, religiosa o sociológica.

El origen de la palabra ‘sacerdote’ procede del latín *sacra-dare*, es decir, quien se pone en relación con lo sagrado, haciendo que lo profano y lo sagrado se entrelacen. En la iglesia el sacerdocio está institucionalizado y es reglado: es una vocación recibida de Dios, reconocida por el interesado y confirmada por la jerarquía eclesial en el momento de conferirle el sacramento del Orden.

El sacerdote, en cuanto mediador, recibe del Espíritu un don que le capacita para interceder espiritualmente ante Dios por su pueblo y para interceder materialmente ante los litigantes, buscando alcanzar intereses satisfactorios a las partes desde los sentimientos de Cristo (mansedumbre, humildad, pacificación interior, bienaventuranzas, equidad, justicia, compasión).

3. LOS MINISTROS DE CULTO Y LOS PRINCIPIOS DE LA CONVIVENCIA

En el Derecho español no existe una definición de ministro de culto. El Acuerdo de Asuntos Jurídicos del 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede no define el concepto de “ministro ordenado”, aunque la teología católica distingue tres grados en el sacerdocio ministerial, a saber, el episcopado, el presbiterado y el diaconado.

Por lo que respecta a las Leyes 24/1992 y 25/1992, de 10 de noviembre, de art. Único que incorpora Anexos con los Acuerdos de Cooperación firmados por el Estado español con FEREDE (evangélicos) y FCCJ (judíos), menciona -en sus respectivos arts. 3.1-, a los “ministros de culto”, a efectos legales, para designar personas físicas acreditadas por sus respectivas confesiones religiosas que se dedican de forma estable a las funciones de culto o asistencia religiosa. Así, afirma que los ministros de culto son “las personas físicas que estén dedicadas, con carácter estable, a las funciones de culto o asistencia religiosa y acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la iglesia respectiva, con la conformidad de la Comisión Permanente de FEREDE” o quienes “hallándose en posesión de la titulación de rabino... (tienen) carácter estable y permanente”.

En el islam, *stricto sensu*, no existen los ministros de culto y sí los dirigentes islámicos e imames de comunidades islámicas, los cuales son “las personas físicas dedicadas, con carácter estable, a la dirección de las comunidades..., a la dirección de la oración, formación y asistencia religiosa islámica y acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la comunidad respectiva, con la conformidad del secretario general de la CIE” (art. 3.1 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre).

A efectos de la Seguridad Social, los ministros de culto son las “personas que, con carácter estable, se dediquen a la dirección de las comunidades islámicas a las que se refiere el artículo anterior, a la dirección de la oración, formación y asistencia religiosa islámica, siempre que no desempeñen tales funciones a título gratuito” (RD 176/2006, de 10 de febrero, de Seguridad Social).

Los ministros de culto de las demás confesiones que han obtenido la declaración de “notorio arraigo” en España (hasta el presente, ortodoxos, testigos de Jehová, mormones y budistas), a efectos de inscripciones matrimoniales, son “personas físicas dedicadas, con carácter estable, a las funciones de culto o asistencia religiosa” (DT 5ª, 4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria).

Las entidades religiosas inscritas -presentando sus representantes legales certificación acreditativa-, pueden solicitar en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia la anotación de sus ministros de culto que ostenten residencia legal en España. Aquellos ministros de culto que estén habilitados para realizar actos religiosos con efectos civiles -fundamentalmente, celebrar matrimonios que tengan efectos civiles-, necesariamente deberán estar anotados en el referido Registro. Las entidades religiosas también deberán comunicar al Registro las bajas de sus ministros de culto y solicitar la cancelación del asiento registral. Recientemente, el Ministerio de Justicia ha publicado un Manual del Usuario del Registro de ministros de culto (en sede electrónica)⁵³⁹.

El derecho español tampoco tiene un elenco de derechos y deberes de los ministros de culto. Según los Acuerdos con las confesiones minoritarias, los ministros de culto están exonerados de declarar sobre hechos que les hayan sido revelados con ocasión de su ministerio o funciones de culto o de asistencia religiosa, en los términos establecidos para el secreto profesional (art. 3.2); están sometidos a las

⁵³⁹https://sede.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Sede/1292428868177?blobheader=application%2Fpdf&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DManual_de_usuario_p ara_Ministros_de_Culto_y_Representantes_Legales.PDF

disposiciones generales del servicio militar (art. 4, hoy inaplicable, por la profesionalización del ejército); pueden casar (art. 7), impartir asistencia religiosa en el ejército (art. 8) y en los internados de centros hospitalarios, penitenciarios, asistenciales u otros análogos del sector público -por ejemplo, en centros de acogida de extranjeros (CIES), y a los moribundos- (art. 9). El art. 10 -relativo al derecho a la educación religiosa-, no exige la condición de ministro de culto para impartir la asignatura de religión.

En definitiva, los textos legales reservan la organización y el contenido de las funciones de los ministros de culto a sus respectivas confesiones religiosas, como consecuencia del principio de autonomía que gozan todas ellas a tenor del art. 6.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad religiosa. Así, “las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas, así como en las que regulen las instituciones creadas por aquéllas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución y, en especial, de los de libertad, igualdad y no discriminación”. El Estado español “reconoce a la iglesia católica el derecho de ejercer su misión apostólica y le garantiza el libre y público ejercicio de las actividades que le son propias y en especial las de culto, jurisdicción y magisterio” (art. I.1), de forma que “la iglesia puede organizarse libremente” (art. I.2).

La recientemente promulgada Ley 1161/2019, de 11 de abril, de libertad religiosa, organizaciones religiosas y de creencias

espirituales, del Estado Plurinacional de Bolivia, incorpora los nuevos conceptos de servidores religiosos y espirituales. Los servidores religiosos son “los pastores, ministros, líderes, sacerdotes y otros denominativos propios de cada religión o culto, elegidos, designados, nominados y acreditados según sus estatutos, en aplicación de normas y procedimientos propios” (art. 4.d). Por su parte, los servidores espirituales “son los guías espirituales, amawtas, yatiris y otros denominativos propios de cada creencia espiritual o culto, elegidos, designados, nominados y acreditados según sus estatutos, en aplicación de normas y procedimientos propios o reconocidos como tales por sus comunidades” (art. 4.e).

El art. 13 manifiesta que “las organizaciones religiosas establecerán los procedimientos para elegir, designar, nominar y acreditar a sus servidores religiosos y espirituales (y) las organizaciones de creencias espirituales elegirán, designarán, nominarán y acreditarán a sus servidores espirituales para ejercer funciones espirituales pertenecientes a las naciones y pueblos indígena originario campesinos y afro-bolivianos, de acuerdo a sus normas, prácticas y saberes” (art. 13, a-b).

Entre los principios reconocidos por la Ley están el pluralismo -que “se basa en la coexistencia pacífica de diversas religiones y creencias espirituales en el territorio del Estado, en un ámbito integrador” (art. 5.a)-; la no discriminación -por la que “ninguna persona natural o jurídica discriminará o será discriminada a causa de su religión o creencia espiritual o culto” (art. 5.c)-, y el respeto -por el que “las organizaciones religiosas y de creencias espirituales, respetarán las prácticas culturales, espirituales y religiosas de las otras, en el marco de la interculturalidad” (art. 5.d)-.

Esta Ley establece obligaciones y derechos para las organizaciones religiosas y para los servidores religiosos y espirituales en el ejercicio de la libertad de religión y de creencias espirituales (art. 7). Entre estos deberes se encuentran los de “a) respetar la libertad religiosa y creencias espirituales de otros cultos de acuerdo a sus cosmovisiones (y) b) promover la convivencia pacífica con diferentes religiones, cultos y de creencias espirituales”.

Con respecto a la legislación española, en la Ley boliviana constatamos un cambio terminológico (desaparece el concepto de ministro de culto, que se sustituye por el de servidor religioso y espiritual, éste último para designar a los líderes de los cultos indígenas) y una mayor concreción en lo que atañe al desempeño de las funciones de los servidores religiosos y espirituales, las cuales deben ajustarse a principios de convivencia cívica y espiritual-religiosa.

Es decir, las organizaciones religiosas decidirán acerca de las funciones de los servidores religiosos en aras de su autonomía, pero éstos, en todo caso, deberán respetar los principios que garantizan la convivencia entre ciudadanos y la coexistencia de religiones y cosmovisiones. El Estado puede y debe ser garante de ese respeto mediante mecanismos de inspección y, en su caso, sancionadores.

En el entorno europeo, el apartado 70 de las Directrices de los Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la protección y promoción de los derechos humanos en sociedades culturalmente diversas, adoptadas el 2 de marzo de 2016, que se refiere a la responsabilidad de la opinión de los líderes, señala que “los líderes de opinión, incluidos los líderes políticos y religiosos, deben expresarse y actuar resueltamente de manera tal que fomenten un clima de

comprensión mutua, de respeto y de diversidad, basado en los derechos humanos reconocidos universalmente”.

Entre los principios generales, respecto a la responsabilidad de la opinión de los líderes -en lo que pueden incluirse los religiosos-, el Documento afirma que “deben actuar promoviendo el mutuo entendimiento, el respeto y la diversidad cultural, rechazando estereotipos negativos, prejuicios y cualquier forma de intolerancia”⁵⁴⁰.

En lo que respecta a la iglesia católica, la realidad es que ni el derecho canónico ni los planes formativos de sus seminaristas, clérigos y misioneros incorporan elementos del tenor de los anteriormente expuestos en la Ley andina o en el documento del Consejo de Europa.

El vigente Código de Derecho Canónico busca que se forme “diligentemente a los alumnos (seminaristas) en aquello que de manera peculiar se refiere al ministerio sagrado, sobre todo... en el trato con los hombres, también con los no católicos o no creyentes” (c. 256,1). El Plan de formación sacerdotal para los seminarios mayores⁵⁴¹ de la Conferencia Episcopal española sabe que “las profundas mutaciones operadas en nuestro mundo y en el seno de la sociedad española,

⁵⁴⁰ “Guidelines of the Committee of Ministers to member States on the protection and promotion of human rights in culturally diverse societies, adopted by the Committee of Ministers on 2 March 2016 at the 1249th meeting of the Ministers’Deputies”, in *Human rights in culturally diverse societies. Guidelines adopted by the Committee of Ministers and Compilation of Council of Europe standards*, Council of Europe, June 2016, 24.

⁵⁴¹ *Directorio*, Plan aprobado por la LXV Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española, 1996.

https://conferenciaepiscopal.es/wp-content/uploads/2012/12/comisiones_plenaria_1996PlanFormacionSacerdotalMayor.pdf

También *El don de la vocación presbiteral. Ratio Fundamentalis Institutionis Sacerdotalis*, Congregación del Clero, Roma, 2016, 92.

http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/ccclergy/documents/rc_con_ccclergy_doc_20161208_ratio-fundamentalis-institutionis-sacerdotalis_sp.pdf

colocan a la Iglesia y a sus instituciones ante una nueva situación. El contexto sociopolítico, con fenómenos como el pluralismo cultural y el secularismo, entre otros, presentan nuevas exigencias que reclaman lucidez para configurar las instituciones y los medios de formación de los futuros presbíteros” (n. 5), pero no extrae consecuencias prácticas del *status quaestionis* expuesto.

El Código Canónico afirma que los clérigos deben fomentar “siempre, lo más posible, que se conserve entre los hombres la paz y la concordia fundada en la justicia” (c. 287,1) y que, en su predicación, deben “enseñar asimismo a los fieles la doctrina que propone el magisterio de la Iglesia sobre la dignidad y libertad de la persona humana; sobre la unidad, estabilidad y deberes de la familia; sobre las obligaciones que corresponden a los hombres unidos en sociedad; y sobre el modo de disponer los asuntos temporales según el orden establecido por Dios” (c. 768,1) y, para ello, “propóngase la doctrina cristiana de manera acomodada a la condición de los oyentes y adaptada a las necesidades de cada época” (c. 769).

“Con el testimonio de su vida y de su palabra, entablen los misioneros un diálogo sincero con quienes no creen en Cristo, para que, de modo acomodado a la mentalidad y cultura de éstos, les abran los caminos por los que puedan ser llevados a conocer el mensaje evangélico” (c. 787,1).

En los Documentos de la Congregación para el Clero que tratan de la formación de los sacerdotes tampoco hay referencia alguna acerca de una pedagogía del *kerigma* que sea respetuosa con el pluralismo, la igualdad, la no discriminación, la interculturalidad, la convivencia pacífica entre las religiones o el discurso tolerante, por ejemplo.

El Directorio para el ministerio y la vida de los presbíteros⁵⁴², en su capítulo II analiza la espiritualidad sacerdotal y consagra el apartado 2.5 a la predicación de la palabra. Considera que el lenguaje “no puede ser abstracto o estar apartado de la vida de la gente; por el contrario, debe hacer referencia al sentido de la vida del hombre, de cada hombre y, por tanto, deberá entrar en las cuestiones más apremiantes, que están delante de la conciencia humana... para la sociedad contemporánea, marcada en numerosos países por el materialismo práctico y teórico, por el subjetivismo y el relativismo cultural, es necesario que se presente el Evangelio como «fuerza de Dios para la salvación de todo el que cree» (*Rom* 1, 16)... para que la Palabra sea auténtica se debe transmitir sin doblez y sin ninguna falsificación, sino manifestando con franqueza la verdad delante de Dios (*2 Cor* 4, 2). Con madurez responsable, el sacerdote evitará reducir, distorsionar o diluir el contenido del mensaje divino... la predicación no se puede reducir a la comunicación de pensamientos propios, experiencias personales, simples explicaciones de carácter psicológico, sociológico o filantrópico y tampoco puede usar excesivamente el encanto de la retórica, tan presente en los medios de comunicación social... es necesario que el sacerdote prepare adecuadamente su predicación mediante la oración, el estudio serio y actualizado y el compromiso de aplicarla concretamente a las condiciones de los destinatarios” (62).

Y continúa, “para ser eficaz y creíble, es importante, por esto, que el presbítero -en la perspectiva de la fe y de su ministerio- conozca,

⁵⁴² Directorio de la Congregación del Clero. Nueva edición, 11 de febrero de 2013.
http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cclergy/documents/rc_con_cclergy_doc_20130211_direttorio-presbiteri_sp.html#2.5._Predicaci%C3%B3n_dela_Palabra

con constructivo sentido crítico, las ideologías, el lenguaje, los entramados culturales, las tipologías difundidas por los medios de comunicación y que, en gran parte, condicionan las mentalidades (63)... el presbítero sentirá el deber de preparar, tanto remota como próximamente, la homilía litúrgica con gran atención a sus contenidos, haciendo referencia a los textos litúrgicos, sobre todo al Evangelio; atento al equilibrio entre parte expositiva y práctica, así como a la pedagogía y a la técnica del buen hablar, llegando incluso hasta la buena dicción por respeto a la dignidad del acto y de los destinatarios” (64).

Las anteriores disposiciones tienen que ver con la mayor operatividad evangelizadora, pero en absoluto se refieren a una predicación respetuosa con las formas diversas de convivencia y coexistencia.

El canon 1446 del Código de Derecho Canónico establece un principio general aplicable a todo proceso canónico: “1. todos los fieles, y en primer lugar los Obispos, deben procurar con diligencia que, sin perjuicio de la justicia, se eviten en lo posible los litigios en el pueblo de Dios y se arreglen pacíficamente cuanto antes; 2. Al comenzar el litigio y en cualquier otro momento, siempre que abrigue alguna esperanza de éxito, el juez no dejará de exhortar y ayudar a las partes, para que procuren de común acuerdo buscar una solución equitativa de su controversia, y les indicará los medios oportunos para lograr este fin, recurriendo incluso a personas ponderadas como mediadoras; 3. Pero cuando el litigio versa sobre el bien particular de las partes, considere el juez si puede concluirse útilmente por transacción o por juicio arbitral de acuerdo con los cánones 1717-1720”. Los jueces canónicos, por su parte, antes de aceptar una causa

de nulidad matrimonial y siempre que sopesen alguna esperanza de éxito, emplearán “medios pastorales para inducir a los cónyuges, si es posible, a convalidar su matrimonio y a restablecer la convivencia conyugal” (c. 1676).

Finalmente, los Papas recientes, en su magisterio, se han referido al odio como vicio de la persona humana, pero no lo refieren nunca -ni siquiera el papa Francisco-, a lo que hoy día la doctrina entiende como discursos del odio.

Tampoco hay referencias explícitas a los delitos de odio, a excepción de la intervención del papa Francisco, el 29 de enero de 2018, en la Conferencia internacional sobre la responsabilidad de los Estados, Instituciones y ciudadanos en la lucha contra el antisemitismo y los delitos relacionados con el odio antisemita⁵⁴³. Por tanto, la iglesia católica no está en sintonía con una de las grandes preocupaciones jurídicas y sociales de la actualidad: los discursos del odio y los delitos del odio.

4. EL PREVALIMIENTO DE LOS MINISTROS DE CULTO Y VULNERABILIDAD DE LOS CREYENTES

Los ministros de culto han gozado -y siguen teniendo-, gran ascendiente moral sobre los creyentes, debido a la confianza que éstos han depositado en los primeros. Las relaciones entre los ministros de culto y los creyentes de las religiones forman parte de las relaciones de confianza que establecemos continuamente unos con otros y que nos permiten desenvolvemos con normalidad en la vida privada, laboral y

⁵⁴³ http://w2.vatican.va/content/francesco/en/speeches/2018/january/documents/papa-francesco_20180129_lotta-antisemitismo.html

social. Sin relaciones de confiabilidad volveríamos al caos inicial que explicaban los relatos mitológicos y que lograron superar los dioses al ordenar el mundo, civilizándolo.

La presunción y la realidad nos muestran a ministros de culto portadores de bondad, con predicaciones dirigidas, desde el amor, a mejorar el mundo y la conciencia de los creyentes. Sin embargo, esta presunción puede desvirtuarse por una realidad contraria, bien porque los creyentes tengan temor reverencial al ministro de culto, bien porque éste entable unas relaciones de poder y, en consecuencia, de abuso de poder con aquéllos.

El abuso de poder, aprovechando el liderazgo religioso, puede ir acompañado de manipulaciones psicológicas, anímicas e incluso sexuales hacia los creyentes, especialmente hacia las personas más vulnerables que son los menores de edad y los discapacitados e, históricamente, las mujeres.

En la actualidad están aflorando acosos y abusos de todo tipo -principalmente sexuales y de conciencia-, cometidos por ministros de culto sobre los creyentes que tienen lugar en el seno de todas las confesiones religiosas, al igual que en otros colectivos sociales en los que existen dependencias y relaciones jerárquicas y de poder.

Los ministros de culto pueden llegar a cometer acosos y abusos de poder por su palabra, puesto que la predicación es una de sus funciones habituales y es el cauce normal por el que se dirigen a los creyentes para transmitirles discursos morales y doctrinales. Cuando se degrada la palabra, surgen discursos sugerentes, hirientes, manipulados y tendenciosos, en versiones *light*, que pueden convertirse en discursos

discriminatorios, racistas, xenófobos o de odio, en versiones *hard*, que pueden incluso inducir, instigar o preparar actos violentos.

El ministro de culto que corrompe con discursos corruptos y corruptores es un agresor cualificado por la dependencia y por la confianza que habían depositado en él sus oyentes, los creyentes. El profesional de lo divino radicalizado y fundamentalista es un agresor doblemente peligroso, por el discurso que emplea y por la agravante de su consagración a la divinidad.

Ante tales discursos y según sus estados anímicos, los oyentes podrán rechazarlos y denunciarlos -cuando tengan madurez espiritual, afectiva y personal-; pero en ocasiones se sentirán bloqueados y desconcertados y, en los casos más extremos, los asimilarán y harán realidad el contenido de esos discursos, llegando incluso a implicarse en delitos de odio o en actos de violencia o de terrorismo.

Todas las confesiones religiosas han sufrido episodios de fanatismo por parte de alguno de sus dirigentes religiosos, con discursos incitadores al odio o con actos delictuosos de odio. Existen grupos fundamentalistas dentro del hinduismo⁵⁴⁴, del budismo⁵⁴⁵, del judaísmo⁵⁴⁶, del cristianismo⁵⁴⁷, del islam⁵⁴⁸ y en los movimientos religiosos de nueva aparición⁵⁴⁹, en definitiva, en toda religión.

⁵⁴⁴ https://elpais.com/internacional/2019/01/03/actualidad/1546535236_703894.html

⁵⁴⁵ <https://cnnespanol.cnn.com/2014/06/22/budistas-radicales-matan-y-atacan-a-musulmanes-aterorizados/>

⁵⁴⁶ <https://www.trt.net.tr/espanol/mundo/2019/05/09/ataque-a-la-mezquita-al-aqsa-por-los-judios-fanaticos-1198214>

⁵⁴⁷ En el catolicismo, el obispo de Alcalá de Henares, Juan Antonio Reig, fue acusado de homofobia en el 2012 y de delito de odio en 2015; el arzobispo de Valencia, Antonio Cañizares, fue igualmente acusado de xenofobia y homofobia en 2016; los obispos Reig, López de Andújar y Rico fueron autores de la Carta pastoral conjunta 'Identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad Autónoma de Madrid', del 21 de marzo de 2016.

El actual pontífice católico es muy sensible a esta problemática, que aborda de forma reiterada en su magisterio. El Papa Francisco, en su discurso de Año Nuevo al Cuerpo Diplomático acreditado en la Santa Sede del año 2015, reiteró su condena al fundamentalismo religioso -que considera es consecuencia de la cultura del descarte de Dios-, y a que los extremistas utilicen la religión como un mero pretexto ideológico. Francisco considera que el fundamentalismo religioso es una idolatría sin Dios y una enfermedad común que afecta a todas las religiones y, por tanto, también a la católica⁵⁵⁰. El Pontífice afirma que no es ni justo ni verdadero identificar la violencia con el islam porque también hay católicos violentos, aunque realmente no existe una violencia islámica o católica como tales, sino una violencia que utiliza la religión para sí⁵⁵¹.

Las referencias podrían multiplicarse, pero baste referenciar la más reciente de todas, la entrevista concedida a Televisa, hecha pública el 28 de mayo de 2019, en la que Francisco afirma que “el islam está herido muy fuertemente por grupos extremistas, por estos grupos intransigentes, fundamentalistas. También nosotros los cristianos

⁵⁴⁸ Se abrieron diligencias o fueron encausados por delitos relacionados con el odio o provocación a la violencia por razón del sexo el imam de Fuengirola, Mohamed Kamal Mustafá, en el 2004, y el imam de Terrassa, Abdeslam Laarusi. Mohamed Benbrahim, imam de Cunit, fue condenado en primera instancia y absuelto en apelación en 2011, por un delito de calumnias, amenazas y coacciones hacia una mediadora municipal, musulmana, que no usaba el velo. Abdelbaki es Satty, imam de Ripoll, lideró la célula terrorista que atentó en el 2018 en Barcelona y Cambrils.

⁵⁴⁹ <https://news.culturacolectiva.com/noticias/sectas-religiosas-mas-despiadadas-fanaticas-del-mundo/>

⁵⁵⁰ Vide. P. FRANCISCO, Conferencia de prensa durante el vuelo de regreso a Roma, tras el viaje apostólico a Kenia, Uganda y República Centroafricana, 30 de noviembre de 2015 y Entrevista al Semanal belga *Tertio*, 7 diciembre de 2016.

⁵⁵¹ Conferencia de prensa durante el vuelo de regreso a Roma, tras la Jornada Mundial de la Juventud de Cracovia, el 31 de julio de 2016.

tenemos grupos fundamentalistas, pequeños grupos fundamentalistas, que no son guerrilleros, obviamente”⁵⁵².

En otro trabajo anterior he desarrollado el “efecto boomerang” de los fundamentalismos religiosos por las relaciones de ida y vuelta que existen cuando se abre la caja de pandora del fanatismo religioso: el celo por proteger y honrar los propios derechos -que los radicales consideran vulnerados-, los lleva a considerarse legitimados para atacar los derechos de los demás. La religión -y por ende sus ministros de culto-, pueden ser agresores y agredidos, criminales y víctimas⁵⁵³.

Las confesiones religiosas deben crear mecanismos propios para controlar las manifestaciones fundamentalistas en su seno y dirimir sus conflictos internos, pero a su vez, deben existir instancias neutrales y laicas que coordinen las relaciones de las confesiones religiosas entre sí, evitando cualquier fundamentalismo, en el marco del respeto de las libertades fundamentales.

Esta instancia, a nivel estatal, parece lógico que sea la Subdirección General de relaciones con las confesiones religiosas⁵⁵⁴ y, a nivel internacional, la Oficina de instituciones democráticas y derechos humanos de la OSCE (OIDDH)⁵⁵⁵.

Los fundamentalismos religioso y antirreligioso atacan las religiones y los espacios arreligiosos. Recientemente se han incrementado notablemente los ataques cristianofóbicos o

⁵⁵² https://www.religiondigital.org/vaticano/Francisco-Vaticano-gobierno-crisis-estructuras-entrevista-televisa_0_2125887413.html

⁵⁵³ LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, J.L., “La mediación y el discurso del odio desde la ortodoxia y la ortopraxis religiosas”, *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, L. Alonso y V. J. Vázquez (dirs.), Athenaica, Sevilla, 2017, pp. 295-301.

⁵⁵⁴ <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/servicios-ciudadano/cartas-servicios/subdireccion-general5>

⁵⁵⁵ <https://www.osce.org/odihr/freedom-of-religion-or-belief>

catolicofóbicos⁵⁵⁶ y los islamofóbicos, como reacción ante los atentados terroristas de París del año 2015 y de Bruselas, de 2016. Los ataques más recientes se han dirigido contra las mezquitas de Sevilla, Granada, Tarragona y Fuenlabrada, en agosto de 2017, como consecuencia de los atentados terroristas de Barcelona y Cambrils.

Ante el aumento de ataques contra las religiones, los líderes de las confesiones religiosas que tienen Acuerdos de cooperación con el Estado en España -católicos, musulmanes, evangélicos y judíos-, emitieron un Comunicado, el 24 de febrero de 2016, solicitando que se respetasen los sentimientos religiosos de los creyentes. En este Comunicado afirmaban que “las diversas comunidades religiosas de nuestro país trabajamos por la convivencia armoniosa y productiva entre conciudadanos de toda convicción, ejerciendo plenamente su derecho a la libertad de expresión sin herir los sentimientos de los demás. Los representantes religiosos debemos transmitir un mensaje de respeto a todos los creyentes de toda confesión, y de rechazo a las ofensas públicas contra los sentimientos religiosos de nuestros convecinos, para una convivencia respetuosa y hermanada entre todos”⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ Pintadas en centros de culto acerca de la pedofilia clerical, las inmatriculaciones y el aborto; Javier Krahe, en su representación sobre cómo cocinar un cristo, fue absuelto (2012); acciones de Femen; la versión del Padrenuestro con connotaciones sexuales en la entrega de los Premios Ciudad de Barcelona que recitó Dolors Miquel (2016); la causa abierta por la exposición artística de Abel Azcona utilizando hostias consagradas fue archivada (2015); Rita Maestre y compañeros fueron absueltos por la Audiencia Provincial de Madrid de un delito contra los sentimientos religiosos por el asalto a una capilla de la Universidad Complutense de Madrid (2016).

⁵⁵⁷ <https://www.conferenciaepiscopal.es/wp-content/uploads/2016/02/Comunicado-1.pdf>

5. RESPONSABILIDADES DE LOS MINISTROS DE CULTO POR PREDICACIONES QUE INCITEN AL ODIO

La formación de los ministros de culto consiste, en la actualidad, en el estudio sistemático de los dogmas, la historia de su religión, los principios morales y la organización del culto divino. En este sentido, apenas ha sufrido modificación con respecto a la formación de los siglos anteriores.

Hoy en día considero que se deben incorporar en su formación materias auxiliares que tengan que ver con la vida secular. Un ministro de culto debe tener conocimientos psicológicos, antropológicos, jurídicos y de otras ciencias auxiliares que le ayuden a entender su rol social.

El conocimiento de las otras religiones no puede reducirse a un mero conocimiento formal de sus creencias y su historia, sino que debe estar encaminada a valorar y apreciar cualquier manifestación del espíritu.

Además, los ministros de culto deben asimilar adecuadamente la formación recibida, lo que significa interiorizarla con sentido crítico y reflexivo, comunicándola correctamente en la forma y en el fondo, incluyendo los matices que exigen las circunstancias, como puede ser el lugar, el modo, el grado de madurez de los oyentes o el contexto, por ejemplo.

Los predicadores -como personas públicas que son-, deben ser conscientes de la trascendencia de sus intenciones y palabras, y también deben tener en cuenta quienes son los destinatarios de sus discursos religiosos, evitando en todo momento que dichos discursos sean vejatorios, discriminatorios o que fomenten o inciten al odio.

Pero hay otro factor añadido y es que la globalización e inmediatez tecnológica tienen la virtualidad de comunicar en tiempo real los acontecimientos que suceden en cualquier lugar del planeta, muchas veces sin que haya capacidad para poder verificar las noticias. Así, un discurso “incendiario” puede provocar reacciones de odio no sólo en sus oyentes, sino también entre personas insospechadas y alejadas en el espacio, como consecuencia de la difusión hecha por los medios de comunicación.

Los Acuerdos del Estado con las confesiones religiosas con las que firma los Acuerdos de 1979 y 1992 son auténticos Acuerdos de cooperación y no meros reconocimientos de derechos y deberes.

Parece que las confesiones religiosas protegen dichos derechos con ahínco desde su autonomía y exigen al Estado que sea garante de los mismos. Sin embargo, se echa en falta efectivas prácticas colaborativas, conjuntas y concretas, entre el Estado y las confesiones, como sería el caso de la formación ciudadana o cívica para los candidatos a ser ministros de culto o incluso un conocimiento de las estructuras y las instituciones convivenciales en la formación permanente de los ministros de culto.

El Código Penal español tipifica delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y, en concreto, la Sección 2ª del capítulo IV del Título XXI trata de los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos (arts. 522-526 del CP), además del específico del art. 607 (genocidio, su apología y negacionismo del holocausto).

El nuevo art. 510, 2 del CP sanciona el fomento, la provocación o la incitación al odio y la hostilidad contra grupos o

personas por su pertenencia a una determinada religión, etnia, origen, sexo, enfermedad u orientación sexual; también considera punible la difusión de material que fomente o promueva dicho odio o violencia y la negación pública o el enaltecimiento de los delitos cometidos contra grupos o personas, por razón de su pertenencia a una determinada religión, etnia, origen, sexo, enfermedad u orientación sexual.

Se trataría de un *numerus clausus* garantista del principio de mínima intervención penal en las restricciones de derechos. Este art. 510 no sólo tipifica las acciones de incitación al odio y la violencia contra determinados grupos o individuos, sino también los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra dichos grupos o individuos con una motivación discriminatoria.

El art. 18 del CP sanciona la apología de delitos graves mediante la exposición de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor, realizada ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión. Esta apología sólo será delictiva cuando sea una forma de provocación y cuando por su naturaleza y circunstancias constituya una incitación directa a cometer un delito, lo cual sucede en algunos delitos concretos.

Además, existe la agravante del art. 22, 4, de discriminación, que lleva al delincuente a cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión, creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual.

También son punibles las asociaciones ilícitas que promuevan, directa o indirectamente, el odio, hostilidad, discriminación o violencia

contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad (art. 515, 5) y las amenazas del art. 170, 1, del CP dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso.

En las relaciones laborales, las empresas responden subsidiariamente de los actos punibles de sus trabajadores. En las religiones la relación que se establece entre las organizaciones confesionales y sus ministros de culto no son, *stricto sensu*, laborales, por lo que, aunque éstos trabajen establemente para su institución religiosa, no existe una relación contractual porque se trata de un régimen especial, no existe una relación de subordinación jerárquica ni un trabajo dependiente como el que se da entre empleador y empleado⁵⁵⁸.

En este sentido, nos parece adecuada la distinción que hace la ya mencionada Ley 1661/2019, de 11 de abril, de libertad religiosa, organizaciones religiosas y de creencias espirituales, del Estado Plurinacional de Bolivia, en la que distingue, por un lado, entre los servidores religiosos y espirituales y, por otro, los trabajadores administrativos, que trabajan en régimen laboral, como empleados, en este caso, de una confesión religiosa, que es la empleadora.

⁵⁵⁸ Cfr. LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, J.L., “El estatuto jurídico de los ministros de culto en España”, *Le controle des religions par l’Etat en Europe, hier et aujourd’hui*, B. Callebat-H. de Courrèges (dirs.), Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2016, pp. 237-261; ID., “El ámbito laboral de los ministros de culto en España”, *Les religions et le droit du travail: regards croisés, d’ici et d’ailleurs*, H. de Courrèges-V. Parisot-B. Callebat (coords.), Bruylant, Bruselas, 2017, pp. 496-513.

Ahora bien, el hecho de que los ministros de culto no sean trabajadores típicos, no significa que la institución religiosa a la que pertenezcan pueda desentenderse de las consecuencias de los actos delictuosos de éstos. Es verdad que, de alguna forma -como bien indicaba Ferrer Ortiz-, las mismas confesiones religiosas son víctimas perjudicadas de los actos delictuosos de sus ministros de culto⁵⁵⁹, las cuales ven así mermada su credibilidad y estima sociales y pierden su autoridad moral como institución ante la sociedad.

Ferrer, teniendo en cuenta el marco canónico general del derecho de daños, considera que “si el acto jurídico ilegítimo y la persona física que lo realiza actúa en nombre propio, la responsabilidad recae sobre ella y está obligado a reparar el daño que haya podido ocasionar; pero si actúa como representante de otro sujeto de derecho éste responde del daño, sin perjuicio de que pueda reclamar posteriormente a la persona física que por su negligencia, su incompetencia o de otro modo haya sido de hecho responsable del daño”⁵⁶⁰.

Estos principios, aplicados a los delitos de clérigos harían que la diócesis en la que está incardinado respondiera de actos cometidos por clérigos que los han cometido prevaliéndose de su condición de tales, en el ejercicio de su ministerio sacerdotal y en representación explícita o implícita de la iglesia católica, por la culpa *in eligendo* o *in vigilando* con respecto al clérigo incardinado.

Sin embargo, ante la avalancha de casos de pederastia en el seno de la iglesia católica y en otras confesiones religiosas en este

⁵⁵⁹ FERRER ORTIZ, J., “La responsabilidad civil de la diócesis por los actos de sus clérigos”, *Ius Canonicum*, XLV 90 (2005), pp. 557-608.

⁵⁶⁰ *Ibid*, 563.

último decenio, sus líderes religiosos han asumido su responsabilidad institucional, también desde el punto de vista pecuniario, para hacer frente a las demandas dirigidas contra ellas como responsables civiles subsidiarios en los daños y perjuicios reclamados por las víctimas.

No cabe la menor duda que los ministros de culto son el rostro visible de las confesiones religiosas. Las confesiones fueron las que formaron a sus ministros de culto, les permitieron actuar en su nombre, les concedieron el *munus* para poder predicar en nombre de la institución y las que deberían tener mecanismos de inspección y control de sus actividades. También resulta evidente que los creyentes confían en los ministros de culto no por sus personas en sí mismas, sino por la relación existente entre los servidores religiosos y las instituciones a las que pertenecen.

Si las confesiones religiosas quieren ser artífices y partícipes de la sociedad del futuro, deben evitar aislarse en su narcisismo y deben intervenir colaborando en la construcción de la “casa común”, con valores comunes que debe asimilar como propios.

Desde diversas instituciones y colectivos se reclama una Ley de protección integral contra los delitos de odio que incorpore políticas públicas antidiscriminatorias. Esta ley, desde nuestro punto de vista, debería contener una referencia explícita a los ministros de culto, reconociendo su labor humanitaria y su contribución a la convivencia social y, a la vez, que exhortara a los líderes religiosos de los que dependen a formarlos en valores inclusivos y cívicos y a evitar por todos los medios prédicas discriminatorias, vejatorias o que fomenten el odio, sancionándolas en el derecho intraconfesional o, en caso de comisión de delitos, por el derecho penal.

LIBERTAD RELIGIOSA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: LA TOLERANCIA Y EL DISCURSO DEL ODIOS RELIGIOSO POR RAZONES DE GÉNERO

María José Parejo Guzmán

*Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La libertad de expresión y la libertad religiosa: delimitación, relación límites y conflictos. 2.1. La libertad de expresión. 2.2. La libertad religiosa. 3. Delimitación, relación, límites y conflictos entre la libertad de expresión y la libertad religiosa. 3.1. Delimitación y relación entre la libertad de expresión y la libertad religiosa. 3.2. Límites de la libertad de expresión y conflicto entre la libertad de expresión y la libertad religiosa. 3.3. La tolerancia/intolerancia y el discurso del odio; discursos del odio antirreligiosos y la nueva circunstancia objeto del discurso de odio religioso: el género. 4. El discurso de odio religioso por razones de género. 5. Conclusiones.

Debo comenzar haciéndoles partícipes de que mi comunicación responde a un extracto de una reciente publicación que he realizado a raíz de haber sido galardonada una de mis investigaciones con el Premio “Ángel Olavarría de Estudios Jurídicos”

de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, en su IX edición el pasado mes de septiembre de 2018⁵⁶¹.

1. INTRODUCCIÓN

En 2015 tuvo lugar una reforma del Código Penal español que introdujo importantes modificaciones al artículo 510 del mismo⁵⁶². Dicho artículo tipifica las conductas de incitación al odio, la hostilidad, la violencia y la discriminación y la reforma de que hablamos llevó a cabo una regulación conjunta del mismo y el 607.2, éste último reubicado en el 510, introduciendo nuevas manifestaciones delictivas y ampliando considerablemente las conductas descritas en el precepto anterior. La nueva redacción tipifica dos tipos de conductas: por un lado, y con una penalidad mayor, las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos, entre otros, por pertenencia de sus miembros a un sexo y por razones de género, así como los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos; y, por otro lado, los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes con una motivación discriminatoria. Además, se

⁵⁶¹ Vid., PAREJO GUZMÁN, M.J., *Libertad religiosa y libertad de expresión: la tolerancia y el discurso del odio religioso por razones de género*, Ed. Comares, Granada, 2018, 94 p.

⁵⁶² Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº 77, 31 de marzo de 2015).

modificaron las circunstancias agravantes y se añadió la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas involucradas en estos delitos⁵⁶³.

Como principal novedad, a efectos de lo tratado en este trabajo, se observa en esta amplia reforma cómo se introduce un nuevo motivo que identifica al colectivo al que se está tutelando por “razones de género”. En la redacción anterior existía la razón del “sexo” y se añade ahora las “razones de género”. El motivo fue que “el género” puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias distinto al que abarca “el sexo”; según se ha dicho: “la circunstancia referida al sexo hace referencia a la mujer por ser mujer, es decir, basada en un fenómeno puramente biológico; mientras que el motivo basado en razones de género englobaría los discursos realizados contra las mujeres por el papel que tradicionalmente la sociedad se ha encargado de otorgarle. El efecto de ambos discursos sería la discriminación pero el fundamento pasa de ser meramente biológico a estar basado en construcciones sociales”⁵⁶⁴.

Una vez dicho esto hay que mencionar la posible incidencia del tipo del artículo 510 del Código Penal español en el contenido esencial de las libertades ideológica y religiosa y de expresión. Nos estamos refiriendo, en definitiva, a la ponderación de los valores, principios y derechos fundamentales que se consagran en la Constitución Española y, en nuestro caso, en concreto, como decimos, las libertades ideológica y religiosa y de expresión. En nuestra opinión,

⁵⁶³ Cfr. artículo 510.1 del Código Penal español tras la reforma del año 2015.

⁵⁶⁴ Cfr., ALCALÉ, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Madrid, 2006, p. 68; RUEDA MARTÍN, M. A., *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre*, Ed. Reus, Madrid, 2012, p. 51 y SOUTO GALVÁN, B., “Discurso del odio: género y libertad religiosa”, *Revista General de Derecho Penal*, n. 23, *Iustel on line*, 2015, p. 40.

la cuestión más relevante a tratar es precisamente el bien jurídico que trata de proteger el delito del artículo 510 CP porque, sin lugar a dudas, constituye la justificación para restringir libertades fundamentales, en concreto, la libertad de expresión en conexión con la libertad de convicciones (artículo 16 CE). En el ámbito de la doctrina no han existido excesivas dudas sobre el bien jurídico protegido: la protección de la igualdad y el derecho a no ser discriminado/a constituye el bien jurídico protegido (plano individual)⁵⁶⁵, a la vez que hay que observar el evidente efecto que este trato discriminatorio produce en el conjunto de la sociedad por afectar al modelo constitucional de convivencia pacífica, plural y multicultural, pilar básico del Estado Social y Democrático de Derecho⁵⁶⁶.

Ambas libertades, la libertad religiosa y la libertad de expresión, podría decirse que tienen, gráficamente, “una relación de amor-odio”, en el sentido de que es muy difícil indicar dónde se encuentra el límite de una y otra en la relación entre ambas. Ambas libertades están recogidas en nuestra Constitución con la especial mención de ser derechos fundamentales de la persona y por lo tanto muchas veces no se puede distinguir cuándo una sobrepasa a la otra y cuándo colisionan ya que la línea que las separa es muy fina. La cuestión que normalmente se plantea es que, cuando se ridiculizan o insultan a las religiones y sus costumbres, ¿qué prevalecerá, el derecho

⁵⁶⁵ Cfr., GÓMEZ MARTÍN, “Discurso del odio y principio de hecho”, *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo (dir.) Valencia, 2012, p. 116 y REBOLLO VARGAS, R., “Los delitos de discriminación cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, segundo semestre de 2006, pp. 226.

⁵⁶⁶ LAURENZO COPELLO, P., “Marco de protección jurídico penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº1, 1996, pp. 217-282.

a la libertad de expresión de aquel que daña al creyente o el derecho a la libertad religiosa y la práctica de una religión de aquél que cree y al que han insultado? .

La libertad de expresión, es el cauce natural para la formación de la opinión pública libre, fundamento del pluralismo político y de la democracia misma. La libertad religiosa, derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución de 1978, confirma que nos encontramos ante un Estado aconfesional y laico. El reverso de la libertad de expresión son los discursos del odio, que se dirigen contra un determinado grupo de personas. También de la vulneración del derecho a la libertad religiosa surge la intolerancia y lo que se conoce actualmente, específicamente, como el llamado discurso del odio.

Dentro y fuera del ámbito religioso, la situación de las mujeres es constante foco de polémicas. A nadie escapa que los derechos de las mujeres plantean conflictos de indudable interés y es por ello que hemos creído muy necesario analizar y estudiar los límites que puede imponer el legislador a la incitación a la violencia contra las mujeres que se fundamente en creencias religiosas y/o culturales relativas al género. Ya que esta última circunstancia constituye una novedad introducida en la reforma del Código Penal español de 2015, como dijéramos al principio, entendemos que ello requiere un estudio específico y concreto para conocer su verdadero alcance y justificación. En definitiva, esta investigación viene a abordar el tratamiento jurídico de una forma específica de discriminación religiosa que se sirve de un ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión para legitimar la incitación abierta al odio racial y religioso y para promover la retórica de un conflicto ineludible de civilizaciones y religiones. La no existencia hasta un momento tan reciente de regulación concreta sobre

la prohibición de incitación al odio, la cual constituye por sí misma una clara apología de la discriminación y la violencia contra concretos sectores de la población, y la escasa conciencia social que existe sobre la libertad de expresión, son sin duda gran problema para poder frenar tales ataques a ciertos sectores de la población.

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD RELIGIOSA: DELIMITACIÓN, RELACIÓN, LÍMITES Y CONFLICTOS

2.1. *La libertad de expresión*

La libertad de expresión tiene un reconocimiento prioritario desde los orígenes mismos del constitucionalismo y también se observa en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el artículo 10 de la Convención de Roma de 1950.

En la historia de España aparece desde el artículo 371 de la Constitución de Cádiz de 1812⁵⁶⁷ y, en la actualidad, se encuentra recogida en el artículo 20 de la Constitución Española de 1978, el cual reconoce y protege los siguientes derechos: “a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; c) A la libertad de cátedra; d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”.

⁵⁶⁷ “*Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes*”.

Hay que mencionar que también es de gran dificultad controlar el ejercicio de la libertad de expresión por vías de Internet y de las redes sociales. Es cierto que es un campo muy abierto y en ciertas ocasiones se escapa al control del Derecho y los tribunales, pero ya ha habido muchos casos en los que se ha restringido y se les ha puesto límite a la expresión de opiniones vía online ya que, aunque no estén en un papel o aunque no se digan de palabra, hieren de la misma forma.

2.2. La libertad religiosa

La libertad religiosa es un derecho fundamental que se refiere a la opción que tiene cada persona de poder elegir libremente su religión, de no elegir ninguna, o incluso de no creer en la existencia de un Dios y que viene recogido, en primer lugar, en nuestra Constitución, en su artículo 16, que dispone “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”, así como también por el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, el artículo 27 de este pacto garantiza a las minorías religiosas el derecho a practicar su religión: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

Al igual que la libertad de expresión, se reconoce para todas las personas y, también al igual que aquella, dispone de un límite muy claro, en este caso más amplio que la anterior, ya que, según puede leerse en el propio artículo 16 de nuestra Constitución, no podrá vulnerar el orden público, es decir, que este derecho termina en el momento que vulnera los derechos de otras personas, por lo que, al igual que la libertad de expresión, no es un derecho absoluto y no se pueden realizar actos en nombre de cualquier religión que vulneren los derechos y libertades de otras personas.

Este derecho tiene su regulación especial en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa la cual en su primer artículo dispone que “El Estado garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto, reconocida en la Constitución, de acuerdo con lo prevenido en la presente Ley Orgánica” y que, además, pertenecer a una religión no será motivo de desigualdad o discriminación. La libertad religiosa debe estar especialmente protegida y los poderes públicos deben estar separados de la religión y las normas no pueden estar articuladas por valores religiosos, respondiendo a su vez a la protección y garantía de los derechos fundamentales⁵⁶⁸.

3. DELIMITACIÓN, RELACIÓN, LÍMITES Y CONFLICTOS ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD RELIGIOSA

⁵⁶⁸ Las palabras literales del Profesor CONTRERAS MAZARÍO en *Ponencia del Profesor José María Contreras Mazarío en Diálogos de Yuste* (junio de 2015) fueron: “La libertad religiosa tiene un ámbito social y externo que debe ser protegido. Estado laico significa que los poderes públicos deben estar separados de la religión, y las normas jurídicas no pueden articularse sobre valores religiosos, respondiendo a la protección y garantía de los derechos fundamentales”.

3.1. *Delimitación y relación entre la libertad de expresión y la libertad religiosa*

Una vez explicadas, si quiera muy sucintamente, estas dos libertades, entendemos que puede pasar a realizarse una relación entre ambas ya que ambos artículos de la Constitución española parecen estar relacionados: Artículo 16.1: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley” y Artículo 20. 1 a): “Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”.

Para conciliar ambas libertades es imprescindible buscar los límites de la libertad de expresión que aseguren el respeto de los sentimientos religiosos y a la inversa. No se trata de someter una libertad a otra, ni de considerarla prioritaria, sino de procurar combatir las expresiones que, en el intento de ampararse en la libertad de expresión, acaban construyendo y potenciando discursos discriminatorios, racistas y/o xenófobos. Al mismo tiempo, no se puede dejar de responder a las declaraciones públicas que tienden a construir o a reforzar los prejuicios públicos contra los miembros de cualquier grupo, los miembros de minorías, inmigrantes o personas de origen migrante reciente. Lo que nadie puede discutir es que es importante debatir acerca de la libertad de expresión observando el uso que se hace del derecho individual a expresarse libremente. Se trata en definitiva de “buscar ajustes democráticos entre ambas libertades”⁵⁶⁹. Un límite

⁵⁶⁹ Así lo indica literalmente CONTRERAS MAZARÍO, J. M., “Libertad religiosa vs. Libertad de expresión: análisis jurisprudencial”, *Laicidad y libertades. Escritos*

difícilmente discutible en el cual es más evidente (por la lesión de derechos que conlleva) que el amparo de la libertad de expresión debe ceder, en cada caso puntual, es el del denominado discurso del odio religioso, que estudiaremos posteriormente: en la coexistencia entre culturas diferentes, asentadas en mayor o menor medida sobre religiones, y su ubicación dentro del Estado democrático de Derecho, los conflictos que pueden darse entre la libertad de expresión y la religiosa son fruto de su compleja interrelación dentro del firme consenso sobre el hecho de que ambas ostentan una posición privilegiada dentro del sistema de protección de los derechos fundamentales.

3.2. Límites de la libertad de expresión y conflicto entre la libertad de expresión y la libertad religiosa

Si acabamos de señalar que para conciliar la libertad de expresión con la libertad religiosa es imprescindible buscar los límites de la libertad de expresión que aseguren el respeto de los sentimientos religiosos y a la inversa, toca ahora analizar cuáles son esos límites de la libertad de expresión.

Las interacciones y conflictos entre la libertad de conciencia y de religión y la libertad de expresión parecen estar en el centro del debate filosófico y jurídico internacional relativo a los derechos humanos. Entre las principales cuestiones en juego, se encuentra la necesidad de prohibir la apología del odio religioso por constituir

Jurídicos, n. 17, diciembre de 2017, 2017, p. 85; vid., también, RUIZ RUIZ, R., “La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n. 10, 2006/2007, pp. 53- 77.

incitación a la discriminación y a la violencia. Sin embargo, el concepto de incitación al odio no es fácil de definir, al tiempo que trazar la línea entre el discurso ofensivo pero legítimo y un discurso de odio puede llegar a ser tarea complicada, aunque inevitable, ya que la libertad de opinión y de expresión, situada en el núcleo de las normas jurídicas internacionales en materia de derechos humanos, es generalmente considerada como una de las condiciones básicas de una sociedad democrática y pluralista, por lo que cualquier medida destinada a limitar su ejercicio debe quedar bajo estrecha vigilancia, con el fin de poder valorar su necesidad y proporcionalidad.

Uno de los temas más controvertidos consiste en determinar cuándo un discurso ofensivo constituye incitación a la discriminación y cuando no. En el plano internacional y regional, diversas disposiciones autorizan a los Estados a sancionar cualquier forma de incitación al odio y a limitar el libre ejercicio de la libertad de expresión, de un modo razonable, para prevenir posibles casos de violación de los derechos y libertades de los demás (esto ya explicado mencionado anteriormente); la prohibición legal de la incitación al odio, sin embargo, todavía sigue siendo un tema complejo y discutible.

La controversia sobre la amplitud de ejercicio que debe otorgarse a la libertad de expresión no es desde luego reciente y se puede afirmar que en nuestro entorno cultural se suele otorgar un gran alcance a esta libertad precisamente por su vinculación a la vitalidad del sistema democrático. Como ya se ha señalado, pese a su especial significación, ésta no se concibe lógicamente como un derecho absoluto.

Los límites de la libertad de expresión de convicciones de índole religiosa son, tal y como determina la propia Ley Orgánica de

Libertad religiosa de 1980⁵⁷⁰, “la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática” (artículo 3). Dicho esto, queda claro que nuestro objetivo fundamental estará en determinar si algunas de las convicciones que determinados líderes religiosos manifiestan en relación con las mujeres traspasan los límites indicados y pueden, en su caso, calificarse como discurso de odio en su configuración penal actual.

La libertad de expresión tiene, por tanto, la consideración de derecho subjetivo pero, a su vez, tiene también una vertiente institucional- garantía institucional del funcionamiento del sistema democrático-⁵⁷¹, en cuanto cauce de formación de la opinión pública libre, que le hace merecedora de una especial protección.

En definitiva, la prevalencia de la libertad de expresión frente a otros derechos y libertades no la convierte, por tanto, en un derecho absoluto, pero sí legítima, en ocasiones, el sacrificio de otros derechos cuando resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática.

Muy en relación con lo que acaba de analizarse y habiendo dejado claro el fundamento de la protección de los sentimientos y las manifestaciones religiosas como límite a la libertad de expresión, se debe pasar a analizar qué criterios se deben usar para determinar, caso

⁵⁷⁰ Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (*BOE* núm. 177, de 24 de julio de 1980).

⁵⁷¹ Vid., sobre esto, PAUNER CHULVI, C., “La defensa de los valores democráticos como límite a la libertad de expresión. Un análisis comparado de la jurisprudencia del TEDH y del TC”, *Revista de estudios europeos*, nº 58, 2011, pp. 113-132.

de colisión o conflicto entre ellos, cuál de los derechos prevalecerá sobre el otro. En este conflicto, el primer problema que se plantea es el identificar aquello que puede resultar ofensivo a las convicciones íntimas relativas a las creencias y convicciones religiosas de un colectivo de personas. En segundo lugar, hay que determinar la gravedad y entidad de la ofensa, que sin lugar a dudas ha de ser lo suficientemente grave e importante como para justificar que se limite la libertad de expresión. Y, por último, se tendrá que comprobar si los que ejercieron su derecho a la libertad de expresión adoptaron las medidas necesarias para evitar los aspectos gratuitos e innecesariamente ofensivos para los sentimientos y convicciones o sabían de las consecuencias que podía producir el ejercicio de esa libertad. Y no sólo se deberán analizar estos aspectos mencionados sino que también habrá que tener en cuenta otras cuestiones como, por ejemplo, que las llamadas ofensas provocan respuestas diferentes en los distintos grupos de personas, ya que cada persona percibe y vive la religión de forma totalmente diferente. Es por esto que, aunque una ofensa nos sitúa lógicamente en primer término en este plano de la subjetividad, se hace necesario buscar algún dato objetivo que nos permita determinar la diferencia entre la crítica legítima y la ofensa grave. En definitiva, se podría concluir que “el reconocimiento de la libertad de expresión no legitima los ataques gratuitos a la dignidad de las personas, ni la injuria, el menosprecio o el insulto a los sentimientos y convicciones religiosas. (...) tampoco en relación con las creencias ajenas, la libertad de expresión protege un hipotético ‘derecho al insulto’, ni ampara las expresiones indudablemente injuriosas o vejatorias”. Dicho esto, eso sí, siempre hay que tener en cuenta que estos ataques hay que ponderarlos y ver si son realmente graves como para producir vulneración del derecho a la libertad religiosa; por ejemplo “la valoración del ataque a

los sentimientos religiosos resulta más clara cuando `hay elementos gráficos, muy groseros, pero sobre todo ostensibles y fácilmente reconocibles´ que cuando la crítica se formula a través de la palabra”⁵⁷².

3.3. La tolerancia/intolerancia y el discurso del odio; discursos del odio antirreligiosos y la nueva circunstancia objeto del discurso de odio religioso: el género

De estos mencionados conflictos entre la libertad de expresión y la religiosa surge la intolerancia entre creyentes y no creyentes y el odio a otros géneros y más específicamente aparece el llamado discurso del odio o Hate speech.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que dichos conflictos no solo tienen una dirección sino que pueden provenir de ataques verbales que son difamatorios u ofensivos para las creencias religiosas o también de ciertos discursos que son de inspiración religiosa que pueden ser considerados como contrarios a otros derechos fundamentales. Por lo que este discurso del odio puede darse en estas dos direcciones⁵⁷³.

⁵⁷² Con estas palabras lo explica claramente GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., en “El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 30, 2014, p. 109.

⁵⁷³ Literalmente puede leerse en CARRILLO DONAIRE, J.A., “Libertad de expresión y `discurso del odio´ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular”, *Revista de Fomento Social*, n. 70, 2015, p. 213: “Los conflictos jurídicos entre libertad de expresión y libertad religiosa tienen dos direcciones posibles. Pueden provenir de las exacerbaciones en la libertad de palabra que consideramos difamatorias o hirientes de los sentimientos religiosos. Pero también pueden tener su origen en el contenido de ciertos discursos de inspiración religiosa que se consideran contrarios a otros derechos fundamentales como la igualdad de género, la libertad sexual o la no discriminación”.

En nuestra investigación, en primer término, llegados a este punto, nos adentrábamos en el concepto y la construcción de la “tolerancia” para luego pasar a hacer lo propio con el concepto del discurso del odio. Aquí prescindiremos, de nuevo por problemas de espacio, de lo concerniente a la construcción del bien jurídico de la “tolerancia” para pasar directamente a explicar qué es el discurso del odio que, explicado sencillamente, y dado que hemos señalado líneas atrás que esta denominación carece de una definición precisa, podría decirse que es “el reverso de la libertad de la libertad de expresión” o “cualquier forma de expresión cuyo fin es propagar, incitar o promover el odio basado en la intolerancia”⁵⁷⁴.

En el momento histórico actual, en el proceso de desconfesionalización del Estado que se observa, la religión sigue teniendo un tratamiento constitucional y jurídico diferente que afecta al discurso del odio cuando se enfrenta a la libertad religiosa, pudiéndose reconocer un régimen particular del discurso del odio antirreligioso.

Según Naciones Unidas, se entiende por discurso del odio antirreligioso “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos”⁵⁷⁵. Por otro lado, el Consejo de Europa define el Hate speech antirreligioso como “aquellas

⁵⁷⁴ Cfr., CARRILLO DONAIRE, J.A., “Libertad de expresión y `discurso del odio` religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular”, *op. cit.*, 2015, p. 211: “El reverso de la libertad de expresión es el discurso del odio, traducción del término anglosajón *hate speech* que ha hecho fortuna, pero que quizás no sea muy acertada, porque en el odio no hay argumentación ni discurso y, si lo hay, es simplemente aparente. *Hate speech* es cualquier forma de expresión cuya finalidad es propagar, incitar, promover o justificar el odio basado en la intolerancia”.

⁵⁷⁵ Vid., Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones, de 25 de noviembre de 1981.

manifestaciones en las que se pide que una persona o grupo de personas sean objeto de odio, discriminación o violencia por motivo de su religión”⁵⁷⁶. Más recientemente, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2007) 1805, sobre blasfemia, insultos religiosos e incitación al odio contra las personas por razón de su religión, recoge la necesidad de conciliar la libertad de expresión y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, en las sociedades multiculturales, estableciendo la prohibición de aquellos actos que deliberadamente y de forma grave perturben la paz pública e inciten la violencia pública, por referencias a los asuntos religiosos.

Centrándonos en este Hate speech antirreligioso puede decirse que la razón última de la especificidad jurídica del mismo es que afecta al creyente a título individual y personal en su foro más interno e íntimo ya que el creyente suele vivir su fe manteniendo una relación de identidad con respecto a los dogmas, símbolos y ritos de su fe, hasta el punto de que las críticas graves o los ataques hacia éstos pueden suponer también una ofensa hacia la propia persona del propio creyente, en la medida en que las creencias sean para ellos un modo de vivir, un modelo ético o un modelo moral⁵⁷⁷.

Nos situamos así ante la cuestión de cuáles son los límites que pueden imponerse a la libertad de expresión cuando se proyecta sobre

⁵⁷⁶ Resolución 1510 del Consejo de Europa sobre la libertad de expresión y respeto a las creencias religiosas de 2006.

⁵⁷⁷ En CARRILLO DONAIRE, J.A., “Libertad de expresión y ‘discurso del odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular”, *op. cit.*, 2015, p. 213 puede leerse: “*puede decirse que la razón última de la especificidad jurídica del hate speech antirreligioso 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 éstos 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 ser*”.

las religiones y creencias, cuestión sobre la cual se plantean algunos problemas específicos, en particular, si las creencias religiosas requieren una tutela especial frente a los ataques que se hagan a sus dogmas y símbolos, de un lado; y, de otro, si la ofensa a los sentimientos religiosos es o no una dimensión de la libertad religiosa que merezca amparo frente a la libertad de expresión. En este orden de consideraciones, la cuestión jurídicamente más relevante es si determinados grupos y las opiniones que sostienen y les identifican pueden ser excluidos del debate público o ver restringida su libertad de expresión en razón del carácter discriminatorio de sus opiniones⁵⁷⁸.

Finalmente, explicar que la respuesta jurídica a estas cuestiones no es totalmente clara ni unívoca y que los pronunciamientos de los diferentes tribunales son muy distintos dependiendo del modelo social del país y del momento en el que se dictan, lo que pone el punto de dificultad para darle respuesta a estos problemas y para establecer categorías y criterios jurídicos generales⁵⁷⁹.

Pero no todos los discursos del odio o discursos intolerantes hacia las religiones lo son hacia ellas únicamente. Hay una concreta y específica forma de discriminación religiosa, que se sirve de un ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión para legitimar la incitación abierta al odio racial y religioso y que ha sido una importantísima novedad introducida por la reciente reforma del Código Penal español de 2015, como se ha explicado anteriormente, cual es el

⁵⁷⁸ CAÑAMARES ARRIBAS, S., “La conciliación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Un work in progress”, en *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa (dirigida por MARTÍNEZ- TORRÓN, J., y él mismo)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 17 y ss.

⁵⁷⁹ Así se explica en CARRILLO DONAIRE, J.A., “Libertad de expresión y ‘discurso del odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular”, *op. cit.*, 2015, p. 214.

llamado delito del discurso de odio por razones de género. Esta discriminación por razón de género, hay que empezar mencionando que está recogida en nuestra norma suprema, es decir, en la Constitución española, en su artículo 14, ya que establece la prohibición de discriminación “por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Esta referencia podría parecer superflua desde el momento en que la igualdad conlleva la prohibición de cualquier tipo de discriminación. Sin embargo, puesto que la exigencia de igualdad en la ley y en la aplicación de la ley son mandatos dirigidos a los poderes públicos, las prohibiciones concretas de discriminación son las que hacen posible la eficacia horizontal de la igualdad. Es decir, éstas van dirigidas principalmente a los ciudadanos en sus relaciones con otros ciudadanos, como límite a la autonomía de la voluntad. Para estudiar en profundidad el género como circunstancia nueva, acaecida recientemente, entre los posibles objetos del delito de odio hay que empezar analizando el papel que juega la mujer en el ámbito religioso, tratando para ello de plasmar una visión general de los factores que pueden influir en ese papel para, posteriormente, poner de manifiesto el rol del género femenino en cada una de las distintas confesiones.

Tras un exhaustivo análisis, en nuestra investigación, del papel que juega la mujer en el ámbito religioso hemos podido observar la situación existente de la enorme cantidad de conflictos que hay entre la diversidad religiosa y los derechos de las mujeres en España. De esta forma hemos estudiado con detenimiento las distintas perspectivas generales de la mujer en la religión. A continuación, hemos trasladado todo lo analizado hasta este punto al ámbito interno de las siguientes confesiones: Catolicismo; Evangelismo; Islamismo y Judaísmo. A

renglón seguido se han tratado de sentar algunos puntos de partida para abordar la problemática de los conflictos que se presentan entre los derechos de las mujeres y el respeto y protección de la diversidad religiosa e intentar alcanzar las más acertadas soluciones posibles a los mismos en nuestro país. Con este objetivo, se ha empezado describiendo la situación de las sociedades en la actualidad, en las que cada vez más a menudo la discriminación de la mujer en el marco de las religiones se hace palpable a la vez que ciertamente injusto y delictivo, y, una vez analizada esta situación, se ha tratado de plantear aquello que, a nuestro entender, puede ser exigible a los Estados, y más concretamente al Estado español, para garantizar la universalidad de los derechos de las mujeres en el marco de las religiones. De esta forma se ha llegado a otra de las conclusiones más importantes de nuestro trabajo, cual es, que, aunque la apuesta del Derecho Internacional es clara a favor de los derechos de las mujeres en este tipo de conflictos, se debe desechar la opción de darles siempre una única respuesta porque ello significaría desconocer el valor normativo del respeto a la diversidad religiosa, a salvo claro está de los casos de violencia contra la mujer, en los cuales siempre se debe estar a favor de su eliminación. Es más, analizada la situación de las religiones, la igualdad de género y los derechos de la mujer, hemos entendido que “tenemos que intentar encontrar una solución a las situaciones de desigualdades de las mujeres dándonos igual si su trasfondo es político-cultural o religioso: a todas ellas y no sólo a las que supongan la comisión de un delito, porque estas situaciones ya tienen claramente establecida su penalización. Respecto a las que no están penadas, opinamos que habría que exigir a los estados, y en nuestro caso concreto al Estado español, que lleve a cabo determinadas actuaciones para garantizar la universalidad de los derechos de las mujeres en el

marco de las religiones”⁵⁸⁰. La solución de estos conflictos no es tan sencilla. Lo que sí está claro, en nuestra opinión, es que se debe desechar la opción de dar una única respuesta, de todo o nada, para todos los conflictos de este tipo, a algunos de los cuales acabamos de asomarnos. En este sentido también hemos mostrado que hay quien ha afirmado, muy acertadamente en nuestra opinión, que “Incluso dentro de una misma nación, etnia o religión existen divergencias entre las posiciones de las mujeres porque la cultura y la religión no afectan de igual manera la vida de todas las mujeres: también existen componentes sociales, económicos y geográficos que inciden en su estatus”⁵⁸¹. Opinamos, en esta línea, que la visión de lo que debe ser la igualdad sexual o los derechos de las mujeres debe considerar necesariamente las diferencias que existen entre las mismas mujeres debido a la raza, la posición social y económica, el origen nacional, la orientación sexual, entre otros.

Siendo todo lo tajantes que creemos se debe ser en cuanto a esta cuestión, nos atreveríamos a afirmar, incluso, que, “en nuestra opinión, el Estado tiene la obligación de prevenir y proteger contra aquellas prácticas que lesionen a las mujeres acudiendo a la capacitación, a medidas legislativas y de sustitución de las prácticas discriminatorias, al diálogo con los dirigentes religiosos... entre otras estrategias, porque cuando se ataca a la mujer en su dignidad, ya no hay lugar ni para la soberanía ni para las especificidades culturales o

⁵⁸⁰ PAREJO GUZMÁN, M.J., “Resolución de conflictos entre la diversidad religiosa y los derechos de las mujeres en España”, *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos*, n. 15, 1, 2015, pp. 189-209.

⁵⁸¹ ARDILA TRUJILLO, M., “Hacia la resolución de los conflictos entre la protección de la diversidad cultural y el reconocimiento de los derechos de las mujeres”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 26, enero-junio, 2011, pp. 137-152.

religiosas”⁵⁸². En nuestra opinión, la inacción del Estado no es una respuesta válida; no nos sirve. Somos conscientes de que lo que se discute y se presta a más deliberación es el nivel y la forma de su intervención pero lo que opinamos que está claro es que “todo Estado como el nuestro debe ir en la línea de actuación de no permitir que la libertad religiosa sea la vía para negar a las mujeres el derecho a construir y ejecutar un proyecto de vida en condiciones de igualdad”. En este sentido, “para que la libertad de religión no sea contraria a los derechos de la mujer es indispensable que el derecho a la diferencia implicado por esa libertad no se entienda como un derecho a la indiferencia ante la condición de la mujer. Opinamos pues que, por contra a esta inacción, existe la conveniencia de acometer las modificaciones legislativas que sean necesarias en nuestro país para garantizar cuestiones tan básicas e importantes en un Estado social y democrático de Derecho como es el nuestro tales como el reconocimiento, respeto y protección de la dignidad de la mujer, la igualdad sexual y los derechos y libertades más fundamentales”⁵⁸³.

Dicho esto, hemos llegado a cerrar la problemática de la diversidad religiosa y los derechos de las mujeres afirmando que coincidimos plenamente con la afirmación de que “La gestión de la diversidad cultural y religiosa es uno de los grandes desafíos que deben afrontar los países democráticos, en especial, en relación con la situación de las mujeres, constante foco de polémicas”⁵⁸⁴.

⁵⁸² PAREJO GUZMÁN, M.J., “Resolución de conflictos entre la diversidad religiosa y los derechos de las mujeres en España”, *op. cit.*, 2015, pp. 189-209.

⁵⁸³ PAREJO GUZMÁN, M.J., “Resolución de conflictos entre la diversidad religiosa y los derechos de las mujeres en España”, *op. cit.*, 2015, pp. 189-209.

⁵⁸⁴ SOUTO GALVÁN, B., “Discurso del odio: género y libertad religiosa”, *op. cit.*, 2015, p. 1.

4. EL DISCURSO DE ODIOS RELIGIOSO POR RAZONES DE GÉNERO

Se llega así a la cuestión fundamental a tratar, analizar y estudiar en esta investigación: esa forma específica de discriminación religiosa que se sirve de un ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión para legitimar la incitación abierta al odio racial y religioso y que ha sido una novedad introducida por la reciente reforma del Código Penal español de 2015.

Por lo que se refiere al bien jurídico protegido en el delito de odio recogido en el artículo 510 del Código penal (CP), hemos de señalar que sería el derecho a no ser discriminado por razones de género. Son los sistemas de valores, creencias, costumbres y tradiciones los que constituyen las pautas de conducta de género y por ello se debe analizar si la expresión pública de estos valores o creencias pueden, en ocasiones, constituir un atentado al valor de la igualdad de tal intensidad que pueda ser sancionada como una conducta propia del discurso de odio.

Una vez estudiado todo esto en nuestro estudio, se han pasado a analizar en nuestra investigación cuatro supuestos que hemos considerado fundamentales para estudiar la temática de los discursos de odio religioso por razones de género en nuestro país. Los cuatro nos han servido para intentar aprender a poder determinar si realmente los casos del artículo 510 CP pueden englobarse o no en el discurso del odio religioso por razón de género y, en consecuencia, pueden quedar justificadas las restricciones de la libertad de expresión y penalizadas dichas conductas. Lo que dejan patente, claramente, los cuatro supuestos es la importancia de contextualizar la situación en la que se ejerce el derecho a la libertad religiosa en su manifestación externa,

como reiteradamente se ha insistido a lo largo de todo el trabajo que efectuamos, pues si hubiese acontecido el discurso del Imán de Fuengirola en un Estado de marcada tradición islámica, probablemente no hubiera tenido sanción penal; del mismo modo que, en otros Estados con ideas más liberales, sí que hubiese tenido sanción el discurso contrario al aborto por parte del Obispo del Caso del libro “Cásate y se sumisa: experiencia radical para mujeres sin miedo” de la Editorial Nuevo Inicio del Arzobispado de Granada. Por lo que los límites a la libertad religiosa dependen sobremanera del contexto.

5. CONCLUSIONES

- Aunque somos de la opinión de que el artículo 510 del Código Penal ha sufrido una importante transformación a través de la reforma operada en el año 2015, entre otros motivos, al añadir a la circunstancia basada en razones de sexo, la fundada en “razones de género”, entendemos que dicha reforma de este tipo penal no ha solventado del todo los problemas que generaba su versión previa. No obstante esto, coincidimos con aquellos autores que sí estiman procedente la inclusión de esta nueva circunstancia, más adecuada que la basada en el sexo, para reprimir la incitación al odio y la violencia por razones de género.

- Con algún autor destacado, nos mostramos favorables a la elaboración y, en su caso, aprobación, de una Ley integral contra los crímenes de odio, que incorpore al ordenamiento jurídico español los conceptos establecidos por los organismos internacionales sobre esta materia, tales como “delito de odio” y “discurso de odio”: “El objeto central de esta Ley sería intervenir de forma integral contra los delitos

de odio y discriminación, combatir sus raíces de intolerancia y contribuir a construir una sociedad, desde su base ciudadana a sus instituciones, donde todos los seres humanos, libre e iguales en dignidad y derechos, se comporten fraternalmente los unos con los otros”⁵⁸⁵.

- Del concepto del discurso del odio hemos pasado al de discurso del odio antirreligioso para empezar concluyendo que la protección de los sentimientos religiosos no siempre va a justificar una limitación de la libertad de expresión, es decir, que “Será necesario que la expresión del ataque a estos sentimientos supere la frontera que separa la crítica legítima del menosprecio vejatorio. Para justificar la restricción de la libertad de expresión habrá de realizarse un juicio de proporcionalidad, que deberá ponderar la necesidad e idoneidad de la medida limitadora, así como, especialmente, la forma en la que las ideas, críticas o valoraciones contrarias a los sentimientos religiosos de un grupo de personas han sido expresadas. Sin embargo, existe un caso claro en el que la protección de los sentimientos religiosos deberá prevalecer frente a la libertad de expresión: cuando el ataque pueda ser calificado como discurso de odio”. Al habernos adentrado en el estudio del discurso del odio religioso, hemos podido comprobar que no todos los discursos del odio o discursos intolerantes hacia las religiones lo son hacia ellas por sí mismas y únicamente, sino que hay una concreta y específica forma de discriminación religiosa que se sirve de un ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión para legitimar la incitación abierta al odio racial y religioso y que ha sido la importantísima novedad introducida por la reciente reforma del Código

⁵⁸⁵ Vid., CONTRERAS MAZARÍO, J.M., *¿Hacia un Islam español? Un estudio de Derecho y Política*, Edit. Tirant lo Blanch (humanidades), Valencia, 2017, p. 293.

Penal español de 2015 que se ha explicado desde el principio del estudio, cual es el llamado delito del discurso de odio por razones de género.

Siendo todo lo tajantes que creemos se debe ser en cuanto al estudio del género como circunstancia nueva, acaecida recientemente, entre los posibles objetos del delito de odio hemos concluido que “en nuestra opinión, el Estado tiene la obligación de prevenir y proteger contra aquellas prácticas que lesionen a las mujeres acudiendo a la capacitación, a medidas legislativas y de sustitución de las prácticas discriminatorias, al diálogo con los dirigentes religiosos... entre otras estrategias, porque cuando se ataca a la mujer en su dignidad, ya no hay lugar ni para la soberanía ni para las especificidades culturales o religiosas” y también que la inacción del Estado no es una respuesta válida y no nos sirve. Somos conscientes de que lo que se discute y se presta a más deliberación es el nivel y la forma de su intervención pero lo que opinamos que está claro es que “todo Estado como el nuestro debe ir en la línea de actuación de no permitir que la libertad religiosa sea la vía para negar a las mujeres el derecho a construir y ejecutar un proyecto de vida en condiciones de igualdad”. En este sentido, “para que la libertad de religión no sea contraria a los derechos de la mujer es indispensable que el derecho a la diferencia implicado por esa libertad no se entienda como un derecho a la indiferencia ante la condición de la mujer. Opinamos pues que, por contra a esta inacción, existe la conveniencia de acometer las modificaciones legislativas que sean necesarias en nuestro país para garantizar cuestiones tan básicas e importantes en un Estado social y democrático de Derecho como es el nuestro tales como el reconocimiento, respeto y protección de la

dignidad de la mujer, la igualdad sexual y los derechos y libertades más fundamentales”.

Llegados a este punto también queremos destacar en estas conclusiones que en nuestro trabajo hemos señalado que coincidimos plenamente con la afirmación de que “La gestión de la diversidad cultural y religiosa es uno de los grandes desafíos que deben afrontar los países democráticos, en especial, en relación con la situación de las mujeres, constante foco de polémicas”. Esta afirmación, que puede parecer un poco simple a priori, es en realidad muy importante porque nos lleva de la mano a la preocupación que tenemos en mente desde el principio de este estudio, cual es, la determinación de los límites que puede imponer el legislador penal a la difusión de estereotipos sexistas o incluso a la provocación a la violencia contra las mujeres cuya fundamentación se halla en creencias religiosas y/o culturales relativas al género.

- Como conclusión final diremos que, no obstante, en cualquier caso, consideramos que hay que tratar de objetivar los supuestos que se nos planteen en los que se sospeche que pueda estar produciéndose un discurso de odio religioso por razón de género. Esto es, juzgarlos uno a uno y sin perder de vista los elementos que acabamos de indicar, pero analizando en profundidad, para poder proteger a la figura de la mujer evitando así cualquier posible discriminación por razón de género, si en cada uno de ellos la libertad de expresión ejercida merece ser limitada y restringida porque se esté ejerciendo de una forma tan, permítaseme la expresión, “bárbara” que pueda estar produciendo la comisión de un delito punible penalmente como una conducta propia del discurso de odio religioso por razón de género. En esto consiste lo que proponemos, en analizar los supuestos

cuidadosamente uno a uno, sin caer por tanto jamás en generalizaciones o establecimiento de reglas generales para todos los supuestos que puedan producirse, comprobando con detenimiento todos y cada uno de los elementos que acabamos de señalar para saber si de verdad en cada supuesto se está produciendo la comisión del delito de discurso de odio religioso por razón de género del 510 del Código Penal o no. En definitiva, lo que estamos queriendo decir es que hay que tener cuidado porque, de lo que puede ser algo tan loable como tratar de proteger a la figura de la mujer ante un delito de discriminación en el seno de una confesión religiosa, puede caerse, de forma inconsciente y/o de forma premeditada, en utilizar de forma excesiva el recurso a la posible comisión de este delito del discurso de odio religioso por razón de género para aprovechar las ganas de algunos de arremeter contra determinadas confesiones religiosas, que además, por suerte o por desgracia, suelen ser la católica y la musulmana como hemos visto en los supuestos analizados en este trabajo.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÉ, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Madrid, 2006.
- ARDILA TRUJILLO, M., “Hacia la resolución de los conflictos entre la protección de la diversidad cultural y el reconocimiento de los derechos de las mujeres”, *Revista Derecho del Estado*, nº 26, enero-junio, 2011, pp. 137-152.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S., “La conciliación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Un work in progress”, *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa (dirigida por MARTÍNEZ-*

TORRÓN, J., y *él mismo*), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 17 y ss.

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

- CONTRERAS MAZARÍO, J.M., *¿Hacia un Islam español? Un estudio de Derecho y Política*, Edit. Tirant lo Blanch (humanidades), Valencia, 2017, pp. 281 a 293.

- CONTRERAS MAZARÍO, J. M., “Libertad religiosa vs. Libertad de expresión: análisis jurisprudencial”, *Laicidad y libertades. Escritos Jurídicos*, n. 17, diciembre de 2017, 2017, pp. 85-142.

- CONTRERAS MAZARÍO, J.M., Ponencia del Profesor José María Contreras Mazarío en Diálogos de Yuste (<https://www.revistaecclesia.com/ponencia-de-jose-maria-contreras-mazarío-en-dialogos-de-yuste/>), 2015.

- GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 30, 2014, pp. 97-115.

- GÓMEZ MARTÍN, “Discurso del odio y principio de hecho”, *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo (dir.), Valencia, 2012, p. 116.

- LAURENZO COPELLO, P., “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces para la Democracia*, n° 34, 1999, pp. 16-23.

- PAREJO GUZMÁN, M.J., *Libertad religiosa y libertad de expresión: la tolerancia y el discurso del odio religioso por razones de género*, Ed. Comares, Granada, 2018, 94 p.
- PAREJO GUZMÁN, M.J., “Resolución de conflictos entre la diversidad religiosa y los derechos de las mujeres en España”, *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos*, n. 15, 1, 2015, pp. 189-209.
- PAUNER CHULVI, C., “La defensa de los valores democráticos como límite a la libertad de expresión. Un análisis comparado de la jurisprudencia del TEDH y del TC”, *Revista de estudios europeos*, n.º 58, 2011, pp. 113-132.
- REBOLLO VARGAS, R., “Los delitos de discriminación cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, segundo semestre de 2006, 2006, pp. 223-242.
- RUEDA MARTÍN, M. A., *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre*, Ed. Reus, Madrid, 2012, p. 51.
- RUIZ RUIZ, R., “La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n. 10, 2006/2007, pp. 53- 77.
- SOUTO GALVÁN, B., “Discurso del odio: género y libertad religiosa”, *Revista General de Derecho Penal*, n. 23, *Iustel on line*, 2015.

**VI. DISCURSO DE ODIO Y SIMBOLOGÍA RELIGIOSA EN EL
ESPACIO PÚBLICO**

MEMORIA HISTÓRICA Y CRUCES DE CAÍDOS: UN DEBATE SOCIAL ENTRE LA LEGALIDAD Y LA AFRENTA A LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS

Matilde Pineda Marcos

*Abogada y Profesora Asociada
Universidad de Alicante*

I.- Probablemente no se halle muy divulgada la noticia de que durante los últimos años, allá por finales del mes de septiembre, en una población del Noroeste de Irlanda (Streedagh), los naturales de la zona acuden a la playa llenándola con más de mil cruces de madera, en recuerdo honorable de los cerca de 1.800 marinos, que terminando el Siglo XVI (en concreto, finalizando el mes de septiembre de 1588), perdieron la vida en aquellas costas. Esos naufragos, caídos, eran españoles, enrolados en la denominada Armada Invencible⁵⁸⁶.

En nuestro País, por el contrario, según la interpretación que un sector político de la sociedad española lleva a cabo respecto de la conocida como Ley de Memoria Histórica⁵⁸⁷, las Cruces de caídos

⁵⁸⁶ Vid. [HTTP://WWW.OUTONO.NET/ELEMENTIR/2018/09/24/CONMOVEDOR-HOMENAJE-DE-UN-PUEBLO-DE-IRLANDA-A-LOS-CAIDOS-DE-LA-ARMADA-ESPANOLA/](http://www.outono.net/elementir/2018/09/24/conmovedor-homenaje-de-un-pueblo-de-irlanda-a-los-caidos-de-la-armada-espanola/). Cfr., así mismo <https://www.abc.es/archivo-historia-abc/20150922/abci-homenaje-armada-invencible-201509220843.html>.

⁵⁸⁷ Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

Para una aproximación, en contexto general, a esta regulación, pueden consultarse, entre otros: J. DE ANDRÉS SANZ, (2006) “Los símbolos y la memoria del Franquismo”, *Fundación Alternativas*, 23 (2006), en: www.fundacionalternativas.org/public/storage/estudios_documentos_archivos/xmlim

levantadas en recuerdo de un sector de la población que perdió la vida durante la Guerra civil no pueden permanecer en lugares públicos, por cuanto que constituyen “vestigios franquistas”; de manera que deben de ser retiradas. Así se ha hecho en varios lugares de España, incluso mediante la destrucción de este tipo de cruces; y tales acontecimientos han tenido lugar aun cuando otro sector de la sociedad se ha manifestado partidario del mantenimiento de las mismas, aduciendo que éstas tienen, para ellos, un significado, única y exclusivamente, de evocación de la religiosidad.

En esta sede, trataremos de averiguar si, en el marco de una sociedad plural, la intolerancia de algunos grupos de presión hacia el mantenimiento de las citadas Cruces de caídos frente a una clara oposición de parte de la ciudadanía, constituye una manifestación más, de las muchas existentes, que resulta contraria a los sentimientos religiosos, y más concretamente, a los de los profesantes de la fe católica, hasta el punto que pueda ser percibida por éstos como una actitud cristianofóbica⁵⁸⁸.

portMf9 BZ4.pdf; P. AGUILAR FERNÁNDEZ, *Políticas de la Memoria y Memorias de la Política*, Alianza Editorial, Madrid, 2008; VV.AA. (J.A. Martín Pallín y R. Escudero Alday, eds.), *Derecho y memoria histórica*, Trotta, Madrid, 2008; VV.AA. (M. Criado de Diego, dir.), *El itinerario de la memoria. Derecho, historia y justicia en la recuperación de la memoria histórica en España*, Sequitur, Madrid, 2013; J.L. DE LA CUESTA y M. ODRIOZOLA, “Marco normativo de la memoria histórica en España: legislación estatal y autonómica”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20-08 (2018).

⁵⁸⁸ El término “cristianofobia” no aparece en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, pero se suele identificar como la aversión a los cristianos o al cristianismo en general. Cfr. la intervención, en sede parlamentaria, de la Sra. Secretaria de Estado de Justicia, empleando esta terminología y poniendo de relieve que “las cuatro confesiones con acuerdos —la Iglesia católica, los judíos, los protestantes y los musulmanes— [...] expresan su preocupación y tristeza por las constantes y reiteradas ofensas a los sentimientos religiosos de los fieles de las distintas confesiones, y señalan que las ofensas contra los sentimientos religiosos aún gozan en nuestro país de una tolerancia social incomprensible”. Vid. *Diario de sesiones del Senado, Comisión de Justicia*, núm. 236, 5 de marzo de 2018, p. 104.

II.- Pero antes de entrar en pormenores, atendamos, si quiera sea brevemente, el contexto en que tales actuaciones está teniendo lugar.

Algunas concreciones, reales y efectivas, de lo que han de tenerse –así lo han sido, al menos, tradicionalmente– por proyecciones resultantes de la manifestación pública de la creencia religiosa (y que, en otros momentos fue casi monolítica), vienen de un tiempo a esta parte experimentando grandes dosis de erosión. Si ello responde, en ocasiones, a una mera actitud de indiferencia, proveniente de la plasmación de una, cada vez mayor, secularización de la sociedad, que podría calificarse de neutra; en otras, viene propiciada desde posiciones de carácter laicista, que propugnan una conducta crítica (pero en sentido negativo) cuando no incluso ofensiva hacia lo religioso, principalmente respecto de la creencia católica.

A pesar de que un 67,5% de los españoles se declaran católicos, no podemos obviar, como dato clarificador de la evolución de la sociedad hacia esos parámetros de desafecto para con la Iglesia Católica, el hecho de que el 62,1% de esos ciudadanos no va casi nunca a misa u oficio religioso alguno⁵⁸⁹. Por tanto, es evidente que el catolicismo ha ido perdiendo gran parte de su influencia en numerosos ámbitos de la sociedad, hasta tal punto que las muestras de rechazo o animadversión pública hacia toda manifestación religiosa vienen constituyéndose en un *in crescendo* constante; algunas veces, éstas se traducen en comentarios hirientes y malintencionados; y otras, a través de la oposición a cualquier tipo de permanencia de simbología religiosa en el espacio público, que todavía (aunque cada vez menos), sigue

⁵⁸⁹ Fuente: Centro de Investigaciones Sociológicas, estudio núm. 3240. Barómetro de febrero 2019.

estando presente en buena parte de nuestra geografía. Precisamente, en estos últimos casos, han sido los movimientos de tipo laicista y no aquéllos pertenecientes a las confesiones minoritarias presentes en España, quienes han pretendido la retirada de numerosas cruces y símbolos que, presidiendo plazas y pueblos, forman parte de nuestro patrimonio histórico y cultural⁵⁹⁰.

En el marco de esta simbología religiosa, nos vamos a centrar en aquélla que, además de estar en la esfera pública, posee un matiz de tipo político. Nos referimos, en concreto, a las ya citadas Cruces de caídos, erigidas en homenaje póstumo a víctimas de la Guerra Civil; monumentos que, según determinados Consistorios, gobernados por partidos de carácter progresista, deben de ser retirados del espacio público, por cuanto que constituyen “vestigios franquistas”, en virtud de lo que, a nuestro juicio, supone una clara aplicación partidista de la ya citada Ley de Memoria Histórica, mediante una interpretación que, realmente, contraviene la misma.

Como es conocido, la citada Ley de Memoria Histórica fue promulgada por el Gobierno socialista de José Luis Rodríguez Zapatero, con una clara intención –según se manifestaba– de avanzar en el espíritu de reconciliación y concordia que se inició a partir de la

⁵⁹⁰ Por poner algún ejemplo: Los supuestos litigiosos sostenidos con la pretensión de que se retirara el Cristo de Monteagudo (Murcia), resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2013 (con referencia, en la web del Centro de Documentación Judicial –CENDOJ– del Poder Judicial, Roj: STS 1798/2013), confirmando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de mayo de 2011 (Roj: STSJ M 9703/2011) y la Cruz de la Sierra de la Muela de Orihuela, decidido en Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2014 (Roj: STS 5166/2014), confirmando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 6 de septiembre de 2011 (Roj: STSJ CV 6616/2011). Una atención más detallada de todos estos casos conflictivos se contiene en M. ALENDA SALINAS y M. PINEDA MARCOS, *El símbolo religioso en el Estado laico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Transición española⁵⁹¹, teniendo por destinatarios a todos aquéllos que durante la Guerra Civil española y la posterior Dictadura del General Franco sufrieron persecución y violencia por razones políticas, ideológicas, o de creencia religiosa, según consta en su art. 1. En ese particular aspecto –el de cerrar las “viejas heridas” del pasado, que continuaban todavía en la mente de parte de la ciudadanía–, la Ley en cuestión, a nuestro juicio, no ha cumplido su objetivo por lo menos en lo que concierne a las decisiones adoptadas por algunos de nuestros políticos sobre las Cruces de caídos. Y es que, en ese afán a toda costa de cumplir con lo que consideran que viene dispuesto en la Ley de Memoria Histórica, y más concretamente, en su art. 15.1⁵⁹², referido a los símbolos y monumentos públicos, se sostiene por aquéllos, soliviantando a una buena parte de la población, la remoción de esas cruces, sin tener en cuenta los sentimientos religiosos de quienes ven en ellas reflejado un símbolo de su fe y no una exaltación del franquismo.

Es en ese preciso ámbito en el que se ha ido creando un clima de enfrentamiento y crispación social, que ha de tenerse por contrario al sentido pretendido en su día con la aprobación de la mencionada Ley. Pero es sobre todo, en el concreto supuesto en que el símbolo ha sido despojado de toda mención de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura

⁵⁹¹ Así se desprende de la Exposición de Motivos de la citada Ley.

⁵⁹² Art. 15. 1: “Las Administraciones públicas, en el ejercicio de sus competencias, tomarán las medidas oportunas para la retirada de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura. Entre estas medidas podrá incluirse la retirada de subvenciones o ayudas públicas”.

Para la interpretación de este precepto, pueden consultarse: J.M. ABAD LICERAS, *Ley de Memoria Histórica (La problemática jurídica de la retirada o mantenimiento de símbolos y monumentos públicos)*, Dykinson, Madrid, 2009 y M.T. DE LEMUS DIEGO, “Los símbolos religiosos en la Ley de Memoria Histórica”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 35 (2014).

(que pudiera inducir a su inclusión dentro del ámbito de aplicación de la misma), y, sin embargo, se acuerda desde instancias municipales su retirada, cuando este tipo de actuaciones no deja de ser sentida por algunas personas como una manifestación de cristianofobia, expresada hacia el propio símbolo en lo que de significación religiosa tiene, y también –y, en cualquier caso, por su proyección– hacia ellas.

III.- Habría, pues, que preguntarse si, bajo la supuesta cobertura de esta Ley de Memoria Histórica, resulta legítimo retirar todas aquellas Cruces de caídos que carecen hoy día de referencia alguna a ese periodo de nuestra historia.

No deja de resultar curioso que, para muchos de estos políticos, ese dato –que a nuestro parecer es fundamental– les es indiferente, hasta tal punto que cabría cuestionarse si realmente lo que molesta es que un símbolo cristiano se halle en un lugar público. La aversión hacia la cruz, ya no únicamente por su origen apologético-político, sino también por lo que representa la misma para una determinada Confesión religiosa, es la razón que, para muchos ciudadanos, subyace en el fondo de esta conflictividad. Es en este último caso, cuando realmente se está haciendo uso de la aplicación de un precepto de la Ley de Memoria Histórica como instrumento legal para menospreciar los sentimientos religiosos de una parte de la población, que únicamente desea el mantenimiento de la Cruz de caídos, ya sea como una proyección externa de creencia religiosa o ya sea como parte de su tradición cultural.

Esa percepción negativa e intransigente hacia la Cruz de caídos por una parte de la sociedad, que se traduce en actuaciones que culminan con la eliminación de la misma, puede que tal vez no sea apropiado llamarla cristianofobia en el sentido más propio del término,

aunque así es como lo sienten algunas personas, pero sí parece impregnar un sentimiento anticatólico e intolerante hacia esas manifestaciones públicas de carácter simbólico-religioso⁵⁹³.

El clamor de buena parte de la ciudadanía ha resultado notorio en las concentraciones populares a favor de las Cruces de Caídos de distintos municipios de nuestra geografía, una prueba más que evidente de esa parte del sentir social que reclama por mantener el símbolo como parte de sus creencias religiosas, dejando al margen que éste tenga o no un origen franquista. Pueden traerse a colación, sin ánimo de exhaustividad, una buena muestra representativa de cuanto expresamos y que hemos obtenido mediante una consulta de las ediciones digitales de medios de comunicación y otras webs a través de la Red.

Así, como ejemplos de supuestos en que se ha desatado la polémica: El caso del Monumento a los caídos de Pamplona⁵⁹⁴, la Cruz de caídos de Aguilar de la Frontera (Córdoba)⁵⁹⁵, la de Artà, en Mallorca, cuyo Ayuntamiento acordó, en septiembre del pasado año, la retirada de la Cruz de los caídos, “siempre que venga avalado por los

⁵⁹³ Cfr. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “Libertad de expresión y lenguaje ofensivo: algunos criterios prácticos de análisis jurídico”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60 (2016), p. 28 y s. En parecidos términos señala O. BURGOS GARCÍA, con cita de Adela Cortina, que “[t]al vez el rótulo “odio” no sea el más adecuado para referirse a las emociones que se expresan en esos discursos, como la aversión, el desprecio y el rechazo, pero se trata en cualquier caso de ese amplio mundo de las fobias sociales, que son en buena medida patologías sociales que se deben superar. Se incluyen entre ellas el racismo, la xenofobia, el antisemitismo, la misoginia, la homofobia, la aversión a los miembros de determinadas confesiones religiosas...”. Vid. “Los límites a la libertad de expresión: el discurso del odio en internet”, en https://www.academia.edu/36149843/LOS_LIMITES_A_LA_LIBERTAD_DE_EXPRESI%C3%93N_EL_DISCURSO_DEL_ODIO_EN_INTERNET.

⁵⁹⁴ Relata toda la situación polémica el documento contenido en la siguiente dirección:

<http://www.pamplona.es/verdocumento/verdocumento.aspx?iddoc=1361988>.

⁵⁹⁵ Vid. <https://www.publico.es/sociedad/pp-recoge-firmas-pueblo-cordoba-evitar-retirada-cruz-caidos.html>.

correspondientes informes técnicos que así lo aconsejen, en este caso por la Comissió Tècnica de la Memòria Democràtica del Govern balear”⁵⁹⁶. Se ha pedido, también, la retirada de una cruz de la Plaza Mayor de Tàrrega (Barcelona)⁵⁹⁷.

Se ha manifestado especialmente conflictiva la situación relativa a la Cruz del parque de Ribalta en Castellón⁵⁹⁸, respecto a la que, en el momento en que se está culminando este trabajo, se acaba de firmar el Decreto de la Alcaldía que dispone su remoción⁵⁹⁹.

Algunos de estos supuestos se ha llevado, incluso a sede parlamentaria, tanto estatal como autonómica y, paralelamente, al Defensor del Pueblo y a algún Comisionado a estos efectos por Comunidad Autónoma⁶⁰⁰.

Por otro lado, como supuestos en que ya se ha procedido a la retirada del monumento, no sin polémica y oposición de buena parte de la población, incluso en casos en que el asunto se ha llevado a los Tribunales, y sin esperar a que éstos resuelvan: El Caso de la Cruz de

⁵⁹⁶ Vid. <https://www.diariodemallorca.es/part-forana/2018/09/26/pleno-aprueba-retirar-cruz-caidos/1350722.html>.

⁵⁹⁷ Vid. https://www.elnacional.cat/es/sociedad/cruz-caidos-tarrega_293229_102.html.

⁵⁹⁸ “Una plataforma denunciará a la alcaldesa de Castellón si retira la cruz del parque Ribalta”, según *El Mundo*, de 18 de abril de 2018. Accesible en <http://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/castellon/2018/04/18/5ad78851e2704e70398b45fc.html>.

⁵⁹⁹ “El Ayuntamiento firma el decreto para iniciar el derribo de la Cruz del Parque Ribalta”. Vid. <http://www.castelloninformacion.com/el-ayuntamiento-firma-el-decreto-para-el-derribo-de-la-cruz-del-ribalta/>.

⁶⁰⁰ Cfr. La moción presentada en el Senado por Compromís respecto a la Cruz de Ribalta, el 6 de noviembre de 2018, posteriormente retirada.

“La retirada de una cruz erigida a los caídos en el bando franquista durante la Guerra Civil junto a la iglesia de las Descalzas de Aguilar de la Frontera ha llegado al Parlamento de Andalucía”. Vid. <https://cordopolis.es/2018/08/01/llevan-al-parlamento-la-retirada-de-la-cruz-de-los-caidos-de-aguilar-de-la-frontera/>.

los caídos de Toro (Zamora)⁶⁰¹ y la Cruz de los caídos de Sóller (Baleares), trasladada a una tumba del cementerio municipal en julio del año 2017⁶⁰². Especialmente virulenta fue la destrucción de la Cruz de caídos, por medio de una pala-excavadora, y sin ningún tipo de contemplaciones (a tenor del vídeo que obra en internet), en la localidad malagueña de Cuevas del Becerro, acaecida en enero de 2018⁶⁰³.

Más recientemente, el 6 de junio de 2018, se llevó a cabo el derribo de la Cruz de la Paz de la Vall d'Uixó (Castellón), tras haberla paralizado un día antes buena parte de la población⁶⁰⁴, que habiéndose constituido en la 'Plataforma Salvemos la Cruz' para hacer valer sus reivindicaciones, recogieron más de 13.000 firmas contra la retirada del símbolo⁶⁰⁵. De estos datos, resulta interesante comprobar el número tan elevado de vecinos que firmaron a favor de la permanencia de su Cruz de caídos, máxime si tenemos en cuenta que constituyen prácticamente la mitad del censo mayor de edad⁶⁰⁶.

⁶⁰¹ Vid. Noticia de E. S. DOMÍNGUEZ, fechada el 12 de noviembre de 2018, en: <https://www.laopiniondezamora.es/toro/2018/11/12/pp-tacha-cortina-humo-retirada/1123460.html>.

⁶⁰² Vid. <https://www.diariodemallorca.es/part-forana/2017/07/12/colocan-cruz-caidos-soller-cementerio/1231961.html>.

⁶⁰³ Vid. <http://www.laopiniondemalaga.es/municipios/2018/02/09/abogados-cristianos-amenazan-denunciar-cuevas/985992.html>.

⁶⁰⁴ Vid. <https://www.levante-emv.com/castello/2018/06/07/vall-duixo-derriba-cruz-caidos/1728404.html>, y <http://www.lasprovincias.es/castellon/vall-duixo-cruz-plaza-paz-20180605113741-nt.html>.

⁶⁰⁵ “La plataforma Salvemos la Cruz, que ya presentó más de 13.000 firmas contra la retirada en el registro municipal del Ayuntamiento, ha censurado la “premeditación, alevosía, espíritu revanchista y chulería” del equipo municipal contra la “voluntad de los vecinos” y ha llamado a mantener las concentraciones en la Plaza de la Paz que, de momento, han paralizado el derribo. El portavoz de la entidad recordó que en 1979 ya se retiró la “simbología franquista” y un alcalde comunista acordó su conservación como monumento de reconciliación”. Vid. <https://gaceta.es/espana/mas-cristianofobia-la-izquierda-retira-la-cruz-de-los-caidos-de-vall-de-uxo-20180605-1145/>.

⁶⁰⁶ Vid. <https://www.foro-ciudad.com/castellon/la-vall-duixo/habitantes.html>.

Pero, posiblemente, como caso más representativo de esa apreciación cristianofóbica que siente un sector de la sociedad⁶⁰⁷, para entender el problema en cuestión, merece mención, por haber sido objeto mediático incluso a nivel nacional, la Cruz de los caídos de la localidad alicantina de Callosa de Segura y, en concreto, el hecho de que muchos de sus vecinos digan sentirse perseguidos por el Alcalde y algunos de sus concejales por defender su Cruz.

Sirva de antecedente que, tras saber que el Ayuntamiento de dicha ciudad iba a proceder a retirar la Cruz de su ubicación (junto a la fachada principal de la iglesia arciprestal de San Martín Obispo), un considerable número de vecinos se constituyeron, para la defensa de su Cruz de caídos, en una ‘Plataforma’, custodiando el símbolo día y noche durante más de 400 días hasta que fue removido⁶⁰⁸, tras varios intentos, impedidos por dichos vecinos, en virtud de la autorización judicial recaída en las medidas cautelares suscitadas a efectos de que se suspendiera la remoción.

Es importante resaltar que a esta Cruz ya se le había eliminado por iniciativa del párroco de San Martín, y con anterioridad a que la contienda desembocara en el ámbito judicial, toda mención de exaltación a la Guerra Civil (como eran las placas, que figuraban en la peana del monumento, de la Falange y el nombre de José Antonio Primo de Rivera), quedando únicamente en el pedestal que soportaba la

⁶⁰⁷ Vid. <https://www.diarioinformacion.com/vega-baja/2018/05/04/alcalde-callosa-ordena-retirar-cruz/2016838.html>: *“El alcalde de Callosa de Segura ordena retirar una cruz y ramos de flores de la Plaza de España. La Plataforma en Defensa de la Cruz acusa al gobierno de “cristianofobia...”*

⁶⁰⁸ La misma fue retirada por operarios del Ayuntamiento de Callosa de Segura en plena madrugada del día 29/01/2018: https://cadenaser.com/emisora/2018/01/29/radio_alicante/1517210741_485581.html.

Cruz el nombre de 81 vecinos que murieron durante la contienda bélica.

Por tanto, podemos comprobar que en esta problemática subyace una cuestión social, en cuanto a la distinta manera de percibir esa cruz por parte de unos y de otros. Mientras que para una parte de la sociedad –con una clara proyección laicista– el símbolo franquista siempre será un vestigio de la Dictadura pero, además, pareciendo indiferente a todo este respecto que tenga o no carácter religioso, incluya o no lemas o emblemas de exaltación fascista, por lo que propugnan, con base a la Ley de Memoria Histórica, su retirada del espacio público⁶⁰⁹; para otros, la cruz constituye únicamente un símbolo propio de su fe, y, como tal, su derribo o simplemente su traslado a otro lugar de carácter privado, supone un menosprecio a los sentimientos religiosos de muchos ciudadanos, la mayoría de ellos católicos.

⁶⁰⁹ En este sentido: S. MARTÍNEZ MAGDALENA, “El Monumento a los Caídos como dispositivo sinóptico: tres retóricas etnográficas en la ciudad de Pamplona/Iruñea”, en *Cuadernos de Etnología y Etnografía de Navarra*, núm. 91 (2017), pp. 187 ss.

Algunas Leyes Autonómicas han establecido sanciones cuando no se produce la retirada si la titularidad del ‘monumento’ es de naturaleza privada, siendo la razón de ello que la Ley 52/2007 se limita a establecer en el apartado 4 del art. 15 que “[l]as Administraciones públicas podrán retirar subvenciones o ayudas a los propietarios privados que no actúen del modo previsto en el apartado 1 de este artículo”. Vid. los arts. 32 y 52 de la Ley 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía (BOE núm. 95, de 21 de abril de 2017); los arts. 39 y 61 de la Ley 14/2017, de 10 de noviembre, de la Generalitat, de memoria democrática y para la convivencia de la Comunitat Valenciana (Diari Oficial de la Generalitat Valenciana, núm. 8168, de 13 de noviembre de 2017); los arts. 25 y 36 de la Ley 2/2018, de 13 de abril, de memoria y reconocimiento democráticos de las Illes Balears (BOE núm. 117, de 14 de mayo de 2018); el art. 22.3, f) de la Ley Foral 16/2018, de 27 de junio, por la que se modifica la Ley Foral 33/2013, de 26 de noviembre, de reconocimiento y reparación moral de las ciudadanas y ciudadanos navarros asesinados y víctimas de la represión a raíz del golpe militar de 1936 (BOE núm. 181, de 27 de julio de 2018) y el art. 53.3, d) de la Ley 1/2019, de 21 de enero, de memoria histórica y democrática de Extremadura (BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2019).

IV.- En esta tesitura, las posturas parecen irreconciliables –y, de hecho, algunos supuestos han desembocado en los Tribunales, como ya hemos dicho–, poniendo en tela de juicio las razones esgrimidas de contrario en sostenimiento de su posición al respecto. Nos preguntamos, sobre el particular, si ha de considerarse, o no, una manifestación de cristianofobia. ¿Se trata, meramente, de una postura victimista por parte de una determinada porción de la sociedad?⁶¹⁰ O, por el contrario, ¿concurren elementos que, desde un punto de vista objetivo, pueden hacer que haya de estimarse razonable la percepción de que se produce un ataque hacia sentimientos religiosos de los católicos? Pasaremos a analizar más detenidamente este tipo de elementos.

— En primer lugar, existen razones, de tipo más propiamente político, propicias al mantenimiento de este tipo de monumentos, apeando de los mismos toda “carga fascista” que pudieran tener, reconvirtiéndolos, para hacerlos extensivos a todas las víctimas, sin distinción de bandos, de la Guerra civil y/o la Dictadura.

Argumentos que han tenido una aplicación real, efectiva y práctica. Cabe así, por ejemplo, citar el caso de las Cruces de caídos de las ciudades de Alicante, o de Cáceres, cuyos Consistorios optaron por la permanencia de la Cruz, previa sustitución de cualquier mención de exaltación del bando vencedor por otra a favor de todos los caídos, independientemente de la facción por la que lucharon durante la Guerra Civil. De esta forma, en las citadas ciudades, el símbolo franquista dejó de serlo para convertirse en un homenaje a todos los que lucharon y murieron por sus ideales. Se trata, en definitiva, de una nueva

⁶¹⁰ Para STANLEY PAYNE, según K. Sainz Borgo, en *vozpópuli*, 23 de marzo de 2019, “no existe tal cosa como una Memoria Histórica, sino su uso como una herramienta de «ideología, victimismo y sectarismo»”.

“resignificación” establecida, con carácter explícito, para el símbolo, al dotarlo de un significado nuevo y distinto al que tenía⁶¹¹.

— En segundo lugar, hay argumentos de tipo jurídico que se postulan por la inaplicación del art. 15 de la Ley de Memoria Histórica, en cuanto que éste exija la remoción de símbolos tales como cruces, si, en un buen ejercicio de aplicación integrativa de dicho precepto, tales símbolos religiosos se conservan en pro de esa Memoria Histórica; eso sí, previa remoción en los mismos de los “añadidos apologético-franquistas”.

Hay, así, Municipios que han considerado que el referido precepto carece de virtualidad práctica cuando el símbolo o monumento en cuestión ha sido despojado —a veces por propia iniciativa consistorial— de los elementos que obrando en el mismo hacían una referencia más directa a la Guerra civil y/o a la Dictadura franquista. Caso, por ejemplo, de la Cruz de caídos de Vigo (Pontevedra), del Monumento a dichas víctimas de Buñuel (Navarra) y, más recientemente, el caso de Villarrobledo (Albacete). En consecuencia, sin ni siquiera requerir de una nueva significación, por dedicación explícita, establecida en el símbolo, según esta postura municipal, si se le extrae al mismo el aditamento fascista, a instancia propia o de algún ciudadano, es suficiente para que el monumento no contradiga la Memoria Histórica que se pretende preservar o restaurar.

Esta postura, además, ha sido avalada judicialmente, pues en este sentido se han pronunciado los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia y de Navarra.

⁶¹¹ Cfr. R. FERNÁNDEZ PALMERAL, “¿Monumentos religiosos o cruces franquistas? La Cruz de Todos los Caídos”, en *ALICANTEPRESS*, 24 de julio de 2017 (<https://alicantepress.com/art/34928/monumentos-religiosos-o-cruces-franquistas-la-cruz-de-todos-los-caidos>).

En concreto, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en Sentencia de fecha 5 de febrero de 2015, respecto a la Cruz de los caídos sita en el Monte do Castro de Vigo, señala que *“no se puede obviar que la cruz también refleja la persecución por razones políticas en un contexto histórico que no ha de ser olvidado para que no se repita, de forma que ha de conservarse esa memoria, pero no en el sentido de exaltación de los valores franquistas sino en el de que permita reflexionar sobre el pasado, una vez desaparecido el componente político inicial y dado el contexto político actual. Como ese aspecto de exaltación ha desaparecido, no se da la exigencia del art. 15 antes transcrito. Y contemplada a día de hoy, al margen de las creencias superadas que motivaron su construcción, como muchos otros monumentos a lo largo de la historia de la humanidad, ha de llevar al conocimiento y reflexión por las generaciones presentes y futuras sobre un pasado ya superado pero que no ha de olvidarse, habiendo de considerarse representativo de los caídos de ambos bandos”*⁶¹².

Con esta sentencia, el alto Tribunal gallego incluso ha tratado de ir más allá de la mera interpretación literal del art. 15, al tratar de integrar dicho precepto en el conjunto del significado de la Ley de Memoria Histórica⁶¹³.

⁶¹² F. de D. 3º de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2ª) de Galicia núm. 54/2015, de 5 de febrero de 2015 (Roj: STSJ GAL 536/2015), en revocación de la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 2 de Vigo, de 4 de septiembre de 2014, que condenaba al Concello de Vigo a adoptar las medidas oportunas para la retirada de la "Cruz de los Caídos" ubicada en el Monte do Castro de Vigo. La sentencia contiene un voto particular disidente, en el que se expresa que: *“A pesar de la retirada [...] de la simbología accesorio [...] no puede considerarse desvirtuada su naturaleza original”*.

⁶¹³ Cfr. D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, “Auto del TS (Sala de lo Militar) 5483/2015, de 29/6/2015 [ROJ: ATS 5483/2015], Auto del TS (Sala de lo Penal)

Ya con anterioridad, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en Sentencia de 19 de septiembre de 2014, confirmando la pronunciada en la primera instancia, se decantó por un entendimiento de los hechos litigiosos, bajo la mira de la tan mencionada Ley, en un sentido muy similar al que luego mantendría el Tribunal gallego en la decisión que acabamos de comentar. En este supuesto concreto se trataba más propiamente de un monolito que de una simple Cruz de caídos, si bien el conjunto estaba coronado por una cruz. La Sentencia señala al respecto: *“en este momento lo que hay es un monolito de piedra, con una cruz, un escudo del Ayuntamiento de Buñuel, y una relación de nombres y apellidos, ni más ni menos [...] El hecho de que conste una relación de nombres y apellidos correspondientes a personas fallecidas, en un monolito en la puerta de una iglesia, no implica, por sí solo, exaltación alguna del franquismo a los efectos señalados en la Ley 52/2007. Precisamente, los símbolos franquistas que existían en dicho monolito fueron retirados, incluso alguno de ellos, al parecer, como consecuencia de la reclamación efectuada por la actora”* –F.D. 3º–. En este supuesto, al igual que en el anterior de Vigo, los “elementos más propiamente franquistas” se habían hecho desaparecer antes del sometimiento de la cuestión a juicio⁶¹⁴.

4884/2015, de 11/6/2015 [ROJ: ATS 4884/2015] y STSJ de Galicia (Sede de La Coruña) 536/2015, de 5/2/2015[ROJ: STSJ GAL 536/2015]. Tres ejemplos de una forma jurídicamente más adecuada de entender la ‘Memoria Histórica’, pero... políticamente menos correcta”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 3 (2015), pp. 299 ss.

⁶¹⁴ Más recientemente, también por parte del mismo Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en Sentencia de 10 de enero de 2019 (Roj: STSJ NA 1/2019), se ha estimado que no resulta de aplicación la Ley de Memoria Histórica cuando el inmueble controvertido –cripta en que se contenían los restos mortales de conocidos Generales de la sublevación– había sido, previamente, desprovisto de los aditamentos más propiamente franquistas con que, en origen, estaba dotado.

Yendo, incluso más allá, puede destacarse la doctrina adoptada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Cuenca respecto de tres cruces que el Ayuntamiento de Mota del Cuervo había procedido a remover de su emplazamiento público, ordenando volver a colocarlas donde estaban; eso sí, previo mandato judicial a la autoridad administrativa de que se retiren los “aditamentos apologético-franquistas”⁶¹⁵.

Aunque estas resoluciones judiciales no son todo lo nítidas que sería deseable fueran, parece que debe de extraerse de las mismas que la intelección que realizan del art. 15 de la Ley de Memoria Histórica lo es en el sentido de que, en virtud de este precepto, lo que debe de procederse a retirar es el lema o mención fascista situado en el símbolo o monumento, y no la remoción de ese símbolo o monumento propiamente tal⁶¹⁶.

Además, según la interpretación del Juzgado conculcense – también amparada por las mencionadas Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia navarro y gallego–, la Ley de Memoria Histórica resulta inaplicable al caso de los monumentos despojados de aditamentos fascistas; esto es, basta y es suficiente con esa “limpieza” de lo apologético-franquista sin necesidad de tener que “resignificar”

⁶¹⁵ Se trata de dos Sentencias, núms. 66 y 67, ambas de 23 de febrero de 2010 (Roj: SJCA 149/2010 y Roj: SJCA 150/2010, respectivamente) y otra, la núm. 73, de 25 de febrero de 2010 (Roj: SJCA 151/2010). Las tres resoluciones quedaron firmes al retirarse el recurso de apelación oportunamente interpuesto. Vid. M.T. DE LEMUS DIEGO, “Los símbolos religiosos en la Ley de Memoria Histórica”, cit., p. 21. Y, de la misma autora, *Libertad religiosa, simbología y derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016.

⁶¹⁶ Postura que, en cualquier caso, hemos sostenido en M. ALENDA SALINAS y M. PINEDA MARCOS, “La Cruz de los caídos: ¿Símbolo religioso ante la Ley de Memoria Histórica? (A propósito de las sentencias núm. 541/17, de 30 de octubre de 2017 y núm. 561/17, de 6 de noviembre de 2017, del Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 1 de Elche), en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 46 (2018).

con otro carácter expreso y explícito hacia un sentido más omnicomprendivo de una dedicación que no deja de tener un matiz de tipo político. Por lo que hay que entender que, a tenor de este criterio hermenéutico, el símbolo recobra el sentido religioso que siempre tuvo, también en origen, aunque fuera sobrepasado (o al menos así se pretendiera desde instancias del régimen dictatorial), lo cual no deja de resultar cuando menos dudoso, dado el sentido “nacional-catolicista” atribuido a todos estos monumentos⁶¹⁷.

— En tercer lugar, hacer mención a otro tipo de argumentos esgrimidos a favor del mantenimiento de la Cruz por parte de algunos Ayuntamientos, alegando al respecto que el origen de la misma es religioso e histórico, y no de carácter apologético del franquismo, aunque durante la Dictadura se aprovecharan para darle un significado de tipo político mediante el añadido de inscripciones o placas con el nombre de caídos.

Por tanto, se niega que se trate de auténticos “vestigios franquistas”. Es el caso de la Cruz del monte de Olárizu, en Vitoria, cuya “verdadera historia” es que se construyó en 1952, por iniciativa ciudadana, para conmemorar la Santa Misión que se celebró en Vitoria entre el 4 y el 18 de noviembre de 1951, convocada en el marco del

⁶¹⁷ Se ha estudiado con más amplitud esta cuestión en M. ALENDA SALINAS y M. PINEDA MARCOS, “Política y Religión: ¿puede el símbolo religioso dejar de serlo por su uso apologético-franquista?”, en *Barataria, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 24 (2018), pp. 139 ss.

Han considerado, también, la prevalencia de este sentido religioso, entre otros: M. MORENO SECO, “Creencias religiosas y política en la dictadura franquista”, en *Pasado y Memoria, Revista de Historia Contemporánea (Instituciones y sociedad en el franquismo)*, núm. 1 (2002), p. 22: “Otros símbolos religiosos con una gran carga política son las cruces de los caídos que, a diferencia de lo que sucede en otros países europeos donde los monumentos a los soldados fallecidos en las guerras son laicos, reflejan la interpretación religiosa de la guerra civil como una “Cruzada”.”. Vid. Así mismo, I. YESTE NAVARRO, “«Caídos por Dios y por España». Ideología e iconografía en el monumento a los caídos en la guerra civil de Zaragoza”, en *Artigramas*, núm. 24 (2009), *passim*. y, especialmente, p. 646.

Jubileo Universal de 1950; un acto multitudinario en el que se volcó toda la ciudad⁶¹⁸. Fue, pues, la Dictadura la que decidió que fuera un monumento de tipo político, al incluir en su base los nombres de sacerdotes alaveses que murieron durante la Guerra civil. No obstante, pese a su mantenimiento por el Ayuntamiento de Vitoria, instalando una placa en las faldas de dicho monte que contextualiza la historia del monumento, para una mayoría del concejo vecinal en el que se sitúa la cruz, la misma debería de haberse derribado con base en la Ley de Memoria Histórica; si bien, en palabras del alcalde de Vitoria, ésta “no ampara la retirada de este símbolo”⁶¹⁹.

V.- Frente a este tipo de argumentos, desoídos por parte de algunos Ayuntamientos, nos preguntamos qué ha de sentir quién ha pretendido que el monumento permanezca en el lugar público únicamente por su poder evocador de la divinidad; y qué ha de apreciar si frente a su actitud, manifestada con oposición expresa en el ámbito público, han concurrido circunstancias como las siguientes:

- El hecho de que la Cruz de los caídos haya sido derribado a la fuerza, intermediando incluso los agentes de seguridad pública en este sentido.

- No se ha esperado, en ocasiones, para la retirada de la Cruz, por parte de ciertos Ayuntamientos, al pronunciamiento final de los Tribunales, cuando sin embargo el asunto estaba *sub iudice*.

Esos hechos relatados han tenido lugar, por ejemplo, en el referido caso de Callosa de Segura donde, además, según los lugareños:

⁶¹⁸ Vid. <https://www.elcorreo.com/alava/araba/verdadera-historia-cruz-olarizu-vitoria-20171025114649-nt.html>.

⁶¹⁹ Vid. https://blogs.elconfidencial.com/espana/el-confidente/2018-09-12/vitoria-cruz-olarizu-derribo-gorka-urtaran-franquismo_1612448/.

1) el monumento fue levantado en su día mediante suscripción popular; 2) la remoción de la Cruz fue objeto de celebración por los partidarios de su retirada en la propia sede del Consistorio Local; 3) se ha especulado al respecto mediante noticias falsas, en cuanto que se ha afirmado que el monumento de la Cruz ha sido lugar de peregrinación fascista; 4) la citada ‘Plataforma’ ha continuado hasta el día de hoy realizando una serie de actos reivindicativos por su Cruz que han recibido, por el contrario, una dura respuesta por parte de su Alcalde y su Corporación. Así, entre esas actuaciones, se encuentra el haber proyectado desde el balcón de una vecina, hacia el lugar donde se ubicaba la Cruz de los Caídos, un holograma de ésta, mientras que, junto a ella, un numeroso grupo de vecinos se reunían para rezar, como expresión pública de su fe⁶²⁰. A su vez, la Corporación local trató de neutralizar dicho holograma de la Cruz con unos potentes focos dirigidos hacia la fachada de la Iglesia y, además, decidió sancionar con 100 euros diarios a la vecina desde cuyo balcón se proyectaba la misma⁶²¹.

Contrariamente a cuanto antecede, otra porción de la sociedad entiende que la Cruz de caídos representa un “vestigio franquista” sin

⁶²⁰ Vid. <https://gaceta.es/espana/vecinos-no-se-rinden-cruz-callosa-20180312-1856/>: “Decenas de vecinos se reunieron el pasado sábado para rezar junto a la iglesia de San Martín. Tras la lectura de varios pasajes de la Biblia que hacen mención a la resurrección de Jesucristo, un foco iluminó la fachada de la iglesia y apareció la imagen de la Cruz, símbolo de victoria sobre la muerte y el pecado. Seguidamente hubo una espontánea y larga ovación.

Al alcalde socialista Fran Maciá no le ha gustado la concentración y ha señalado que redactará un informe con los partes policiales para remitirlo a la Subdelegación del Gobierno “por una concentración no comunicada, por la proyección sobre la vía pública sin autorización y por si considera que debe imponer sanciones administrativas”.

⁶²¹ Vid. <https://www.diarioinformacion.com/vega-baja/2018/03/13/ayuntamiento-callosa-neutraliza-focos-holograma/1998128.html>.

remedio, que debe de ser objeto de remoción por aplicación de tan señalado precepto de la Ley de Memoria Histórica.

Estas razones, de tipo político, han sido elevadas al rango de jurídicas por algunas Administraciones Públicas y, señaladamente, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Elche que, en sentido contrario a la permanencia de la Cruz, ha dictado ya varias resoluciones en esa línea⁶²², siendo la última de ellas, de fecha 15 de noviembre de 2018, en la que vuelve a decidirse sobre la polémica retirada de la Cruz de caídos de Callosa de Segura, razonando tanto sobre la petición del Ayuntamiento de retirar la citada Cruz como sobre la posible vulneración del derecho fundamental de libertad religiosa, alegada por los demandantes.

Respecto a la postura del Consistorio, entiende la Sentencia que la Cruz no puede dejar de tener el carácter originariamente político con el que fue dispuesto, argumentando al respecto que *“al tratarse de un monumento erigido en honor y memoria de unos vecinos pertenecientes a la facción que resultó vencedora en la Guerra Civil Española, ha de atribuírsele una significación marcadamente política, con una finalidad distinta de la estricta manifestación de la fe católica y, en consecuencia, carente de la virtualidad de representar a todos los que profesan esa fe, pese a tener el símbolo cristiano de la Cruz”*.

Y respecto a la posible vulneración del derecho de libertad religiosa de la parte actora, desdeña cualquier menoscabo de la misma, en cuanto que *“la rotundidad de tal aseveración no se halla acreditada por hechos de los que se pudiera inferir algún menoscabo del derecho*

⁶²² Sentencias núm. 541, de 30 de octubre de 2017 y núm. 561, de 6 de noviembre de 2017, publicadas en el Portal Jurídico Iustel.com, RI §419888 y 4189889. Ambas resoluciones judiciales alcanzaron firmeza por razón de la cuantía asignadas a los respectivos pleitos.

a la libertad religiosa y de culto, bien en su dimensión subjetiva e interna o externa y objetiva, distintos a los del cumplimiento de la legalidad vigente y a pocos metros del monumento que nos ocupa, se halla la Iglesia de San Martín Obispo, lugar de culto idóneo para expresar su fe y experimentar plenamente la libertad religiosa todos aquellos fieles que profesan la religión católica y a los que la Cruz controvertida representa tan sólo en parte”⁶²³.

La fundamentación de esta Sentencia no resulta, a nuestro juicio, muy afortunada, mereciendo la crítica en varios aspectos: El primero de ellos, respecto a que la impronta de la Cruz no pueda tener más significación que la que se le otorgó en origen, es decir, la de ser un símbolo político-apologético de la Dictadura. En ese marco, la juzgadora considera a la Cruz como signo carente de virtualidad para representar a los cristianos. Disentimos de esa afirmación, al estimar que el referido símbolo sí puede tener relevancia suficiente para un determinado grupo de creyentes, tal y como han demostrado mediante un comportamiento inequívoco, independientemente de que aquél tenga un origen de carácter distinto o se halle en un lugar público; otra cosa diferente es que la Cruz en sí pueda tener otra significación distinta a la que se le atribuye por los cristianos, pues así se ha pronunciado el Tribunal Supremo –si bien en el ámbito de la jurisdicción penal y a los efectos del delito de profanación– en alguna ocasión, señalando que *“no puede dejar de reconocerse [respecto de la cruz] que tiene otras muchas simbologías y no la unívoca que corresponde al crucifijo, por*

⁶²³ F. de D. 3º de la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Elche de fecha 15 de noviembre de 2018. Esta Sentencia ha podido ser consultada merced a la gentileza del Letrado de la parte actora del procedimiento. Nuestro agradecimiento.

lo que una cruz en sí, no puede sin más, reputarse como objeto sagrado”⁶²⁴.

La cuestión radica en determinar si esa cruz, percibida por aquéllos como una proyección de sus sentimientos religiosos y de sus tradiciones, es decir, con una significación de tipo religioso, podría prevalecer sobre el significado político-apologético, pues, en caso contrario, la misma no sólo constituye un vestigio del franquismo, sino también una “víctima” del mismo⁶²⁵.

Tampoco nos parece muy acertada la aseveración judicial, de la Sentencia que comentamos, en relación a la posible vulneración del derecho fundamental de libertad religiosa de la parte demandante, ya que parece estimar que la citada pretensión ha de ser redirigida únicamente al ámbito de lo privado, al especificar, a este respecto, como lugar de culto idóneo para expresar su fe y experimentar plenamente la libertad religiosa la iglesia parroquial tan cercana a la controvertida Cruz. En consecuencia, habría que preguntarse si de esta Sentencia debe desprenderse que sólo cabe, por parte de una persona católica, expresar sus sentimientos religiosos en el interior de un templo. Por cuanto si es así, tal aseveración no se compadece con nuestra legislación, legítimamente interpretada por el máximo hermeneuta constitucional, constituyéndose en una afirmación propia de los movimientos laicistas más acérrimos, pretendientes de arrinconar la religión en el más puro ámbito de lo privado.

VI.- A modo de conclusión, hemos podido observar cómo la Ley de Memoria Histórica ha generado un enfrentamiento, seguramente

⁶²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1993, F. de D. 4º.

⁶²⁵ Vid. M. ALENDA SALINAS y M. PINEDA MARCOS, “Símbolos religiosos y paradojas del franquismo a la luz de la Ley de Memoria Histórica”, en *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, núm. 34 (2018), p. 32.

sin proponérselo el Legislador, donde no lo había. Las Cruces de caídos han permanecido durante décadas viendo pasar el tiempo sin que tuviera lugar conflicto alguno. En cualquier caso, hay un hecho indiscutible y en el que todos, partidarios y detractores de la Cruz de caídos, están de acuerdo: hay que privar a la misma de cualquier motivo de exaltación del franquismo que pudiera tener. Ahora bien, una vez que la Cruz carece de aditamentos de carácter fascista, el debate se halla en la juridicidad de la permanencia de la misma en el espacio público o, por el contrario, debe instarse su retirada o destrucción porque siempre tendrá carácter apologético-franquista.

Quienes propugnan que se mantenga la Cruz porque su demolición no es sino una afrenta a sus sentimientos religiosos se consideran víctimas de un movimiento cristianofóbico en auge y reclaman el mantenimiento de la manifestación pública de sus símbolos religiosos como parte de sus creencias, tradiciones y cultura, incluso alegando su derecho a la libertad religiosa, como hemos visto.

Como postura contraria, en defensa de sus ideales políticos, otra parte de la sociedad, aupada por sus Ayuntamientos, así como por medios de comunicación de corte laicista, que no quiere el símbolo – independientemente que sea vestigio franquista o no lo sea en origen– y consideran como lícita su retirada del espacio público. Esta postura, llevada a sus últimas consecuencias por algunas Corporaciones locales, es decir, con la eliminación del símbolo sin más, amparándose en una aplicación interesada de la Ley, mediante actitudes de menosprecio e indiferencia hacia esa otra parte de la ciudadanía no ha hecho sino avivar un debate que se creía más que superado, creando un clima de

odio innecesario⁶²⁶, pues no ha de perderse de vista que, en el sentimiento humano, la distancia entre el odio y la intolerancia radical puede llegar a ser en exceso difusa⁶²⁷.

En este sentido, sería recomendable, tal como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en referencia al “hate speech”, que *“los políticos, en sus discursos públicos, eviten difundir declaraciones que tiendan a alimentar la intolerancia (sentencia Erbakan contra Turquía, núm. 59405/2000, 6 julio de 2006, ap. 64)”*, añadiendo que *“los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales, representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos”*⁶²⁸.

Más aún cuando, a nuestro juicio, en ningún caso se está en el supuesto de la dicción literal del art. 15.1 de la Ley 52/2007, si a la Cruz de caídos se le ha eliminado el motivo de exaltación del franquismo⁶²⁹.

Si trasladásemos esta cuestión a cualquier bien inmueble con simbología franquista, nadie pensaría en que habría que “tirar abajo” el

⁶²⁶ Para Z. COMBALÍA, “Los conflictos entre libertad de expresión y religión: tratamiento jurídico del discurso del odio”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. XXXI (2015), p. 357, “[e]l llamado «discurso del odio» suscita especial preocupación cuando proviene de plataformas políticamente legitimadas; esto es, de partidos que concurren a las elecciones y que llegan a ocupar escaños en el Parlamento o a tener representación en corporaciones públicas.

Es indudable que estos supuestos de burla, desprecio u odio son lamentables y no ayudan a proteger los derechos y libertades, sino que avivan las divisiones, la cultura del enfrentamiento y el conflicto”.

⁶²⁷ Cfr. J. SOTO IVARS, “Las recetas para limitar el «odio expresado» y sus consecuencias”, en *Revista del Consejo General de la Abogacía española*, núm. 113 (2018), p. 15.

⁶²⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 2ª, de 16 de julio de 2009, caso Féret contra Bélgica.

⁶²⁹ M. ALENDA SALINAS: “La Cruz de Callosa: ¿Vestigio o víctima del franquismo?”, en *Diario Información*, de 30 de enero de 2018. Vid. <https://www.diarioinformacion.com/opinion/2018/01/30/cruz-callosa-vestigio-o-victima/1983061.html>.

mismo por ser de época franquista y contener símbolos de exaltación, sino que, con cierta lógica, se eliminaría dicha simbología y se mantendría el inmueble. Entonces, ¿por qué no se puede mantener la cruz? ¿No puede perder su origen franquista nunca y ser simplemente un símbolo cristiano, una vez eliminada la simbología fascista del mismo? Y, sobre todo, ¿existe en parte de nuestra sociedad un sentimiento anticristiano en el fondo que es el que subyace en la retirada o destrucción de la Cruz de caídos?

En definitiva, esos símbolos que en su mayoría tienen un sentido apologético-franquista, también tienen un significado evocador de su fe; significado con el que se identifican muchos ciudadanos y que han visto mermados derechos tales como el de libertad religiosa, en aplicación de la Ley de Memoria Histórica, hasta el punto de considerarse víctimas de la misma por cuanto que estiman que la retirada es una afrenta a sus sentimientos religiosos.

Como hemos podido comprobar, existen otras alternativas a la eliminación de las Cruces de caídos en nuestros municipios, algunas de ellas verdaderos monumentos arquitectónicos y símbolos de la propia ciudad, sin que en ningún caso suponga ello quebranto de la legalidad. Ahora bien, la voluntad de diálogo pasa, primero, por no sentir aversión hacia los símbolos cristianos como la cruz en el espacio público.

EL USO DEL VELO ISLÁMICO COMO FORMA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Sheila Villagrán Ruiz

Estudiante de Doctorado

Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. A modo de introducción. 2. Uso del velo islámico ¿Libertad religiosa o libertad de expresión? 3. Velo islámico en el ámbito laboral y escolar. 4. Conclusiones.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El mundo globalizado en el que vivimos actualmente, hace que los flujos migratorios existentes nos acerquen nuevas culturas y costumbres. Éstas, pueden, (y suelen) venir marcadas por la religión practicada en el país de origen.

El uso de símbolos religiosos es sin duda uno de los aspectos de la religión más controvertidos en la actualidad en un estado que se proclama aconfesional como es el nuestro⁶³⁰.

Es por ello que el uso del velo en nuestro país genera aún gran desconcierto entre la mayoría de la población autóctona, simplemente por desconocimiento.

Desconocimiento de las creencias, de las costumbres y, sobre todo, y quizás lo más importante, de las elecciones que el sujeto ha

⁶³⁰ Véase la reciente polémica sobre la presencia de crucifijos en las aulas, Sentencia TEDH de 3 de noviembre de 2009, asunto *Lautsi/Italia*, demanda nº30814/06.

tomado para el desarrollo de su personalidad, acciones que han de ser enmarcadas dentro de la libertad de expresión que la Declaración de Derechos Humanos reconoce con independencia, entre otros, de nacionalidad o religión. Por tanto, no podemos caer en el error de tachar el uso del velo como un acto de sumisión de la mujer, ni de religión represiva. Tampoco debemos condenarlo en aras de la seguridad jurídica ciudadana, si la misma puede ser preservada de otro modo que no implique la renuncia a la libertad de manifestación de la religión del individuo.

En cualquier caso, se ha de tener en cuenta que ningún derecho o libertad es ilimitado, por lo que habrán de hacerse las oportunas matizaciones cuando existan distintos bienes jurídicos enfrentados, como puede suceder con la manifestación de la libertad religiosa o de expresión en los lugares de trabajo o centros educativos.

No se ha de olvidar que dentro de la cultura musulmana la vestimenta femenina ocupa un lugar principal y, algunas de sus tradiciones, pueden chocar con las nuestras; de éstas merece especial atención el velo islámico. Es innegable que existen otras como la *abaya* o la *shilaba* que, quizá por la similitud con nuestras prendas, porque en algún momento de la historia también las hemos incorporado a nuestra moda o por su similitud a las prendas habituales de Occidente no resultan tan llamativas⁶³¹.

Es éste el motivo de que el estudio de hoy lo centremos en el ya mencionado velo. Con este término se engloban todas aquellas prendas de las mujeres musulmanas con las que cubren, en señal de

⁶³¹ Véase por ejemplo el uso de chilabas en las playas españolas o la moda de mujer que se dio en nuestro país hace apenas unos años de camisetas largas y anchas cubriendo los pantalones hasta medio muslo, lo cual no es sino la misma ropa usada en la moda árabe en señal de modestia.

respeto, modestia y privacidad, la cabeza y en la mayoría de los casos, también parte de los hombros, e incluso, el cuerpo completo.

Puede darse en diferentes formas dependiendo del grado de restricción utilizado, desde el menos restrictivo que serían la *shayla*, un pañuelo rectangular colocado sobre la cabeza y los hombros pero pudiendo quedar éstos al descubierto, hasta el más restrictivo, el *burka*, que cubre todo el cuerpo y sólo deja ver la franja de los ojos a través de una rejilla, pasando por el más común y extendido, el *hiyab*, parecido a la *shayla*, que se sujeta firmemente a la cabeza y cuello dejando tan sólo al descubierto el óvalo de la cara⁶³². En Occidente, y concretamente en nuestro país, el más utilizado por las mujeres adultas es el *hiyab*.

El uso de estas prendas tiene su fundamento en la sura 33, versículo 59 del Corán: “*¡Profeta! Di a tus esposas, a tus hijas y a las mujeres de los creyentes que se cubran con el manto. Es lo mejor para que se las distinga y no sean molestadas*”.

Pero, existen tantos motivos para llevarlos como mujeres lo usan, pues aunque primordialmente suele ser, religioso (como ocurre con otros símbolos de distintas confesiones en las que se aplica un código de vestimenta: la kipá de los judíos, el hábito de las monjas, la tonsura de los monjes o el turbante de los sijs), también puede ser consuetudinario, por motivos culturales, morales, políticos e incluso estéticos, pues algunos lo llegan a considerar una seña de feminidad.

Se comienza a utilizar el velo con la llegada a la pubertad, que en la mujer se identifica con la primera menstruación (en torno a los 12

⁶³² En adelante nos referiremos a la *shayla*, al *hiyab*, al-*amina* y al *khimar*, como “*velo*” o “*velo islámico*”, por ser los menos restrictivos y para los que cubren todo el cuerpo (*chador*, *niqab* y *burka*) usaremos el término de “*velo integral*”.

años) o, en su defecto, a los 15, momento en el que se considera que se ha alcanzado la edad adulta en la cultura árabe.

Sin embargo, como ya hemos apuntado, el uso de esta prenda puede llevar a un choque cultural entre Oriente y Occidente lo que, en no pocas ocasiones, origina el miedo. Gran parte de éste está basado en el desconocimiento que se presenta indisolublemente unido a dos factores; por un lado, la asociación en el imaginario occidental del Islam con el terrorismo que en las últimas décadas viene azotando no sólo a Europa y EEUU⁶³³, sino también a un gran número de países

⁶³³ “*Las Torres Gemelas se derrumban tras el impacto de dos aviones*” <https://www.elmundo.es/elmundo/2001/09/12/internacional/1000272786.html> (2001), “*26-F: 25 años del primer atentado yihadista contra el World Trade Center*” https://www.elespanol.com/opinion/tribunas/20180226/anos-primer-atentado-yihadista-world-trade-center/287841215_12.html (2018),

“*Arabia Saudí permite la foto en los documentos de identidad de mujeres*” <https://www.abc.es/20121110/sociedad/abci-velos-mujeres-saudies-arabia-201211091944.html> (2012).

“*Masacre en Mogadiscio: al menos 185 muertos tras un doble atentado con camión bomba*” https://www.huffingtonpost.es/2017/10/15/masacre-en-mogadiscio-al-menos-185-muertos-tras-un-doble-atentado-con-camion-bomba_a_23243827/ (2017),

“*El asalto a la mezquita de La Meca fue un intento de desestabilización de Arabia Saudí*” https://elpais.com/diario/1979/12/19/internacional/314406008_850215.html (1979),

“*Al Qaeda asume la autoría de la matanza terrorista en Argelia*” https://elpais.com/internacional/2007/04/11/actualidad/1176242410_850215.html (2007).

“*27 muertos en un atentado del EI contra una mezquita chií en Kuwait*” https://elpais.com/internacional/2015/06/26/actualidad/1435322787_620299.html (2015),

“*Un doble atentado en Kabul causa al menos 29 muertos, nueve de ellos periodistas*” https://elpais.com/internacional/2018/04/30/actualidad/1525065943_395987.html (2018),

“*El IS reivindica un ataque con coche bomba en Bagdad que deja más de 200 muertos*” <https://www.elmundo.es/internacional/2016/07/03/5778c538e5fdeab6338b4581.html> (2016),

“*El IS reivindica los atentados suicidas que dejan al menos 154 muertos en Yemen*” <https://www.elmundo.es/internacional/2015/03/20/550bfc1022601ddf6d8b4576.html> (2015),

“*Tres atentados contra hoteles de lujo en Jordania dejan 59 muertos y más de 115 heridos*” <https://www.elmundo.es/elmundo/2005/11/09/internacional/1131563753.html> (2005),

árabes, y por otro, la creencia de la imposición por parte del varón (padre o marido), del uso del velo por la mujer.

Todo ello motiva cierta tendencia a la prohibición de dicha prenda basándose en diversos motivos: seguridad pública, la desigualdad entre hombres y mujeres en lugares públicos, etc.⁶³⁴

“Al menos 60 muertos en un ataque contra un campo de entrenamiento militar en Libia”

<https://www.elmundo.es/internacional/2016/01/07/568e3638e2704e26158b45c0.html> (2016),

“Ascienden a 149 los muertos en el atentado del EI contra un mitin electoral en Pakistán” <http://www.rtve.es/noticias/20180716/ascienden-149-muertos-atentado-del-ei-contra-mitin-electoral-pakistan/1765400.shtml> (2018),

“Decenas de muertos tras ataques yihadistas en el sudoeste de Siria” <https://www.france24.com/es/20180725-siria-ataques-estado-islamico-suwayda> (2018),

“Mueren 25 personas, incluidos 12 militares, en un atentado en Irán” https://elpais.com/internacional/2018/09/22/actualidad/1537605289_934685.html (2018),

“Un atentado doble causa más de 40 muertos en Beirut” <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20151112/un-atentado-doble-causa-mas-de-40-muertos-en-beirut-4667975> (2015),

“El “brutal” asesinato de dos jóvenes turistas escandinavas en Marruecos que las autoridades tratan como un “ataque terrorista”” <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-46638649> (2018)

“Al menos 37 muertos en un atentado en un hotel español en Túnez” https://elpais.com/internacional/2015/06/26/actualidad/1435319767_291028.html (2015),

“Mueren al menos siete cristianos coptos en un ataque de Estado Islámico contra su autobús en Minya” <https://www.europapress.es/internacional/noticia-menos-siete-cristianos-coptos-muertos-14-heridos-ataque-contra-autobus-minya-egipto-20181102150426.html> (2018),

*Todos los artículos han sido consultados en fecha 18 de marzo de 2019.

⁶³⁴ Así lo han hecho distintos ayuntamientos en sus ordenanzas municipales.

Los pioneros fueron los de Lleida y El Vendrell (Tarragona), pero también lo han hecho los de Coín, en Málaga, y Galapagar, en Madrid (aunque éste sólo en relación a edificios públicos e instalaciones municipales), así como una docena de Ayuntamientos más (*Reus, Tarragona, Cunit, Mollet del Vallés, Girona, Balaguer, Terrasa, Manresa, Vic, Olot, Cervera, Tárrega*).

E incluso el Senado aprobó en junio de 2010 una moción que instaba al Gobierno *“a realizar las reformas legales y reglamentarias necesarias para prohibir el uso en espacios o acontecimientos públicos que no tengan una finalidad estrictamente religiosa, de vestimentas o accesorios en el atuendo que cubran completamente el rostro”*, la cual fue posteriormente rechazada por el Congreso por 183 votos en contra y 169 a favor.

La falta de regulación trae consigo distintas interpretaciones, así el Tribunal Supremo anuló la prohibición del Ayuntamiento de Lleida (prohibían el acceso o permanencia en los espacios o locales destinados al uso o servicio público *“a las personas que porten velo integral, pasamontañas, casco integral y otras vestimentas o accesorios que impidan o dificulten la identificación y la comunicación visual de las personas”*). Se prohibía también, entre otras cuestiones, acceder con esas prendas al archivo municipal y se obligaba a los que lo portaran a identificarse ante el personal de transporte de viajeros bajo amenaza de multa de hasta 600 euros) manteniendo como principal argumento que los Consistorios carecen de competencias para limitar un derecho fundamental como es la libertad religiosa, uno de los fundamentos que hemos defendido hasta el momento.

2. USO DEL VELO ¿LIBERTAD RELIGIOSA O LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

Uno de los principales problemas se plantea a la hora de determinar si el uso del velo islámico puede quedar amparado por la libertad religiosa o por la de expresión.

Conforme a la primera de ellas, y teniendo en cuenta, entre otros textos internacionales, el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶³⁵, el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos

⁶³⁵ “Toda persona tiene derecho a la **libertad de pensamiento, de conciencia y de religión**; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la **libertad de manifestar su religión** o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.”

Humanos⁶³⁶ y el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos⁶³⁷, en los que se determina que dentro del derecho fundamental de libertad religiosa se encuentra la libertad de manifestar la religión o las convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, podemos afirmar que el uso de simbología religiosa dinámica (en la que se incluye el velo islámico) queda amparado, sin lugar a dudas, por aquel derecho⁶³⁸. Además, podemos sustentar esta afirmación en que el uso del mismo tiene su fundamento en el Corán de modo que es evidente que se trata de una manifestación religiosa, al menos en principio.

En nuestro ordenamiento, este derecho está incluido en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución Española, bajo la rúbrica: “De los Derechos Fundamentales y de las Libertades

⁶³⁶ “1. Toda persona tiene derecho a la **libertad** de pensamiento, de conciencia y de **religión**; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la **libertad de manifestar su religión o sus convicciones** individual o colectivamente, **en público o en privado**, por medio del culto, la enseñanza, las **prácticas** y la observancia de los ritos.

2. La **libertad de manifestar su religión** o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.”

⁶³⁷ “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”.

⁶³⁸ STC 128/2001, de 4 de junio: “Ahora bien, el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 63/1994, de 28 de febrero, entre otras), pues cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso (...)”. LEAL ADORNA, M “Los símbolos religiosos: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el uso del velo islámico en las relaciones laborales privadas”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2018, p. 388.

Públicas”, concretamente queda recogido en el primer párrafo artículo 16, exponiendo éste también las limitaciones al mismo, cuando se determina que:

“1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

Pero el fundamento del uso de simbología religiosa lo encontramos en el desarrollo que de este artículo se hace en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, cuando al abordar el contenido individual de ésta en su artículo 2.1. a) establece, junto a la inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a *“Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía, manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas”.*

Sin embargo, el reconocimiento de tal derecho tiene algunas restricciones o límites (a excepción de la Declaración Universal de Derechos Humanos), recogidas, en el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el párrafo 2 del mismo art. 9⁶³⁹, y, en el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el párrafo 4 del mismo art. 18⁶⁴⁰, siendo en todos los casos los límites establecidos la

⁶³⁹ *“La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.*

⁶⁴⁰ *“La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.*

protección de la seguridad, el orden, la moral pública y los derechos y libertades de los demás. En nuestro ordenamiento, el límite a la libertad religiosa se recoge en el art. 3.1 LOLR: *“El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”*.

Por tanto, queda claro que el derecho a la libertad religiosa, y consecuentemente, a la manifestación de la misma, como es el uso de simbología dinámica, está reconocido tanto en la legislación internacional como derecho universal, como en la legislación nacional en cuanto derecho y libertad fundamental, imponiendo todas ellas el mismo límite, la protección de los derechos de los otros, el orden público y el mantenimiento de la seguridad, la salud y la moral públicas.

Si bien, como mencionamos en líneas anteriores, la motivación religiosa no es la única existente puesto que, en ocasiones, el uso de esta simbología puede tener carácter cultural, tradicional o consuetudinario⁶⁴¹, existiendo casos en los que va ligado a la moda en

⁶⁴¹ Con los relativamente recientes fenómenos migratorios la casuística puede ser muy amplia (no queremos analizar el uso del velo islámico desde el único punto de vista de la inmigración, pero no cabe duda, que ésta ha influido enormemente en el intercambio de culturas) A modo de ejemplo, puede darse el caso de una familia inmigrante cuya mujer no usa velo por adaptación a la cultura occidental, mientras que su hija (nacida en el país al que han emigrado) decide llevarlo como seña de identidad, de su religión, de su cultura, etc. Por el contrario, puede darse el supuesto de que la madre de la familia inmigrante no haya dejado de usarlo y su hija decida no llevarlo por distintos motivos (adaptación a la cultura occidental, evitar la discriminación por parte de sus compañeros, acceso laboral, comodidad, etc.).

un determinado momento⁶⁴² o a motivos espirituales. De este modo, además de quedar amparado (tal y como acabamos de fundamentar) por la libertad religiosa, podríamos preguntarnos si el uso del velo islámico también podrá enmarcarse dentro de la libertad de expresión.

Esta libertad de expresión, al igual que la religiosa, también queda recogida tanto en el ámbito internacional como en el nacional. En el primero de ellos, en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶⁴³, en el art. 10 del Convenio Europeo⁶⁴⁴ y en el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁴⁵, entre

⁶⁴² Piénsese en el uso del rosario (símbolo cristiano) por los más jóvenes que, hace varios años, causó furor en España.

⁶⁴³ *“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.*

⁶⁴⁴ *“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, 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”.*

⁶⁴⁵ *“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

otros⁶⁴⁶, con las restricciones y limitaciones que también esta libertad conlleva.

En nuestra Carta Magna aparece amparada en el artículo 20.1.a), recogándose sus límites en el párrafo 4 del mismo precepto:

“1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos,

⁶⁴⁶ La Declaración de Derechos Humanos del Islam, promulgada en 1990 por la Organización de la Conferencia Islámica, debido a la disconformidad que mostraron algunos países musulmanes con la Declaración de Derechos Humanos promulgada por la ONU en 1948, puesto que ésta no podía ser puesta en práctica por los musulmanes sin infringir la Sharia (ley islámica que impone el islam como única religión, dado que la DUDDHH reconoce la libertad religiosa), reconoce entre sus derechos la libertad de expresión en su art. 22: *“Todo ser humano tiene derecho a la libertad de expresión, siempre y cuando no contradiga los principios de la Sharia”*.

respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.”

Debido a razones de espacio, no podemos extendernos sobre este tema pero por el tenor literal del artículo citado, se puede afirmar que, el uso del velo quedaría amparado por la libertad de pensamiento, idea u opinión, esto es, por la libertad de expresión, cuando no se deba (o no exclusivamente) a motivos religiosos ya que se puede configurar como manifestación cultural o de tradiciones.

Por todo lo hasta aquí expuesto, el uso del velo siempre que sea libremente elegido por quien lo porta (pues de lo contrario se trataría de un delito de coacciones tipificado en el art. 172 del Código Penal), podrá ser reconocido como manifestación de la libertad religiosa del individuo (motivación religiosa) o de la libertad de expresión (motivaciones culturales o consuetudinarias).

Pero ya se trate de una u otra libertad, como ya hemos visto, ambas encuentran su limitación en la protección de los derechos de los otros, la seguridad, la moral, la salud y el orden públicos.

Basándonos en el último de los límites citados⁶⁴⁷, se ha de afirmar que una de sus vertientes es la seguridad. Ésta viene representada, en lo que a nosotros en este momento nos afecta, por la posibilidad de identificación de los ciudadanos cuando un agente de la autoridad requiere para ello, por lo que es necesaria la comparativa de la cara de la persona requerida y la fotografía del DNI. En relación con la vestimenta de la mujer musulmana se nos presentan dos supuestos:

Por un lado, el caso del velo que deja al descubierto la cara con lo cual se podrá reconocer perfectamente a la persona⁶⁴⁸, como así aparecerá en su fotografía del DNI y, por tanto, no sería posible prohibir el uso de este fundamentándolo en la necesaria seguridad pública pues no supondría problema alguno⁶⁴⁹.

Por otro, el uso del velo integral, en cuyo caso, la persona requerida deberá mostrar el rostro al agente que lo requiera, para su comparativa con la fotografía del DNI en la que deberá aparecer así. Si es posible esto se hará ante una agente femenina para que ésta sea la

⁶⁴⁷ No podemos entrar, debido a la brevedad exigida, aquí a discutir si el orden público está compuesto por el resto de los límites enunciados o es uno más de ellos. a este respecto se pueden encontrar diversas posiciones. Recomendamos la lectura de la STC 2/1982 de 29 de enero de 1982, de CALVO ÁLVAREZ, J. Orden político y factor religioso en la Constitución española, Pamplona, EUNSA, 1983.

⁶⁴⁸ No existiría diferencia con las monjas que visten su hábito en público, y así aparecen en la fotografía de su Documento de Identidad.

⁶⁴⁹ Una fotografía reciente en color del rostro del solicitante, tamaño 32x26 milímetros, con fondo uniforme blanco y liso, tomada de frente con la cabeza totalmente descubierta y sin gafas de cristales oscuros o cualquier otra prenda que pueda impedir o dificultar la identificación de la persona. (Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma) En la web oficial www.dnielectrónico.es se añade además: "La fotografía deberá mostrar claramente el óvalo de la cara y deberá ser de alta resolución y en papel fotográfico de buena calidad" debido a la Instrucción de 11 de abril de 2006 de la antigua Comisaría General de Extranjería y Documentación que sigue vigente en la que se declara que: "podrán admitirse aquellas fotografías en las que el solicitante lleve la cabeza cubierta con pañuelo, toca o prenda que imponga un culto religioso determinado, siempre y cuando el óvalo del rostro aparezca totalmente descubierta desde el nacimiento del pelo hasta el mentón, de forma que no impida o dificulte la identificación de la persona".

única que pueda ver su rostro⁶⁵⁰. Cuando exista duda sobre la necesidad de que la mujer musulmana, cubierta por un velo integral, haya o no de mostrar su rostro a la autoridad habría que acudir al juicio de proporcionalidad desarrollado por la jurisprudencia constitucional⁶⁵¹ y compuesto por: un juicio de idoneidad, es decir, si es la medida adecuada para conseguir el objeto perseguido; un juicio de necesidad, si se puede conseguir el mismo objetivo con una medida menos gravosa; y juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que los beneficios que se derivan de la restricción sean mayores que los perjuicios sobre los otros bienes en conflicto⁶⁵². Por lo tanto no existe impedimento para la identificación personal que mantenga la seguridad ciudadana sin negar la libertad religiosa o de expresión. De este modo, no se puede considerar, al menos en relación con la imposibilidad de identificación personal, que el uso del velo integral suponga un peligro para la seguridad pública.

3. VELO ISLÁMICO EN EL TRABAJO Y EN LAS ESCUELAS

Esté el uso del velo islámico protegido por la libertad religiosa o la libertad de expresión, la repercusión social que tiene es innegable, por lo que en determinadas situaciones podrá entrar en conflicto con los

⁶⁵⁰ Este caso es muy residual ya que apenas se utiliza el *burka* en nuestro país, sin embargo, quienes lo usan entienden perfectamente esta necesidad y se prestan a ello sin problema. Para más información sobre el tema se puede consultar BENEDÍ LAHUERTA, S. “La regulación del uso del velo integral, ¿Qué modelo adoptar en España?” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* N°28, 2012, p. 13.

⁶⁵¹ STC 270/1996, de 16 de diciembre, FJ.3.

⁶⁵² BENEDÍ LAHUERTA, S. “La regulación del uso del velo integral, ¿Qué modelo adoptar en España?”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* N° 28, 2012, p. 16.

derechos de otras personas. Alguno de estos supuestos se da en el ámbito de las relaciones laborales privadas⁶⁵³ y en la escuela.

El uso de simbología religiosa por el trabajador puede entrar en conflicto con el derecho a la libertad de empresa del art. 38 CE, que le permite imponer sus propias normas⁶⁵⁴. Sin embargo, el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores prohíbe la discriminación por motivos de “*sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas*”. Por lo que habrá que ponderar los derechos en juego en cada caso concreto.

Es un tema muy amplio y que ha dado lugar a una gran casuística, por ello, nos centraremos en el territorio español para ver que han decidido los tribunales de Justicia. El Juzgado de lo Social N°1 de Palma de Mallorca en su Sentencia 2/2017 ha condenado a la entidad Acciona Airport Service S.A.U. por la vulneración del derecho a la libertad religiosa al imponer reiteradas sanciones a una empleada que acudía a su puesto de trabajo, previa comunicación y permiso por parte de la empresa, con *hiyab*, argumentando que para la empresa se trata de una cuestión puramente estética, de neutralidad en su uniforme, si bien, la actora argumentó que se trataba de un acto discriminatorio por cuanto otros compañeros exhiben cruces y distintos símbolos religiosos, alegando que estaba en juego la libertad religiosa en su dimensión externa (STC 34/2011).

⁶⁵³ En relación con el ámbito público, el Comisario Europeo afirma que es legítimo “regular que los que representan al Estado, por ejemplo, oficiales de policía y jueces, no lleven prendas o símbolos que señalen su interés por una confesión religiosa –o partido político-. Los funcionarios en contacto con el público no deberían llevar su rostro cubierto”, así lo recoge BENEDÍ LAHUERTA, S., La regulación del uso del velo integral ¿Qué modelo adoptar en España?, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 28, 2012, p. 27.

⁶⁵⁴ Por ejemplo en cuanto a vestimenta o uniforme.

La Sala de lo Social del STSJ de Baleares en el fundamento jurídico segundo de su sentencia de 9 de septiembre de 2002, en el que se da un caso muy similar al llevar uno de los empleados de la empresa pública de transporte una gorra, como símbolo religioso judío, *“no existen derechos ilimitados y el derecho de la empresa a imponer a sus empleados el uso de un determinado uniforme cabe por ello que ceda si colisiona con un derecho al que debe atribuirse rango preponderante (...) Luego, si ni la actividad laboral ni los intereses empresariales sufren en absoluto, no se ve razón atendible que justifique en derecho una decisión de la empresa, rayana en el autoritarismo, que hiere, sin provecho para sí, los sentimientos religiosos de uno de sus empleados constitucionalmente tutelados”*.

Por tanto, como la misma actora argumenta, en la Sentencia 2/2017 del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca antes comentada, si se prohíbe el uso de símbolos religiosos habrá de prohibirse tanto los más vistosos como el velo o la kipá – que sería la pretensión del actor judío- como los menos llamativos como puede ser ropa o abalorios con símbolos religiosos (y por tanto, también políticos), de lo contrario se podría considerar un acto discriminatorio, sino la preponderancia de uno de los derechos en juego y en cuyo caso estaría primando el derecho a la libertad de empresa.

En el ámbito regional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con motivo de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Casación francés, en relación a que un cliente de la empresa Micropol manifiesta una queja por el uso de velo de una de sus empleadas (ante lo que le solicitan quitárselo en respeto a la neutralidad, a lo que la empleada se niega), considera que: *“No se puede considerar requisito profesional y determinante la voluntad del*

empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente sobre la prestación de los servicios de aquélla por una trabajadora que no lleve velo islámico”⁶⁵⁵.

Por otro lado, como ya hemos anunciado, nos encontramos el caso de las escuelas, que puede dividirse a su vez en: el uso por parte de las alumnas y el uso por parte de las profesoras. En cuanto a las profesoras estaríamos en el mismo caso anterior, por cuanto se trata de una relación laboral el derecho que entraría en juego en este caso sería el derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral que quieren para sus hijos (art. 27.3 CE). Pero siempre que no intente imponer sus creencias o ideologías (en cuyo caso estaríamos hablando de adoctrinamiento) tendrá que valorarse el derecho a la libertad religiosa de la profesora, teniendo en cuenta que estaríamos hablando de colegios privados no católicos, puesto que en el caso de los públicos los profesores serán funcionarios, y en los privados católicos es parte de itinerario formativo la formación en el catolicismo, por lo que no cabría el uso del velo islámico en ninguno de los dos casos.

Como ya hemos dicho el uso del velo islámico comienza con la llegada de la niña a la adultez por lo que será muy poco frecuente verlas en las escuelas, aunque sí puede darse más en institutos.

Y en este caso los derechos en juego serían muy similares a los anteriores: por un lado el derecho a la libertad religiosa (o libertad de expresión en su caso) y el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos junto con el derecho de las escuelas de imponer un código de vestimenta en aras de la neutralidad. Pues de prohibir su uso, como

⁶⁵⁵ LEAL ADORNA, M. “Los símbolos religiosos: El tribunal de Justicia de la Unión Europea y el uso del velo islámico en las relación laborales privadas”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social N°51*, 2018, p. 413.

ya ha ocurrido en algunos centros mediante el código de vestimenta del centro por llevar la cabeza cubierta – asemejándolo así a una gorra- habrá de valorarse que en este caso no se trata de una simple moda sino de la exteriorización de un sentimiento religioso.

4. CONCLUSIÓN

La vestimenta árabe, concretamente el velo islámico, a pesar de tener la finalidad de no mostrar ciertas partes del cuerpo, lo que a la cultura occidental nos puede parecer restrictivo, arcaico o radical, tiene su propia moda, en la que se tienen en cuenta colores, formas y dibujos (salvo las que han de ser única y completamente negros – *chador* y *niqab*).

Así, por todo lo sostenido hasta el momento, existe una doble posibilidad. En primer lugar, se trata de un símbolo religioso y como tal debe quedar amparado por la libertad religiosa primordialmente y en los casos en que así lo considere quien lo usa. Pero además, en los supuestos en que los motivos de su uso sean otros o sean mixtos, como por ejemplo, cultural-religioso, su uso puede quedar amparado por el derecho a la libertad de expresión (libertad de vestimenta).

No se puede considerar una forma de represión ni de sumisión de la mujer si ésta elige vestirlo libremente, de modo que sólo en el caso de tratarse de una imposición, ya sea por el padre, por el marido o por la sociedad o comunidad musulmana en la que vive o desarrolla su vida diaria, se ha de condenar como un acto que atenta contra la libertad de la persona.

Si la persona, en este caso la mujer, lo ha elegido libremente debe permitírsele usarlo en cualquier esfera de su vida diaria, ya que se

puede entender no solo como una forma de manifestación de libertad religiosa, sino también como una forma de libertad de expresión, de sus creencias, de su cultura, de sus ideas y de su tradición.

Al igual que se permite el uso de símbolos religiosos en ropa y abalorios de quienes no profesan tal o cual religión o incluso simbología política, no puede imponerse una prohibición de su uso, siempre que ello no impida un correcto desarrollo de su actividad laboral o profesional, en cuyo caso, como ya hemos dicho, habrán de ponderarse los derechos en conflicto, y se cumpla con las normas de ésta o del centro educativo, ni ponga en riesgo su salud ni la de las personas más inmediatas, por la falsa creencia occidental, en la mayoría de los casos, de suponer una peligrosidad o un acto de sumisión de la mujer o de superioridad del hombre.

Consideramos que, en principio, no puede prohibirse, con carácter absoluto, su uso. Tan sólo en el caso de que exista un peligro real para la seguridad, la salud, la moralidad o el orden público, que son los únicos límites impuestos a los derechos en los que cabe subsumir el uso del velo: libertad de expresión o manifestación de libertad religiosa, y no suposiciones como han sido el caso hasta la actualidad, se podría privar de tales derechos regulando el uso del mismo en sus distintas variantes o incluso imponiendo su prohibición llegadas las circunstancias que lo requiera.

EL USO DE VESTIMENTA DE SIGNIFICADO RELIGIOSO EN EL ESPACIO PÚBLICO

Blanca Vintanel Lucientes
Doctora en Derecho
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. Vestimenta religiosa en controles de seguridad. 2. Descubrirse la cabeza en las fotos del carnet. 3. En la Escuela y en la Universidad: los profesores. 4. En la Escuela y en la Universidad: los estudiantes. 5. Vestimenta religiosa en el trabajo. 6. Vestimenta religiosa en la sala de un Tribunal. 7. Vestimenta en la vía pública. 8. Conclusiones.

En este artículo me propongo analizar los casos más recientes resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la prohibición de usar determinadas prendas de vestir o símbolos, de origen o significado religioso, en el espacio público. Para clarificar los argumentos empleados agruparé los casos por situaciones.

1. VESTIMENTA RELIGIOSA EN CONTROLES DE SEGURIDAD

En el caso **Phull contra Francia**, un británico de religión sij denunció un atentado a su derecho a la libertad de religión por parte de las autoridades portuarias que le obligaron a retirarse el turbante en un control¹. El estimaba que no era necesaria esa obligación ya que no se había negado a pasar por el detector de metales ni someterse a uno

¹ Cfr. NAVARRO-VALLS, R., y MARTÍNEZ TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: Las objeciones de conciencia*, 2ª edic., iustel, Madrid, 2012, pp. 368-370.

manual. El Tribunal declara la demanda inadmisibile aduciendo que los controles en los aeropuertos son necesarios en aras de la seguridad pública y priorizando el margen de discrecionalidad estatal en materia de estas medidas como límite a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, previsto en el artículo 9 del Convenio².

En el caso **Morsli contra Francia**, el Tribunal expresa la inadmisibilidad de la demanda de una mujer musulmana marroquí a quien se había negado el visado para poder viajar a Francia y reunirse con su marido, porque no aceptó quitarse el velo para someterse a un control de identidad por un agente masculino en el consulado general de Francia en Marruecos³. La demandante alegó que sólo había pedido poder despojarse del velo en presencia de una mujer. El Tribunal no considera que el Estado francés se haya excedido en su margen de apreciación discrecional al rechazar esas sugerencias de *tout court* y sin alternativa posible⁴.

2. DESCUBRIRSE LA CABEZA EN LAS FOTOS DEL CARNET

En el caso **Mann Singh contra Francia**, el Tribunal examina la demanda de un varón sij conductor de vehículos pesados, que había solicitado un duplicado de su permiso de conducir porque le robaron el anterior. Su solicitud fue rechazada por aportar una fotografía con la

² Cfr. STEDH de 11 de enero de 2005. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Religious_Symbols_FRA.pdf [consultado el 02 de febrero de 2019].

³ Cfr. NAVARRO-VALLS, R., Y MARTÍNEZ TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: Las objeciones de conciencia*, 2ª edic., iustel, Madrid, 2012, pp. 339-342.

⁴ Cfr. STEDH de 4 de marzo de 2008. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Religious_Symbols_FRA.pdf [consultado el 02 de febrero de 2019].

cabeza descubierta. Hasta entonces no había tenido problemas al renovar el permiso de conducir, pero la normativa había cambiado en 1999. El demandante estimaba que la obligación de aparecer con la cabeza descubierta en la fotografía del permiso de conducir constituía un atentado a su vida privada, así como a su libertad de religión y de conciencia⁵. La Corte declara inaceptable la petición, porque la foto del carnet con la cabeza sin cubrir es necesaria para que las autoridades encargadas de la seguridad pública puedan identificar al conductor basado en el artículo 9.2 de la Convención. El motivo alegado por las autoridades francesas no resulta convincente, pues el demandante siempre conducía con turbante⁶.

3. EN LA ESCUELA Y EN LA UNIVERSIDAD: LOS PROFESORES

En el caso **Dahlab contra Suiza**, Una profesora de enseñanza primaria convertida al Islam decidió cubrir su cabeza con un pañuelo por razones religiosas. Cinco años después, y en aplicación de una ley dirigida a preservar el carácter laico de la escuela pública, se le prohibió el uso del velo durante sus tareas docentes que afectaban a niños de entre 4 y 8 años. El Tribunal reconoce que la prohibición supone una restricción de la libertad religiosa de la demandante, pero acepta el razonamiento del Gobierno suizo: la laicidad de la escuela pública protege las creencias de los estudiantes, menores y fácilmente influenciados por sus profesores, y garantiza la “paz religiosa” en la escuela. El Tribunal concluye que la prohibición de símbolos religiosos

⁵ Cfr. NAVARRO-VALLS, R., Y MARTÍNEZ TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: Las objeciones de conciencia*, 2ª edic., Iustel, Madrid, 2012, p. 368.

⁶ Cfr. STEDH de 13 de noviembre de 2008. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Religious_Symbols_FRA.pdf [consultado el 02 de febrero de 2019].

“ostensibles” no excede el margen de apreciación discrecional del Estado (art. 9.2)⁷.

En el caso **Kurtulmus contra Turquía**, una profesora de la Universidad de Estambul fue cesada al persistir en llevar velo islámico, contraviniendo las normas de vestimenta de funcionarios que imponían a las mujeres llevar la cabeza descubierta en su lugar de trabajo. La demandante sostenía que constituía un atentado a su derecho a la vida privada (art. 8) y a la libertad de expresión (arts. 9 y 10). El Tribunal declara la petición inadmisibile y manifiesta que en una sociedad democrática el Estado tiene derecho a limitar el uso del velo si tiene el objetivo de proteger derechos y libertades de los demás, y preservar la Laicidad, en particular en la enseñanza pública. A juicio del Tribunal, el margen de apreciación estatal para imponer esa restricción, merecía más respeto que los derechos alegados por la profesora⁸.

4. EN LA ESCUELA Y EN LA UNIVERSIDAD: LOS ESTUDIANTES

En el caso **Dogru et Kervanci contra Francia**, dos alumnas de una escuela pública de doce años asistían a clase con la cabeza cubierta con un pañuelo, por motivos religiosos. El profesor de educación física, aduciendo razones de higiene y seguridad, no les permitió acudir a la clase de deporte. La propuesta de las estudiantes de llevar boina o pasamontañas fue rechazada, y el comité de disciplina las

⁷ Cfr. STEDH de 15 de febrero de 2001. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Religious_Symbols_FRA.pdf [consultado el 02 de febrero de 2019].

⁸ Cfr. STEDH de 24 de enero de 2006. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Religious_Symbols_FRA.pdf [consultado el 02 de febrero de 2019].

expulsó del colegio por falta de asistencia a las clases⁹. Las alumnas continuaron sus estudios por correspondencia. El Tribunal considera que la medida adoptada está justificada de acuerdo con el principio de proporcionalidad y determina que no hay violación de la libertad religiosa ni del derecho a la educación. También subraya la importancia de la laicidad en Francia¹⁰.

El caso **Leyla Sahin contra Turquía** tuvo un notable impacto en la opinión pública dentro y fuera del País por la atención que le prestaron los medios de comunicación y por la reacción de la doctrina jurídica, siendo la sentencia de mayor relevancia en materia de prohibición estatal de simbología religiosa personal, y ha constituido un hito en la jurisprudencia del Tribunal. Una joven turca, estudiante de Medicina, que fue expulsada durante un semestre por incumplir la normativa universitaria que prohibía a las mujeres llevar pañuelo sobre la cabeza (y a los varones llevar barba). Su objeto era restringir la “visibilidad” del Islam en las aulas para garantizar el “clima laico” de la Universidad pública. La Corte afirma que no viola la Convención, sobre la base de que la restricción se fundamenta en el Derecho turco y que su Corte Constitucional había juzgado con anterioridad que llevar el pañuelo dentro de las Universidades públicas era contrario a la Constitución¹¹. El Tribunal europeo admite que la injerencia puede ser “necesaria en una sociedad democrática” (art. 9.2) y reconoce la legitimidad de las políticas contrarias al velo islámico, para mantener el

⁹ Cfr. NAVARRO-VALLS, R., Y MARTÍNEZ TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: Las objeciones de conciencia*, 2ª edic., iustel, Madrid, 2012, pp. 339-342.

¹⁰ Cfr. STEDH de 4 de diciembre de 2008. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Religious_Symbols_FRA.pdf [consultado el 02 de febrero de 2019].

¹¹ Cfr. NAVARRO-VALLS, R., Y MARTÍNEZ TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: Las objeciones de conciencia*, 2ª edic., iustel, Madrid, 2012, pp. 327-332.

principio de laicidad en Turquía, de acuerdo con su historia y para preservar la democracia de la difusión de interpretaciones extremas del Islam. Además, admite el argumento del Gobierno turco de que la prohibición de símbolos religiosos genera un clima de tolerancia y evita la presión social sobre aquellas estudiantes que no desean llevar velo. La demandante prosiguió sus estudios en Viena, donde pudo vestir de acuerdo con sus creencias¹².

En el caso **Köse y otros noventa y tres más contra Turquía**, la demanda se presenta por un grupo de alumnas de enseñanza secundaria en Estambul, conjuntamente con sus padres. Las demandantes estudiaban en centros públicos de enseñanza secundaria concebidos para formar imanes y lectores del Corán o hatips (liceos Imam-Hatip). A partir de 2002, se prohibió a las alumnas el acceso a la escuela con la cabeza cubierta, a pesar de que ésa había sido la práctica común hasta entonces. Sólo podían usar el velo durante los cursos del Corán. La aplicación de esas normas desencadenó una fuerte protesta, incluidas algunas manifestaciones a la puerta del colegio, que provocaron medidas de acción policial, pero las autoridades turcas se mantuvieron firmes en la prohibición. Las estudiantes alegaron que la orden constituía un atentado injustificado al derecho a manifestar su religión (artículo 9) y sus padres señalaron que también violaba el derecho de sus hijas a la enseñanza (artículo 2 Protocolo adicional)¹³. El Tribunal estima que la normativa impone una regla aplicable a todos los estudiantes sin considerar sus convicciones religiosas. Manifiesta el

¹² Cfr. STEDH de 10 de noviembre de 2005. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Religious_Symbols_FRA.pdf [consultado el 02 de febrero de 2019].

¹³ Cfr. NAVARRO-VALLS, R., Y MARTÍNEZ TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: Las objeciones de conciencia*, 2ª edic., iustel, Madrid, 2012, pp. 332-334.

carácter relativo y no absoluto del derecho a la educación y el consiguiente “margen de apreciación” de las autoridades nacionales, también para proteger la laicidad del Estado turco¹⁴.

En el caso **Aktas, Bayrak, Gamaleddyn, Ghazal, Ranjit, Jasvir Singh contra Francia**, los demandantes estaban inscritos para el año escolar 2004-2005 en diferentes colegios públicos. El día de vuelta a clase, los niños de confesión musulmana se presentaron con la cabeza cubierta. Los chicos llevaban “Keski” (cabello sin cortar) debajo del turbante que llevan los sijs. Los alumnos se negaron a quitarse este accesorio, y se les prohibió el acceso a clase. Después de un periodo de diálogo con las familias, fueron expulsados por no respetar el código de educación. Los demandantes invocaban el artículo 9 de la Convención para quejarse de la prohibición de llevar la cabeza cubierta impuesta en los centros escolares.

El Tribunal afirma que las peticiones de los demandantes son inadmisibles estimando en particular que la injerencia en el ejercicio por los alumnos de su derecho a manifestar su religión estaba previsto en la ley y perseguía el objetivo legítimo de la protección de los derechos y libertades de los otros y del orden público. La Corte recuerda el papel del Estado como organizador neutral e imparcial del ejercicio de diversos cultos, religiones y creencias. En cuanto a la sanción de expulsión definitiva, el Tribunal la considera proporcionada,

¹⁴ Cfr. STEDH de 24 de enero de 2006. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Religious_Symbols_FRA.pdf [consultado el 02 de febrero de 2019].

los alumnos habían tenido la posibilidad de seguir estando escolarizados en centros de enseñanza a distancia¹⁵.

5. VESTIMENTA RELIGIOSA EN EL TRABAJO

El caso **Ebrahimian contra Francia**, la demandante manifestaba que la no renovación de su contrato de trabajo de asistenta social en un hospital se debía a su negativa a quitarse el velo. Expresaba que este hecho es contrario a su derecho a la libertad de manifestar su religión. El Tribunal estima que las autoridades francesas no se han extralimitado en su margen de apreciación y que no hay violación de la libertad religiosa (art. 9), porque llevar velo islámico es una manifestación ostentosa de la religión, incompatible con la obligación de neutralidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones¹⁶.

En el caso **Eweida et Chaplin contra Reino Unido** las dos demandantes —una empleada de British Airways y una enfermera geriátrica— ambas cristianas practicantes, demandaron a sus respectivos jefes porque les habían prohibido llevar de manera visible una cruz alrededor del cuello en su lugar de trabajo. En el caso de Eweida, la compañía tenía unas normas muy estrictas en la forma de vestir de sus empleados que decía así: “cualquier accesorio o prenda de vestir que el empleado, por motivos religiosos, esté obligado a llevar, debe en todo momento estar cubierto por el uniforme. Sí, no obstante,

¹⁵ Cfr. STEDH de 30 de junio de 2009. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Religious_Symbols_FRA.pdf [consultado el 02 de febrero de 2019].

¹⁶ Cfr. STEDH de 26 de noviembre de 2015. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Religious_Symbols_FRA.pdf [consultado el 02 de febrero de 2019].

esto es imposible dada la naturaleza del objeto y la forma en que debe de ser usado, entonces se requerirá la aprobación a través de la jefatura local en cuanto a la idoneidad del diseño para garantizar el cumplimiento de las normas del uniforme, a menos que dicha aprobación ya figure en la guía del uniforme. *Nota: no se aceptan otros objetos para ser usados con el uniforme. Se requerirá la retirada de cualquier objeto de joyería que no se ajuste a la normativa anterior*". Cuando un empleado no cumplía con la normativa del uniforme, la compañía le pedía que retirara ese elemento en cuestión o, que volviese a su casa a cambiarse de ropa. El tiempo invertido en esa acción se deducía de su salario. Se autorizó algunos símbolos que debían llevarse obligatoriamente según los preceptos de algunas religiones; y que no era posible dejarlos ocultos bajo el uniforme reglamentario. Los hombres sijs podían llevar un turbante blanco o azul oscuro y mostrar la pulsera sij en verano si llevaban camisa de manga corta. Las mujeres musulmanas de personal de tierra se les consentía llevar hijab.

En principio, Eweida llevaba una cruz en el trabajo oculta bajo su ropa. Más tarde decidió empezar a llevar la cruz de forma visible, pero su jefe le pidió que se la quitara o que la ocultara. Inicialmente se opuso, pero después accedió. Meses más tarde persiste en llevar su cruz y es advertida de que si sigue con esa actitud será enviada a casa sin sueldo. Finalmente se niega a quitarse o esconder su cruz y la compañía cumple la advertencia que le había hecho. Le ofrece un trabajo administrativo sin contacto con el público, que no requería uniforme, pero rechazó el ofrecimiento. Un mes más tarde British Airways anunció una revisión de su política de uniformes y finalmente autoriza el uso de algunos símbolos religiosos. Eweida regresó a trabajar con permiso para usar la cruz según la nueva política. Sin embargo, la

compañía se negó a indemnizarle por los ingresos perdidos durante el tiempo que decidió no acudir al trabajo. Eweida presenta una reclamación ante el Tribunal Laboral por discriminación indirecta, pero el Tribunal lo desestima aduciendo que el uso visible de una cruz no es un requisito obligatorio de la fe cristiana, sino una elección personal. Señala que la demandante no pudo probar que la política de uniformes planteara una desventaja para los cristianos, algo necesario para establecer una reclamación sobre discriminación indirecta. El Tribunal Laboral da la razón a la aerolínea, considera que no hay discriminación indirecta porque no se ha puesto en situación desfavorable a los cristianos respecto a los fieles de otras religiones. La Corte de Apelación confirma ese parecer y argumenta que el concepto de discriminación indirecta implica discriminación contra un grupo definido y que la demandante no había establecido la evidencia de la desventaja del grupo.

En el caso Chaplin, una enfermera geriátrica, había llevado una cruz al cuello desde su confirmación como expresión de sus creencias. Alega que quitarse la cruz constituye una violación de su fe. Trabaja en un hospital público y tenía un historial laboral excepcional. La normativa del centro disponía no usar joyería para proteger la seguridad e higiene en el trabajo y existían pruebas ante el Tribunal Laboral de que por los mismos motivos se había pedido a otra enfermera que se quitara la cruz y la cadena, y dos enfermeros sijs habían sido informados de que no podían usar brazalete o kirpan y habían seguido las instrucciones. Dos médicas musulmanas recibieron permiso para usar un hijab. En el hospital se introdujeron nuevos uniformes con cuello en V para las enfermeras y el jefe de Chaplin le pidió que se quitara su “collar”. Ella insistió en que la cruz era un

símbolo religioso y solicitó autorización para llevarla pero le fue denegada. Chaplin propuso entonces llevar la cruz en una cadena asegurada con sujeciones magnéticas. La autoridad sanitaria también lo rechazó. Por último, le sugirió que podía sujetar su cruz al cordón que sostenía su tarjeta de identidad, pero la demandante se opuso a ello.

Chaplin fue trasladada a un puesto de trabajo provisional que nada tenía que ver con su profesión de enfermera y que desapareció en julio de 2010. En noviembre de 2009 presentó ante el Tribunal Laboral una reclamación por discriminación directa e indirecta por motivos religiosos. En su sentencia de mayo de 2010 el Tribunal sostuvo que no existió discriminación directa ya que la estancia en el hospital se basaba en motivos de salud y seguridad más que en motivos religiosos. Tampoco existió discriminación indirecta porque no había pruebas de que otras personas hubieran estado en desventaja. Además, la respuesta del hospital había sido proporcionada¹⁷.

En ambos supuestos el Reino Unido declaraba que el deseo de las demandantes de llevar una cruz a la vista, al parecer motivado por un sincero compromiso religioso, no era un requisito del cristianismo y por tanto no estaba dentro del ámbito de aplicación del artículo 9.

A pesar de que el Alto Tribunal valora que el deseo a manifestar las creencias religiosas es un derecho fundamental porque una sociedad democrática sana debe tolerar el pluralismo y admitir la diversidad. Considera que en el otro lado estaba el deseo de la empresa de proyectar una cierta imagen corporativa que, aunque era un objetivo legítimo, los tribunales nacionales le concedieron demasiado peso.

¹⁷ Cfr. STEDH de 15 de enero de 2013. Disponible en <https://eprints.ucm.es/43848/1/palomino-eweida.pdf> [consultado el 18 de marzo de 2019].

Argumenta que la cruz de Eweida es discreta y no deteriora su aspecto profesional. No había pruebas de que el uso de otras prendas de vestir religiosas, previamente autorizadas como turbantes o hijabs por parte de otros empleados tuviera consecuencias negativas en la imagen o marca de British Airways. Además, el hecho de que la Compañía fuera capaz de modificar el código de uniforme para permitir la utilización visible de joyería simbólica religiosa, demuestra que la prohibición anterior no era de importancia crucial. Afirma que las autoridades nacionales no protegieron de manera suficiente el derecho de Eweida a manifestar su religión, vulnerando la obligación positiva de conformidad con el artículo 9. Por lo que se acabó indemnizando a Eweida con 2000 euros por daño moral y 30.000 euros por costas y gastos. El Tribunal entiende que la libertad religiosa de Eweida se vio lesionada.

Sin embargo, en el caso Chaplin el Alto Tribunal considera que la determinación de la demandante de llevar cruz y cadena en el trabajo es una manifestación de su creencia religiosa y que la negativa de las autoridades sanitarias a permitirle permanecer en el puesto de enfermería llevando la cruz es una injerencia en su libertad de manifestar su religión. No obstante, termina considerando que no hay duda de que el motivo de la restricción en la joyería, incluidos los símbolos religiosos, es proteger la salud y la seguridad de los pacientes y enfermeras¹⁸.

¹⁸ Cfr. STEDH de 15 de enero de 2013. Disponible en <https://ocw.uca.es/mod/resource/view.php?id=2929> [consultado el 15 de marzo de 2019].

6. VESTIMENTA RELIGIOSA EN LA SALA DE UN TRIBUNAL

El **Barik Edidi contra España**, trata de una abogada que llevaba hijab en un tribunal y el presidente le pidió que se retirara a la parte reservada al público porque los abogados comparecientes en el estrado no pueden cubrir su cabeza si no con un birrete. La Corte declara su petición inaceptable ya que la demandante introdujo tarde el recurso de alzada¹⁹. Resuelve que la queja de la demandante presentada bajo el artículo 8, 9 y el artículo 14 de la Convención no está fundamentada por no haber agotado los recursos internos por la falta de la interesada en cumplir las formalidades del derecho nacional para introducir recursos²⁰.

En el caso **Lachiri contra Bélgica**, la demandante fue expulsada de la sala de un tribunal por negarse a quitarse su hijab. Esta se quejaba de un atentado a la libertad de expresar su religión (art. 9). La Corte considera que la expulsión de la demandante, *una simple ciudadana que no representa al Estado*, de la sala de audiencia constituye una restricción a su derecho de manifestar la religión. La Corte constata que no hay violación de la libertad religiosa (art. 9), ya que la forma en la que la demandante se ha comportado durante su entrada en la sala no ha sido irrespetuosa ni ha constituido —ni tenía riesgo de constituir— una amenaza para el buen desarrollo del juicio²¹.

En el caso **Hamidovic contra Bosnia-Herzégovine**, el demandante, testigo en un proceso penal, fue expulsado de la sala de

¹⁹ Cfr. Demanda nº 6177/10. Disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/> [consultado el 19 de marzo de 2019].

²⁰ Cfr. STEDH de 26 de abril de 2016. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Religious_Symbols_FRA.pdf [consultado el 02 de febrero de 2019].

²¹ Cfr. STEDH de 18 de septiembre de 2018. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Religious_Symbols_FRA.pdf [consultado el 02 de febrero de 2019].

justicia y se le impuso una multa por su negativa a descubrir su cabeza. Alegaba que la pena que se le había impuesto era desproporcionada. El Tribunal concluye que hay una violación del artículo 9 (libertad de religión) de la Convención. Constata que nada evidencia una falta de respeto por el demandante en el curso del proceso. Por consiguiente, culparle por el solo motivo de haberse negado a quitarse su *calotte* (casquete) un símbolo religioso, a instancias del magistrado no es necesario en una sociedad democrática; y defiende el derecho fundamental a manifestar su religión. La Corte subraya en particular que la situación del demandante debe distinguirse de hechos referentes a llevar símbolos y vestimenta religiosa en el trabajo, especialmente para los funcionarios públicos. Estos últimos, contrariamente a los particulares como el demandante, pueden tener un deber de discreción, de neutralidad y de imparcialidad, especialmente no llevar símbolos y vestimenta religiosa cuando ejercen funciones públicas²².

7. VESTIMENTA EN LA VÍA PÚBLICA

En el caso **S.A.S. contra Francia**, una ciudadana francesa se quejaba de no poder llevar públicamente niqab como resultado de la Ley de 2010 que prohibía ocultar el rostro en el espacio público. Manifestó que lo llevaba no de forma regular, pero quería hacerlo según su elección. Subraya que ni su marido ni ningún otro miembro de su familia ejercen presión sobre ella, para que se vista así. El Tribunal reconoce que la prohibición tiene efectos negativos sobre las mujeres que desean llevar velo integral, pero no es contraria a la Convención

²² Cfr. STEDH de 5 de diciembre de 2017. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Religious_Symbols_FRA.pdf [consultado el 02 de febrero de 2019].

(arts. 14, 8 y 9). La medida es objetiva y razonable, para poder preservar las condiciones de *vivre ensemble* y el Estado se mueve dentro del margen de apreciación que tiene reconocido²³.

En el caso **Belcacemi et Oussar contra Bélgica**, las dos demandantes declaran que llevan niqab por sus convicciones religiosas, lo que choca con la Ley de 2011 que prohíbe ocultar total o parcialmente el rostro en el espacio público. El Tribunal manifiesta que el objeto de la limitación es garantizar las condiciones de *vivir juntos* como elemento necesario en una sociedad democrática para proteger los derechos y libertades de los demás, y considera que no viola la Convención (arts. 14, 8 y 9). Añade que las autoridades del Estado se encuentran en mejores condiciones que el Tribunal para valorar las necesidades y el contexto local. Prohibir o no el velo integral en el espacio público belga es una elección de la sociedad belga²⁴.

En el caso **Ahmet Arslan y otros contra Turquía**, los demandantes, ciento veintisiete miembros de un grupo religioso, denominado d'Aczimendi tarikaty, fueron condenados por infringir una ley que prohibía llevar la cabeza cubierta y vestir atuendos religiosos en el espacio público. Habían recorrido la ciudad portando el traje característico de su grupo, compuesto por un turbante, una túnica y un bastón. El Tribunal afirma que no se ha violado el artículo 9 de la Convención, ya que nada indica que los demandantes hayan supuesto una amenaza para el orden público o que hayan hecho un acto de proselitismo ejerciendo presiones abusivas sobre los transeúntes

²³ Cfr. STEDH de 1 de julio de 2014. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Religious_Symbols_FRA.pdf [consultado el 02 de febrero de 2019].

²⁴ Cfr. STEDH de 11 de julio de 2017. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Religious_Symbols_FRA.pdf [consultado el 02 de febrero de 2019].

durante su reunión. La Sala también subraya que este hecho conlleva sanciones por portar túnicas en lugares públicos abiertos a todos, y no, como se había conocido en otros casos, llevar símbolos religiosos en establecimientos públicos dónde la neutralidad religiosa podía primar el derecho a manifestar su religión²⁵.

En el caso **Dakir contra Bélgica**, tres municipios belgas (Pepinster, Dison y Verviers) adoptaron en junio de 2008 una disposición relativa a la prohibición de llevar un velo cubriendo el rostro de personas en el espacio público. El Tribunal afirma que no se viola el artículo 8 y 9 de la Convención, ya que la prohibición que piden las regulaciones coordinadas de la zona de policía de Vesdre puede pasar por proporcionar el objetivo perseguido, la preservación de las condiciones de *vivir juntos* en tanto que elemento de la protección de los derechos y libertades de los demás. El Tribunal, por lo tanto, resuelve que la restricción era necesaria en una sociedad democrática y que la cuestión que se presenta en Francia de llevar o no velo integral en el espacio público constituye una elección de la sociedad²⁶.

8. CONCLUSIONES

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos basándose en casos similares adopta soluciones aparentemente contradictorias. Ante una posible restricción de la libertad religiosa, unas veces considera que está debidamente justificada y otras veces no.

²⁵ Cfr. STEDH de 23 de febrero de 2010. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Religious_Symbols_FRA.pdf [consultado el 02 de febrero de 2019].

²⁶ Cfr. STEDH de 11 de julio de 2017. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Religious_Symbols_FRA.pdf [consultado el 02 de febrero de 2019].

El eje de la balanza se inclina hacia un extremo u otro dependiendo de si considera que la decisión adoptada cae o no dentro del margen de libre apreciación que reconoce a cada Estado. Este criterio resulta determinante y se combina con el principio constitucional de “laicidad de combate”, propio de Francia, o cuando se justifica en la “laicidad fuerte” de Turquía, con la que se pretende preservar la democracia.

En mi opinión, a la hora de analizar las sentencias del TEDH, conviene no detenerse en la mera invocación de unos u otros principios, sino ahondar críticamente en la interpretación que de ellos hace la Corte, sin olvidar que los principios deben estar al servicio de las personas y no a la inversa, y que la interpretación debe ser favorable al reconocimiento efectivo de los derechos y libertades fundamentales, salvo que exista una causa objetiva y razonable que justifique su limitación.