

Javier Martínez-Torrón
Santiago Cañamares Arribas
Marcos González Sánchez
(Coordinadores)

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD RELIGIOSA: UNA PERSPECTIVA TRANSATLÁNTICA

LIRCE

Instituto para el Análisis de la Libertad
y la Identidad Religiosa, Cultural y Ética



LIBERTAD DE EXPRESIÓN
Y LIBERTAD RELIGIOSA:
UNA PERSPECTIVA TRANSATLÁNTICA

JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN
SANTIAGO CAÑAMARES ARRIBAS
MARCOS GONZÁLEZ SÁNCHEZ
(Coordinadores)

LIBERTAD DE EXPRESIÓN
Y LIBERTAD RELIGIOSA:
UNA PERSPECTIVA
TRANSATLÁNTICA



servicio publicaciones facultad derecho
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE MADRID



iustel

LIRCE

Instituto para el Análisis de la Libertad
y la Identidad Religiosa, Cultural y Ética



CONSORCIO LATINOAMERICANO
DE LIBERTAD RELIGIOSA

Este libro se publica en coedición con el Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y con LIRCE – Instituto para el Análisis de la Libertad y la Identidad Religiosa, Cultural y Ética.

Se ha realizado con la colaboración del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, el Proyecto «Consciencia, Espiritualidad y Libertad Religiosa» de la Sección de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, el Grupo de Investigación Complutense REDESOC, y el Proyecto de Investigación HUDISOC (PID2019-106005GB-I00), del Ministerio de Ciencia e Innovación.

1.ª edición, 2023

Todos los derechos reservados. Queda rigurosamente prohibida la reproducción, copia o transmisión, ya sea total o parcial, de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del Copyright.

© 2023, by Javier Martínez-Torrón, Santiago Cañamares Arribas, Marcos González Sánchez y otros

Cubierta:

Jaume Plensa: WATER'S SOUL, 2020

Resina de poliéster, 22 m de alto

Newport, Jersey City, New Jersey, USA

Foto:

Timothy Schenck © Plensa Studio Barcelona

Cortesía de Gray Gallery New York/Chicago

Iustel

Portal Derecho, S. A.

www.iustel.com

Princesa, 29. 28008 Madrid

ISBN: 978-84-9890-470-3

Depósito legal: M-30164-2023

Preimpresión y producción:

Dagaz Gráfica, s.l.u.

Printed in Spain - Impreso en España

Sumario

Presentación	11
Lista de autores	17

I. EUROPA

Capítulo 1. Discurso de odio, injurias a la religión y moral pública en la jurisprudencia de Estrasburgo	21
---	----

Javier Martínez-Torrón

1. UN PROBLEMA RECURRENTE	21
2. LOS PRINCIPIOS GENERALES FORMULADOS POR EL TRIBUNAL EUROPEO	28
3. UNA JURISPRUDENCIA QUE NECESITA DESARROLLO	31
4. LIBERTAD RELIGIOSA Y PROTECCIÓN DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS	35
5. HECHOS OBJETIVOS Y OPINIONES SUBJETIVAS	39
6. MANIPULACIÓN DE LA HISTORIA Y DISCURSO DE ODIO	46
7. LA MORAL PÚBLICA COMO CONCEPTO-LÍMITE APLICABLE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	50
8. HACIA UNA CONCEPCIÓN INTEGRADORA DE LOS DERECHOS HUMANOS	55

Capítulo 2. Libertad de expresión y libertad religiosa en España ...	57
---	----

Belén Rodrigo Lara

1. INTRODUCCIÓN	57
2. EL «CONFLICTO» ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD RELIGIOSA	58
3. EL MARCO NORMATIVO Y DISCREPANCIAS EN TORNO A LA REGULACIÓN PENAL ..	61
4. ¿QUÉ NOS DICEN LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES?	64
5. LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS MINISTROS DE CULTO Y OTRAS PERSONAS RELIGIOSAS: UN CASO PARTICULAR DE CONFLUENCIA DE DERECHOS	74
6. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES	77
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	78

Capítulo 3. Libertad religiosa y libertad de expresión en el Reino Unido	81
<i>Javier García Oliva</i>	
<i>Helen Hall</i>	
1. INTRODUCCIÓN	81
2. CONTEXTO LEGISLATIVO Y SISTÉMICO	82
3. LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INTERESES RELIGIOSOS	84
4. IMPORTANCIA DEL CONTEXTO, LA DISTINCIÓN PÚBLICO/PRIVADO Y EL FENÓMENO DEL «DISCURSO DE ODO CODIFICADO» O <i>CODED HATE SPEECH</i>	87
5. CONFLICTOS DE DERECHOS	95
6. CONCLUSIÓN	101

II. AMÉRICA

Capítulo 4. Libertad de expresión y libertad religiosa en el sistema jurídico argentino	105
<i>Alfonso Santiago</i>	
1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO COMPLEMENTO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA ..	105
2. CONFLICTOS POSIBLES ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD RELIGIOSA: SITUACIONES EN QUE EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DERIVA EN OFENSA PARA PERSONAS, INSTITUCIONES O DOCTRINAS RELIGIOSAS	106
3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL TRABAJADOR O PERSONA CONTRATADA POR UNA INSTITUCIÓN RELIGIOSA O INSPIRADA POR UN IDEARIO RELIGIOSO O EQUIVALENTE	115
4. CONFLICTOS POSIBLES ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE PERSONAS RELIGIOSAS Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES: SITUACIONES EN LAS QUE LA EXPRESIÓN DE IDEAS RELIGIOSAS (O MORALES) PUEDE ENTENDERSE LESIVA PARA OTRAS PERSONAS, INSTITUCIONES O CREENCIAS	118
5. ALGUNAS CONCLUSIONES.	120
Capítulo 5. Libertad de expresión y ofensa a los sentimientos religiosos en Brasil	121
<i>Fábio Carvalho Leite</i>	
1. INTRODUCCIÓN	121
2. LEGISLACIÓN EN LA MATERIA	121
3. LA OFENSA A LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.	126
3.1. <i>Insulto cualificado por el uso de elementos relacionados con la religión</i>	126
3.2. <i>Delitos contra los sentimientos religiosos</i>	128
3.3. <i>Delito de prejuicio religioso</i>	130

4. SENTENCIAS RECIENTES DEL STF SOBRE EL TEMA.	133
4.1. RHC n.º 134.682	133
4.2. RHC n.º 146.303	138
4.3. RCL n.º 38.782.	139
5. OBSERVACIONES FINALES	141

Capítulo 6. Libertades de expresión y religiosa: criterios de conciliación en la normativa y jurisprudencia chilenas 143

Fabiola Vergara Ceballos

1. INTRODUCCIÓN	143
2. SOBRE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN Y RELIGIOSA.	144
3. LIBERTADES DE EXPRESIÓN Y RELIGIOSA EN LA NORMATIVA CHILENA.	147
4. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES A PROPÓSITO DE LA COLISIÓN ENTRE LIBERTADES DE EXPRESIÓN Y RELIGIOSA	149
5. DISCURSO DE ODIOS POR MOTIVOS RELIGIOSOS	155
5.1. <i>Sobre el concepto y su tratamiento en los instrumentos internacionales</i>	155
5.2. <i>Discurso de odio en Chile</i>	157
6. CONCLUSIONES	160

Capítulo 7. Libertad religiosa y libertad de expresión en Colombia 163

Vicente Prieto

1. TEXTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES	163
2. JURISPRUDENCIA.	166
2.1. <i>Limitaciones a la libertad de expresión (sentencia T 061 de 2022)</i>	166
2.2. <i>Expresiones artísticas y libertad religiosa (sentencia SU 626 de 2015)</i>	166
2.3. <i>Posibles limitaciones de expresión para ministros religiosos (sentencia T 179 de 2019)</i>	169
2.4. <i>Libertad de expresión religiosa vs. derecho a la intimidad</i>	169
2.5. <i>Expresiones religiosas de funcionarios públicos (sentencia T 124 de 2021)</i>	171
3. CONCLUSIONES	172

Capítulo 8. La libertad de conciencia, religión o creencias y la libertad de expresión en la Cuba actual 175

Denise P. Lindberg

1. INTRODUCCIÓN	175
2. ANTECEDENTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 2019.	176
3. LA CONSTITUCIÓN DE 2019	178
3.1. <i>Lenguaje que califica y limita los derechos</i>	180
3.2. <i>El marco legal</i>	182
3.3. <i>Ausencia de un mecanismo judicial independiente</i>	183
4. EL CÓDIGO CIVIL, BLASFEMIA Y EL «DISCURSO DE ODIOS»	185

5. EL NUEVO CÓDIGO PENAL	188
6. DECRETOS-LEYES	194
7. LAS PROTESTAS DEL 11 DE JULIO DE 2021 («11J»)	197
8. CONCLUSIÓN	200

Capítulo 9. Libertad de expresión y libertad religiosa en México: entre la inactividad y la conveniencia política. 203

Efrén Chávez Hernández

1. INTRODUCCIÓN: MARCO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD RELIGIOSA EN MÉXICO	203
2. POSIBLES CONFLICTOS ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD RELIGIOSA: LENGUAJE BLASFEMO, DISCURSO DE ODIOS Y OFENSA A LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS	206
2.1. <i>Tratamiento jurídico del lenguaje blasfemo y discurso de odio</i>	206
2.2. <i>Ofensa a los símbolos y sentimientos religiosos como límite legítimo a la libertad de expresión</i>	208
2.3. <i>Pronunciamientos jurisprudenciales relevantes sobre conflictos entre libertad de expresión y libertad religiosa</i>	210
3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE PERSONAS RELIGIOSAS Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES.	212
3.1. <i>La libertad de expresión de los ministros de culto para expresar doctrinas o ideas que puedan ofender a personas de creencias diversas.</i>	212
3.2. <i>Casos de procedimientos contra ministros de culto</i>	213
4. CONCLUSIONES	216

Capítulo 10. Libertad de expresión en Uruguay: sus límites y su sinergia con el derecho a la libertad religiosa. 219

Sofía Maruri Armand Ugon

1. INTRODUCCIÓN	219
2. MARCO JURÍDICO NACIONAL: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN URUGUAY	220
2.1. <i>Marco constitucional.</i>	220
2.2. <i>Marco legislativo</i>	221
3. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL: TRATADOS RATIFICADOS POR URUGUAY QUE REGULAN EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	223
4. SOBRE LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SI SE CONSIDERA QUE LA OFENSA A LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS CONSTITUYE UN LÍMITE LEGÍTIMO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	226
5. CASOS RELEVANTES SOBRE CONFLICTOS ENTRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD RELIGIOSA EN URUGUAY	229
6. CONCLUSIÓN	232

Presentación

Es ya un tópico —y como todo tópico encierra gran parte de verdad— afirmar que la libertad de expresión y la libertad religiosa son dos derechos esenciales en una sociedad que aspire a ser civilizada. La libertad de religión y creencia, porque permite a cada persona buscar el sentido último de la vida y las claves morales que definen una parte clave de su identidad, intentar encontrar la razón más profunda de su existencia y su destino. La libertad de expresión, porque permite a cada uno interactuar con los demás miembros de la sociedad de manera específicamente humana, articulando las propias ideas sobre lo que es cierto, correcto o hermoso —verdad, bien, belleza— e interviniendo, como considere oportuno, en debates sobre cuestiones que atañen tanto al individuo como a la comunidad.

Por eso, es de la mayor importancia no trivializar el significado o el contenido de estas dos libertades fundamentales. Sería ridículo —y sin embargo muchas veces sucede— reducir la libertad religiosa a una simple opción emocional para imbuirse de creencias supersticiosas, involucrarse en ritos irracionales y a veces arcaicos, o dedicarse al cumplimiento formulario y superficial de obligaciones impuestas por una autoridad espiritual. Y sería también desafortunado pretender que la libertad de expresión consiste en la posibilidad de incurrir en un vocerío irresponsable —y con frecuencia desinformado— acerca de cualquier ocurrencia que venga a la mente (aunque es término cuya percepción se ha deformado en tiempos recientes, la opinión, como la *doxa* de los griegos, es un juicio motivado que se forma sobre algo: es subjetivo y no necesariamente cierto, pero sigue un proceso reflexivo y racional de elaboración).

Son, además, dos libertades llamadas a relacionarse entre sí, y en cierta medida se necesitan mutuamente. Desde luego, la libertad religiosa —y así lo recogen los textos internacionales sobre derechos humanos— requiere la libertad de manifestar las propias convicciones o doctrinas en público o en privado, individual o colectivamente, a través de una variedad de medios, incluidos algunos propios de la libertad de información o de prensa. Pero también la libertad de expresión se enriquece con la perspectiva de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, que le aporta profundidad, deliberación, consistencia, y sentido de responsabilidad.

Se entiende por ello que libertad de expresión y libertad religiosa son normalmente dos libertades que se refuerzan una a la otra. No obstante, en la práctica pueden surgir tensiones o conflictos entre ellas, sobre todo cuando son

ejercidas por algunos ciudadanos de una manera poco respetuosa con las ideas o creencias de los demás. Es decir, perdiendo de vista que las libertades fundamentales son consecuencia de la dignidad que ha de reconocerse a todo ser humano, y que por tanto han de ejercerse en consonancia con la dignidad humana: no sólo la propia, también la de otros, por muy diferentes de que sean sus opciones intelectuales, éticas o religiosas.

Este libro reúne un conjunto de trabajos de diversos autores, con el intento de abordar las principales cuestiones que plantea la relación entre esas dos libertades, no siempre pacífica, desde una perspectiva de derecho comparado. Más concretamente, se centra en algunos países de los dos lados del Atlántico, sobre la base de que Europa y América son las dos piezas clave de la cultura jurídica occidental, que ofrecen muy interesantes similitudes y diferencias entre ellas.

Esa panorámica comparativa permite observar algunos datos significativos. En Europa, el punto de referencia está en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que interpreta el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Una jurisprudencia que ofrece una combinación de principios sensatos pero tal vez demasiado genéricos, como parece sugerir su irregular aplicación. Aun así, la tendencia del Tribunal desde hace años es hacer prevalecer la tutela de la libertad de expresión, salvo que se aprecie la existencia de «discurso de odio», concepto que no es normalmente aplicado a opiniones de signo antirreligioso —pero sí en algunas ocasiones a ideas consideradas antisemitas (sobre todo por la vía del «negacionismo» del Holocausto) o islamofóbicas.

Dentro de los países europeos, pese a que el Código Penal de España regula tanto el discurso de odio (art. 510) como el escarnio público de la religión (art. 525), la jurisprudencia española es reacia a apreciar tanto que se haya cometido delito de discurso de odio en caso de expresiones antirreligiosas como a entender que una conducta responde al tipo penal del escarnio, normalmente por una interpretación de la intención de ofender tan puntillosa que hace virtualmente imposible la aplicación del art. 525 (el cual, por otra parte, tiene sus detractores entre la doctrina jurídica). Además, salvo alguna excepción aislada, tampoco ha sido capaz la judicatura española, al menos hasta ahora, de establecer criterios claros para distinguir el tratamiento que merecen las expresiones que tienen lugar, respectivamente, en espacios privados o espacios públicos, ni de precisar las posibilidades de limitar la libertad de expresión —incluida la libertad artística— cuando lleva consigo la utilización de dinero público, es decir, aportado por los ciudadanos.

Una línea parecida, siempre dentro de Europa, puede observarse en el Reino Unido, especialmente desde la abolición del delito de blasfemia. En cambio, se ha desarrollado en ese país una sensibilidad creciente hacia aquellas expresiones que pueden calificarse de incitación al odio o la discriminación. Hasta el punto de que en tiempos recientes va ganando terreno, como posible límite a la libertad de expresión, el concepto de *coded hate speech*, es decir, el discurso de odio

que se lleva a cabo mediante términos que en su sentido literal no son odiosos, pero que adquieren una significación diversa al ser interpretados en ciertos contextos o círculos. Se trata de un concepto tan interesante como inquietante, en la medida en que, aun reflejando un comprensible interés por evitar agresiones injustificadas sobre todo a minorías que se presume vulnerables, choca con aspectos del lenguaje —como los dobles sentidos, la ironía o la insinuación— que han sido tradicionalmente considerados parte del patrimonio de libertades que toda democracia ha de respetar.

En el otro lado del Atlántico se observan, como decíamos, significativas similitudes que responden al hecho de pertenecer a la misma cultura jurídica —la occidental— y no menos significativas diferencias, que no sólo proceden del diverso modo de entender y aplicar conceptos jurídicos análogos, sino también de las muy distintas circunstancias sociales existentes en ese inmenso caleidoscopio de etnias, culturas y religiones que es América Latina. Esas diferencias se manifiestan tanto en la legislación —no en todos los países la ofensa a los símbolos sagrados o a los sentimientos religiosos de la población está contemplada— como en la sensibilidad de las respectivas judicaturas frente a la limitabilidad del discurso antirreligioso —o del discurso religioso que ofende otras sensibilidades, por ejemplo en materia de orientación o identidad sexual.

Un primer dato relevante es que en algunos países latinoamericanos se acepta con mayor naturalidad la posibilidad de imponer limitaciones o sanciones al ultraje a la religión. Es el caso de Chile, Brasil y Argentina, aunque con matices diferenciales entre ellos. En Chile, por ejemplo, se ha dado particular importancia a las faltas de respeto a personajes o símbolos sagrados que se realizan en el medio televisivo, sujeto a mayor regulación pública y también a mayor responsabilidad por su impacto potencial en la población. En Brasil, país de una pluralidad étnica especialmente visible, los casos de ultraje a la religión o a un grupo religioso han ido frecuentemente acompañados de sesgos racistas, lo cual parece haber influido en su resolución judicial, que presta atención notable a las cuestiones de responsabilidad civil; además, al contrario de lo que sucede en otros lugares, el discurso antirreligioso a veces proviene no de personas ateas sino de fieles o ministros de otras religiones que se consideran «competidoras». En Argentina, el acento se ha puesto a veces, más que en una posible sanción, en la búsqueda de un derecho de réplica en situaciones en que se entendía que había existido una información difamatoria; o en la solicitud de una declaración explícita reconociendo que se trataba de obras de ficción y no históricas (como en el caso de la película «El Código da Vinci»).

En otros países americanos se detecta, en paralelo con gran parte de Europa, una resistencia a la restricción del lenguaje ofensivo contra la religión. Así ocurre en Uruguay, donde, salvo que se trate de expresiones tipificables como delitos de odio, las reclamaciones contra el discurso antirreligioso tienen pocas perspectivas de éxito en los tribunales, y suele preferirse el recurso a la conci-

liación. También en Colombia, donde, pese a que la legislación penal regula el agravio al culto, símbolos o fieles de una religión, no suele aplicarse en la práctica, ni siquiera en circunstancias que implican la utilización de instalaciones sufragadas con fondos públicos; en cambio, a la inversa, se han dado situaciones de limitación de expresiones religiosas: por ejemplo, por razón de la condición de funcionario público de su autor, o a causa de la alteración de la tranquilidad que podían provocar ciertas celebraciones religiosas acompañadas de estruendo superior a los límites de sonoridad considerados aceptables. En México, los casos de mayor conflictividad han sido generados por discursos religiosos que se han percibido como injerencias en la actividad política. Por la singular historia de México, la legislación prohíbe severamente tales interferencias, y hay en general una extremada sensibilidad hacia la preservación de la separación entre religión y política secular; el problema es que, en ocasiones, la mera exposición de la doctrina moral de una iglesia en período electoral se ha entendido como un posicionamiento en contra o a favor de determinados partidos políticos, limitando la libertad de expresión de líderes religiosos. En fin, Cuba, como puede comprenderse fácilmente, es un caso muy especial entre los países analizados en este libro: no se plantean situaciones de tensión entre los respectivos límites de libertades fundamentales concebidas ampliamente sino que, al contrario, tanto la libertad de expresión como la libertad religiosa —y las demás libertades fundamentales— están sujetas a fuertes condicionantes como consecuencia de un ejercicio abusivo del poder político.

Naturalmente, las breves pinceladas anteriores no pretenden reflejar la riqueza de contenido y la variedad de matices de los diez capítulos que componen este libro, sino sólo apuntar la necesidad de continuar trabajando en esta materia, y de hacerlo teniendo en cuenta especialmente dos cosas. Por un lado, que la referencia de los principios fundamentales es esencial, pero al mismo tiempo el análisis jurídico de las tensiones entre libertad de expresión y la libertad religiosa ha de partir de una atenta observación de la realidad histórica, social y política de cada país. Y por otro lado, que la libertad de expresión y la libertad religiosa son libertades que pertenecen a la misma categoría, y por tanto los conflictos entre ellas no pueden resolverse desde la equivocada perspectiva de la subordinación de una a la otra, sino partiendo de la premisa de su previa clarificación: cuál es el verdadero alcance de la libertad religiosa, y hasta qué punto puede incluir o no una tutela de los sentimientos religiosos frente a la ofensa externa; y cuál es el sentido último de la libertad de expresión en una sociedad democrática que intenta conciliar la libre manifestación de ideas, el respeto a las demás personas, y la tolerancia de las opiniones que podemos no compartir e incluso encontrar aborrecibles.

Para no prolongar más esta introducción, hagamos simplemente notar que el origen de este libro se encuentra en ponencias presentadas en el XXI Coloquio Anual del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, celebrado en Córdoba (España) del 22 al 24 de septiembre de 2022. Un Coloquio que fue

posible gracias a la colaboración de la Universidad de Córdoba (en particular el Rectorado y la Facultad de Derecho), el International Center for Law and Religion Studies de Brigham Young University, y el Proyecto «Consciencia, Espiritualidad y Libertad Religiosa» de la Sección de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. El Coloquio fue organizado por LIRCE – Instituto para el Análisis de la Libertad y la Identidad Religiosa, Cultural y Ética, en colaboración con el Grupo de Investigación REDESOC de la Universidad Complutense y el Proyecto HUDISOC (PID2019-106005GB-I00) del Ministerio de Ciencia e Innovación. A todos ellos nuestro agradecimiento, y también a la Editorial Iustel y al Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense —en particular a su Director, el Profesor Faustino Martínez Martínez— por su generoso apoyo y por haber sabido comprender la importancia de este proyecto editorial.

JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN
SANTIAGO CAÑAMARES ARRIBAS
MARCOS GONZÁLEZ SÁNCHEZ

Julio de 2023

Lista de autores

JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Presidente del ICLARS – International Consortium for Law and Religion Studies.

SANTIAGO CAÑAMARES ARRIBAS, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

MARCOS GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

BELÉN RODRIGO LARA, Profesora de la Universidad San Pablo-CEU, Madrid.

JAVIER GARCÍA OLIVA, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Manchester.

HELEN HALL, Profesora de la Facultad de Derecho de la Nottingham Trent University.

ALFONSO SANTIAGO, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Austral.

FÁBIO CARVALHO LEITE, Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro.

FABIOLA VERGARA CEBALLOS, Profesora de la Universidad de Talca.

VICENTE PRIETO, Profesor de la Universidad de La Sabana.

DENISE P. LINDBERG, Senior Fellow de la Universidad Brigham Young.

EFRÉN CHÁVEZ HERNÁNDEZ, Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México.

SOFÍA MARURI ARMAND UGON, Profesora de la Universidad de Montevideo.

I. EUROPA

Capítulo 1

Discurso de odio, injurias a la religión y moral pública en la jurisprudencia de Estrasburgo*

Javier Martínez-Torrón

Universidad Complutense

SUMARIO: 1. UN PROBLEMA RECURRENTE.— 2. LOS PRINCIPIOS GENERALES FORMULADOS POR EL TRIBUNAL EUROPEO.— 3. UNA JURISPRUDENCIA QUE NECESITA DESARROLLO.— 4. LIBERTAD RELIGIOSA Y PROTECCIÓN DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS.— 5. HECHOS OBJETIVOS Y OPINIONES SUBJETIVAS.— 6. MANIPULACIÓN DE LA HISTORIA Y DISCURSO DE ODIOS.— 7. LA MORAL PÚBLICA COMO CONCEPTO-LÍMITE APLICABLE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.— 8. HACIA UNA CONCEPCIÓN INTEGRADORA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

1. Un problema recurrente

No es preciso insistir en que la libertad de expresión —reconocida por el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)— es uno de los derechos fundamentales de mayor importancia en la estructuración y en la dinámica de las sociedades democráticas. Esta libertad para manifestar públicamente las propias ideas y opiniones no siempre se ejerce de manera respetuosa para quienes tienen posiciones diferentes, y de hecho es frecuente que quienes usan su libertad de expresión lo hagan —intencionadamente o no— de una manera que resulta ofensiva, a veces gravemente, para otras personas o grupos.

Esa clase de situaciones ha estado presente en la jurisprudencia de Estrasburgo desde antiguo. Más en concreto desde la sentencia *Handyside*, en 1976, relativa al secuestro, decretado judicialmente, de un libro para estudiantes adolescentes

* Trabajo realizado en el contexto del Proyecto de investigación PID2019-106005GB-I00 (HUDISOC), del Ministerio de Ciencia e Innovación. Se inspira en la ponencia presentada en el Humboldt-Kolleg on «Freedom of expression and its balancing with the right to respect for private life in the case law of the European Court of Human Rights», celebrado en las sedes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Institut International des Droits de l'Homme, Estrasburgo, 26-27 abril 2019; publicada en versión inglesa en M. ELÓSEGUI – A. MIRON – I. MOTOC (eds.), *The Rule of Law in Europe: Recent Challenges and Judicial Responses*, Springer, 2021, pp. 171-198; y en traducción al español en J. MARTÍNEZ-TORRÓN – S. CAÑAMARES (coords.), *Libertad religiosa, neutralidad del Estado y educación. Una perspectiva europea y latinoamericana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 21-53.

(*The Little Red Schoolbook*), escrito por un autor de orientación filomaquista, que incluía algunos pasajes obscenos y otros incitando a rebelarse contra la autoridad paterna, y que había sido considerado contrario a la moral pública por las autoridades británicas¹.

En no pocas ocasiones, y recurriendo a diversos medios de comunicación, el discurso público de carácter provocativo se dirige contra la religión o implica un elemento de ofensa o burla antirreligiosa, directo o indirecto: ya se trate de la religión en general o de una religión en concreto —en sus aspectos doctrinales, históricos, sociales u organizativos— o bien se ataque a personajes sagrados o símbolos religiosos². Estos casos han sido abordados en diversas ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) desde la sentencia *Otto-Preminger-Institut*, de 1994, referente a la prohibición de una película blasfema (*Das Liebeskonzil*), de anunciada proyección en un cine-club de Innsbruck, en la que se ridiculizaban de manera grosera las principales figuras de la religión cristiana, incluidos Dios Padre, Jesucristo, y la Virgen María³.

Estas situaciones están lejos de ser un problema resuelto. De hecho, parecen ser recurrentes, y así lo confirman las diversas sentencias de Estrasburgo en esta materia en los últimos años, con muy diversos perfiles⁴.

¹ *Handyside c. Reino Unido*, 7 diciembre 1976. Una interesante guía de la jurisprudencia de Estrasburgo en la materia, aunque no demasiado reciente, puede encontrarse en *Freedom of expression in Europe: Case-law concerning Article 10 of the European Convention on Human Rights* (ed. por M. OETHEIMER), Council of Europe, 2007.

² Para un interesante examen de la casuística en esta materia, concretamente en el ámbito cinematográfico, *vid.* G. MORENO BOTELLA, «El conflicto libertad de expresión – libertad religiosa a través del cine», en *Anuario de Derecho Canónico*, 6 supl. (febr. 2018), pp. 105-134.

³ *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, 20 septiembre 1994. Dicha sentencia fue seguida, dos años después, por otra que se pronunciaba en el mismo sentido en relación con un vídeo que contenía, en palabras de su autor, una versión pornográfica del éxtasis de Santa Teresa con connotaciones homosexuales (*Wingrove c. Reino Unido*, 25 noviembre 1996). Me remito, para ulteriores detalles sobre esa jurisprudencia, y para las oportunas referencias bibliográficas, a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «Freedom of Expression versus Freedom of Religion in the European Court of human Rights», en el volumen colectivo *Censorial Sensitivities: Free Speech and Religion in a Fundamentalist World* (ed. por A. SAJÓ), Eleven International, 2007, pp. 233-269. Una actualización de ese trabajo, en español, puede encontrarse en J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «¿Libertad de expresión amordazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo», en *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa* (coord. por J. MARTÍNEZ-TORRÓN y S. CAÑAMARES), Tirant lo Blanch, 2014, pp. 83-120.

⁴ También, aunque en menor número, ha habido decisiones que enjuiciaban la situación opuesta: es decir, el discurso religioso que podía ser ofensivo, discriminatorio o violento. Entre las de los últimos años, *Belkacem c. Bélgica*, 20 julio 2017 (Appl. No. 34367/14), una decisión de inadmisibilidad en la que una sala del TEDH rechazó que hubiera violación de la libertad de expresión en la condena impuesta al dirigente y portavoz de la asociación «Sharia4Belgium» por incitar, en vídeos publicados en Youtube, a la lucha violenta contra los no creyentes (es decir, los no musulmanes), a quienes acusaba, entre otras cosas, de ser «más sucios que los animales». La condena había sido de prisión de un año y seis meses, con suspensión de pena, y multa de 550 euros. Mientras estas páginas se encuentran en imprenta, se publica una nueva decisión de inadmisibilidad por una sala del TEDH, relativa al lenguaje injurioso contra los homosexuales utilizado

Así, en el caso *Sekmadienis*⁵, en 2018, se trataba de una campaña de publicidad realizada por una empresa de moda en Lituania, en la que se utilizaban caracteres y expresiones de connotación religiosa, no del todo explícita pero sí claramente visible. En concreto, se utilizaba la imagen de un varón cuyo aspecto ofrecía un inequívoco parecido con el modo tradicional de figurar a Jesucristo en la iconografía cristiana; y la de una mujer con paralela similitud con representaciones habituales de la Virgen María. En ambos casos las imágenes iban acompañadas de frases inspiradas en exclamaciones de origen cristiano populares en Lituania⁶: «¡Jesús, que estupendos pantalones!», «¡Querida María, que bonito vestido!», o «¡Jesús y María, que fantástica ropa lleváis puesta!». La campaña fue prohibida, y la empresa multada, considerando que la falta de respeto hacia símbolos religiosos del cristianismo —la religión mayoritaria en Lituania— iba en contra de la moral pública. El Tribunal de Estrasburgo, aun reconociendo que el lenguaje comercial admite un mayor grado de limitación que otros (como el político o ideológico), apreció violación del artículo 10 CEDH, entendiendo que la jurisdicción lituana no había sopesado suficientemente los diversos intereses en juego, y que la libertad de expresión de una minoría no podía supeditarse a la aceptación de sus ideas por la mayoría.

En julio del mismo año, la sentencia *Mariya Alekhina*⁷ abordaba el caso de tres mujeres pertenecientes a un grupo de música *punk* feminista, Pussy Riot, que invadieron la Catedral del Cristo Salvador en Moscú para intentar montar un espectáculo musical con una canción fuertemente crítica contra el presidente Putin y contra la jerarquía de la Iglesia Ortodoxa Rusa. Las componentes de la banda musical buscaban decididamente la notoriedad: habían invitado previamente a periodistas y difundieron su representación —pronto interrumpida por los servicios de seguridad— mediante un vídeo publicado en YouTube. Procesadas penalmente por vandalismo agravado por odio y hostilidad antirreligiosa, fueron condenadas a dos años de prisión. El TEDH determinó que se habían producido múltiples violaciones del Convenio Europeo por parte de las autoridades rusas, incluyendo el sometimiento a un trato inhumano y degradante, así como la negación de derechos procesales básicos. El Tribunal también se pronunció a favor de una limitación injustificada de la libertad de expresión, sobre todo por el hecho de la severidad de las sanciones impuestas pese a que en la actuación del grupo musical no existían indicios de incitación al odio, violencia o discriminación.

Apenas un mes más tarde, y también a propósito de una demanda contra Rusia, la sentencia *Ibragim Ibragimov*⁸ contemplaba una situación bien diferente:

en su blog personal por un clérigo ortodoxo griego, condenado a varios meses de prisión, con suspensión de pena (*Lenis c. Grecia*, 31 agosto 2023, Appl. No. 47833/20).

⁵ *Sekmadienis c. Lituania*, 30 enero 2018.

⁶ Las traducciones al español de textos o expresiones originalmente en otra lengua son responsabilidad del autor salvo que se indique otra cosa.

⁷ *Mariya Alekhina y otros c. Rusia*, 17 julio 2018.

⁸ *Ibragim Ibragimov*, 28 agosto 2018.

una actuación de los poderes públicos que restringía la libertad del discurso religioso. La demanda tenía su origen en la prohibición y confiscación de libros de un teólogo musulmán, Said Nursi, bajo la acusación —sobre bases de hecho poco claras— de ser escritos extremistas que incitaban a la violencia y a la hostilidad entre creyentes y no creyentes. De nuevo apreció aquí el Tribunal Europeo violación de la libertad de expresión, considerando que la actuación de los tribunales rusos se basaba en informes sesgados, y que no había evidencia alguna de que los escritos prohibidos hubieran causado tensiones interreligiosas o producido consecuencias perniciosas de ninguna clase en la sociedad.

Todavía en 2018, en *E.S. c. Austria*⁹, el conflicto surgía cuando, en un seminario titulado «Información básica sobre el Islam», organizado por un instituto vinculado a un partido de derechas que defendía posiciones duras en materia de inmigración, la ponente hizo algunas referencias históricas al Profeta Mahoma, y concretamente a su matrimonio con la joven Aisha, una de sus esposas, sugiriendo que la figura central del Islam era alguien indigno de reverencia, pues había cometido acciones que, desde la perspectiva contemporánea, resultaban reprobables y serían reveladoras de una tendencia a la pedofilia. Los tribunales austríacos, aplicando la misma legislación utilizada en el caso *Otto-Preminger-Institut*, condenaron a la demandante a una multa de 480 euros como responsable de un delito de escarnio a la religión. En este caso, el TEDH encontró conforme al Convenio Europeo la sanción impuesta por las autoridades nacionales —a su juicio proporcionada— al tratarse de un tipo de discurso que maltrataba de manera abusiva al personaje más venerado del Islam, y que era por tanto susceptible de provocar una «indignación justificada» en la población musulmana.

En 2019, la sentencia *Təgiyev*¹⁰ declaraba que se había violado la libertad de expresión de los demandantes —un periodista y el director de una modesta revista— al imponérseles una condena penal de varios años de prisión, como consecuencia de la publicación de un artículo en el que criticaba al Islam, y al profeta Mahoma, por su falta de valores humanistas, en el contexto de un análisis sobre el futuro de Azerbaiyán respecto a Europa. Los demandantes terminaron por ser indultados, pero después de haber pasado más de un año en la cárcel. Es interesante hacer notar que un importante imán iraní lanzó una fatwa llamando a la muerte de los demandantes. Uno de ellos, el periodista, murió apuñalado por un desconocido, tres años después de presentar la demanda en Estrasburgo (cuya sentencia todavía tardaría otros ocho años en llegar). El Tribunal hacía notar, además de la desproporción de la sanción impuesta, la falta de análisis jurídico y fáctico por parte de los tribunales nacionales en el proceso penal.

En 2020, en el caso *Baldassi*¹¹, el TEDH decidía un peculiar caso de libertad de expresión: la condena penal, con sanciones económicas de varios miles de

⁹ *E.S. c. Austria*, 25 octubre 2018.

¹⁰ *Təgiyev y Huseynov c. Azerbaiyán*, 5 diciembre 2019.

¹¹ *Baldassi y otros c. Francia*, 11 junio 2020.

euros, de un grupo de personas de una organización filopalestina que habían iniciado una campaña en una gran superficie comercial en Alsacia. Situados a la entrada, instalaron unos carteles llamando a los compradores a boicotear los productos de procedencia israelí, en protesta por las políticas de Israel en Gaza, que calificaban de criminales. No hubo violencia alguna, o declaraciones de carácter antisemita. Absueltos en primera instancia, fueron condenados en apelación por «provocación a la discriminación económica» contra los proveedores de procedencia israelí. El Tribunal Europeo concluyó que se había producido una violación de la libertad de expresión, y que los tribunales franceses no habían realizado ponderación alguna de este derecho fundamental al aplicar las normas del Código Penal.

Más recientemente, en 2022, el caso *Rabczewska*¹² planteaba ante el TEDH la demanda de una popular cantante pop polaca —Doda— a quien los tribunales polacos habían impuesto una multa de algo más de 1.000 euros por infringir el Código Penal al emitir declaraciones que ofendían los sentimientos religiosos de otras personas mediante el insulto público a un objeto de culto religioso. Las declaraciones en cuestión se habían producido durante una entrevista en la que la cantante se refirió a la Biblia como una serie de «cuentos increíbles» que habían sido escritos por «tipos colocados por haber bebido vino y fumado hierba». A todas luces, no se trataba de un pronunciamiento serio o motivado, sino de una frivolidad hecha con intención de atraer el interés del público. Algo que el Tribunal Constitucional polaco entendió incompatible con el tono civilizado y respetuoso de la dignidad humana que ha de presidir el debate público, evitando la humillación de las personas —en este caso, mediante el ultraje al libro sagrado de cristianos y judíos. No obstante, el TEDH, en decisión no unánime, apreció violación de la libertad de expresión, sobre la base de que los tribunales polacos habían impuesto una pena demasiado severa, y no habían efectuado una valoración suficientemente cuidadosa de la medida en que las expresiones ofensivas podían poner en peligro la paz o la tolerancia religiosa¹³.

Poco después, el caso *Bouton*¹⁴ abordaba la «performance» realizada por una activista del grupo Femen en el interior de la conocida Iglesia de la Madeleine, en París. Pocos días antes de Navidad, con los pechos a la vista, y el cuerpo

¹² *Rabczewska c. Polonia*, 15 septiembre 2022.

¹³ Además de dos opiniones concurrentes con el resultado pero en desacuerdo con el razonamiento del Tribunal, el juez polaco (Wojtyczek) escribió un voto discrepante, haciendo notar la inconsistencia de esta decisión con otras sentencias anteriores del TEDH, e insistiendo en que las expresiones objeto de la condena debían entenderse en el contexto de un fenómeno de crecientes ataques físicos y verbales sobre todo contra judíos y cristianos en Polonia, y que no tomarse en serio las ofensas gratuitas contra la religión —el «lenguaje religiofóbico», en palabras del juez— podía contribuir a crear un clima de impunidad para los agresores que abriera la puerta a episodios más serios de violencia.

¹⁴ *Bouton c. Francia*, 13 octubre 2022. Un interesante comentario en G. GONZALEZ, «Motivation insuffisante pour la condamnation pénale d'une Femen auteur d'une "performance" pro-avortement dans une église en France: la surprotection de la liberté d'expression selon la Cour

cubierto de eslóganes, la activista realizó ante el altar una simulación paródica de un supuesto aborto de Jesucristo utilizando dos trozos de hígado de vaca. La actuación formaba parte de una campaña de Femen para protestar contra la posición de la Iglesia Católica en materia de aborto voluntario. Aunque se realizó fuera del horario de culto de la iglesia, la intención de la activista era darle la mayor difusión posible, y de hecho había convocado a un elevado número de periodistas. Los tribunales franceses la condenaron a un mes de prisión con suspensión de pena, y al pago de una indemnización de 2.000 euros a la parroquia por daño moral, además de contribuir a sus gastos de abogado con otros 1.500 euros. También aquí el Tribunal Europeo declaró la existencia de una violación de la libertad de expresión, subrayando la desproporción de la pena, así como el hecho de que los tribunales nacionales no habían analizado suficientemente los conflictos de derechos presentes, incluida no sólo la libertad de expresión de la demandante sino también su derecho a disponer del propio cuerpo. Además, hacía notar el Tribunal que la jurisdicción francesa había condenado a la demandante por comportamiento sexual inapropiado en público, y no por violación de la libertad religiosa —entre otras cosas, porque la legislación francesa no contempla delito alguno de profanación de lugar sagrado.

En fin, en diciembre de 2022, la sentencia *Zemmour*¹⁵ abordaba el caso de un periodista y cronista político que había sido procesado por ciertas declaraciones realizadas en la promoción de un libro suyo, en las que venía a identificar Islam y violencia, afirmaba la incompatibilidad entre los valores franceses y los islámicos, y urgía a luchar por lo que entendía era una colonización musulmana de Francia. Los tribunales, considerando que esas expresiones eran constitutivas de provocación a la discriminación y al odio religiosos, le condenaron a una multa de 3.000 euros. El Tribunal de Estrasburgo, al justificar la condena y rechazar que hubiera tenido lugar ninguna violación del artículo 10 del Convenio Europeo, hacía notar que la incitación al odio o la violencia puede producirse por medio de expresiones categóricas que atacan o denigran un grupo entero de personas a las que se estigmatiza o difama, de manera que se anime a su exclusión social.

No es mi intención ni tengo posibilidad de entrar aquí en un análisis pormenorizado de las sentencias anteriores y del razonamiento jurídico empleado por el Tribunal Europeo (o de algunas interesantes observaciones formuladas en los correspondientes votos particulares), pero sí interesa hacer notar brevemente algunas cosas, sin perjuicio de otras que se indicarán más adelante. Por un lado, de las sentencias mencionadas, las dos únicas que justifican la restricción de la libertad de expresión son aquellas en las que se trataba de lenguaje ofensivo contra el Islam; esto tal vez tenga que ver con el hecho de que es religión minoritaria en esos dos

européenne des droits de l'homme? (TEDH, 13 octubre 2022, *Bouton c. France*)», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 60 (2022), pp. 1-9.

¹⁵ *Zemmour c. Francia*, 20 diciembre 2022.

países, Austria (*E.S.*) y Francia (*Zemmour*), pero desde luego no está explicitado en la motivación aportada por el Tribunal. En todo caso, esas dos sentencias aparecen como casos aislados en el contexto de una tendencia del Tribunal Europeo, desde principios de los años 2000, a dar prioridad a la libertad de expresión sobre la tutela de sentimientos religiosos cuando ha debido enjuiciar situaciones caracterizadas por un discurso ofensivo que tenía lugar en un ámbito público¹⁶.

Por otro lado, hay algunos argumentos del TEDH que no parecen aplicarse de manera consistente. Entre ellos, el relativo al impacto de ciertas expresiones en la generación de un clima de intolerancia: por ejemplo, se maximiza ese potencial impacto en un seminario de apenas treinta personas donde se lanzan invectivas contra un personaje venerado en el Islam, el Profeta Mahoma (*E.S.*), pero se minimiza ese mismo impacto cuando se trata de una ridiculización de la Biblia, libro sagrado de judíos y cristianos, en una entrevista que fue escuchada por muchos miles de personas (*Rabczewska*). O los diferentes —y difícilmente comprensibles— criterios para evaluar la severidad de la sanción impuesta por lenguaje ofensivo, y su posible efecto intimidatorio (*chilling effect*) para el ejercicio de la libertad de expresión: así, por ejemplo, en *Zemmour* se considera razonable una multa de 3.000 euros a un periodista, pero en *Rabczewska* se entiende excesiva una multa de 1.160 euros a una cantante millonaria.

En fin, sorprende también la escasa relevancia que tiene en el razonamiento del Tribunal el hecho de que, en dos de los casos antes citados, la expresión ofensiva tenga lugar, intencionadamente y con el fin de buscar publicidad, dentro de un templo religioso (*Mariya Alekhina* y *Bouton*). Para el TEDH, lo único importante parece ser que no se interrumpió ningún acto de culto, ni hubo violencia, ni se impidió a persona alguna practicar su religión. Pero pasa por alto un hecho esencial: que la profanación de un lugar sagrado es en sí misma una violación de la libertad religiosa en su dimensión colectiva, al margen de que puedan concurrir otras circunstancias que hagan aún más grave esa violación, y aunque la legislación penal de un país —como Francia— no contemple esa acción como delito punible.

En las páginas que siguen, mi propósito será, en primer lugar, recordar los más importantes criterios sentados por la jurisprudencia de Estrasburgo para abordar jurídicamente los conflictos derivados del uso de lenguaje ofensivo, incluido el de carácter antirreligioso. Y, en segundo lugar, subrayar algunas de las cuestiones que, a mi juicio, la doctrina del Tribunal Europeo ha dejado sin resolver adecuadamente en materia tan delicada, y que necesitarían una elaboración más cuidadosa. Debiendo ser necesariamente selectivo, dedicaré particular atención a algunos de los interrogantes que plantean las sentencias *Sekmadienis* y *E.S.*, respectivamente, en relación con el concepto de moral pública y con la competencia de los tribunales para entrar en debates de carácter histórico.

¹⁶ Me remito a los trabajos citados *supra*, en la nota 3.

2. Los principios generales formulados por el Tribunal Europeo

El primero de los principios generales formulados en esta materia por el TEDH, desde hace más de cuarenta años, es que la libertad de expresión, aun no siendo desde luego absoluta o ilimitada, incluye el derecho a utilizar un lenguaje ofensivo o escandaloso. Para el Tribunal, este derecho, que es fundamento esencial de una sociedad que merezca el calificativo de democrática, comprende no sólo la libertad de difundir ideas que la sociedad percibe como razonables o inocuas, sino también aquellas que «ofenden, escandalizan o molestan al Estado o a una parte de la población»¹⁷. Lo cual significa que, aunque el ejercicio de la libertad de expresión es susceptible de ser restringido, la necesidad de cualquier restricción debe ser cuidadosamente examinada. A este respecto, el TEDH ha reconocido a las autoridades nacionales un cierto margen de apreciación discrecional, pero insistiendo en que este nunca es ilimitado; y subrayando además que sus decisiones están sometidas a revisión por la jurisdicción europea, especialmente en lo que concierne a la proporcionalidad para alcanzar la finalidad legítima perseguida por la medida restrictiva en cuestión¹⁸ (finalidad, además, que ha de ser una de las indicadas explícitamente en el art. 10.2 CEDH)¹⁹.

Con los años, el Tribunal Europeo ha ido delimitando algunos criterios para abordar ese delicado equilibrio entre el poder de decisión de los Estados y el poder de revisión de la jurisdicción de Estrasburgo respecto a la proporcionalidad de las restricciones a la libertad de palabra. Criterios que pueden sintetizarse en la necesidad de contextualizar el análisis, atendiendo tanto a las circunstancias de la sociedad en que tiene lugar la ofensa como a las de la persona que la realiza y a las de los medios empleados para difundirla²⁰. Sin olvidar la naturaleza y la severidad de las sanciones que en su caso se hayan impuesto: el carácter penal de la sanción o su cuantía económica pueden inclinar la balanza para determinar si se ha violado o no la libertad de expresión en un caso específico²¹.

¹⁷ «Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society [democratic society]. [...] it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that shock, offend or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”» (*Handyside*, § 49).

¹⁸ Cfr. *ibid.*

¹⁹ Es decir, la seguridad nacional, la integridad del territorio, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la tutela de la reputación y los derechos de los demás, impedir la divulgación de información confidencial, o garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

²⁰ Una síntesis de esos criterios puede encontrarse en la sentencia *Seher Karataş c. Turquía*, 9 julio 2002, § 37; más recientemente, en la citada *Mariya Alekhina*, §§ 217 ss. *Vid.*, también, E. HOWARD, *Freedom of Expression and Religious Hate Speech in Europe*, Routledge, 2018, pp. 99 ss.

²¹ Cfr. *Sürek c. Turquía* (n.º 1), 8 julio 1999, § 64; *Chauvy et al. c. Francia*, 29 junio 2004, § 78; *Patrel c. Francia*, 22 diciembre 2005, §§ 47-51; *Bouton*, § 46.

Junto a ese análisis contextual, el TEDH ha indicado que, en el concreto ámbito del debate político, el tipo de discurso protegible ha de concebirse de manera particularmente amplia. Y, correlativamente, la legitimidad de las limitaciones a ese discurso ha de interpretarse particularmente estricta; es decir, el Estado en cuestión debe proporcionar razones persuasivas y convincentes para justificar su restricción de la libertad de expresión. Una doctrina análoga ha de aplicarse a aquellas opiniones que abordan cuestiones de interés general para la sociedad²², especialmente si se pronuncian en el entorno de un debate académico²³. En cambio, el lenguaje comercial o publicitario es susceptible de mayores limitaciones, entendiéndose que no persigue de suyo el interés social general y que está en juego la protección de los ciudadanos frente a expresiones confusas o incluso engañosas²⁴.

La amplitud en la tutela de la libertad de expresión no sólo se aplica en lo relativo al contenido de la información u opinión de que se trate, sino también a la forma de difundirla. En otras palabras, ampara el derecho de las personas a elegir una forma especialmente ofensiva o chocante de transmitir un mensaje que podría haberse expresado de otra manera más respetuosa²⁵. Además, se entiende que no sólo queda protegido el mensaje que se transmite mediante palabras sino también mediante imágenes; por ejemplo, mediante expresiones artísticas²⁶.

El Tribunal ha insistido también en la importancia de distinguir entre declaraciones de hecho y opiniones²⁷. Las primeras, en la medida en que se refieren a una realidad objetiva, admiten un mayor control respecto a su verdad o falsedad, y por tanto dejan abierta la posibilidad de mayores restricciones o sanciones. Las opiniones, en cambio, son de hecho subjetivas; de manera que, mientras tengan un cierto apoyo en hechos reales, su expresión es mucho menos susceptible de ser limitada por el Estado.

Una situación específica es la del llamado *hate speech* o discurso de odio, que el TEDH entiende a la luz de las definiciones propuestas por otros órganos del Consejo de Europa; es decir, «toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia»²⁸. El Tribunal Europeo, cuando percibe que

²² Cfr., por ejemplo, *Lingens c. Austria*, 8 julio 1986, § 42; *Castells c. España*, 23 abril 1992, § 46; *Wingrove c. Reino Unido*, 25 noviembre 1996, § 58; *Fressoz y Roire c. Francia (GC)*, 21 enero 1999, § 45; *Seher Karataş c. Turquía*, 9 julio 2002, § 37; *Rabczevska*, § 46.

²³ Cfr. *Lombardi Vallauri c. Italia*, 20 octubre 2009, § 43; *Ayuso Torres c. España*, 8 noviembre 2022, §§ 51-53.

²⁴ Cfr. *Sekmadienis*, §§ 73 y 76.

²⁵ Cfr. *Oberschlick c. Austria*, 23 mayo 1991, § 57; *Prager y Oberschlick c. Austria*, 26 abril 1995, § 38.

²⁶ Cfr. *Müller y otros c. Suiza*, 24 mayo 1988, § 27; *Bouton*, § 30.

²⁷ Cfr. *Lingens c. Austria*, 8 julio 1986, § 46; *E.S.*, §§ 47-48.

²⁸ Recomendación No. R (97) 20 sobre *hate speech* del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 30 octubre 1997. La cuestión ha sido analizada en España por I. MARTÍN SÁNCHEZ, «El discurso del odio en el ámbito del Consejo de Europa», en *Revista General de Dere-*

una determinada expresión entra dentro de la categoría de discurso de odio, ha sido siempre tajante en afirmar que en ningún caso goza de la protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y con frecuencia lo ha hecho aplicando no el artículo 10.2 (límites legítimos a la libertad de expresión), sino el artículo 17, que prohíbe el abuso de derecho²⁹ —a pesar de que el propio Tribunal afirma que en materia de libertad de expresión ese artículo sólo puede aplicarse de manera excepcional y en casos extremos³⁰. De manera que, en tales casos, la tendencia ha sido no entrar en el fondo del asunto sino declarar las demandas inadmisibles por incompatibilidad *ratione materiae* con el Convenio (a veces con una argumentación que, en el fondo, contiene una verdadera sentencia «disfrazada» de decisión de inadmisibilidad³¹). En otras palabras, en esos casos no sería preciso realizar un juicio de proporcionalidad para comprobar si existe justificación legítima para restringir la libertad de expresión, puesto que el *hate speech* no constituye de suyo una manifestación de ese derecho fundamental que sea potencialmente tutelada por el Convenio Europeo.

Lo anterior se aplica también, naturalmente, al caso de *hate speech* de carácter antirreligioso, aunque el Tribunal ha sido hasta el momento reacio a aceptar que en los casos que se le han planteado se haya dado esa situación. Una excepción es la reciente sentencia *Zemmour*, antes mencionada, en la que, con razonamiento algo confuso, parecen reconocerse los elementos constitutivos del discurso de odio, pero la decisión se fundamenta en las cláusulas limitativas del artículo 10.2 y no en la aplicación del artículo 17³². Lo normal ha sido que, cuando se han sometido a su jurisdicción conflictos generados por ofensas a la religión, o a una religión determinada, lo más que el TEDH ha estimado es que se trataba de «ofensas gratuitas» a los sentimientos religiosos. Y a este propósito,

cho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 28 (2012), pp. 1-33. Desde una perspectiva más amplia, que incluye la iniciativa contra la «difamación de las religiones», que circuló en Naciones Unidas durante un tiempo, *vid.* los trabajos de Z. COMBALÍA, «Libertad de expresión y difamación de las religiones: el debate en Naciones Unidas a propósito del conflicto de las caricaturas de Mahoma», y F. PÉREZ-MADRID, «Incitación al odio religioso o “hate speech” y libertad de expresión», ambos en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 19 (2009). *Vid.*, también, el conjunto de trabajos que, desde perspectivas diversas, recoge el número monográfico de la revista *Derecho y Religión*, 12 (2017), coord. por I. CANO.

²⁹ «Artículo 17. Prohibición del abuso de derecho.— Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo».

³⁰ Cfr. *Zemmour*, § 26.

³¹ El caso más emblemático es probablemente *Roger Garaudy c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la Appl. No. 65831/01, 24 junio 2003.

³² *Vid.* *Zemmour*, §§ 59-61. La sentencia, en curioso razonamiento, afirma que «a la luz del artículo 17, el Tribunal considera que las declaraciones del demandante no constituyen una categoría de discurso que pueda beneficiarse de la protección reforzada del artículo 10 del Convenio, y deduce de ello que las autoridades francesas gozaban de un amplio margen de apreciación para imponer una restricción» (§ 61).

desde la sentencia *Otto-Preminger-Institut* en 1994, la posición del Tribunal ha sido que, al no existir un claro consenso europeo acerca de los límites de la acción del Estado en materia tan delicada, y tan vinculada a la historia y cultura nacionales, debe aplicarse con generosidad la doctrina del margen de apreciación³³. Es decir, ha de reconocerse a las autoridades nacionales un ámbito de discrecionalidad para decidir cuándo y cómo deben aplicarse las medidas restrictivas de derechos fundamentales previstas en diferentes artículos del Convenio, incluido el art. 10, que garantiza la libertad de expresión.

Pese a que la doctrina del TEDH en materia de ofensas gratuitas a la religión deja importantes cuestiones en el aire y ha sido objeto de no pocas críticas³⁴, el Tribunal no ha modificado sus principios generales³⁵ —si bien en la práctica de los últimos quince años, como antes indiqué, se ha inclinado casi siempre por hacer prevalecer la libertad de expresión en ese tipo de situaciones.

3. Una jurisprudencia que necesita desarrollo

Los principios antes mencionados pueden no plantear grandes dificultades para ser aceptados en abstracto, pero requieren no pocas precisiones o matizaciones cuando se aplican para la resolución de casos específicos. Y ahí es quizá donde la actividad del TEDH podría haber sido más clara. Es decir, menos atenta a la exposición grandilocuente de principios generales, y más preocupada por proporcionar criterios concretos que puedan verdaderamente servir de guía a las jurisdicciones nacionales cuando tengan que ocuparse en el futuro de situaciones análogas³⁶.

³³ Para un análisis extenso de la doctrina margen de apreciación, formulada por primera vez de manera explícita en *Handyside*, vid. Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002. Una explicación breve, con las referencias jurisprudenciales clave, en J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «Limitations on Religious Freedom in the Case Law of the European Court of Human Rights», en *Emory International Law Review*, 19 (2005), pp. 599-602. Para una interesante reinterpretación reciente de esa doctrina, con sugerencias de futuro, M. IGLESIAS VILA, «Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication within a cooperative conception of human rights», en *International Journal of Constitutional Law*, 15 (2017), pp. 393-413.

³⁴ Vid., por ejemplo, E. HOWARD, *Freedom of Expression*, cit. en nota 20, pp. 28-32; I. LEIGH, «Damned if They Do, Damned if They Don't: The European Court of Human Rights and the Protection of Religion from Attack», en *Res Publica*, 17.1 (2011), p. 71; I. CRAM, «The Danish Cartoons, Offensive Expression, and Democratic Legitimacy», en I. HARE & J. WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009, pp. 325-327; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Freedom of Expression*, cit. en nota 3, pp. 267-269.

³⁵ De hecho ha reafirmado esa jurisprudencia recientemente en *E.S.*, §§ 43-45, y *Rabczewska*, §§ 51-53.

³⁶ Me remito en este punto a mis observaciones en J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «Strasbourg's Approach to Religion in the Pluralist Democracies of Europe», en R. Griffith-Jones & M. Hill (eds.), *Magna Carta, Religion and the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2015, especialmente pp. 284-288.

En realidad, cuando se analizan las decisiones de Estrasburgo en tema de libertad de expresión, aflora la impresión de que el Tribunal, en materia tan difícil y tan necesitada de ponderación, no termina de emplearse a fondo en la definición de los linderos que separan el territorio del margen de apreciación nacional y el del acervo común de criterios jurídicos que han de prevalecer en la totalidad de los países del Consejo de Europa. Y utiliza unos principios de formulación muy general, que repite casi como mantras en cada decisión: como un comodín que le permite resolver conflictos de una manera u otra sin que a veces quede patente por qué —y el problema se acentúa si se tiene en cuenta que no todas las salas del Tribunal aplican esos principios generales de igual modo.

En esa dinámica, que muchos pensamos no es la ideal, no es raro que queden cuestiones importantes sin abordar con la profundidad que sería deseable.

Por ejemplo, y por mencionar simplemente algunas cuestiones que no podré tratar con detalle en estas páginas, hasta qué punto la jurisprudencia europea no debería reconsiderar algunos aspectos de su doctrina sobre discurso de odio a la luz del tratamiento que la judicatura norteamericana ha dado al *hate speech*³⁷. No porque considere que esta última es el paradigma a seguir (es significativo que la propia doctrina jurídica haya situado ese tratamiento dentro de lo que se ha llamado «excepcionalismo americano»³⁸), sino porque probablemente pueden encontrarse puntos intermedios entre las concepciones estadounidense y europea de cómo debe el Estado reaccionar frente a esa clase de lenguaje abusivo, y en qué circunstancias es legítimo restringir el ejercicio de una libertad, la de expresión, que es pilar indiscutible de las sociedades democráticas³⁹.

³⁷ De entre la ingente literatura jurídica al respecto en Estados Unidos, *vid.* M. MATSUDA y otros, *Words that Wound*, Westview Press, 1993; R. C. POST, «Cultural Heterogeneity and Law: Pornography, Blasphemy, and the First Amendment», en *California Law Review*, 76 (1988), pp. 297-335; C. E. BAKER, «Harm, Liberty, and Free Speech», en *Southern California Law Review*, 70 (1997), pp. 979-1020; M. MINOW, «Regulating Hatred: Whose Speech, Whose Crimes, Whose Power?—An Essay for Kenneth Karst», en *UCLA Law Review*, 47 (2000), pp. 1253-1277; R. M. O'NEIL, «Hate Speech, Fighting Words, and Beyond—Why American Law is Unique», en *Albany Law Review*, 76 (2012-2013), pp. 467-498. En España, Z. COMBALÍA, «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*, 45 (2017), pp. 1 ss. Para una interesante comparación entre Estados Unidos y Canadá, K. GREENAWALT, *Fighting Words: Individuals, Communities and Liberties of Speech*, Princeton University Press, 1996; y S. TOMLINS, «The Freedom to Offend? How the “Mohammad Cartoon Controversy” Has Influenced Public Debate on Canada’s Hate Speech Regulation», en *Journal of Church and State*, 57 (2013), pp. 44-71.

³⁸ Para un extenso análisis del excepcionalismo americano por parte de varios autores, *vid.* M. IGNATIEFF (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, 2005. Una enérgica y razonada crítica a los planteamientos predominantes en Estados Unidos en materia de *hate speech* ha sido formulada por J. WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2012.

³⁹ Para una interesante confrontación de las ideas norteamericanas y europeas sobre cómo ha de abordarse el discurso de odio en las sociedades contemporáneas, *vid.* M. HERZ & P. MOLNAR,

Algo parecido sucede con el dilema de si enjuiciar los casos de discurso de odio a la luz del artículo 17 CEDH (abuso de derecho) o bien del artículo 10.2 (límites a la libertad de expresión). La jurisprudencia de Estrasburgo ha tenido tradicionalmente una tendencia a seguir la primera opción, que personalmente no es la que me parece más adecuada, entre otras razones porque, una vez calificada una expresión de discurso de odio, se exime al Estado de aportar justificaciones precisas de por qué se limita la libertad de expresión. Aun así, la actuación del Tribunal no siempre ha seguido criterios fácilmente identificables, como se comprueba en los casos de *negacionismo*. Así, la negación del Holocausto del pueblo judío por el régimen nazi se ha resuelto normalmente con el mayor rigor a la luz del artículo 17⁴⁰, y lo mismo ha sucedido a veces con expresiones que se han calificado como discurso de odio anti-islámico⁴¹; mientras que la negación del genocidio armenio perpetrado por el gobierno turco a principios del siglo XX ha recibido un tratamiento diverso, examinando el Tribunal hasta qué punto estaba justificada la restricción de la libertad de expresión bajo el prisma del artículo 10.2 (y concluyendo, por exigua mayoría, que no lo estaba)⁴².

Otra cuestión que el TEDH no ha entrado a clarificar es si deberían distinguirse, desde la perspectiva de la tutela ofrecida por el Convenio Europeo, las opiniones vertidas mediante canales privados de aquellas otras expresadas en espacios públicos⁴³. Pues es posible que unas y otras no deban necesariamente recibir el mismo tratamiento jurídico, y además sería probablemente adecuado realizar ulteriores distinciones dentro de lo que llamamos espacios públicos y privados. No es lo mismo la plaza pública que un parlamento o una emisora de radio o televisión de titularidad pública; como tampoco es lo mismo una publicación privada o un blog personal en internet que una emisora de televisión privada, sometida en muchos países europeos a un fuerte sistema de concesión pública. De nuevo, podría resultar útil aquí una comparación con la jurisprudencia norteamericana en la materia, que distingue diversos tipos de foros en los que se expresan las opiniones⁴⁴. No porque piense que la jurisprudencia de Estrasburgo deba «americanizarse», sino porque la judicatura del Tribunal Supremo estadounidense —sea cual fuere la opinión que nos merezcan sus soluciones

The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses, Cambridge University Press, 2012; I. HARE & J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009.

⁴⁰ Cfr. *Roger Garaudy*, citado en nota 31; también *M'Bala M'Bala c. Francia*, Dec. Adm. Appl. n.º 25239/13, 20 octubre 2015.

⁴¹ *Vid. Norwood c. Reino Unido*, decisión sobre la admisibilidad de la Appl. No. 23131/03, 16 noviembre 2004. No, en cambio, en *Zemmour*, según se vio antes (*vid. notas 15 y 32, y texto correspondiente*).

⁴² *Perinçek c. Suiza*, Gran Sala, 15 octubre 2015.

⁴³ Está cuestión podría ser abordada por el Tribunal en el caso *Asociación de Abogados Cristianos c. España*, comunicado el 20 junio 2019.

⁴⁴ Para una explicación crítica de la doctrina judicial norteamericana que distingue entre los varios tipos de foro y sus consecuencias, con abundantes referencias jurisprudenciales y bibliográficas, *vid. L. LIDSKY, «Public Forum 2.0»*, en *Boston University Law Review*, 91 (2011), pp. 1975-2028.

concretas— ha puesto más esfuerzo en elaborar criterios relativamente claros que orienten la decisión de casos futuros por parte de jurisdicciones inferiores (y del propio Supremo); mientras que el Tribunal de Estrasburgo parece en ocasiones más preocupado de justificar una determinada decisión de manera inatacable que de trazar un itinerario legible de actuación futura para los tribunales nacionales europeos (y, naturalmente, también para él mismo).

En esa misma línea de matizar las limitaciones legítimas a la libertad de expresión dependiendo del lugar en que se produzca, pienso que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha reconocido suficiente relevancia al hecho de que las manifestaciones ofensivas se realicen en un lugar de culto. Esa fue la situación, recuérdese, en los casos *Mariya Alekhina* y *Bouton*⁴⁵. Es cierto que, en el primero, el Tribunal menciona que la libertad de expresión no garantiza el derecho de entrar en un inmueble de propiedad privada o pública, ni exime de respetar ciertas normas de conducta, como las que rigen en un templo religioso⁴⁶. Pero al mismo tiempo subraya que a las demandantes les fue impuesta una pena excesiva teniendo en cuenta que no habían interrumpido ninguna ceremonia ni causado daños a personas o bienes⁴⁷, y parece dar por supuesto que la gravedad de la invasión de un lugar de culto depende de la medida en que algunas personas la encuentren ofensiva⁴⁸. El mismo planteamiento domina la sentencia *Bouton*: el mensaje implícito es que invadir una iglesia constituye simplemente una infracción de «normas de conducta aceptables en un lugar de culto», que no es demasiado grave si no va acompañada de incitación al odio o a la violencia, o no se interrumpe una ceremonia religiosa⁴⁹. Es más, el Tribunal se permite afirmar —a los efectos de maximizar la libertad de expresión de la demandante— que una iglesia es un «lugar público»⁵⁰, cuando en realidad es un lugar privado que normalmente se abre al público siempre que las personas respeten su carácter sagrado y se comporten en consecuencia⁵¹. Más allá del juicio que pueda merecer la proporción de las penas impuestas a las demandantes en esos casos —penas particularmente severas en el caso de *Mariya Alekhina* pero no tanto en *Bouton*⁵²— se echa de menos un pronunciamiento claro del TEDH afirmando que la invasión de un lugar de culto constituye en sí misma una violación de la

⁴⁵ *Vid. supra*, epígrafe 1.

⁴⁶ Cfr. *Mariya Alekhina*, §§ 213-214.

⁴⁷ Cfr. *ibid.*, § 215.

⁴⁸ Cfr. *ibid.*, § 225.

⁴⁹ Cfr. *Bouton*, §§ 30, 49, 51, 61 y 62.

⁵⁰ Cfr. *ibid.*, §§ 45 y 53.

⁵¹ De hecho, esa distinción está presente en la sentencia *The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints c. Reino Unido*, 4 marzo 2014, en la que el TEDH negó que hubiera trato discriminatorio por el hecho de que a un templo mormón no se le aplicaran ciertos beneficios fiscales por el hecho de no estar abierto al público sino ser accesible sólo para los miembros de esa iglesia que cumplieran con sus obligaciones religiosas.

⁵² Y más aún teniendo en cuenta que probablemente las multas habrían sido pagadas por Femen, en cuyo nombre actuó la demandante, y no por ella misma.

libertad religiosa (artículo 9 CEDH) y nunca puede ser un ejercicio legítimo de la libertad de expresión (artículo 10 CEDH), uno de cuyos límites es la protección de los derechos de los demás.

Veamos a continuación algunas otras cuestiones que, a mi entender, reclaman por parte del TEDH una atención mayor de la que han recibido hasta ahora.

4. Libertad religiosa y protección de los sentimientos religiosos

La primera de ellas, esencial, es dilucidar si la protección de los sentimientos religiosos, ya sea de la mayoría o de una minoría de la población, forma parte del contenido de la libertad de religión y de creencias garantizada por el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A mi modo de ver, mantener que el ordenamiento jurídico tenga como una de sus funciones la protección de sentimientos, religiosos o de cualquier otra clase, resulta problemático, pues condiciona las garantías jurídicas, de suyo deseablemente tendentes a la objetivación, a un ámbito de subjetividad, de inestabilidad, y de imprevisibilidad, características que suelen acompañar al mundo de los sentimientos.

En todo caso, el Tribunal de Estrasburgo ha mantenido una posición ambigua o dubitativa a este propósito⁵³. Por un lado, sobre la base de que el artículo 10 CEDH protege también las opiniones que «ofenden, molestan y escandalizan»⁵⁴, el Tribunal ha afirmado que las religiones no pueden esperar permanecer libres de crítica⁵⁵. Es más, como antes hice notar, para el TEDH el artículo 10 protege la elección deliberada no sólo de contenido ofensivo, sino también de una forma particularmente ofensiva para transmitirlo, así como el recurso a cierta exageración e incluso provocación⁵⁶. Pero al mismo tiempo, en *Otto-Preminger-Institut*, parece dar a entender que los sentimientos religiosos están incluidos en el contenido protegible de la libertad religiosa:

«Puede estimarse legítimamente que el respeto de los sentimientos religiosos de los creyentes, garantizados por el artículo 9, resulta violado por las referencias provocativas a objetos de veneración religiosa, las cuales pueden ser consideradas como una violación maliciosa del espíritu de tolerancia, que ha de ser también un rasgo característico de la sociedad democrática»⁵⁷.

Aunque el Tribunal no deja claro en qué casos la tutela de los sentimientos religiosos puede prevalecer sobre el derecho a la libertad de expresión, su ten-

⁵³ Para más detalles me remito a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *¿Libertad de expresión amordazada?*, cit. en nota 3, y las referencias allí incluidas.

⁵⁴ *Handyside c. Reino Unido*, 7 diciembre 1976, § 49.

⁵⁵ Cfr. *Otto-Preminger-Institut*, § 47; entre las numerosas reiteraciones de esa doctrina, vid. recientemente, *Rabczewska*, § 51.

⁵⁶ *Vid. supra*, jurisprudencia citada en nota 25.

⁵⁷ *Otto-Preminger-Institut*, § 47.

dencia ha sido interpretar que sólo en casos extremos resultan justificables las limitaciones o sanciones que se imponen cuando se utiliza un lenguaje intencionadamente ofensivo o provocador de signo antirreligioso⁵⁸. Y, complementariamente, ha mantenido el principio de que en esta materia ha de aplicarse la doctrina del margen de apreciación: puesto que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no impone una política uniforme al respecto, y en ausencia de un consenso común en Europa, los ordenamientos jurídicos de cada país tienen cierta discrecionalidad para sancionar las expresiones «gratuitamente ofensivas» contra una religión o sus símbolos sagrados⁵⁹.

La doctrina de Estrasburgo parece estar dominada por la convicción de que el ejercicio de la libertad de religión y creencia —ya sea por parte de personas religiosas o no religiosas— requiere un clima de tolerancia y de respeto, libre de ataques que puedan de hecho retraer a los ciudadanos de manifestar sus creencias sin intimidación. Así lo sugiere otra de las frases del Tribunal en *Otto-Preminger-Institut*:

«[...] la manera en que se expresa la oposición o el rechazo a las creencias y doctrinas religiosas es una cuestión que puede implicar la responsabilidad del Estado, en especial su responsabilidad de asegurar el disfrute pacífico de los derechos garantizados por el artículo 9 a quienes sostienen tales creencias y doctrinas. De hecho, en casos extremos, ciertos métodos de rechazar o de oponerse a creencias religiosas pueden incluso producir el efecto de inhibir a quienes profesan dichas creencias de ejercitar su libertad para profesarlas y expresarlas»⁶⁰.

Esto, por lo demás, es un rasgo común a todas las libertades fundamentales. Un entorno social de libre discusión y de libre expresión, incluida la libre manifestación de las creencias, es esencial para la democracia. Y viceversa, un ambiente de agresividad verbal o de violencia no constituye el hábitat más adecuado para el ejercicio de las libertades. Desde esta perspectiva, las agresiones a la religión no son intrínsecamente diversas de las agresiones por razón del sexo, la raza o el origen nacional; y recordemos que todos esos factores son mencionados por el artículo 14 CEDH, que prohíbe la discriminación⁶¹.

⁵⁸ En España existe una norma específica al respecto. El artículo 525 del Código Penal criminaliza el escarnio público, de palabra o por escrito, de los «dogmas, creencias, ritos o ceremonias» de una confesión religiosa con intención de ofender los sentimientos de sus miembros; y aplica la misma pena a una conducta análoga respecto de quienes no profesan religión alguna. Es una norma que apenas se aplica. Sobre toda esta temática, desde una perspectiva de derecho comparado, puede verse el conjunto de trabajos reunidos en J. MARTÍNEZ-TORRÓN & S. CAÑAMARES ARRIBAS (coords.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, cit. en nota 3.

⁵⁹ Cfr. *Otto-Preminger-Institut*, §§ 49-50.

⁶⁰ *Otto-Preminger-Institut*, § 47.

⁶¹ De hecho, la posibilidad de considerar la religión como una causa legítima para restringir la libertad de expresión fue reconocida incluso por los tres jueces que, en *Otto-Preminger-Institut*, escribieron una opinión discrepante y rehusaron aceptar que de la libertad religiosa consagrada en el art. 9 CEDH pueda derivarse un pretendido derecho a la tutela de los sentimientos religio-

Aun así, no debemos perder de vista que toda restricción de la libertad de expresión, además de perseguir una finalidad legítima, debe ser justificada como «necesaria en una sociedad democrática» a tenor del art. 10.2 CEDH. Lo cual significa que —en palabras del TEDH— debe responder a «una necesidad social imperiosa»⁶².

A mi juicio, el análisis de las situaciones de ofensas a los sentimientos religiosos ha de partir de un principio de base: que la tutela de los sentimientos religiosos no forma parte, de suyo, de la garantía de la libertad religiosa. El artículo 9 CEDH protege un ámbito de libertad, no un entorno de sentimientos o emociones.

Lo anterior no significa que no puedan restringirse o sancionarse legítimamente las expresiones gratuitamente ofensivas para la religión en casos especialmente graves. En concreto, aquellos casos en que el lenguaje injurioso tiene carácter claramente calumnioso, pues la libertad de expresión no protege el derecho a mentir ni, por tanto, a calumniar (aunque esto suscita interesantes cuestiones acerca de la verdad histórica, a las que me referiré enseguida, en los epígrafes siguientes). Y también aquellos otros en los que, aun sin constituir en rigor *hate speech*, el discurso utilizado puede traducirse de hecho, por las circunstancias y el contexto, en una limitación al derecho de libertad religiosa de las personas. Por ejemplo, y sobre todo, cuando la ofensa proferida no se limita a herir los sentimientos de determinados fieles, sino que daña seriamente la reputación de una confesión religiosa o de sus miembros, produciendo así situaciones de discriminación o dificultando que algunos ciudadanos practiquen libremente su religión.

Pienso que es en ese sentido cómo ha de interpretarse la alusión del TEDH al efecto inhibitorio que ciertas expresiones públicas pueden tener en la libertad de ciertas personas para manifestar sus creencias; así como la referencia de la opinión discrepante de tres jueces en *Otto-Preminger-Institut* a los ataques abusivos a la reputación de grupos religiosos⁶³. En tales situaciones ya no se trataría de un simple desprecio a los sentimientos sino propiamente de un ataque a la libertad de otros. Esto, por lo demás, es más fácil que suceda con minorías religiosas, por lo general más vulnerables a las consecuencias de la difamación, que con la religión mayoritaria.

En todo caso, la última jurisprudencia del Tribunal Europeo suscita serias dudas respecto a su consistencia en la aplicación de sus propios principios generales. Así, en la sentencia *E.S. c. Austria*, siguiendo la argumentación de *Otto-Pre-*

sos. En sus palabras exactas, «la tolerancia se aplica a todos, y el carácter democrático de una sociedad resultará afectado si se permiten ataques abusivos a la reputación de un grupo religioso» (*Otto-Preminger-Institut c. Austria*, opinión discrepante conjunta de los jueces Palm, Pekkanen y Makarczyk, § 6).

⁶² *Handyside c. Reino Unido*, § 48.

⁶³ *Vid. supra*, notas 60 y 61, y texto correspondiente.

minger-Institut, el TEDH consideró que las autoridades austríacas habían actuado de manera apropiada cuando impusieron una multa a la persona que, en un seminario organizado por un partido político en el que participaban una treintena de personas, había realizado comentarios críticos sobre Mahoma, ultrajando la memoria de un personaje venerado por los musulmanes de manera tal que podía herir los sentimientos religiosos y generar «indignación justificada» en la población. Esas expresiones podían mermar el espíritu de tolerancia que debe existir en una sociedad para que puedan ejercerse las libertades, y las autoridades nacionales disponían de un margen de apreciación amplio para imponer las restricciones a la libertad de expresión que considerase necesarias. En cambio, en *Rabczewska*, tras reiterar los mismos principios generales a propósito de expresiones insultantes contra la Biblia —que en esta ocasión fueron escuchadas por muchos miles de personas— el Tribunal venía a negar en la práctica el margen de apreciación discrecional amplio a las autoridades nacionales, al sustituir su juicio de proporcionalidad acerca del daño que las burlas injuriosas contra el libro sagrado de judíos y cristianos podía causar para el clima de tolerancia y respeto en la sociedad polaca.

Puede tal vez pensarse que la diferente decisión del Tribunal en esos dos casos tuviera algo que ver con el hecho de que la religión católica es la mayoritaria en Polonia, mientras que los musulmanes son una minoría en Austria, y que el partido político que organizaba el seminario en cuestión era particularmente duro con la inmigración procedente de países islámicos. Tal apreciación podía haber sido comprensible, en la medida en que la posición de una minoría es más frágil frente a ataques verbales que pueden perjudicar su reputación, lo cual a su vez puede traducirse en una mayor dificultad práctica, o incluso intimidación, a la hora de ejercer su libertad religiosa. Pero curiosamente este punto no aparece en los respectivos razonamientos utilizados por el TEDH. Al contrario, todo queda en una nebulosa aplicación de criterios generales al caso concreto que no puede sino suscitar perplejidad.

Aún más inquietante, a mi entender, es el acento que pone el Tribunal Europeo en la idea de que el Estado está autorizado para limitar la libertad de expresión cuando algunas personas utilizan palabras que son susceptibles de causar una «indignación justificada» en parte de la población. Esta idea procede de la legislación de Austria⁶⁴, y quizá podría tener algún fundamento —por la doctrina del margen de apreciación— en las sentencias *Otto-Preminger-Institut* y *E.S.*, al ser esa la ley nacional que se había aplicado en ellos. Pero el Tribunal utiliza el mismo argumento también en *Rabczewska*, pese a que la ley polaca nada dice al respecto⁶⁵. Lo cual significa que el Tribunal abre la posibilidad de que sea empleado en el futuro como argumento a favor de limitaciones a la libertad de

⁶⁴ *Vid. E.S.*, § 24.

⁶⁵ El Código Penal polaco habla sólo de ofensas a los sentimientos religiosos mediante ultrajes públicos a objetos de veneración o culto. *Vid. Rabczewska*, § 21.

expresión en el contexto europeo, y no sólo en el contexto austríaco. Pienso que eso resulta problemático, especialmente teniendo en cuenta la indefinición del término «indignación justificada», que el TEDH pone además en relación con el mantenimiento de la «paz religiosa»⁶⁶. En la práctica, un tal razonamiento podría llevar a establecer una peligrosa conexión entre la expresión ofensiva y la reacción «indignada» de los creyentes de una determinada religión, en el sentido de que a mayor previsibilidad de reacción que pusiera en riesgo la «paz religiosa» correspondería una más fácil legitimación de las restricciones a la libertad de expresión que puede herir ciertas sensibilidades. En otras palabras, si se puede razonablemente prever que en ciertos sectores de la población habrá una reacción dura o incluso violenta frente a cierto tipo de discursos, el Estado estaría más legitimado para limitar o sancionar esos discursos.

Por aceptable que pueda resultar a primera vista el argumento basado en la paz religiosa o social, pienso que sin los debidos matices —que el Tribunal Europeo no aporta— estaría abocado a provocar el efecto contrario: generar intolerancia en lugar de tolerancia. Así, en la hipótesis de que las autoridades de un Estado justificaran más fácilmente las ofensas contra objetos o personas veneradas en el Islam porque prevén una respuesta violenta por parte de algunos musulmanes —simples fieles o imanes— mientras que, al contrario, fueran más permisivas en el caso de ataques verbales a símbolos o personajes cristianos porque presumen que la paz social no se verá alterada, no sólo se trataría de un trato discriminatorio, sino que además el criterio utilizado para tal desigualdad sería muy desacertado. En el fondo, aun de manera no intencional, supondría una invitación implícita a reaccionar desproporcionadamente frente a la ofensa antirreligiosa: es decir, habría quien pensara que, si el Estado sólo se preocupa de los ultrajes a la religión de los violentos, será preciso reaccionar violentamente para que el Estado se tome en serio los insultos a otras religiones.

5. Hechos objetivos y opiniones subjetivas

Antes hice notar que, para el TEDH, resulta capital la distinción entre las expresiones que constituyen declaraciones de hecho y las que contienen una opinión, pues la verdad o falsedad de los hechos es más controlable que la de las opiniones. Mientras que estas son subjetivas y se encuadran en la legítima diversidad de interpretaciones de la realidad, la objetividad de los hechos es contrastable y a veces mensurable. De ahí que, a ojos del Tribunal Europeo, una opinión subjetiva se encuentra principio protegida por la libertad de expresión del artículo 10 CEDH siempre que esté apoyada sobre hechos objetivos y ciertos.

La cuestión que surge inmediatamente es cuánto fundamento de hecho objetivo —verdadero— hace falta para que una opinión subjetiva se beneficie

⁶⁶ Cfr. E.S., §§ 41, 50, 52 y 57; *Rabczevska*, §§ 52, 60, 62 y 64.

de la tutela del artículo 10; cuestión que reviste particular relevancia cuando una determinada opinión interpreta los hechos reales de manera rocambolesca. Naturalmente, toda persona contempla la realidad desde un prisma propio, que incluye cierto grado de selección, sesgo, deformación, y que puede llegar incluso a manipulación o tergiversación. La pregunta verdaderamente importante es cuándo esa manipulación deja de ser una simple «interpretación» de los hechos, por exagerada o parcial que sea, y se transforma propiamente en una mentira —muchas veces, presentar una realidad mutilada es una manera más sutil, y más eficaz, de mentir. No es, desde luego, una pregunta fácil de responder, y aún menos en abstracto.

Consciente de que en caso de duda es preferible inclinarse por la libertad (*in dubio pro libertate*), la jurisprudencia del TEDH, como en general la de las democracias occidentales, tiende a concebir de manera maximalista la libertad de expresar opiniones subjetivas, siempre que exista un mínimo de verdad, por grande que sea la imaginación de quien se expresa, o por notoria que sea la parte de verdad que se deja al margen en una concreta interpretación subjetiva de la realidad. Se trata, creo, de una tendencia razonable, fundada sobre la certeza de que los hipotéticos beneficios que comportaría corregir las opiniones que deforman interesadamente los hechos objetivos se ven superados por los riesgos de dar a los poderes públicos la posibilidad de intervenir en el libre intercambio de ideas para definir cuál sería la «versión ortodoxa» de la realidad, y por tanto para ilegalizar o proscribir cualquier versión «heterodoxa» de la misma⁶⁷.

Traslademos ahora lo anterior al concreto ámbito de las expresiones ofensivas dirigidas contra la religión o contra una religión en particular. ¿Cuál ha sido la posición del Tribunal de Estrasburgo al respecto? La respuesta escueta sería: irregular. Dos ejemplos servirán para ilustrarlo.

Uno es el caso *Giniewski*, de 2006, en cuyo origen se hallaba un artículo de prensa contra la Iglesia Católica, que había sido considerado difamatorio por los tribunales franceses⁶⁸. El demandante se describía a sí mismo como un periodista, historiador y sociólogo que buscaba en su trabajo promover un acercamiento entre judíos y cristianos. En 1994 había publicado un breve artículo periodístico criticando la Encíclica *Veritatis Splendor* de Juan Pablo II. En él afirmaba que la

⁶⁷ De manera gráfica lo expresaba el Tribunal Supremo de los Estados Unidos hace ya muchos años: «Si hay alguna estrella fija en nuestra constelación constitucional, es que ninguna autoridad, de mayor o menor rango, puede prescribir lo que es ortodoxo en política, nacionalismo, religión u otras materias opinables, ni puede forzar a los ciudadanos a confesar, de palabra o de hecho, su fe en ellas». *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 642 (1943). El caso se refería a la objeción de conciencia de los testigos de Jehová a participar en la ceremonia de saludo a la bandera en las escuelas públicas. Para ulteriores detalles, *vid.* J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Las objeciones de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano*, en ADEE 1 (1985), pp. 429-435. También J. I. RUBIO, *Hacia la primera libertad. Libertad religiosa en los EEUU: de las colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986)*, Eunsa, 2011.

⁶⁸ *Giniewski c. Francia*, 31 enero 2006.

doctrina católica de la consumación del Antiguo Testamento por el Nuevo Testamento contenía el germen del antisemitismo y constituía el fundamento teológico que hizo posible el exterminio de judíos en los campos de concentración nazis. El texto del artículo sugería un paralelismo entre la consumación del Antiguo Testamento y la consumación del Holocausto⁶⁹. Una asociación cristiana inició acciones judiciales contra el demandante, acusándole de un delito de difamación racial contra la comunidad cristiana. Condenado en primera instancia como culpable de un delito de difamación pública contra un grupo de personas —los cristianos— por razón de su pertenencia a una religión, el posterior y complejo itinerario judicial terminaría con la absolución de los delitos imputados, al tiempo que se confirmaban las sanciones económicas derivadas de la acción civil.

En su sentencia, el Tribunal Europeo, unánimemente, falló a favor del demandante, sobre la base de una sucinta valoración de los hechos en la que manifestaba su discrepancia de los tribunales franceses respecto a si existía o no una ofensa grave al cristianismo. Donde la jurisdicción francesa había visto una grave acusación de antisemitismo a los católicos, y de que su doctrina era parcialmente responsable de las masacres perpetradas por los nazis, el TEDH no veía sino la exposición de una tesis sobre las causas de la persecución a los judíos en Europa⁷⁰. Para el Tribunal, el artículo de prensa del demandante no contenía un ataque gratuito a las creencias religiosas en cuanto tales, sino más bien una reflexión que, aun hiriente para muchos, versaba sobre un tema de importancia en nuestra historia reciente⁷¹.

El Tribunal Europeo insistía en que la búsqueda de la verdad histórica constituye parte integrante de la libertad de expresión, y en que no es de su competencia tomar partido en una cuestión histórica controvertida⁷². De hecho, lo escueto de su análisis del texto conflictivo muestra la clara intención del Tribunal de abstenerse de formular juicio alguno sobre si la opinión del autor era fundada o no. Y la Corte hacía hincapié también en la necesidad de interpretar de manera particularmente restrictiva los límites a la libertad de expresión cuando un autor comunica sus opiniones sobre temas de interés general: por limitada que fuera económicamente, la amenaza de una sanción podría tener un efecto disuasorio que inhibiera a la prensa o a los ensayistas de difundir libremente sus

⁶⁹ Los pasajes considerados incriminatorios eran los siguientes: «L'Église catholique s'auto-ins-titue seule détentrice de la vérité divine et s'arroe le "devoir" de diffuser sa doctrine comme seule universelle. Elle proclame fortement l'accomplissement de "l'ancienne" Alliance dans la nouvelle, la supériorité de cette dernière, doctrine qui prolonge "l'enseignement du mépris" des juifs [...] De nombreux chrétiens ont reconnu que l'anti-judaïsme scripturaire et la "doctrine de l'accomplissement" de l'ancienne par la nouvelle Alliance, conduisent à l'antisémitisme et ont formé le terrain où ont germé l'idée et l'accomplissement d'Auschwitz». El texto completo del artículo, titulado «La oscuridad del error», es transcrito en *Giniewski*, § 23.

⁷⁰ Cfr. *Giniewski*, § 50.

⁷¹ Cfr. *ibid.*, § 51.

⁷² Cfr. *ibid.*, § 51, con referencia explícita a *Chauvy y otros c. Francia*, 29 junio 2004, § 69.

ideas y de intervenir en los debates públicos sobre cuestiones de importancia⁷³. Eso sólo sería posible cuando se tratase de ideas que fuesen gratuitamente ofensivas para las creencias religiosas de otros, cuando incitasen al odio o la falta de respeto, o bien contradijeran hechos históricos bien establecidos⁷⁴.

Comparemos ahora esa posición del TEDH⁷⁵ con la de una sentencia mucho más reciente: la antes mencionada *E.S. c. Austria*⁷⁶. Como indiqué al inicio de estas páginas, el conflicto tenía su origen en las expresiones, fuertemente críticas contra el Profeta Mahoma, vertidas por la persona que impartía un seminario titulado «Información básica sobre el Islam». El seminario estaba organizado por un instituto vinculado al Partido de la Libertad de Austria (*Freiheitliche Partei Österreichs*, FPÖ), un partido de corte nacionalista, conservador, y liberal en lo económico, con una postura restrictiva en materia de inmigración, especialmente la de origen musulmán, que declara estar motivada por su interés en preservar la identidad cultural de Austria. El seminario, que tuvo lugar en Viena, no iba dirigido sólo a los miembros del partido y a sus invitados, sino en general a jóvenes votantes, y de hecho se había publicitado a través de las páginas de internet del instituto. Entre los aproximadamente treinta participantes se encontraba de incógnito un periodista, el cual fue quien instó a la fiscalía de Viena a iniciar un proceso criminal contra la ponente del seminario.

Inicialmente acusada de incitación al odio, la demandante fue posteriormente condenada al pago de las costas del proceso, y de una multa de 480 euros⁷⁷, como responsable de un delito de escarnio de doctrinas religiosas, conforme al artículo 188 del Código Penal austríaco. Más en concreto, por escarnio de un objeto de veneración por parte de una confesión religiosa existente en Austria, como es el Profeta Mahoma, en una manera susceptible de causar indignación justificada⁷⁸. Las palabras que justificaron dicha condena contenían una crítica a Mahoma, señalando que distaba mucho de ser un ejemplo de vida, y que resul-

⁷³ Cfr. *Giniewski*, § 51 & 54, con referencia explícita a *Jersild c. Dinamarca*, 23 septiembre 1994, § 35.

⁷⁴ Cfr. *Giniewski*, § 52, que hace una referencia expresa a *Roger Garaudy*, cit. en nota 31, *En droit*, § 1. La mención de esta última decisión es particularmente significativa, pues el caso tenía relación con el delicado tema del antisemitismo en Europa, y en concreto en su vertiente de «negacionismo» o manifestaciones de opinión tendentes a negar la existencia o las dimensiones del Holocausto.

⁷⁵ Muy poco tiempo antes, en *Paturel c. Francia*, 22 diciembre 2005, otra sala del Tribunal había adoptado una posición similar a la de *Giniewski*, aunque con algún interesante voto particular.

⁷⁶ *E.S. c. Austria*, 25 octubre 2018.

⁷⁷ Pena de multa diaria de 4 euros por un período de 120 días, convertible en pena de 60 días de prisión en caso de impago.

⁷⁸ El artículo 188 del Código Penal de Austria se encuentra en una sección que regula, entre otras cosas, los delitos contra la paz religiosa. Dicho artículo establece: «Quien, en circunstancias en las que resulta probable que su conducta cause una indignación justificada, insulte o haga escarnio público de una persona o un objeto que es venerado por una iglesia o confesión religiosa establecida en el país, o bien de un dogma, una costumbre o institución legítima de dicha con-

taba incomprensible que el profeta central del Islam fuera un guerrero que poseía varias esposas, con una de las cuales, Aisha, se casó cuando él tenía más de cincuenta años y ella seis, y con quien tuvo relaciones sexuales apenas después de cumplir los nueve años. Algo —añadía la ponente del seminario— que hoy calificaríamos de pedofilia⁷⁹. Para los tribunales austríacos, tales declaraciones estaban hechas con intención de provocación, contenían un ataque abusivo y una ofensa gratuita a una confesión religiosa, y no contribuían en modo alguno a un debate de interés social general. Además, los tribunales negaron toda relevancia a una de las alegaciones de la demandante: que todos los participantes del seminario conocían su planteamiento crítico y resultaba por ello muy dudoso que nadie pudiera sentirse injuriado; para los tribunales austríacos, al menos uno de los asistentes sí se había sentido ofendido, precisamente aquel que puso los hechos en conocimiento de la fiscalía⁸⁰.

El TEDH, en su sentencia, adoptaba una actitud notablemente distinta a la del caso *Giniewski*. Aparte de despachar rápidamente como irrelevante —sin aportar razón alguna— la circunstancia de que al seminario sólo habían acudido unas treinta personas⁸¹, y de deferir al juicio de las autoridades nacionales la apreciación de hasta qué punto la «paz religiosa» del país podía verse amenazada, lo más significativo es el modo cómo se aproximaba al contenido de las declaraciones de la demandante⁸². Por un lado, subrayaba lo provocativo y ofensivo de esas declaraciones; algo que es evidente pero que, de suyo, no constituye causa suficiente para limitar la libertad de expresión, como la propia sentencia recordaba⁸³.

Pero, sobre todo, la sentencia entraba a valorar con cierto detalle el rigor histórico y la seriedad de las afirmaciones de la demandante, subrayando que no se habían hecho «de una manera objetiva»⁸⁴ y que «no se había informado al auditorio acerca del contexto histórico de un modo neutral»⁸⁵. Es decir, el Tribunal no solamente centraba su juicio en la caracterización del tono del discurso como ofensivo, provocador, insultante e hiriente; además, tomaba posición en el debate de fondo. Se erigía así de algún modo en censor de lo que es o no intelectualmente riguroso. Y, en fin, añadía que la sanción penal impuesta (480 euros

fesión religiosa, incurrirá en pena de hasta seis meses de prisión o multa diaria por un período de hasta 360 días».

⁷⁹ Cfr. *E.S. c. Austria*, § 13.

⁸⁰ *Vid.* una descripción detallada del itinerario judicial y los argumentos utilizados en *E.S. c. Austria*, §§ 14-22.

⁸¹ Cfr. *E.S. c. Austria*, § 51.

⁸² Cfr. *E.S. c. Austria*, §§ 50-57.

⁸³ *Vid.* *E.S. c. Austria*, § 42, donde el Tribunal recuerda que el artículo 10 CEDH no sólo protege la divulgación de ideas que son recibidas favorablemente, con indiferencia o como algo inofensivo; sino que incluye la tutela de aquellas otras que «ofenden, escandalizan o molestan».

⁸⁴ *E.S. c. Austria*, § 52.

⁸⁵ *E.S. c. Austria*, § 54.

o 60 días de prisión) era moderada y no desproporcionada⁸⁶, cuando en *Giniewski* se había considerado excesivo, por disuasorio para el ejercicio de la libertad de expresión, imponer al periodista una indemnización civil (no hubo condena penal) de 1 franco y la publicación, a su costa, de un comunicado retractándose de su artículo en un diario de difusión nacional⁸⁷.

No deseo entrar aquí a analizar en detalle la jurisprudencia del TEDH en materia de libertad de expresión y ofensas a la religión⁸⁸. Pero sí interesa hacer notar lo contradictorio de los planteamientos del Tribunal Europeo en *Giniewski* y en *E.S.*, respectivamente. Si comparamos la argumentación de esas dos sentencias, el resultado es desde luego desconcertante. Cuando se acusa a un Papa —entonces vivo— de mantener una doctrina que para el autor está en el origen del antisemitismo y de los campos de exterminio nazis, en un artículo que se publica en un periódico de ámbito nacional, se trata de una contribución sobre una cuestión histórica de interés general para la sociedad. El Tribunal se abstiene de intervenir en lo fundado o no de la opinión —que es probablemente descabellada y carente de fundamento para cualquiera que conozca algo sobre la vida de Juan Pablo II y sus relaciones con el mundo judío. En cambio, si, en el contexto de un seminario oral al que asisten apenas treinta personas, se acusa a una persona, muerta hace muchos años pero venerada por millones de musulmanes, de mantener relaciones sexuales que hoy serían constitutivas de pedofilia, el Tribunal se pronuncia sobre una cuestión histórica —objetivamente de mucha menor envergadura, aunque sea emocionalmente importante para muchos— pese a que, en realidad, las relaciones de Mahoma con su esposa Aisha, y la edad de esta cuando contrajo matrimonio, son objeto de debate histórico.

¿Por qué esa diferente actitud del TEDH? Se ha aventurado que, aun probablemente deseando el Tribunal modificar su doctrina de *Otto-Preminger-Institut* sobre ofensas gratuitas a los sentimientos religiosos, este caso no era el adecuado para ello: podría conducir a la equivocada conclusión de que Estrasburgo justifica la condena de los insultos a la religión cristiana, pero en cambio deslegitima la equivalente condena del escarnio a la religión islámica⁸⁹. Se trata de una conjetura interesante, pero personalmente no termina de convencerme. Entre otras razones porque no parece que el Tribunal Europeo tenga intención alguna de cambiar sus principios generales en esta materia —lo cual podría haber hecho

⁸⁶ Cfr. *E.S. c. Austria*, § 56.

⁸⁷ Cfr. *Giniewski*, § 55. En *Aydin Tatlav c. Turquía*, 2 mayo 2006, § 30, el Tribunal había considerado también desproporcionada, y disuasoria para la libertad de expresión, una condena penal a una multa de 10 euros.

⁸⁸ Ya lo he hecho en otros trabajos, que ya han sido citados antes. Puede verse también, con algún apunte comparativo con la jurisprudencia norteamericana, J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «Hate speech, libertad de expresión y sentimientos religiosos», en *Estudios Eclesiásticos*, 92 (2017), pp. 749-767.

⁸⁹ Vid. S. SMET, *E.S. v. Austria: Freedom of Expression versus Religious Feelings, the Sequel*, en «Strasbourg Observers», 7 noviembre 2018, disponible en: <https://strasbourgobservers.com/2018/11/07/e-s-v-austria-freedom-of-expression-versus-religious-feelings-the-sequel/#more-4246>.

probablemente sin cambiar el sentido del fallo, teniendo en cuenta la diversa forma en que ha aplicado esos principios en el pasado.

¿Responde esa divergente jurisprudencia quizá al hecho de que en *Giniewski* la religión atacada era la católica, es decir, la iglesia mayoritaria en Francia, mientras que en *E.S.* lo era la islámica, una minoría más vulnerable en una sociedad, como la austríaca, predominantemente católica? En realidad, no es fácil encontrar una razón clara, y menos aún a la luz de los antecedentes. Es cierto que, en el caso *I.A. c. Turquía*, relativo a un libro ofensivo contra Mahoma y el Islam, el Tribunal se pronunció en el mismo sentido que *E.S.*, pero fue una sentencia muy controvertida, aprobada por cuatro votos contra tres⁹⁰. Y pocos meses después, en *Aydın Tatlav*⁹¹, la misma sala del Tribunal dio prioridad a la libertad de expresión en una sentencia unánime relativa a otra obra escrita donde se también se contenían expresiones notablemente ofensivas para el Islam —por ejemplo, que el Islam es «de una violencia bárbara», o que Mahoma «hizo de la violencia su política fundamental», y prometió a los hombres un paraíso con «una auténtica vida parásita de aristócrata»⁹².

Sobre todo, lo que llama la atención de la sentencia *E.S.*, y lo que resulta preocupante en su argumentación, es que entre a valorar lo «objetivo», «neutral» y «riguroso» de las expresiones proferidas. Esto es algo que el Tribunal de Estrasburgo no había hecho antes, y menos aún con tanto pormenor. Ni siquiera en *Otto-Preminger-Institut* o en *Wingrove*, que se pronunciaron también a favor de la tutela de los sentimientos religiosos, el Tribunal hizo referencia al rigor histórico de una versión ridiculizadora de Jesucristo o la Virgen María, o del éxtasis de Santa Teresa. Su razonamiento se centraba exclusivamente en lo innecesariamente ofensivo y provocador de la expresión, y no en su verdad o en la precisión de sus matices.

No deseo entrar en el detalle de la sentencia, pero no niego que, en las circunstancias de *E.S.*, el Tribunal podría haber justificado la condena de la demandante por los tribunales austríacos. Lo que me parece es que, de haber pensado que eso era lo justo, debería haberlo hecho con una argumentación diferente. Terciar en una disputa, que existe en el mundo islámico, sobre las circunstancias de la relación entre Mahoma y Aisha, y sobre la verdadera edad de esta cuando contrajo matrimonio, no es competencia de los tribunales; tampoco del TEDH, como él mismo, por lo demás, ha reconocido⁹³. Y en cuanto a la ofensa «capaz de causar una probable y justificada indignación», el único aparentemente «ofendido» por las palabras de la ponente en el seminario resultó

⁹⁰ *I.A. c. Turquía*, 13 septiembre 2005. Los tres jueces en minoría emitieron un voto discrepante conjunto con una enérgica argumentación contraria a la sentencia.

⁹¹ *Aydın Tatlav c. Turquía*, 2 mayo 2006. La composición de la Sala Segunda, no obstante, había cambiado: sólo cinco de los siete jueces coincidían.

⁹² *Vid. Aydın Tatlav c. Turquía*, § 12.

⁹³ *Vid. supra*, nota 72 y texto correspondiente.

ser un periodista infiltrado con el presumible objetivo de buscar cómo atacar al instituto dependiente del Partido de la Libertad de Austria. La «probable indignación» que podría derivarse del discurso de la ponente en realidad estaría ocasionada por la difusión que le dio ese periodista, de manera intencionada.

6. Manipulación de la historia y discurso de odio

No es ilógico pensar que, en *E.S.*, tal vez lo que pretendía el TEDH —como los tribunales austríacos— era evitar que, bajo la apariencia de una pretendida crítica histórica, se difundiera en círculos amparados por un partido político una imagen de los musulmanes como personas irracionales, fanáticas, que profesan creencias inconciliables con los valores occidentales. Si fuera ese el caso, pienso que el planteamiento, más que el de escarnio a la religión o el de la presunta indignación probable, debería haber sido el de analizar la situación a la luz del *hate speech*, de la incitación al odio, violencia o discriminación⁹⁴. De otra manera, se corre el riesgo de abrir la puerta a que el Tribunal Europeo decida adoptar el papel de árbitro en disputas históricas o intelectuales —cosa que hasta la fecha, afortunadamente, casi siempre ha rehusado hacer— con la consecuencia de que podrían justificarse nuevos modelos de censura de expresiones provocadoras que vienen cuestionar aspectos centrales de ciertas religiones. Aspectos que, más allá del tono inadecuado que puedan utilizar quienes formulan esas críticas, y en contra de lo que afirmaba la jurisdicción austríaca, sí son de interés general para la sociedad.

Lo que acabo de indicar nos lleva precisamente a considerar una tercera cuestión importante: cuándo, y en qué circunstancias, puede considerarse que la manipulación o falsificación de la verdad histórica no se reduce a una mera expresión de hechos falsos —o a ocultación de hechos ciertos que son relevantes— sino que constituye una forma más sutil de *hate speech*. Es decir, cuándo podemos concluir que se está disfrazando de debate intelectual o histórico un discurso que en realidad pretende promover la hostilidad hacia determinada clase de personas.

Este es precisamente el caso del llamado *negacionismo*, cuyo objetivo real no es precisar los datos de la historia sino más bien utilizarlos, manipulados, para difundir un mensaje subliminal. El tipo más conocido es el negacionismo relativo al exterminio del pueblo judío perpetrado por el régimen nazi, cuestionando su intencionalidad o sus dimensiones, cuando no su existencia misma. Las publicaciones que discurren en tal sentido no van dirigidas a revisar o determinar con mayor rigor el conocimiento que se posee sobre ese trágico episodio de nuestro pasado reciente. Su objetivo es, atacando la credibilidad de los testimo-

⁹⁴ Ese fue el planteamiento en la sentencia *Zemmour*: *vid. supra*, nota 15 y texto correspondiente.

nios históricos, incluidos los de los judíos supervivientes, transmitir un mensaje de antisemitismo: los judíos serían un pueblo extorsionador y parásito, que utiliza sin escrúpulos el victimismo y la exageración como estrategia para sus fines.

La posición del TEDH ha sido normalmente muy clara cuando ha debido conocer de casos de negacionismo antisemita. Dos casos han sido particularmente famosos. El primero es el de *Roger Garaudy*⁹⁵, en el que se enjuiciaba la condena penal a un notorio personaje público francés por negación de crímenes contra la humanidad e incitación al odio. El Tribunal, en una extensa decisión de inadmisibilidad⁹⁶, afirmó que la condena penal estaba justificada en virtud del artículo 17 CEDH. A su juicio, la obra de Mr. Garaudy no contenía sólo una crítica de las políticas israelitas, sino sobre todo una negación de hechos históricos bien conocidos y contrastados, cuyo objetivo real era una rehabilitación del régimen nazi mediante una falsificación de la historia y una negación de crímenes contra la humanidad, que a su vez constituían una forma inequívoca de discurso de odio⁹⁷. Idéntica actitud presidía otra amplia decisión de inadmisibilidad en el caso *M'Bala*⁹⁸, relativo a un conocido comediante francés (su nombre artístico es «Dieudonné») condenado a una sanción económica por expresiones sarcásticas de carácter antisemita, negacionistas y ofensivas, vertidas en el curso de sus espectáculos. Tras recordar que la libertad de expresión se aplica también a la sátira, con lo que esta lleva consigo de caricatura y exageración provocativa, el Tribunal Europeo dejaba claro que dicha libertad no tutela las expresiones dirigidas contra los valores fundamentales del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como es el caso del negacionismo de la Shoah⁹⁹.

Un planteamiento análogo presidía otra decisión de inadmisibilidad más breve, concerniente a un singular modo de expresión anti-islámica, aunque en esta ocasión más que de negacionismo habría que hablar de «atribucionismo»: es decir, de atribución indiscriminada e infundada de actos de violencia a una comunidad religiosa en su conjunto. Se trata del caso *Norwood*¹⁰⁰, que, pese a la brevedad de su razonamiento, ha tenido no poco impacto en la literatura jurídica

⁹⁵ *Roger Garaudy c. Francia*, 2003, cit. en nota 31.

⁹⁶ En concreto 40 páginas. No somos pocos quienes pensamos que, con esa extensión, el caso no debería haberse resuelto por una decisión de inadmisibilidad «por manifiesta falta de fundamento» sino mediante una sentencia sobre el fondo. La decisión hace constar que fue adoptada por unanimidad.

⁹⁷ *Vid. Roger Garaudy*, *En droit*, § 1.i.

⁹⁸ *M'Bala M'Bala c. Francia*, 2015, cit. en nota 40. En esta ocasión, el Tribunal decidió por mayoría, con una decisión de 18 páginas. Ha sido frecuentemente criticado el hecho de que temas tan importantes hayan sido ventilados en la fase de admisión, con decisiones de inadmisibilidad que en realidad, por su extensión y planteamiento, constituyen verdaderas sentencias sobre el fondo, pero menos transparentes: por ejemplo, no se conoce cuántos fueron los jueces en minoría ni se permite escribir votos discrepantes.

⁹⁹ *Vid. M'Bala M'Bala*, §§ 31-33.

¹⁰⁰ *Norwood c. Reino Unido*, 2004, cit. en nota 41.

norteamericana, quizá por tratarse de un conflicto surgido en otro país de *common law* (Reino Unido), y por ofrecer una solución que contrasta notablemente con los criterios seguidos por la jurisprudencia de Estados Unidos. El demandante, un dirigente regional de un partido de extrema derecha (BNP), había sido condenado a una multa de 300 libras por colocar en su balcón, durante dos meses, una pancarta en la que figuraba una foto de las Torres Gemelas ardiendo, acompañada de la frase «Islam fuera de Gran Bretaña – protejamos al pueblo británico», y una señal de prohibido con la media luna islámica en su interior. De manera escueta, el Tribunal hacía notar que, en virtud del artículo 17 CEDH, no podía ampararse una expresión pública que vinculaba a un entero pueblo con un grave atentado terrorista: ello implicaba un ataque a un grupo religioso, incompatible con los valores del Convenio Europeo, en concreto la tolerancia, la paz social y la no discriminación¹⁰¹.

No obstante, cuatro años más tarde, en el caso *Soulas*¹⁰², una sentencia del TEDH abordaba de nuevo un asunto de discurso anti-islámico, a propósito de un libro sosteniendo tesis contra la inmigración, cuya publicación provocó que editor y autor fueran condenados al pago de una multa de 7.500 euros cada uno. La jurisdicción francesa estimó que algunos fragmentos del texto eran constitutivos de incitación al odio y la violencia contra las comunidades islámicas de origen africano. La sentencia del TEDH se aleja del planteamiento de *Norwood*, y es además confusa. Por un lado, afirma que algunos pasajes del libro dan una imagen negativa de esas comunidades, y recuerda la importancia de luchar contra la discriminación racial, aunque en ningún momento califica el texto de *hate speech*. Y concluye que las circunstancias no son lo suficientemente graves como para justificar la aplicación del artículo 17 CEDH, pero sí como para sostener que las autoridades francesas actuaron correctamente al restringir la libertad de expresión e impusieron sanciones no desproporcionadas¹⁰³. Todo ello contribuye a una imagen errática de la jurisprudencia de Tribunal Europeo es este tema: una pancarta en un balcón es lo suficientemente grave como para invocar el artículo 17, pero la publicación de un libro no lo es, incluso aunque esa obra, bajo la apariencia de un análisis sociopolítico, se dirija a la estigmatización de una parte de la población. El reciente caso *Zemmour* parece confirmar una tendencia del TEDH a evitar la aplicación del artículo 17 en esta clase de casos, y resolverlos mediante el artículo 10, considerando que las sanciones, siempre que sean económicas, son proporcionadas y entran dentro del margen de apreciación de que disponen las autoridades nacionales¹⁰⁴.

Por otra parte, la claridad de criterios en los casos de antisemitismo contrasta con la más tibia postura del TEDH en otro caso de negacionismo, *Perinçek*¹⁰⁵,

¹⁰¹ *Vid. Norwood*, § The law.

¹⁰² *Soulas y otros c. Francia*, 10 julio 2008.

¹⁰³ Cfr. *Soulas*, §§ 41-48.

¹⁰⁴ Cfr. *Zemmour*, citada supra, en nota 15.

¹⁰⁵ *Perinçek c. Suiza* (GC), 15 octubre 2015.

esta vez referido al genocidio armenio a manos del Imperio Otomano en sus últimos años. El demandante era el presidente de un partido político turco (Partido de los Trabajadores¹⁰⁶) que, en varios eventos públicos celebrados en Suiza, negó la existencia de genocidio alguno de los armenios por los turcos, calificándolo de «gran mentira internacional». Los tribunales suizos le condenaron a pagar las costas (10.000 francos suizos), a una indemnización de 1.000 francos, y a una pena de multa de 3.000 francos, con la advertencia de que similares acciones en el futuro en territorio suizo serían castigadas con pena de prisión. No deseo aquí pronunciarme sobre el fallo del Tribunal Europeo, ni entraré aquí en analizar la compleja y larga sentencia de la Gran Sala (122 páginas, más otras 12 páginas de votos particulares de los siete jueces discrepan-tes). Pero sí vale la pena hacer notar tres cosas.

Primero, que, al contrario de lo que había ocurrido en tres de los casos antes mencionados, esta vez se trata de una sentencia —en realidad de dos, una de sala y otra de Gran Sala— y no de una simple decisión de inadmisibilidad por manifiesta falta de fundamento. Segundo, que, al contrario también de lo que sucedió en esas tres decisiones, la situación se enjuicia a la luz del artículo 10.2 CEDH (límites a la libertad de expresión) y no del artículo 17, que el Tribunal indica ha de aplicarse «de manera excepcional y en casos extremos»¹⁰⁷. La diferencia es importante, pues este planteamiento obliga a determinar si la sanción impuesta al demandante puede considerarse «necesaria en una sociedad democrática» para alcanzar alguno de los fines legítimos enumerados en el artículo 10.2. Tercero, y precisamente por esto último, el Tribunal examina con cuidado y detalle las circunstancias de hecho y el contexto en que habían tenido lugar las expresiones públicas del demandante sobre el genocidio armenio —incluyendo el concepto internacional de genocidio o el impacto real de esos actos públicos— al objeto de comprobar si la injerencia en la libertad de expresión del demandante había sido justificada y proporcionada. Y concluía, por 10 votos contra 7, que no lo era, y por tanto que había existido infracción del artículo 10 CEDH.

No es que me parezca mal ninguna de las tres cosas: ni el hecho de decidir por sentencia, ni el análisis bajo el artículo 10.2 CEDH, ni el análisis pormenorizado de las circunstancias de hecho. Lo que no termino de comprender es la razón de que se apliquen criterios diferentes a los que habían dominado los casos antes citados de antisemitismo e islamofobia, comenzando por la aplicación del artículo 17 a estos: ciertamente, no resulta fácil compartir que *Garaudy, M'Bala* y *Norwood* fueran «casos extremos» que reclamasen una actuación excepcional por parte del TEDH¹⁰⁸. Insisto: sin discutir ahora lo acertado o no del fallo del

¹⁰⁶ Se disolvió en 2015, siendo sucedido por el Partido Patriótico, también presidido por Perinçek. Su ideología es una curiosa mezcla de socialismo, populismo de izquierdas y nacionalismo.

¹⁰⁷ *Perinçek*, § 114.

¹⁰⁸ Podría argumentarse que *Perinçek* implica un cambio de jurisprudencia, pues el § 114 se refiere a una jurisprudencia «reciente» del Tribunal. Sin embargo, aunque *Garaudy* y *Norwood* son

Tribunal en cada uno de esos cuatro casos, es complicado sustraerse a la impresión de que al genocidio armenio se le aplicaron estándares distintos, y menos estrictos, que los que se utilizaron para decidir los conflictos originados por expresiones negacionistas de carácter antisemita¹⁰⁹. Y, en materia tan delicada, es vital mantener una homogeneidad de criterios y justificar de manera muy persuasiva cualquier diferencia de tratamiento a situaciones aparentemente iguales. En todo caso, la más reciente sentencia *Baldassi* parece revelar una actitud del Tribunal Europeo más proclive a examinar con cuidado las acusaciones de antisemitismo —en este caso, rechazando que una llamada a boicotear productos de origen israelí, como protesta a las políticas del Estado de Israel contra los palestinos, fuera constitutiva de antisemitismo o discurso de odio, o que justificara la aplicación de las cláusulas limitativas de la libertad de expresión contenidas en el artículo 10.2 CEDH¹¹⁰.

7. La moral pública como concepto-límite aplicable a la libertad de expresión

Me gustaría todavía referirme a algunas cuestiones que tienen relación con la protección de la moral pública, uno de los conceptos mencionados por el párrafo 2.º del artículo 10 CEDH entre los fines que legitiman la imposición de restricciones a la libertad de expresión —y a otros derechos reconocidos por el Convenio Europeo¹¹¹. Recuérdese en todo caso que, para que una limitación o sanción al ejercicio de la libertad de expresión resulte aceptable, no basta que se funde en el mero recurso abstracto a la moral pública: hace falta una medida específicamente prevista por la ley, que persiga como objetivo la tutela de la moral¹¹².

De los distintos conceptos-límite enumerados en distintos artículos del Convenio, la moral pública es probablemente el más etéreo, el más difícil de precisar

de 2003 y 2004 respectivamente, *M'Bala* se dictó cinco días después de *Perinçek*. Además, los tres casos son citados varias veces por la sentencia sin indicio alguno de querer corregir el enfoque que el Tribunal les dio en su momento, más bien todo lo contrario.

¹⁰⁹ La explicación que da el TEDH para distinguir esas situaciones, en *Perinçek*, §§ 209-212, y 242-250, resultan poco convincentes, tal como lo hacía notar la Juez alemana Angelica Nussberger en su voto particular.

¹¹⁰ Cfr. *Baldassi c. Francia*: *vid. supra*, nota 11 y texto correspondiente.

¹¹¹ En realidad, el artículo 10.2 CEDH habla de «moral» sin más, pero la comparación con otros artículos del Convenio donde resulta mencionada —incluido el artículo 9, que garantiza la libertad religiosa— deja pocas dudas respecto a que es la tutela de la moral pública, y no de la privada, la que justificaría medidas restrictivas de la libertad de expresión. Concretamente, la moral es mencionada en los artículos 6, 8, 9, 10 y 11 del Convenio Europeo.

¹¹² La referencia a «la ley» ha de entenderse como extensiva también a la jurisprudencia y a la praxis administrativa: lo que se busca es la seguridad jurídica de quien ejerce sus derechos. *Vid.* al respecto una explicación más detallada, con las oportunas referencias, en J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Limitations on Religious Freedom...*, cit. en nota 33, pp. 597-598.

en su aplicación, y quizá el que hace sentirse menos cómodo al jurista, pues le saca de su habitual *comfort zone*. De hecho, ha sido pocas veces utilizado por el Tribunal de Estrasburgo hasta la fecha, revelando una reticencia que es compartida por bastantes jurisdicciones europeas¹¹³.

Es quizá significativo que varias de las escasas sentencias que se han referido a la moral pública están relacionadas bien con la protección de la vida del no nacido¹¹⁴, bien con restricciones a la posibilidad de adoptar que se habían impuesto a personas con orientación sexual no tradicional¹¹⁵. Por lo que se refiere a la libertad de expresión, y hasta la sentencia *Sekmadienis* en 2018, hay tres casos principales: *Handyside* (1976)¹¹⁶, *Müller* (1988)¹¹⁷ y *Mouvement Raëlien* (2012)¹¹⁸. La sentencia *Handyside*, en la que se definen principios clave en materia de libertad de expresión, estaba originada, como se indicó al principio de este trabajo, por el secuestro judicial de un libro para adolescentes, que las autoridades británicas estimaron contrario a la moral pública por sus pasajes obscenos y por otros de corte anarquista, que promovían la rebelión frente a la autoridad en el entorno familiar. *Müller* contemplaba la confiscación, por orden judicial, de tres grandes cuadros con representaciones groseramente obscenas, que incluían escenas de sodomía, felación y bestialismo, y que estaban destinados a ser colocados en una exposición de libre acceso en la ciudad suiza de Friburgo; la exposición formaba parte de los actos conmemorativos del quinto centenario de la incorporación del Cantón de Friburgo a la Confederación Suiza. *Mouvement Raëlien* se refería a la prohibición de una campaña de propaganda de ese grupo que se autodescribe como religioso, la cual habría debido llevarse a cabo en carteles y mobiliario urbano de la ciudad suiza de Neuchâtel; la razón de la prohibición eran las referencias de la doctrina de dicho grupo a la «geniocracia», la clonación de seres humanos, la eugenesia, y la «meditación sensual», la cual —según las autoridades suizas— podría conducir al abuso de menores, que en

¹¹³ Uno de los casos más reveladores es *Gough c. Reino Unido*, 28 octubre 2014, relativo a la desnudez en público. El demandante era un ciudadano británico que, convencido de lo beneficioso de la desnudez pública, trataba de promover esa idea con su propio cuerpo paseando desnudo por diversos lugares, lo cual condujo a su arresto en diversas ocasiones. Significativamente, la causa utilizada por las autoridades británicas para su detención y posterior enjuiciamiento era «alteración de la paz». La cuestión de la moral pública no era prácticamente mencionada por los tribunales (al menos en la versión que transmite el TEDH). Y las propias referencias al tema por parte del Tribunal Europeo en su sentencia (negando que hubiera infracción de los artículos 8 y 10 CEDH) eran contadas y formularias.

¹¹⁴ *Vid. A, B y C c. Irlanda* (GC), 16 diciembre 2010; *Evans c. Reino Unido* (GC), 10 abril 2007; *Vó c. Francia* (GC), 8 julio 2004; *Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda* (pleno), 29 octubre 1992. Significativo de la importancia atribuida a esos casos es que todos ellos fueron decididos por la Gran Sala (o por el pleno del Tribunal: el equivalente a Gran Sala antes de la reforma de 1998).

¹¹⁵ *Fretté c. Francia*, 26 febrero 2002; *X, Y y Z c. Reino Unido* (GC), 22 abril 1997.

¹¹⁶ *Handyside c. Reino Unido*, 7 diciembre 1976.

¹¹⁷ *Müller y otros c. Suiza*, 24 mayo 1988.

¹¹⁸ *Mouvement Raëlien Suisse c. Suiza* (GC), 13 julio 2012.

algunas fuentes doctrinales del grupo se calificaban de «objeto sexual privilegiado». En las tres sentencias el TEDH negó que hubiera violación de la libertad de expresión, y dio prioridad al margen de apreciación nacional para determinar el alcance y consecuencias de la moral pública; en las dos primeras por amplia mayoría, y en la tercera (Gran Sala) por el exiguo margen de un voto.

Lo interesante de la sentencia *Sekmadienis* es la vinculación que aparece en las circunstancias del caso entre moral pública, libertad de expresión y libertad religiosa. Sobre todo por la razón esgrimida por las autoridades lituanas para justificar la restricción de la libertad de expresión. Como antes expliqué, y sin ánimo de entrar en los detalles más de lo estrictamente necesario, el caso se refería a la campaña de publicidad destinada a promocionar una marca de moda en Lituania, en la que se empleaban en clave humorística algunos motivos de connotación claramente religiosa, aunque fuera implícita¹¹⁹. Tras la denuncia de algunos ciudadanos, los órganos estatales de protección del consumidor y de regulación de la publicidad comercial concluyeron que, por su frívolo tratamiento de personajes centrales del cristianismo, la campaña publicitaria había traspasado los límites de decencia que impone la moral pública. Consultada al respecto, la Conferencia Episcopal lituana se pronunció en idéntico sentido, declarando que la publicidad en cuestión degradaba símbolos sagrados y no podía sino ofender los sentimientos de los cristianos. En consecuencia, además de ordenar su retirada (había estado sólo unas pocas semanas, en la capital, Vilnius), se impuso a la empresa una multa de cuantía moderada: algo menos de 600 euros.

El factor distintivo de los hechos en *Sekmadienis*, cuando se los compara con los de otras sentencias aquí mencionadas, es que el respeto por las creencias y sentimientos religiosos de otros aparece como elemento integrante de la moral pública, en la perspectiva del derecho y la jurisprudencia de Lituania. En *Handyside* y *Müller*, el concepto de moral, sin duda operativo en los ordenamientos británico y suizo, se muestra desvinculado de elementos religiosos. Lo mismo sucede en *Mouvement Raëlien*: el hecho de que el protagonista del veto a la campaña fuera un grupo que se definía como religioso es accidental; la actuación hubiera sido la misma fuera cual fuese la naturaleza (real o alegada) del grupo. En *Otto-Preminger-Institut*, como otros casos posteriores que han llegado a Estrasburgo, incluidos *Giniewski* y *E.S.*, las autoridades nacionales justificaban las sanciones al ejercicio de la libertad de expresión como necesarias para garantizar el respeto de los sentimientos religiosos, que entendían formaba parte de la libertad religiosa protegida por el artículo 9 CEDH; eran medidas legítimas, pues su objetivo era la protección de los derechos de terceros.

En *Sekmadienis*, el planteamiento de las autoridades nacionales es diferente. No se afirma que los ciudadanos tengan derecho a la protección de sus sentimientos religiosos, sino que el Estado debe velar por el mantenimiento de la

¹¹⁹ *Vid. supra*, nota 5 y texto correspondiente.

moral pública, que incluye la preservación de un clima de tolerancia religiosa. La legislación lituana prevé la prohibición de anuncios que —entre otras cosas— infrinjan la moral pública¹²⁰; y a su vez, la praxis administrativa y los tribunales lituanos interpretan la ley en el sentido de que la moral pública incluye el respeto, en toda forma de expresión, de las creencias y sentimientos religiosos de la población. Con particular claridad lo explicaba el Tribunal Supremo Administrativo, al indicar que la religión contribuye al desarrollo moral de la sociedad y que, por tanto, el uso degradante de los símbolos religiosos es contrario a la moral comúnmente aceptada¹²¹. Doctrina —añadía— que resultaba especialmente aplicable a expresiones de carácter comercial, cuya finalidad era meramente lucrativa, y no tenían por objeto promover clase alguna de debate sobre la religión, sus símbolos o su lugar apropiado en la sociedad civil¹²².

Si vamos ahora a la respuesta que dio el Tribunal de Estrasburgo, no es probablemente difícil coincidir con su fallo: entendió que, en las circunstancias concretas, no resultaba suficientemente justificada la restricción de la libertad de expresión (lo cual no había de entenderse, matizaba un voto particular concurrente, como carta blanca para la alusión ofensiva a símbolos religiosos en el discurso público¹²³). Menos fácil me resulta compartir el modo de argumentar, centrado en una exposición sumaria y casi formularia de principios generales, y pasando como de puntillas por los temas importantes, comenzando por el concepto mismo de moral pública.

Y es que, en efecto, hasta ahora el TEDH se ha mostrado reacio a profundizar en la noción de moral pública y se ha conformado con referirse a ella lo estrictamente imprescindible para justificar su decisión. Como si se sintiera incómodo hablando de ella, tal vez movido por la convicción de que un juez civil no debe hablar de moral; lo cual sería un desenfoque, pues la moral pública, en el sentido en que la utiliza el Convenio Europeo, y muchos derechos nacionales, no es un concepto moral sino jurídico. En realidad, desde *Handyside* —y *Sekmadienis* no es una excepción— lo característico del TEDH ha sido su falta de definición en un concepto que es clave, como lo son todos aquellos que permiten legitimar restricciones de libertades fundamentales. El Tribunal se ha limitado virtualmente a reiterar una serie de generalidades: que el concepto de moral pública no es preciso y es cambiante¹²⁴; que forma parte del interés general; y que es materia en la que debe reconocerse a las jurisdicciones nacionales un amplio margen de apreciación, al no existir un consenso europeo al respecto (recuérdese que, en la formulación tradicional de la doctrina del margen de

¹²⁰ Vid. *Sekmadienis*, § 34–35.

¹²¹ Cfr. *ibid.*, § 25.

¹²² Cfr. *ibid.*, § 29.

¹²³ Voto particular del Juez maltés Vincent de Gaetano.

¹²⁴ Cfr. *Handyside*, § 48.

apreciación, dicho margen aumenta en la medida en que hay un menor consenso entre los países europeos en una cuestión determinada, y viceversa¹²⁵).

Esta es, me temo, otra ocasión perdida por parte del TEDH. En numerosas sentencias anteriores, el TEDH habría podido precisar importantes matices en su doctrina sobre la función del consenso europeo en relación con el margen de apreciación nacional¹²⁶, lo cual hubiera sido muy bienvenido para evitar sorprendentes piruetas hermenéuticas en la aplicación de esa doctrina, por ejemplo en decisiones como *Leyla Şahin* o *S.A.S.*¹²⁷. En *Mouvement Raëlien* dejó pasar la oportunidad de pronunciarse acerca de si deben interpretarse de igual manera los conceptos-límite del artículo 10.2 CEDH —moral pública incluida— en su aplicación a expresiones que se producen mediante canales privados y en aquellas otras que se dan en espacios sometidos al control y gestión de los poderes públicos¹²⁸. Y no hubiera estado de más que abordara también con criterios más claros la cuestión de cuándo un discurso puede considerarse predominantemente comercial, pese a provenir de un grupo presuntamente religioso; lo cual que nos sitúa en la confluencia entre proselitismo, libertad religiosa y libertad de expresión.

En *Sekmadienis*, el asunto tal vez más importante que el TEDH deja escapar es la relación entre moral pública y religión en un doble sentido. Por un lado, en qué medida la noción de moral pública utilizada por el derecho estatal puede incluir elementos que derivan de preceptos religiosos secularizados —tema que aparece sólo tangencialmente aludido en la sentencia, y a la luz de confusas referencias a la tensión entre mayoría y minoría¹²⁹. Y por otro, si un ordenamiento jurídico nacional puede adoptar la posición de que la moral pública implica el respeto de los sentimientos religiosos de otras personas. Este era el enfoque de las autoridades lituanas, y no parece de suyo una idea irrazonable, aunque requiere una elaboración cuidadosa, para obviar el riesgo de que una noción en principio válida se transforme en instrumento de dictadura moral, impidiendo la legítima discrepancia sobre valores éticos en detrimento de una de las libertades clave del Convenio. En el fondo, son cuestiones que reconducen al tema más amplio de las relaciones entre religión y cultura, y cómo juegan en el contexto de una sociedad civil que ha de garantizar tanto la libertad de expresión como la libertad religiosa; es decir, una sociedad no caracterizada por el predominio político —aunque pueda haberlo social— de una religión mayoritaria.

¹²⁵ *Vid. supra*, nota 33.

¹²⁶ *Vid.* a este respecto las sugerentes observaciones de la Juez irlandesa (ad hoc) Mary Finlay Geoghegan en su voto particular concurrente a *A, B y C. c. Irlanda*, cit. *supra*, nota 112.

¹²⁷ *Leyla Şahin c. Turquía* (GC), 10 noviembre 2005; *S.A.S. c. Francia* (GC), 1 julio 2014.

¹²⁸ La cuestión, de gran importancia, fue tratada mucho más por extenso en los votos particulares que en la propia sentencia.

¹²⁹ Cfr. *Sekmadienis*, §§ 80-82.

Sekmadienis era un caso claro, pienso, en cuanto al resultado de la decisión que debía adoptarse. Pero, por la relevancia de las cuestiones que planteaba, hubiera debido recibir mayor atención por parte del Tribunal de Estrasburgo. No es que pueda o deba esperarse del Tribunal Europeo un tratado sobre moral pública y religión, pero sí hubiera sido deseable alguna orientación más clara en esta materia. Con criterios que puedan servir de referencia a los ordenamientos nacionales para evitar que se incurra en el exceso recién aludido —erradicar la disensión moral en la sociedad— o en aquel otro que mencionaba el voto concurrente de uno de los jueces: que se malentienda esta sentencia como carta blanca para trivializar las ofensas públicas a símbolos religiosos en una sociedad que ha decidido que esa clase de conductas va contra el clima de tolerancia y respeto necesario para el ejercicio pacífico de las libertades.

8. Hacia una concepción integradora de los derechos humanos

Uno de los principales desafíos que tienen las sociedades democráticas contemporáneas es trazar itinerarios que permitan resolver adecuadamente los conflictos entre el ejercicio de derechos fundamentales por personas diversas. Que esta clase de situaciones tiende a aumentar es un hecho, el cual puede ser objeto de lecturas diferentes. Entre las razones que generan esa conflictividad, me atrevería a aventurar dos que a mi entender tienen especial importancia.

En primer lugar, la interpretación de los derechos humanos de una manera gradualmente extensiva. Es decir, cada vez tendemos a ampliar el ámbito de conductas, identidades, o actitudes de vida incluidas en los derechos humanos, y al mismo tiempo a los derechos clásicos vienen a sumarse otros de factura más reciente, a veces no exentos de aspectos controvertidos. Esa dilatación de los aspectos jurídicamente protegibles de la persona humana aumenta naturalmente la posibilidad de interacción negativa en el ejercicio de las libertades por parte de distintas personas, sobre todo cuando hay una disparidad importante entre la concepción que se posee del ámbito de legitimidad que abarcan los respectivos derechos de unos y otros.

Una tal interacción negativa, en segundo lugar, se hace más frecuente en la medida en que los derechos fundamentales se ejercen desde posiciones crecientemente individualistas. El comienzo de la cultura de los derechos humanos tiene su centro de gravedad en el reconocimiento de la dignidad de la persona, la cual va ligada intrínsecamente a su dimensión moral, con todo lo que comporta de responsabilidad ética: no sólo individual sino también social. El éxito del movimiento a favor de los derechos humanos se produce desde la segunda mitad del siglo XX, después de dos devastadoras guerras mundiales que inyectan en la sociedad occidental la convicción de que sólo desde la dignidad humana y los derechos humanos era posible reconstruir sociedades fundadas sobre la paz y la justicia. Pocas generaciones más tarde, sin embargo, y ya distanciadas cronológica-

y emocionalmente de la tragedia, esas mismas sociedades han terminado por acentuar lo que los derechos humanos tienen de reclamación individual en el ámbito legislativo y judicial, y paralelamente por difuminar lo que tienen de contribución a la cohesión y la armonía social. Se mantiene el concepto de la esencialidad de los derechos humanos, pero se pierde de vista por qué son esenciales. Lo cual permite la legitimación social implícita de cualquier ejercicio de esos derechos, aunque no tenga otra finalidad que la del aquí y ahora del individuo mismo que los ejerce.

Si hay una libertad fundamental cuyo ejercicio en clave estrictamente individualista sea susceptible de producir conflictos, esa es la libertad de expresión, y aún más en la era de internet. Porque es una libertad fácil de ejercer y cuyos efectos negativos no son normalmente ni inmediatos ni tangibles, con lo que tienden a aceptarse como el «precio razonable» que debemos pagar por la libertad. Hay sin duda mucho de acertado en esta tendencia, pero tampoco debemos infravalorar el poder, a veces destructivo, de la palabra.

No cabe duda de que la conflictividad social que tiene por protagonista a la libertad de expresión requiere un adecuado tratamiento jurídico, en parte legislativo y quizá sobre todo judicial, también cuando incide sobre tema tan sensible como la religión y las creencias. Apuntar algunos elementos necesarios para el debate ha sido el objeto de estas páginas, en las que hay —se habrá advertido— más cuestiones que respuestas. Interesa, en todo caso, recordar que la resolución de los problemas que dimanen de esa conflictividad es responsabilidad no sólo de las instituciones del Estado sino de toda la sociedad. Tantas veces, los excesos o abusos de la libertad de palabra se corrigen mucho más eficazmente con una enérgica y espontánea respuesta social.

Junto a ello, y más allá de la libertad de expresión, urge recuperar el significado de la dignidad humana como concepto en torno al que construir sociedades basadas en el respeto de los derechos humanos de todos, evitando esa dinámica, cada vez más frecuente, de que sólo importan los derechos humanos de la mayoría que se hace con el poder político —o mediático. Es natural que, en sociedades ideológica y culturalmente plurales, deban convivir concepciones antagónicas de derechos humanos. De lo que se trata es, precisamente, de que convivan, y no de que la concepción dominante intente exterminar a la contraria¹³⁰.

¹³⁰ En esa línea han surgido recientemente iniciativas de gran interés en el mundo académico. Por ejemplo, el proyecto «Human Dignity for Everyone Everywhere», que ha dado origen a un texto ya traducido a varios idiomas: la llamada «Declaración de Punta del Este sobre la dignidad humana para todos en todo lugar». *Vid.* <https://www.dignityforeveryone.org>. Algunos interesantes estudios recientes sobre esta materia en el contexto de la libertad religiosa pueden encontrarse en los volúmenes colectivos: S. MESEGUER – M. DOMINGO (coords.), *Dignidad humana, derecho y libertad religiosa*, y R. PALOMINO – B. RODRIGO (coords.), *Cultura, identidad, religión y derecho: una perspectiva interdisciplinaria*, ambos publicados por Editorial del BOE, 2023.

Capítulo 2

Libertad de expresión y libertad religiosa en España*

Belén Rodrigo Lara

Universidad San Pablo-CEU, CEU *Universities*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL «CONFLICTO» ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD RELIGIOSA.— 3. EL MARCO NORMATIVO Y DISCREPANCIAS EN TORNO A LA REGULACIÓN PENAL.— 4. ¿QUÉ NOS DICEN LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES?.— 5. LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS MINISTROS DE CULTO Y OTRAS PERSONAS RELIGIOSAS: UN CASO PARTICULAR DE CONFLUENCIA DE DERECHOS.— 6. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.— 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Introducción

Uno de los casos más mediáticos y relevantes relacionado con libertad de expresión y religión se produjo en 1989, cuando el escritor Salman Rushdie fue condenado a muerte por blasfemia durante el régimen del ayatolá Jomeini en Irán tras la publicación de su novela *Los versos satánicos*¹. Treinta y tres años después, el escritor es apuñalado en los momentos previos a una conferencia sobre la libertad de los artistas en Nueva York². En este margen temporal se han producido varios casos que han quedado en nuestra memoria, por lo trágico del suceso, como el caso de las caricaturas en *Charlie Hebdo*³ o por lo singular de una manifestación artística en la que se incluyen referencias religiosas, en la que podemos valorar el gusto más o menos estético. Precisamente, uno de los primeros casos suscitados en España estaba relacionado con esto último. Se trataba de un documental realizado por Javier Krahe y Enrique Seseña en 1977 denominado «Cristofagia» o «Como cocinar un Cristo» emitido en un canal de televisión en 2004, y que concluyó en una resolución absolutoria del artista y la directora del programa televisivo de un delito de escarnio en 2012⁴.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto HUDISOC DER2019-106005 del Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ <https://www.bbc.com/mundo/noticias-62528764>.

² <https://www.abc.es/cultura/mundo-cultura-vuelca-salman-rushdie-tras-apunalamiento-20220812195011-nt.html>.

³ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico*.

⁴ Comentario a esta sentencia en el que la autora realiza una crítica a la tipificación del delito de escarnio en relación con la manifestación artística, *vid.* M. P. GARCÍA RUBIO, *Arte, religión y Derechos Fundamentales*, pp. 397-453.

Las manifestaciones artísticas como forma de ejercer la libertad de expresión constituyen los casos más frecuentes en los que pueden surgir tensiones con la libertad religiosa. Sin embargo, parece que estamos asistiendo a un resurgir de casos en los que la fricción entre los derechos de libertad de expresión y libertad religiosa se producen por el uso del lenguaje común en ámbitos diversos como acciones reivindicativas de colectivos o por personas a nivel individual a través de medios de difusión o lugares públicos. A esta proliferación ha contribuido en gran medida el uso de las tecnologías de la información y la comunicación y, en particular, las redes sociales, que hace que una noticia se difunda rápidamente a cualquier punto del planeta. Este efecto globalizador hace que las personas seamos conocedoras de forma inmediata de hechos sucedidos tanto cerca como a una gran distancia de nosotros⁵.

Este trabajo tiene como objeto mostrar la interacción entre los derechos fundamentales de libertad religiosa y libertad de expresión en España durante los últimos años. Debido a la amplitud y complejidad del tema, nos centraremos en algunas cuestiones al hilo de las recientes resoluciones judiciales sobre la materia. Para ello, hemos estructurado la exposición comenzando con una referencia al marco normativo y particularmente a la regulación penal, refiriéndonos a los delitos contra los sentimientos religiosos en el código penal español y si éstos constituyen un verdadero límite a la libertad de expresión. Seguidamente, nos centraremos en la respuesta de los tribunales españoles ante casos en los que ambos derechos están implicados. Por otra parte, realizaremos un breve apunte de un caso particular de confluencia de derechos (libertad de expresión y libertad religiosa) en los ministros de culto y otras personas religiosas, para finalizar con unas consideraciones finales.

2. El «conflicto» entre libertad de expresión y libertad religiosa

Ambas libertades son tratadas especialmente dentro del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia. Por un lado, la libertad religiosa, estimada como la primera de las libertades⁶ constituye una de las bases de una «sociedad democrática» y elemento vital que conforma la identidad de los creyentes y su concepción de la vida⁷. Por otro lado, la libertad de expresión, de la que se destaca, además de su naturaleza jurídica como derecho subjetivo fundamental, la dimensión institucional, que la erige como un pilar básico en el que se sustenta una sociedad democrática⁸.

⁵ R. PALOMINO LOZANO, *Libertad religiosa y libertad de expresión*, p. 510.

⁶ A. C. JEMOLO, *I problema pratici della libertà*, p. 131.

⁷ STEDH *Kokkinakis c. Grecia*, de 25 mayo 1993, párrafo 31.

⁸ J. FERREIRO GALGUERA, *Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial*. Este autor precisa esta afirmación: «[s]i no hay libertad de expresión en sentido amplio no

Esta doble dimensión de la libertad de expresión la recoge tanto Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como el Tribunal Constitucional español cuando afirman que esta libertad «no consiste solo en la libre exposición e intercambio de ideas e informaciones que resulten inofensivas, indiferentes o con las que se estén de acuerdo, sino que también implica a aquellas que chocan, inquietan u ofenden». La dimensión institucional se refleja en que «[t]ales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática»⁹. En consecuencia, la libertad de expresión tiene que disponer de «un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones» suficientemente generoso como para desenvolverse sin temor¹⁰.

El tratamiento de la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa suele enfocarse desde la confrontación de derechos. En parte, se lo debemos a como planteó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el caso *Otto-Preminger-Institut c. Austria*¹¹. El Tribunal afirmaba que la cuestión consistía en sopesar el conflicto suscitado en el ejercicio de estas dos libertades fundamentales recogidas por el Convenio¹². Sin embargo, ambas libertades constituyen elementos esenciales para el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, que son fundamento del orden político y de la paz social¹³ y existe una relación estrecha entre ellas. La libertad religiosa en su vertiente externa implica la manifestación de las creencias, practicar actos de cultos y recibir e impartir enseñanza e información religiosa, así como reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos¹⁴, por lo que podemos afirmar que se trata también de una forma de ejercer la libertad de expresión, en lo podríamos denominar un ejercicio «cualificado» o «específico» determinado por otro derecho fundamental.

No pretendemos negar que efectivamente puedan producirse casos de conflicto real entre estos derechos, tampoco es nuestra intención realizar una prelación entre ambas libertades, pero sí incidir en su conexión. Es muy revelador lo que afirmó hace nueve años el profesor Emilio Lledó en una entrevista. El filósofo remarcaba como obvio que hay que tener libertad de expresión, «pero lo que hay que tener, principal y primariamente, es la libertad de pensamiento»¹⁵.

se generará opinión pública, imprescindible para que pudiera existir un sistema democrático», pp. 9-10.

⁹ STEDH, *Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, párrafo 49, disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22handyside%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-57499%22%5D%7D> y STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2.

¹⁰ STC 192/2020, de 17 de diciembre de 2020, FJ 3 y STC 112/2016, de 20 de junio, FJ 2.

¹¹ STEDH, *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, 20 de septiembre de 1994, puede consultarse en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57897%22%5D%7D>.

¹² *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, párrafo 55.

¹³ Art. 10 CE.

¹⁴ Art. 2.1 LOLR.

¹⁵ E. LLEDÓ, *Entrevista*. El filósofo sentencia con la pregunta: «¿Qué me importa a mí la libertad de expresión si no digo más que imbecilidades?».

Este punto de vista más filosófico que jurídico, puede aplicarse a la comprensión de que no todo conflicto en el que se vea afectado el sentimiento religioso y que pueda suscitarse a raíz de unas declaraciones, el intercambio de ideas y opiniones o por una expresión artística (aunque resulte desagradable o de dudoso gusto) puede ser considerado un conflicto entre derechos fundamentales ni del que se derive una responsabilidad penal. Incluso, el que las personas podamos expresarnos libremente, aun, tomando las palabras del profesor Lledó, «diciendo imbecilidades», nos ayuda a conocer al otro y situarnos ante los demás.

Es cierto que el uso generalizado de las tecnologías de la información y la comunicación (T.I.C.), sobre todo de las redes sociales¹⁶, constituye un vehículo de expresión fácil, inmediato y en muchas ocasiones bajo el anonimato, generando tensiones o conflictos, aunque no necesariamente deben ser catalogados como delictivos. Sobre el impacto del uso de internet y redes sociales en los derechos fundamentales se han ocupado recientemente los tribunales españoles en la sentencia del Tribunal Constitucional 27/2020, de 24 de febrero y la sentencia del Tribunal Supremo 593/2022, 28 de Julio de 2022¹⁷.

Ciertamente, aunque partimos de la relación entre la libertad de expresión y libertad religiosa, tomando como base la interdependencia y la búsqueda de elementos comunes entre ambos derechos, es cierto que se producen situaciones de verdadero conflicto entre estos derechos¹⁸. Una interpretación *strictu sensu* o rígida del concepto supondría que solo existiría conflicto cuando el ejercicio de un derecho menoscabara o impidiera el ejercicio del otro¹⁹. En general, los casos suscitados en España se refieren a situaciones de «conflicto» en los que se ven afectados los sentimientos religiosos, protegidos por el Derecho Penal²⁰.

Llegados a este punto, cabe preguntarse si los sentimientos religiosos son parte integrante del derecho de libertad religiosa. La doctrina no se muestra unánime en este aspecto²¹. Una postura sería la que aboga por que el sentimiento

¹⁶ F. PÉREZ-MADRID, *La tutela de los sentimientos religiosos en el entorno digital*, pp. 115-134.

¹⁷ Esta reciente resolución del Supremo afirma que «el uso masivo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, así como el papel que desempeñan las redes sociales en internet, suponen la aparición de nuevos escenarios en los que entran en colisión los derechos fundamentales de las personas, y en los que los usuarios, inicialmente simples receptores o consumidores de contenidos, se convierten ahora en sujetos que incorporan a las redes sociales información propia que, con mayores o menores limitaciones, comparten con los demás en procesos de interacción», FJ 3.4.

¹⁸ F. PÉREZ DOMÍNGUEZ, *Hecho religioso y límites a la libertad de expresión*, pp. 212-219.

¹⁹ R. PALOMINO LOZANO, *Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto*, pp. 52 y ss.

²⁰ Código Penal, Sección 2.ª De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos, del Capítulo IV De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, arts. 522-526.

²¹ Para una detallada exposición de las interpretaciones al respecto nos remitimos a los trabajos de D. GONZÁLEZ URIEL, *La religión y su juridificación* pp. 11 y ss.; R. PALOMINO LOZANO, *Libertad religiosa y libertad de expresión*, p. 540 y ss.; E. HERRERA CEBALLOS, *¿Es la aplicación del delito*

religioso sí es un elemento esencial en el derecho de libertad religiosa. En consecuencia, los ataques hacia los sentimientos religiosos sí podrían considerarse un conflicto de derechos. Otra postura, la más equilibrada en nuestra opinión, es la que considera que sólo podría hablarse de conflicto cuando el ejercicio de la libertad de expresión produzca en otros sujetos la afectación del derecho de libertad religiosa, en el sentido de coartar o limitar en cierto modo su ejercicio. Es decir, no se toma como eje central para determinar el conflicto que una persona sienta vulnerados sus sentimientos religiosos, sino que el ejercicio de la libertad de expresión de unos suponga un verdadero freno al ejercicio efectivo de la libertad religiosa de otros²². Finalmente, la postura opuesta estima que los sentimientos religiosos son un bien jurídico independiente, que goza de protección penal autónoma en nuestro sistema jurídico. Aquí entraríamos en el resbaladizo terreno de la subjetividad, la determinación de elementos objetivos que nos permitan valorar el daño del bien jurídico protegido y el principio de intervención mínima del derecho penal. No obstante, estos elementos no nos resultan ajenos en la regulación de otro delito, el de injuria, la cual se define como «la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación»²³.

3. El marco normativo y discrepancias en torno a la regulación penal

Aunque no es objeto de este trabajo adentrarnos en la regulación y jurisprudencia europea, que ha sido tratado pormenorizadamente por la doctrina²⁴, no podemos obviar la necesaria referencia al ámbito regional europeo al tratar del marco jurídico español. Según la Constitución española «[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»²⁵. La libertad religiosa, así como la libertad de expresión, se regulan por sendos artículos 9 y 10 del Convenio para la Protección de los

de profanación en España una enteleguía?, pp. 6 y ss.; J. SALINAS MENGUAL, *Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa*, pp. 223 y ss.

²² J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *¿Libertad de expresión amordazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo*, pp. 112 y 118.

²³ Art. 208 CP.

²⁴ En la obra coordinada por J. MARTÍNEZ-TORRÓN y S. CAÑAMARES, *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, puede consultarse un elenco de trabajos que analizan la libertad religiosa y la libertad de expresión en perspectiva internacional y de derecho europeo. Otros trabajos *vid.* J. SALINAS MENGUAL, *¿Hacia dónde camina la relación entre libertad religiosa y libertad de expresión?*, I. MARTÍN SÁNCHEZ, *El discurso del odio por motivos religiosos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, pp. 27-44 y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, pp. 15-42.

²⁵ Art. 10.2 CE.

Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)²⁶. Concretamente, queremos destacar lo dispuesto por el párrafo 2 del artículo 10 del Convenio relativo a que el ejercicio de la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades y podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley.

La Constitución Española de 1978 reconoce la libertad de expresión (art. 20 CE) y la libertad religiosa (16 CE). El Código penal regula ambos derechos al contemplar en el Capítulo IV los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. La Sección 1.^a, denominada «De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución» recoge en un extenso y complejo artículo, los delitos de odio, entre los cuales pueden encontrarse los producidos por motivos religiosos (art. 510 CP). Sin embargo, es en la Sección 2.^a, la que expresamente tipifica los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos (arts. 522-526).

La referencia normativa nos conduce a tratar sobre los límites a los derechos fundamentales. Efectivamente, respecto de la libertad religiosa serán de aplicación como límites los establecidos en los artículos 16.1 CE²⁷ y 3.1 LOLR²⁸. Este último establece que opera 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 otra parte, la libertad de expresión está limitada según lo regulado en el artículo 20.4 CE, en el respeto a los derechos fundamentales, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen²⁹ y a la protección de la juventud y de la infancia.

Una primera aproximación a los artículos que regulan los delitos contra los sentimientos religiosos (522-526 CP) puede llevarnos a considerar que el ordenamiento jurídico regula límites más concretos en relación con la libertad de expresión y la libertad religiosa. En consecuencia, el Código Penal actuaría como

²⁶ Puede consultarse a través del siguiente enlace: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf.

²⁷ «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».

²⁸ «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».

²⁹ Sobre la cuestión de los límites a la libertad de expresión *vid.* J. FERREIRO GALGUERA, *Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial*, pp. 12-34.

delimitador al establecer una serie de delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos.

Esta regulación tiene como antecedente el delito de blasfemia, figura presente en ordenamientos jurídicos en los que la religión ha tenido una presencia significativa a lo largo de la Historia. Sin embargo, ha quedado paulatinamente en desuso en el ámbito europeo, dando paso a los delitos de odio y la ofensa a los sentimientos religiosos³⁰. Esta «secularización» de los tipos penales en parte se explica por la tendencia en la sociedad contemporánea occidental a la pérdida de la religiosidad y entenderla como algo más propio del ámbito privado además de un cambio de paradigma, como el caso español, en las relaciones Estado-religión.

Dicha postura se ve reforzada por el principio de intervención mínima del derecho penal y la dificultad que presenta la determinación del bien jurídico protegido. Todo ello ha generado una discusión doctrinal sobre qué es y cómo se precisa el «sentimiento religioso»³¹ e incluso a cuestionar la necesidad de establecer unos delitos contra los sentimientos religiosos³². En este caso, algunos autores abogan por encuadrar las ofensas a los sentimientos religiosos en delitos contra el honor (arts. 205-210 CP)³³.

Sin embargo, los sentimientos religiosos, con independencia de si los consideramos un elemento integrante de la libertad religiosa o un bien jurídico independiente³⁴, están relacionados con el ejercicio de la libertad religiosa, que como derecho fundamental y con base en la dignidad humana, puede ser protegido penalmente frente a determinadas ofensas. Pensemos, a modo de ejemplo, en ataques ofensivos a determinadas minorías religiosas que ante esto deciden no mostrar su fe o participar en celebraciones de su credo por miedo o sentirse señalados, resultando su libertad coartada³⁵.

En cualquier caso, podemos afirmar que la política criminal en España está en consonancia con muchos de los países del entorno europeo, que regulan de alguna forma el «insulto religioso»³⁶.

³⁰ R. PALOMINO LOZANO, *Libertad religiosa y libertad de expresión*, pp. 542 y s.

³¹ Una clara exposición de las distintas líneas interpretativas las hallamos en J. SALINAS MENGUAL, *Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa*, pp. 221 y ss.; D. GONZÁLEZ URIEL, *La religión y su juridificación*.

³² J. A. RAMOS VÁZQUEZ, *Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española*.

³³ I. MINTEGUA ARREGUI, *El arte ante el debido respeto a los sentimientos religiosos*, p. 29. J. M.^a TAMARIT SUMALLA, *La libertad ideológica en el derecho penal*, p. 88.

³⁴ Para una síntesis de las posturas doctrinales al respecto *vid.* A. ANDREU MARTÍNEZ, *Libertad de expresión y protección jurisdiccional de los sentimientos religiosos*, pp. 12-15.

³⁵ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *¿Libertad de expresión amordazada?*, p. 112. Del mismo autor en *Hate speech, libertad de expresión y sentimientos religiosos*, p. 761.

³⁶ *Vid.* el informe sobre la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa de la Comisión de Venecia: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Report on the Relationship between freedom of expression and freedom of religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred*, adoptada en la 76.^a sesión

4. ¿Qué nos dicen los tribunales españoles?

El ordenamiento jurídico prevé un sistema de protección reforzado para los derechos fundamentales. Al producirse situaciones en las que el ejercicio de estos derechos puede entrar en conflicto o generar tensiones, el sistema judicial, tanto si se sustancia por vía civil, penal o administrativa, tendrá que ser especialmente cuidadoso, atendiendo a las peculiaridades del caso concreto y estableciendo unos criterios que permitan restaurar el daño o llegar a la solución ponderada, en el que el derecho cedente no se vea comprometido.

Realmente, los choques entre libertad de expresión y libertad religiosa no tienen una presencia significativa en las resoluciones judiciales españolas³⁷, aunque sí que ha habido casos con cierta repercusión mediática, sobre todo por ser protagonistas personas de relevancia pública, que no han desembocado en decisión judicial o, a lo sumo, han precisado la intervención de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

En líneas generales, observamos en la jurisprudencia española una tendencia en consonancia con la manifestada por el TEDH, en la que la libertad de expresión es preponderante respecto de la consideración de la ofensa hacia el sentimiento religioso y, por extensión, de la libertad religiosa.

La exigencia del respeto al principio de intervención mínima del derecho penal, el componente de subjetividad expresado en el ánimo demostrable de ofender, así como la complejidad en la valoración de la ofensa a la religiosidad de los creyentes, hace que la balanza se decante por la prevalencia de la libertad de expresión. Esta línea interpretativa se desprende de argumentaciones jurídicas por parte de los jueces y magistrados poco firmes o forzadas y que traen como consecuencia una minusvaloración del derecho de libertad religiosa. Aun contemplándose una protección reforzada penalmente, *de facto*, queda rebajada debido a una interpretación estricta que se realiza para «no poner en peligro» la libertad de expresión, remarcando en muchas de las sentencias que no se trata sólo un derecho fundamental considerado en su dimensión subjetiva, sino que también tiene una dimensión institucional, ya que el poder expresarse libremente es un elemento esencial, pilar básico de la sociedad democrática. Esta consideración de la libertad religiosa como un derecho de «segunda clase», que suele ceder, se constata significativamente en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de diciembre de 2016, que revoca una sentencia condenatoria por profanación (caso irrupción en capilla universitaria)³⁸. Sin embargo, sí se observa

plenaria en octubre de 2008. El documento puede consultarse en [https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2008\)026-e](https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2008)026-e).

³⁷ A. SÁNCHEZ NAVARRO, *Libertad religiosa y libertad de expresión en España*, pp. 199 y ss.; J. SALINAS MENGUAL, *Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa*, pp. 221-268.

³⁸ E. HERRERA CEBALLOS, *¿Es la aplicación del delito de profanación en España una entelequia?*, pp. 10 y ss.

en la reciente jurisprudencia una mayor consideración a la hora de estimar como delitos determinados actos producidos en lugares de culto o durante celebraciones religiosas³⁹. De tal modo, podemos afirmar que el contexto, el lugar o las personas implicadas determinarán una gradación o escala en la apreciación de los hechos y la calificación jurídica por parte de los tribunales.

Los casos que recientemente han sido resueltos por los tribunales en España encajan en varias temáticas que pasamos a exponer y que podemos clasificar atendiendo a si se han producido en medios públicos y los provocados por particulares.

En España, la confrontación libertad religiosa y libertad de expresión en los medios de comunicación, sobre todo a través de revistas satíricas, no tiene el alcance producido en otros países, como Francia o Dinamarca, donde la prensa gráfica ha sido objeto de protestas considerables e, incluso, ataques terroristas (*Charlie Hebdo* o el dibujante Kurt Westergaard).

El caso español más paradigmático en esta cuestión es la sentencia absolutoria al cantante Javier Krahe, en la que se absuelve también a la directora del programa de televisión de Canal+ en el que fue emitido el cortometraje «La Cristofagia». Exponemos este caso como ejemplo en el que un medio de comunicación se ve involucrado en un delito de escarnio. La resolución judicial estima que no hubo intención por parte de los acusados de ofender. Y en relación con la directora del programa afirma que «[e]l objeto de la emisión era tratar la publicación de un producto discográfico, hecho que por la dirección del programa se consideró un tema de actualidad. La intención atribuida por la acusación no puede deducirse sin más del contenido supuestamente insultante de las imágenes y opiniones difundidas. En primer lugar, porque como se analizará más adelante, tales imágenes y opiniones carecen del sentido ofensivo que específicamente exige el tipo. En segundo término, porque atendido su contenido, puede atribuírsele una intención satírica distinta a la que exige el tipo, alternativa razonable que impide alcanzar tal conclusión por vía de la prueba indiciaria»⁴⁰.

Más reciente fue la polémica y la posterior querrela ante los tribunales por escarnio de una intervención en un programa del canal de televisión «La Sexta» en el que un colaborador comentó ciertos aspectos del Valle de los Caídos (ahora con la denominación Valle de Cuelgamuros)⁴¹, concretamente sobre las características de la cruz. El comentario, que pretendía ser jocoso era el siguiente:

«El Valle de los Caídos alberga la cruz cristiana más grande del mundo, con doscientas toneladas de peso y ciento cincuenta metros de altura, el triple

³⁹ J. SALINAS MENGUAL, *Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa*, p. 240.

⁴⁰ FJ segundo de la Sentencia del Juzgado de lo penal número 8 de Madrid 235/2012, de 8 de junio.

⁴¹ Art. 54, Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática.

de lo que mide la torre de Pisa. Y eso es porque Franco quería que esa Cruz se viera de lejos. Normal, porque ¿quién va a querer ver esa mierda de cerca?»⁴².

El Juzgado archivó el caso. La argumentación judicial⁴³ se basaba en que el comentario aludía a características físicas de esa cruz y que no iba dirigido a ofender a los creyentes o al carácter de símbolo religioso. Además, ahondaba en la cuestión del contexto en que se realizaron los comentarios, en un programa de actualidad en tono satírico y humorístico cuyo «componente de exageración y distorsión de la realidad, naturalmente pretende provocar y agitar»⁴⁴.

Al hilo de estos casos en los que la libertad de expresión se canaliza por medios de comunicación y da como resultado la vulneración de los sentimientos religiosos, sería deseable por parte de los tribunales que se tuviese como elemento de valoración la titularidad del medio, es decir, si el canal o emisora es de titularidad pública o privada. En este último caso, cuando las opiniones, actuaciones o *performances* se realizan en programas o espacios producidos con fondos propios del medio privado, se entiende que a su vez está amparado por la libertad de empresa y en su caso del carácter propio (ideológico o de tendencia). Sin embargo, si estas manifestaciones se producen utilizando un medio público, financiado por dinero y recursos públicos podría interpretarse como un acto de ruptura con el principio de neutralidad estatal (art. 16.3 CE) y, por tanto, como una forma de posicionarse ante un hecho con determinada carga ideológica o antirreligiosa⁴⁵. En definitiva, el espacio de la libertad de expresión en un programa de un medio público debe observarse no sólo tomando como referencia la «intencionalidad» o el «dolo» en causar daño del que se manifiesta sino también desde la óptica del principio de neutralidad estatal en materia religiosa, no en cuanto a aplicar un límite a la libertad de expresión, sino que la vía o canal de emisión está siendo pagado por todos los ciudadanos y, frente a esto, el sujeto individual no tiene los recursos para eludir de que con su dinero el Estado financie e, indirectamente, se posicione ante cuestiones sobre las cuales debe ser escrupuloso para salvaguardar el principio de aconfesionalidad estatal⁴⁶. Además, al Estado no solo le corresponde aplicar los límites de la liber-

⁴² Puede visionarse en https://www.lasexta.com/programas/el-intermedio/imbatile-dani-mateo/dani-mateo-a-franco-le-pasaba-con-los-muertos-como-a-mi-con-los-followers-da-igual-que-te-odien-solo-importa-tener-muchos_2016051057324f1e6584a89405597c60.html?time=98.

⁴³ Auto 413/2017, de 30 de octubre del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Pozuelo de Alarcón.

⁴⁴ Fundamento Jurídico 3.

⁴⁵ Este argumento es precisamente el formulado por aquellos sectores que abogan por la supresión de las emisiones de espacios destinados a confesiones religiosas, particularmente, los de la Iglesia católica (misas en la televisión pública). Si embargo, no es comparable con este caso, puesto que la Constitución consagra, junto con el de aconfesionalidad, el principio de cooperación estatal en materia religiosa (16.3 CE); para hacerlo efectivo en Estado tiene suscritos acuerdos de cooperación con la Iglesia Católica (1979) y judíos, musulmanes y evangélicos (1992).

⁴⁶ Ejemplo al que poder aplicar estas observaciones sería el caso producido en el mes de abril de 2023, en fechas de celebración de la Semana Santa, en un programa emitido por la cadena

tad de expresión (que como hemos constatado, son pocos) sino que tiene que velar por que no se ultraje a personas, instituciones o ideas con dinero público, pues debe promover armonía social y respeto, y no división social, es decir, el Estado tiene que ser el primer garante y promover los valores que inspiran la Constitución y son base de la convivencia⁴⁷.

Por otra parte, sobre prensa satírica y religión podemos citar algunos casos producidos en España. Algunos de los más significativos se enmarcan en la visita del Papa Benedicto XVI en 2010 y 2011. Aunque en esas fechas se dio algún que otro caso con más repercusión mediática y resuelto por los tribunales⁴⁸, citaremos uno que resulta interesante por las características de los hechos.

El asunto fue el siguiente. La imprenta encargada de la publicación de la revista satírica gallega *Retranca* rechazó la edición del número 28 cuya portada mostraba una caricatura de Benedicto XVI, alegando que no publicaría blasfemias contra el Papa, porque va en contra de las convicciones de la dirección⁴⁹. La revista acusó a la imprenta de «secuestro» puesto que los ejemplares estaban impresos, algo que fue negado por la empresa gráfica. La publicación finalmente salió a la luz en otra imprenta, a tiempo para ser distribuida durante la visita del Pontífice a Santiago, objetivo de la revista. Por lo que no se llegó a resolver por los tribunales. Un paralelismo que sí fue resuelto por tribunales en otros países son los casos conocidos como de las tartas gais⁵⁰, en el sentido de preguntarse ¿puede un comercio o empresa de servicios negar atención a sus clientes amparándose en las convicciones? ¿Es un caso de discriminación?

Al hilo de los comercios, en un lado diametralmente opuesto, y ya dentro del ámbito de los casos producidos por particulares, comentamos un caso acaecido en las navidades del 2021, cuando se abrieron diligencias en dos juzgados de Sevilla por un presunto delito contra los sentimientos religiosos. Los hechos se producen en una pastelería erótica que tiene la idea de elaborar un belén en el que las figuras de la Sagrada Familia adquieren la forma de genitales. Las

TV3, la televisión pública catalana. Lejos de tomarse en consideración lo que se ha expuesto, el Consejo del Audiovisual de Cataluña (institución pública) avala que el acto debe interpretarse como libertad de expresión y artística y que no vulneran la normativa audiovisual, aunque reconoce que puede haber expresiones desafortunadas e, incluso, hirientes. El acuerdo, de fecha 19 de abril, puede consultarse en https://www.cac.cat/sites/default/files/2023-04/Acord_45_2023_ca.pdf (fecha de consulta: 19-04-2023).

⁴⁷ Ese asunto se observa con claridad en lo que se refiere a otras temáticas como la orientación sexual, en la que ciertas críticas que serían permisibles con medios propios no son razonables, ni aceptables, con medios públicos.

⁴⁸ El caso tuvo lugar con motivo de la visita del Papa a Madrid en el marco de la Jornada Mundial de la Juventud en 2011. Auto de la AP de Madrid, Sección, 30, n.º 73/2013, de 24 de enero de 2013. *Vid.* comentario en J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Hate speech, libertad de expresión y sentimientos religiosos*, pp. 756-758.

⁴⁹ El caso fue difundido en diversos medios de comunicación. <https://www.elmundo.es/elmundo/2010/10/27/comunicacion/1288180636.html>

⁵⁰ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *De tartas gais y tribunales*.

denuncias se fundamentaban en que se estaba ridiculizando lo que representa el belén para los cristianos, constituyendo una vejación. No hemos conocido si ha habido resolución judicial en este caso, lo que sí está claro es la publicidad que esta pastelería ha obtenido de forma gratuita, para bien o para mal gracias al interés mediático⁵¹.

En el ámbito de los casos producidos por particulares, hay que diferenciar otro grupo de casos que corresponden, por un lado, a las burlas, parodias en eventos, festejos o celebraciones, p. ej., Carnavales y por otro, a las situaciones producidas en lugares de culto o interrumpiendo actos religiosos, que consideramos en general de mayor relevancia y gravedad.

Es preciso realizar un comentario preliminar, antes de referirnos a estos casos concretos. En primer lugar, tal y como se ha advertido en algunas resoluciones, uno de los elementos a considerar en la calificación del tipo penal es el contexto, el lugar donde se producen. A este respecto, celebraciones como el Carnaval o expresiones artísticas en lugares determinados para ellas confieren un carácter en el que la intencionalidad de causar daño gratuito se aminora respecto de otras situaciones, por ejemplo, cuando se producen en un lugar de culto o celebraciones religiosas. En definitiva, el *animus iocandi* no se puede criminalizar, aunque pueda considerarse expresión de mal gusto, irreverentes o carentes de gracia o falta de tacto respecto de unas creencias religiosas. Algunos autores consideran que el límite se aplicaría en los casos de máxima gravedad que vendrían a ser los enmarcados en el discurso de odio, pero no en los cometidos contra los sentimientos religiosos⁵². Ejemplo en el que el *animus iocandi* y el contexto han tenido un peso determinante son los casos de *performances* como la de la Drag Queen *Sethlas* en los carnavales de Las Palmas de Gran Canaria en 2017. Su actuación con el título «¡Mi cielo yo no hago milagros! ¡Qué sea lo que Dios quiera!», incluía una caracterización como la virgen María y una crucifixión, con el acompañamiento musical del tema «Like a prayer» de Madonna. La actuación ganó el premio del certamen. Pero no quedó exento de numerosas críticas y comentarios de repulsa por parte de autoridades religiosas y políticas⁵³. Tanto los organizadores del evento como la Drag manifestaron que no se trataba de ofender a nadie y así fue reconocido por un juzgado de instrucción de las Palmas de Gran Canaria que archivó la causa por vulneración de los sentimientos religiosos⁵⁴.

Los casos relativos a la irrupción en lugares de culto son los que tienen más conexión directa y clara con la libertad religiosa de acuerdo con el ordenamiento

⁵¹ https://www.elespanol.com/reportajes/20211207/vox-denuncia-sevilla-pasteleria-erotico-vaginas-diligencias/632937528_0.html.

⁵² D. GONZÁLEZ URIEL, *La religión y su juridificación*, pp. 21-22.

⁵³ J. SALINAS MENGUAL, *Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa*, p. 259.

⁵⁴ Auto del Juzgado de Instrucción número 8 de Las Palmas de Gran Canaria, 11 de diciembre de 2017.

jurídico. La libertad religiosa en sus manifestaciones incluye practicar los actos de culto, reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas⁵⁵ pero no sólo como derecho individual sino también en su dimensión colectiva, así como ser reconocida como derecho de las confesiones religiosas. El artículo 2.2 LOLR establece que la libertad religiosa «comprende el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo». A todo ello, hay que añadir la consideración del lugar de culto como inviolable⁵⁶.

La expresión máxima de protección y a la que los tribunales se han ajustado con más o menos acierto en las resoluciones, se halla en los artículos 522.1.º CP: «Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos» y 523 CP:

«El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar».

Algunas de las resoluciones judiciales más recientes parten de hechos análogos y que fueron resueltas de forma diversa. El punto común de todas ellas es la irrupción en templos católicos durante o en momentos previos a la celebración de actos religiosos. Además, la temática también es recurrente, ya que todas ellas se enmarcan en reivindicaciones a favor del aborto en el contexto de la reforma legislativa sobre esta materia y como forma de oponerse a la postura mantenida por la Iglesia católica. En este sentido, algunos grupos vieron como marco adecuado para el ejercicio de su libertad de expresión y la manifestación de sus opiniones hacerlo en un lugar de culto ante los fieles. Las sentencias a las que hacemos referencia son las emitidas por el Tribunal Constitucional con fecha 17 de diciembre de 2020⁵⁷, el Tribunal Supremo, el 19 de diciembre de 2017⁵⁸ y la conocida como el caso Rita Maestre, emitida por la Audiencia Provincial de Madrid, el 16 de diciembre de 2016⁵⁹ y que es la nota discordante con respecto a la línea argumentativa de las dos anteriores.

⁵⁵ Art. 2.1 b) y d) LOLR.

⁵⁶ R. PALOMINO LOZANO, *Derecho y religiones*, p. 153.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 192/2020, 17 de diciembre de 2020.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 835/2017, 19 de diciembre de 2017.

⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 684/2016, de 16 de diciembre de 2016.

El Constitucional en su sentencia de 2020 confirma la existencia de un delito contra los sentimientos religiosos⁶⁰. El Tribunal realiza un repaso de la jurisprudencia tanto del propio Tribunal Constitucional como el TEDH en relación con los límites de la libertad de expresión⁶¹ y afirma que en el proceso de ponderación de los derechos e intereses en juego objeto de recurso hay que estimar que se ha producido una lesión de la libertad religiosa de los fieles al ser perturbados en un acto de celebración dentro del templo, a lo que es de aplicación el tipo penal del artículo 523 del Código Penal⁶².

Sin embargo, la sentencia tiene varios votos particulares, muestra de la falta de unanimidad en la materia por parte de la jurisprudencia. En general, la idea que expresan los magistrados disidentes del fallo se refiere a la «desproporcionalidad de la respuesta estatal al conflicto mediante la imposición de una pena privativa de libertad»⁶³. Se considera que la acción de colear determinados eslóganes o expresiones, éstos, aunque fuese impactantes o llamativos:

«Eran conocidos y usados habitualmente en el debate público para oponerse a la conocida posición de aquella confesión religiosa en esta materia» además de la «forma no violenta como se desarrollaron los actos de expresión y la nula alteración del orden público general provocado»⁶⁴.

Llama la atención en esta argumentación jurídica del voto particular la falta de consideración de «lugar sagrado» donde tienen lugar los hechos, elemento esencial del delito tipificado en el artículo 523 CP. Esto nos lleva al desconocimiento o el rechazo a acudir a un derecho confesional que es el que nos tiene que definir qué es un lugar sagrado⁶⁵.

La jurisprudencia constitucional con la sentencia de 2020 determina una línea interpretativa de protección a la libertad religiosa frente a determinadas

⁶⁰ La sentencia desestima el recurso de amparo contra la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que rechazó el recurso de casación que se había formalizado frente a la sentencia 201/2017, de 28 de abril, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Girona.

⁶¹ STC 192/2020, FJ. 3.

⁶² STC 192/2020, FJ. 4. Es muy esclarecedor cuando el Tribunal afirma que «[p]artiendo de que el fundamento de la libertad de expresión [...] es el intercambio de ideas, resulta que cuando un grupo de fieles celebra un acto religioso en una iglesia, su lugar de reunión solo es accesible para esa finalidad, relacionada con su culto, y no existe ningún punto de conexión que permita considerar que la ceremonia esté abierta a un intercambio de ideas que reflejen una protesta ejercida por terceros».

⁶³ Voto particular del magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, I.4.

⁶⁴ *Ibid.* III.8.

⁶⁵ Sobre la cuestión de «lo sagrado» y su relación con los tipos de los artículos 523 y 524 del CP, así como una detallada exposición de casos resueltos por los tribunales, *vid.* J. SALINAS MENGUAL, *Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa*, pp. 242-255.

manifestaciones producidas en lugar de culto, la cual ya estaba dibujada por una sentencia previa del Tribunal Supremo en el año 2017⁶⁶.

La aportación más novedosa y significativa de esta sentencia, que posteriormente se ve reflejada en la del TC del 2020, es el peso que adquiere el lugar (lugar sagrado donde se ejerce la libertad religiosa) como determinante de un «dolo genérico», sin necesidad de recurrir a la intencionalidad de causar el daño por parte de los manifestantes⁶⁷.

Las dos sentencias expuestas del TC y del TS realizan un viraje con respecto a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid en 2016⁶⁸, en el que sí se tomó como determinante el criterio de la «intencionalidad» de causar el daño, además de tratarse de una resolución en la que se ponen de manifiesto juicios de valor que trascienden lo estrictamente jurídico⁶⁹. Igualmente, llama la atención la argumentación del tribunal para determinar qué es un acto de profanación concluyendo que en este caso «se podría hablar, quizás, de un acto de profanación virtual o gestual, pero no de un acto físico de profanación, pues no llegaron a entrar directamente en contacto con ningún objeto sagrado»⁷⁰. Podemos afirmar que la sentencia de la AP obvia claramente el contexto en el que se producen los hechos y el elemento objetivo que integra el tipo penal del artículo 523 CP, el lugar de culto como ámbito en el que se ejerce la libertad religiosa.

Finalmente, en relación con los actos acaecidos en lugares de culto, citamos el producido recientemente en la Sentencia del TSJ de Madrid el 3 de mayo de 2022⁷¹. La sentencia resuelve un caso relativo a la pintada en una de las tumbas

⁶⁶ STS 835/2017, 19 de diciembre de 2017.

⁶⁷ *Ibid.* FJ. Primero, párrafo 2: «En cuanto al tipo subjetivo, el precepto no exige una especial intención en el sujeto. A diferencia del artículo 524, en el 523 no se exige que la actuación se ejecute “en ofensa” de los sentimientos religiosos, por lo que bastará el dolo genérico. Es decir, es exigible que el sujeto sepa que con su proceder está impidiendo, interrumpiendo o perturbando, de forma relevante, un acto, función, ceremonia o manifestación de esa confesión religiosa, y que a pesar de ese conocimiento ejecute la acción. Igualmente es preciso que conozca las características del lugar en el que se ejecuta la conducta como lugar de culto, a los efectos de la primera parte del último inciso del precepto».

⁶⁸ Sentencia Audiencia Provincial de Madrid 14311/2016, 16 de diciembre de 2016.

⁶⁹ Afirmaciones tales como «afirma la recurrente en este sentido que su intención era únicamente la de protestar», *ibid.* FJ 3.

⁷⁰ Continúa la sentencia afirmando que «la costumbre más tradicional desnudarse ante el público, y mucho más si ello ocurre dentro de un templo, pueda interpretarse como una falta de consideración y de respeto, la inadecuada vestimenta o ciertos gestos inapropiados no pueden constituir un acto de profanación por sí mismos. [...] En una sociedad democrática avanzada como la nuestra que dos jóvenes se desnuden no debe ya escandalizar a nadie, como tampoco el hecho de que algunos de ellos se besen [...]». Un comentario crítico con detalle a esta sentencia puede verse en J. SALINAS MENGUAL, *Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa*, pp. 246 y ss., E. HERRERA CEBALLOS, *¿Es la aplicación del delito de profanación en España una entelequia?*, pp. 26 y ss.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid 165/2022, de 3 de mayo de 2022.

de la Basílica del anteriormente denominado Valle de los Caídos⁷². El fallo rechaza el recurso de la sentencia que absolvía por los delitos del 523 (contra sentimientos religiosos) y 526 (profanación). Según el Tribunal⁷³ para condenar por tales hechos debe darse el elemento subjetivo de la intención de causar el daño, lo cual no se infiere de los hechos. Es llamativa la argumentación del Tribunal al restar importancia al hecho de una pintada sobre una lápida funeraria como elemento del tipo penal, ya que se admite que el autor de la pintada no tuvo intención de impedir la celebración de la Misa, que ni siquiera había comenzado y que tampoco se produjo una irrupción violenta, sino que se limitó darse prisa para realizar la pintada y evitar interrumpir la ceremonia. En fin, no se considera el hecho objetivo de la pintada sin la concurrencia con el «ánimo de ultraje».

Fuera de los templos, también han tenido lugar manifestaciones en la vía pública provocando situaciones de tensión entre libertad religiosa y la pretendida libertad de expresión. Como en los casos anteriores, la línea interpretativa por parte de los tribunales difiere en casos prácticamente calcados. Referimos dos casos resueltos en 2021 y 2019 respectivamente por la Audiencia Provincial de Málaga y un Juzgado de Sevilla⁷⁴.

⁷² Los hechos se remontan al 31 de octubre de 2018, en momentos previos a la misa, y se refieren a la pintada que realizó un artista gallego sobre la lápida de la tumba de Francisco Franco en la Basílica del Valle de los Caídos. La pintada consistió en un dibujo de una paloma con las palabras «Por la libertad».

⁷³ *Ibid.* F.J. Quinto: «De la dicción de tales preceptos cabe concluir que los tipos penales en ellos descritos requieren la concurrencia: [a] de un elemento objetivo integrado, por un lado, por impedir, interrumpir o perturbar los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas y, por otro, por realizar tales conductas utilizando “violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho” (artículo 523), y, para el segundo de los delitos, “destruir, alterar o dañar una lápida” (artículo 526) y, [b] de un elemento subjetivo constituido por el propósito o intención de lesionar el bien jurídico protegido en dichos preceptos (en lo que ahora resulta de interés, la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos, y el ánimo de ultraje para el segundo de los tipos). Como nos recuerda el Auto de esta misma Sala de 26 de junio de 2018, “(E)stamos ante delitos que permiten su comisión, con pluralidad de medios, siempre que tenga un claro propósito doloso (voluntario) y con la finalidad de afectar a los derechos de matiz religioso o de herir dichos sentimientos. Delitos que requieren un dolo específico o ánimo deliberado de ofender los sentimientos religiosos legalmente tutelados. Es decir, son delitos que exigen un elemento finalístico, de tipo subjetivo, con el que se busca humillar, ofender o burlarse de los sentimientos religiosos”. Por ello, respecto del elemento subjetivo del injusto, ha de cumplirse la necesaria prueba que permita tener por veraz el aserto de su concurrencia. Y así, en primer término, no hay prueba ni indicio de que la intención o propósito del acusado fuera atentar contra la libertad de conciencia o contra los sentimientos religiosos, debiendo, por el contrario, concluirse que la acción desarrollada [...] no estuvo motivada por un doloso propósito de impedir la celebración de la Misa, que ni siquiera había comenzado, y que, en todo caso, se vio retrasada unos momentos, y la duración de tal retraso no se ha concretado a lo largo del Juicio Oral; por otra parte, el mismo acusado afirma que no tenía ninguna intención de interrumpir la ceremonia, llegando a afirmar que, al ver que iba a comenzar la ceremonia religiosa, se dio prisa en realizar la pintada en la lápida para evitar interrumpir tal ceremonia; tampoco se produjo una irrupción violenta, ni intimidatoria, ni tumultuaria del culto, necesaria para la apreciación del delito».

⁷⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 226/2021, de 31 de mayo de 2021 y la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 10 de Sevilla 448/2019, 9 de octubre de 2019.

La Audiencia Provincial de Málaga resolvió un caso en el que se imitaba un paso de Semana Santa durante una reivindicación feminista. Se condenó en instancia a las participantes por un delito de escarnio (525 CP). La AP finalmente desestimó el recurso de la parte apelante y confirmó dicha condena. Al igual que hemos observado en otras resoluciones, el Tribunal incidió en los límites a la libertad de expresión. No consideró la alegación de la recurrente, relativa a que estaba ejerciendo su libertad en una manifestación de carácter feminista, reivindicativo y de protesta frente a un tema de interés social como era la reforma de la legislación sobre el aborto. El Tribunal apreció que las acciones y proclamas proferidas por el grupo de manifestantes nada tenían que ver con esa finalidad reivindicativa o de interés social⁷⁵.

En sentido contrario se manifestó, en un caso muy similar, la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 10 de Sevilla 448/2019, 9 de octubre de 2019. En este supuesto, el Juez falló absolviendo a las acusadas de los delitos de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia por motivos referentes a la religión o creencias del artículo 510.1 CP y contra los sentimientos religiosos del artículo 525.1 CP.

La redacción de los fundamentos jurídicos está salpicada de valoraciones que podríamos calificar de falta de rigor jurídico. En este sentido, se constatan valoraciones personales de juez en las que la declaración de no intencionalidad de las participantes y su consideración como acción «reivindicativa» tuvo más peso que la valoración objetiva de las circunstancias de los hechos. Muestra de ello es la cita literal de parte del Fundamento Jurídico segundo de esta sentencia:

«En el caso de autos, hasta las mismas acusadas, reconocen que la denominada performance en la que participaron puede haber ofendido los sentimientos religiosos de algunos cristianos, pero niegan que la intención de la citada protesta fuera expresa, inequívoca y específicamente esa». Continúa el Juez afirmando que «[l]as acusadas participaron en una actividad de protesta que puede gustar o no, que puede ser considerada como una mamarrachada o no, que puede ser compartida o no, pero dicha actividad, absolutamente prescindible y gratuita en sus formas para este juzgador, tenía igualmente una finalidad concreta y era la protesta incardinada en el contexto

⁷⁵ En concreto, «lo relativo a partes del cuerpo y efectos placenteros de algunas de ellas, ni la versión ridiculizada de las oraciones del Credo y el Ave María, ni la referencia a la quema de la Conferencia Episcopal tachada de machista y patriarcal, cabe entender persiguieran el interés aludido, ni tuvieran directa relación con la defensa del aborto y el feminismo referidos en algunos momentos de la marcha, cuestiones estas cuya regulación a efectos jurídicos compete al Estado y no a la Iglesia Católica u otras Confesiones religiosas, sin perjuicio ello de la opinión favorable o no a las mismas que puedan tener cada individuo, la Iglesia Católica u otras Confesiones religiosas. [...] de ahí que no consten objetivados hechos en que sustentar la prevalencia del derecho a la libertad de expresión», FJ.Tercero, Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 226/2021.

social propio de aquellas fechas, que recordemos es un hecho notorio, que era el intenso debate social sobre el contenido del proyecto sobre la reforma de la regulación del aborto [...]».

Concluimos esta exposición de casos, mencionando uno en el que su interés estriba en que se trata de una «acción preventiva ante la posibilidad de ofensa» a una confesión religiosa. Los hechos tuvieron lugar en septiembre de 2021, durante las Fallas de Valencia⁷⁶. Una Falla indultó de la «Cremà» la figura de una mezquita y una media luna, a petición de la Comunidad musulmana de Valencia, que consideraban no adecuado quemar sus símbolos sagrados. Tras lo que fue calificado como una decisión en un clima de diálogo y cooperación, la comisión fallera emitió un comunicado en que se informaba de la decisión de no quemar la mezquita, remarcando que la falla era «un homenaje a lo que es la parte indiscutible de nuestra historia como valencianos» y que la «intención nunca ha sido la ofensa sino todo lo contrario: la celebración de una fiesta donde todas y todos podemos y debemos darnos la mano». Pretendían evitar que se les calificara de xenófobos e islamófobos.

5. Libertad de expresión de los ministros de culto y otras personas religiosas: un caso particular de confluencia de derechos

Consideramos de interés, hacer una mención al tratamiento de la libertad de expresión por parte de ministros religiosos y otras personas religiosas y cuando sus manifestaciones puedan entrar en conflicto con otros derechos fundamentales. En España, son conocidos los casos de algunos sacerdotes que, con sus manifestaciones bien en medios de comunicación o en el trascurso de celebraciones religiosas, se han referido a temas que suscitan interés social y político como, por ejemplo, la orientación sexual, el aborto o la eutanasia, causando la reacción de algunos colectivos que se han sentido ofendidos. Son conocidos los pronunciamientos del Obispo de Alcalá de Henares como el que tuvo lugar en 2012 sobre la homosexualidad⁷⁷ o, más recientemente, en 2021 contra la ley de eutanasia en una carta pastoral⁷⁸.

⁷⁶ https://www.cope.es/actualidad/cultura/noticias/una-falla-indulta-una-mezquita-por-peticion-comunidad-musulmana-20210905_1481970#:~:text=La%20falla%20Duque%20de%20Gaeta-Pobla%20de%20Farnals%20de,musulmana%20por%20petici%C3%B3n%20de%20la%20comunidad%20musulmana%20valenciana.

⁷⁷ El Auto de 10 de julio de 2012 del Juzgado de Instrucción n. 6 de Alcalá de Henares, resuelve declarando el sobreesimiento de la causa por considerar que las palabras del Obispo un discurso crítico a la homosexualidad pero que no podía constituir injuria ni discriminación.

⁷⁸ Puede consultarse este documento en <https://www.obispadoalcala.org/espana-transformada-en-un-campo-de-extermio.html>. Desde el 21 de septiembre de 2022, Mons. Juan Antonio Reig Pla pasó a ser Obispo emérito de la Diócesis de Alcalá de Henares, <https://www.obispadoalcala.org/comunicado-del-obispo-mons-juan-antonio-reig-pla.html>.

El ordenamiento jurídico español no dispone de ninguna regulación concreta que vincule el ejercicio ministerial con un tratamiento específico de la libertad de expresión de los ministros de culto y religiosos⁷⁹.

Ciertamente, los ministros de culto y personas religiosas son titulares del derecho a la libertad de expresión por el mero hecho de ser persona. Aunque no nos referiremos al caso, consideramos hacer un breve apunte sobre la libertad de expresión en la propia confesión religiosa, en que puede existir divergencias o disputas, lo cual quedaría dentro del ámbito de autonomía de las propias confesiones religiosas. En definitiva, no existiría un supuesto «derecho a la disidencia» que diera lugar a una tutela estatal⁸⁰.

Por otra parte, las manifestaciones que hacen estas personas en calidad de representantes de una confesión religiosa son consideradas ejercicio del derecho de libertad religiosa en su dimensión colectiva. Contenido nuclear de la libertad religiosa en su dimensión comunitaria o colectiva es precisamente «la divulgación y expresión públicas de su credo religioso»⁸¹. Sin embargo, para determinar el alcance de las expresiones es importante tomar en consideración el lugar en el que las palabras se pronuncian. En este sentido, no tiene la misma repercusión y responsabilidad que un ministro de culto exprese un discurso en el templo acorde con los dogmas y en el ejercicio de su libertad religiosa ante su comunidad de fieles que, si esto mismo se produce en un espacio público, por ejemplo, un parque o cualquier lugar en el que pueda amplificarse el mensaje y ser recibido por personas no pertenecientes a la confesión religiosa y que pueden interpretarlo de forma distinta, aunque esto no debe ser motivo para coartar o limitar la libertad de expresión, sólo como elemento a valorar en cuanto a la repercusión y destino del mensaje. Esta idea puede extenderse al uso de los medios de comunicación públicos⁸².

Un ejemplo de este asunto lo hallamos en la sentencia de la Audiencia Nacional con fecha 12 de mayo de 2021. La resolución falla un recurso interpuesto ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo contra una sanción administrativa impuesta a un canal televisivo por los comentarios de un pastor cristiano en un programa matinal al hilo de un conflicto suscitado en un colegio del Reino Unido en el que unos padres demandaron a un colegio porque otro alumno de 6 años acudía al centro vestido «como una niña». El pastor declaró en el programa que esta conducta podría «animar» a otros niños pequeños a la

⁷⁹ C. GARCIMARTÍN MONTERO, *La libertad de expresión de los ministros de culto*, p. 581.

⁸⁰ Este criterio lo observamos en sentencias del TEDH, *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, *Miroļubovs y otros c. Letonia*, n.º 798/05, 15 de septiembre de 2009. Sobre este asunto y más casos con relación al ejercicio de las libertades individuales en los grupos religiosos *vid.* J. GONZÁLEZ AYESTA, *Autonomía de los grupos religiosos y protección de los derechos humanos de sus miembros*, pp. 259-275.

⁸¹ STC 31/2018 y STC 38/2007.

⁸² J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Hate speech, libertad de expresión y sentimientos religiosos*, pp. 764-765.

transexualidad y que, a su juicio, con tan poca edad, los niños no tienen conciencia de su sexualidad y podrían ser manipulados. Como resultado, el canal de televisión fue condenado en relación con los contenidos y comentarios, que podrían ser considerados como incitadores al odio y atentatorios contra la dignidad del colectivo homosexual y transgénero⁸³. La sentencia estima el recurso interpuesto por el canal de televisión y afirma que «[l]a libertad de expresión permite criticar ideas o posiciones de las que se discrepa, sin que las calificaciones negativas que de ellas se hagan, puedan ser calificadas como atentatorias contra la dignidad humana de las personas que no las comparten, teniendo en cuenta el contexto en que se han producido, y que en ningún momento las mismas incitan al odio del colectivo homosexual o transgénero, y como exige el Tribunal Constitucional no “propagan, incitan, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia y que, del mismo modo, la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios”»⁸⁴.

Cabe recordar que la autonomía de las confesiones religiosas y el ejercicio de su libertad religiosa difundiendo sus dogmas y manifestaciones acordes con los mismos, aun cuando no estén en línea con movimientos sociales o ideologías políticas, es elemento esencial del principio de libertad religiosa. Por lo que el Estado deberá tener un papel activo en la defensa de la libertad de expresión de los grupos religiosos⁸⁵.

Un breve apunte final sobre la peculiaridad que engloba el ministro de culto o personas religiosas en relación con su libertad de expresión y la libertad religiosa. Cuando sus manifestaciones sean constitutivas de un posible delito, de discurso del odio⁸⁶, y por tanto no resulten amparadas por la libertad de expresión ni la libertad religiosa, la condición de ministro de culto podría determinar que el delito sea más o menos grave en su calificación penal, así como el grado de difusión que el mensaje pueda adquirir precisamente por provenir de un sujeto cualificado y con influencia en un grupo más o menos numeroso de personas fieles. Aunque esta situación no está prevista expresamente por la ley, es una idea que ha desarrollado la doctrina⁸⁷. En este sentido, podría afirmarse que los ministros de culto y religiosos tendrían un «plus» en el ejercicio responsable de la libertad de expresión en consonancia con el artículo 10.2 CEDH. La Recomendación General núm. 15 sobre Líneas de Actuación en relación con

⁸³ Condena por vulneración del artículo 4.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, que fue derogada por la recientemente publicada Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.

⁸⁴ Sentencia de la AN, Sala de lo contencioso-administrativo, de 12 de mayo de 2021, FJ. Séptimo.

⁸⁵ E. HERRERA CEBALLOS, *El derecho a difundir íntegramente el mensaje religioso*, p. 287.

⁸⁶ A. LÓPEZ-SIDRO, *La libertad de expresión de la jerarquía eclesiástica y el discurso del odio*.

⁸⁷ C. GARCIMARTÍN MONTERO, *La libertad de expresión de los ministros de culto*, pp. 584-585; J. L. LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, *Responsabilidades de los ministros de culto que inciten al odio*, pp. 314-319.

la lucha contra las expresiones de incitación al odio, Estrasburgo el 8 de diciembre de 2015, reconoce «la responsabilidad particularmente importante de los líderes políticos, religiosos y de las comunidades y otros a este respecto debido a su capacidad de influir en un amplio sector de la ciudadanía»⁸⁸.

6. Algunas consideraciones finales

De acuerdo con el objetivo marcado en este trabajo, hemos hecho un recorrido normativo y jurisprudencial poniendo el foco de atención en algunas situaciones en las que confluyen la libertad religiosa y la libertad de expresión. Somos conscientes de que este enfoque concreto ha limitado el que hayamos podido profundizar más en algunas cuestiones que suscitan gran interés jurídico (naturaleza del conflicto, controversias con la regulación penal, delimitación y alcance de los tipos penales...) e incluso hemos renunciado al tratamiento de los delitos de odio basado en motivos religiosos. La doctrina ha sido generosa dedicando una amplia atención a este tema a cuyos trabajos nos remitimos⁸⁹.

Hechas estas precisiones, procedemos a realizar una síntesis conclusiva de lo expuesto.

Partimos de la idea de que la aplicación de límites a los derechos de libertad de expresión y libertad religiosa debe hacerse de forma restrictiva. Sin embargo, aun considerando la necesidad de mantener la tutela penal de la libertad religiosa, su aplicación debe preverse como último recurso. Ciertamente, un abuso de denuncias planteadas como choque de derechos entre libertad de expresión y libertad religiosa suele poner la balanza a favor del primero, y así se constata en las resoluciones judiciales. En este sentido, sería oportuno una mejor acotación por parte del legislador de los tipos penales, en particular el correspondiente al delito de odio, tan recurrido y, en consecuencia, tan desvirtuado. Esto ayudaría también a evitar el «doble rasero» en la consideración de la incitación al odio por motivos religiosos⁹⁰.

Asimismo, sería deseable que el Derecho y, particularmente, los tribunales de justicia no interviniesen en situaciones que, en muchos casos, obedecen más a

⁸⁸ Una medida práctica en aras a la consecución de este objetivo se refiere a incidir en la formación de los ministros de culto y líderes religiosos. J. L. LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, *Responsabilidades de los ministros de culto que inciten al odio*, pp. 314-315.

⁸⁹ Algunos trabajos sobre el tema *vid.* I. BRIONES MARTÍNEZ, *El delito de odio por razón de religión y de creencias*; M. J. GUTIÉRREZ DEL MORAL, *El odio religioso en las recomendaciones de la comisión europea contra el racismo y la intolerancia*; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Hate speech, libertad de expresión y sentimientos religiosos*; F. PÉREZ-MADRID, *Incitación al odio religioso o ¿hate speech? y libertad de expresión*; I. MARTÍN SÁNCHEZ, *El discurso del odio por motivos religiosos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*.

⁹⁰ Por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30, el Auto n.º 73/2013, 24 enero 2013 y la Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona, de 12 enero 2004.

unos intereses de determinados grupos para presionar social y/o políticamente, e incluso, como campaña publicitaria, que a una cuestión jurídica. Y en caso necesario, encauzarlo por otras vías legales, como la civil o la administrativa, dejando la tutela penal como último recurso.

Asimismo, un factor importante a tener en cuenta para observar el alcance de manifestaciones o actos amparados en la libertad de expresión es el canal o medio por el que se realizan. Debería considerarse que no es lo mismo una parodia que se burle de unas creencias religiosas realizada en un medio de difusión público sostenidos con dinero y recursos públicos que el realizado en un medio privado autofinanciado. Y esto al objeto de preservar o velar por la debida neutralidad estatal en materia religiosa y el papel del Estado como garante y promotor de los valores constitucionales (armonía social, convivencia y respeto de todos los derechos fundamentales).

Por otra parte, el uso del lenguaje implica una intencionalidad comunicativa, la selección de las palabras o imágenes, el contexto, la entonación (si es una expresión oral) o los gestos empleados son elementos que deben considerarse al ponderar los derechos en juego. Sin embargo, sería deseable que en vez de solucionar un «conflicto», tratásemos de evitarlo. Una de las claves para lograr este objetivo sería incidir en la labor educativa sobre derechos y libertades fundamentales y el respeto a los demás.

En definitiva, la concienciación en el ejercicio de los derechos de forma responsable y respetuosa sería un cauce apropiado que desembocaría en evitar la intervención de los tribunales de justicia en una cantidad significativa de casos.

7. Referencias bibliográficas

- ANDREU MARTÍNEZ, A., «Libertad de expresión y protección jurisdiccional de los sentimientos religiosos», en Combalá, Z., DIAGO, M. P., GONZÁLEZ-VARAS, A. (eds.), *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*, LICREGDI, Zaragoza, 2019, pp. 6-26.
- BERNAL DEL CASTILLO, J., «Protección penal de los sentimientos religiosos y delito de escarnio», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 55 (2021).
- BRIONES MARTÍNEZ, I., *El delito de odio por razón de religión y de creencias: la educación en la religión contra el terrorismo de la palabra y de la violencia*, Aranzadi Thomson Reuters, 2018.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S., «La conciliación entre libertad de expresión y libertad religiosa, un *work in progress*», en Javier MARTÍNEZ-TORRÓN y Santiago CAÑAMARES (coords.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 17-32.
- FERREIRO GALGUERA, J., «Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 35 (2014).

- GARCÍA GARCÍA, R. «La libertad de expresión ejercida desde los derechos de reunión y manifestación en colisión con la libertad religiosa», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 37 (2015).
- GARCÍA PARDO, D. «La protección de los sentimientos religiosos en los medios de comunicación», *Ius Canonicum*, XL, n.º 79, 2000, pp. 125-155.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «Arte, religión y Derechos Fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe)», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. II, pp. 397-453.
- GARCIMARTÍN MONTERO, M. C., «La libertad de expresión de los ministros de culto», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXVII (2021), pp. 547-585.
- GONZÁLEZ AYSTA, J., «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», en COMBALÍA, Z., DIAGO, M. P., GONZÁLEZ-VARAS, A. (eds.), *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*, LICREGDI, Zaragoza, 2019, pp. 259-275.
- GONZÁLEZ URIEL, D., *La religión y su juridificación. (Especial consideración de la colisión entre la libertad religiosa y la libertad de expresión)*, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXXII, n.º 2.209, junio 2018.
- GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J., «El odio religioso en las recomendaciones de la comisión europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI)», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 56 (2021).
- HERRERA CEBALLOS, E., «¿Es la aplicación del delito de profanación en España una entelequia? análisis de algunas resoluciones judiciales en torno al artículo 524 del código penal», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 56 (2021).
- «El derecho a difundir íntegramente el mensaje religioso», en COMBALÍA, Z., DIAGO, M. P., GONZÁLEZ-VARAS, A. (eds.), *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*, LICREGDI, Zaragoza, 2019, pp. 276-291.
- JEMOLO, A. C., *I problema pratici della libertà*, Milán, 1961.
- KLUG, F. «Freedom of Expression Must Include the Licence to Offend», *Religion and Human Rights*, vol. 1, 2006, p. 227.
- LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, J. L., «Responsabilidades de los ministros de culto que inciten al odio», en COMBALÍA, Z., DIAGO, M.P., GONZÁLEZ-VARAS, A. (eds.), *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*, LICREGDI, Zaragoza, 2019, pp. 292-319.
- LLEDÓ, E., Entrevista, *Diario de Avisos. El Periódico de Tenerife*, 22 de noviembre de 2013.
- 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).
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Hate speech, libertad de expresión y sentimientos religiosos», *Estudios Eclesiásticos*, vol. 92 (2017), n.º 363, pp. 749-767.
- «La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico», *El Cronista del Estado Social y Democrático*, 50 (2015).
- «¿Libertad de expresión amordazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo», en JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN y SANTIAGO CAÑAMARES (coords.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 83-120.

- «Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Quaderni de diritto e politica ecclesiastica*, 16, 1 (2008), pp. 15-42.
- «De tartas gays y tribunales», *ABC*, 14 de febrero de 2022.
- MINTEGUA ARREGUI, I., «El arte ante el debido respeto a los sentimientos religiosos», *Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 11, (2006).
- PALOMINO, R., «Libertad religiosa y libertad de expresión», *Ius Canonicum*, XLIX, n.º 98, 2009, pp. 509-548.
- «Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto», en Javier MARTÍNEZ-TORRÓN y Santiago CAÑAMARES (coords.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 33-68.
- *Derecho y religiones*, Aranzadi Thomson Reuters, 2022.
- PÉREZ DOMINGUEZ, F., «Hecho religioso y límites a la libertad de expresión», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXII (2016), pp. 205-261.
- PÉREZ-MADRID, F., *La tutela penal del factor religioso en el derecho penal español*, Eunsa, Pamplona, 1995
- «Incitación al odio religioso o ¿hate speech? y libertad de expresión», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 19, (2009).
- «La tutela de los sentimientos religiosos en el entorno digital», en José María VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA, Isabel CANO RUIZ (eds.), *El derecho de libertad religiosa en el entorno digital*, Comares, 2020, pp. 115-134.
- «Protección penal de la libertad religiosa y límites de la libertad de expresión», en Lourdes RUANO ESPINA, José Luis SÁNCHEZ-GIRÓN RENEDO (coords.), *Novedades de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado, a un año de la reforma del proceso matrimonial: actas de las XXXVII Jornadas de Actualidad Canónica, organizadas por la Asociación Española de Canonistas y celebradas en Madrid los días 19 al 21 de abril de 2017*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 111-141.
- MARTÍN SÁNCHEZ, I., «El discurso del odio por motivos religiosos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho y religión*, 12 (2017), pp. 27-44.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-17 (2019).
- SALINAS MENGUAL, J., «Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXV (2019), pp. 221-268.
- «¿Hacia dónde camina la relación entre libertad religiosa y libertad de expresión? Estudio de la evolución de la jurisprudencia del TEDH en relación con la Sentencia Sekmadienis C. Lituania», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 48 (2018).
- SÁNCHEZ NAVARRO, A., «Libertad religiosa y libertad de expresión en España», en Javier MARTÍNEZ-TORRÓN y Santiago CAÑAMARES (coords.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 193-203.

Capítulo 3

Libertad religiosa y libertad de expresión en el Reino Unido

Javier García Oliva

University of Manchester

Helen Hall

Nottingham Trent University

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. CONTEXTO LEGISLATIVO Y SISTÉMICO.— 3. LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INTERESES RELIGIOSOS.— 4. IMPORTANCIA DEL CONTEXTO, LA DISTINCIÓN PÚBLICO/PRIVADO Y EL FENÓMENO DEL «DISCURSO DE ODIOS CODIFICADO» O *CODED HATE SPEECH*.— 5. CONFLICTOS DE DERECHOS.— 6. CONCLUSIÓN.

1. Introducción

Este artículo aborda la interacción entre dos pilares de cualquier sistema constitucional liberal y democrático: la libertad de expresión y la libertad religiosa, concretamente en el Reino Unido en la década de 2020. Comenzaremos nuestro análisis con un breve repaso del contexto legislativo, antes de pasar a abordar la cuestión perenne en el ámbito del derecho y religión, de si es posible limitar la libertad de expresión en deferencia a las sensibilidades e intereses religiosos, y cuándo lo es. Para ello, evaluaremos la importancia del contexto donde las expresiones tienen lugar, exploraremos específicamente si existe alguna diferenciación coherente entre la esfera pública y la privada, y también reflexionaremos sobre los riesgos que plantea lo que hemos denominado «discurso codificado» (*coded speech*), una novedad preocupante.

A continuación, una vez tratado el contexto, pasaremos a debatir los conflictos sustantivos de derechos a la luz de las decisiones judiciales más importantes de los últimos años. ¿Cómo aborda el paradigma del Reino Unido las tensiones entre la libertad religiosa y otros intereses fundamentales, en particular teniendo en cuenta el enfoque global de la libertad de expresión?

2. Contexto legislativo y sistémico

Centrándonos en el ámbito específico del Reino Unido, quizá sea más apropiado adoptar la terminología de «contexto sistémico», en contraposición a legislativo, aunque como afirma Feldman¹, la diferencia entre sistemas constitucionales codificados y no codificados se exagera con frecuencia, teniendo en cuenta que incluso en los regímenes codificados más completos habrá elementos centrales de la práctica y normas constitucionales fuera de los textos clave, mientras que en los sistemas no codificados, muchos elementos de la Constitución se reducirán, de hecho, a sus elementos escritos.

Es importante tener en cuenta que la protección de los derechos humanos en el Reino Unido adopta dos formas distintas. En primer lugar, están los instrumentos legislativos que forman parte del andamiaje constitucional y, en segundo lugar, están los derechos del Common Law que pertenecen al tejido mismo del sistema jurídico, como demuestra la obra de autores como Elliott². Significativamente, es necesario entender ambos para apreciar los principios constitucionales imperantes en este Estado. De hecho, fijarse únicamente en la legislación no revelará todos los límites claramente delineados a los que están sujetos los actores constitucionales del Reino Unido.

No se trata, sin embargo, de restar importancia a la inmensa trascendencia de tales textos. En lo que respecta a las garantías legislativas de los derechos humanos, el Reino Unido incorporó el Convenio Europeo de Derechos Humanos al derecho interno mediante una ley del Parlamento a finales del siglo XX³. Aunque había ratificado el tratado décadas antes, ello no había generado ningún efecto inmediato en el sistema nacional, debido al marco dualista vigente⁴. No obstante, a partir de la aprobación de la Ley de Derechos Humanos, el artículo 9 del Convenio otorgaba a los ciudadanos un derecho diferenciado a la libertad de religión y creencias, y el artículo 10, por supuesto, abarcaba la libertad de expresión. En este sentido, por tanto, el Reino Unido se ajusta a las normas paneuropeas.

No obstante, es fundamental apreciar que esta evolución no ha borrado las garantías sistémicas preexistentes de la libertad personal y colectiva. Los derechos recogidos en el Common Law siguen formando parte de la maquinaria jurídica

¹ D. FELDMAN, «One, None or Several? Perspectives of the UK's Constitution(s)» (2005) 64(2), *Cambridge Law Journal*, 329.

² M. ELLIOTT, «The Fundamentality of Rights at Common Law», en M. ELLIOTT y K. HUGHES (eds.), *Common Law Constitutional Rights* (Bloomsbury: Oxford) 2020, 195-222.

³ Human Rights Act 1998.

⁴ D. DWYER, «The interpretation of English Civil Procedure Rules in the Context of Article 6 of the European Convention on Human Rights», en H. SNIJDERS y S. VOGENAUER (eds.), *The Context and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law* (Sellier: Munich) 2009, 39-52, 39.

y pueden ser invocados por los litigantes y aplicados por los tribunales⁵. Por ejemplo, en el asunto *R (UNISON) v. Lord Chancellor*, el Tribunal Supremo optó por resolver expresamente un litigio basándose en el derecho a un juicio justo integrante del Common Law, señalando que también podría haber llegado a la misma conclusión utilizando el artículo 6 del CEDH, pero considerando innecesario hacerlo, dado que su análisis del Common Law ya había resuelto las cuestiones en juego.

Aunque a primera vista esto podría parecer de interés principalmente para el mundo académico, dado que la Common Law y los derechos contenidos en la legislación son generalmente coincidentes, y las partes en litigio están interesadas sobre todo en el resultado más que en la forma de alcanzarlo, debemos subrayar que tiene una inmensa importancia práctica. En el momento actual, sigue sin estar claro si la política del Gobierno conservador es reformar la Ley de Derechos Humanos (*Human Rights Act*), y la futura configuración del sistema legislativo se encuentra, en consecuencia, en una situación incierta. Por el contrario, dado que los derechos del Common Law constituyen los cimientos del sistema legal y constitucional, no son fácilmente derogables. En consecuencia, nos esforzamos por subrayar que su presencia e importancia no deben subestimarse en la actualidad.

El derecho en la tradición del Common Law a la libertad religiosa y de creencias está bien afianzado, aunque su alcance y naturaleza hayan evolucionado con el tiempo. La famosa primera cláusula de la Carta Magna, que establece que «La Iglesia de Inglaterra será libre», nunca fue concebida como una garantía de libertad religiosa en ningún sentido reconocible para los observadores modernos, y el impacto de la Reforma inglesa en cierto sentido la hizo irrelevante⁶. Sin embargo, al mismo tiempo, se interpreta ampliamente como una garantía de que las autoridades temporales no interferirían en asuntos espirituales ni actuarían de forma opresiva. Como demuestra Sumption, el mito de la Carta Magna se ha apoderado del imaginario jurídico durante siglos, e independientemente de la realidad histórica, este talismán mitificado de la libertad inglesa influye en las percepciones⁷.

Curiosamente, la Carta Magna fue citada en los debates en torno al cierre de iglesias durante la pandemia del Covid-19⁸. A pesar de que es innegable que no proporcionó en realidad ningún derecho tangible que pudiera hacerse valer ante un tribunal, tuvo una inmensa importancia social. De hecho, es fundamen-

⁵ *R (UNISON) v. Lord Chancellor* [2017] UKSC 51.

⁶ E. DUFFY, *The Stripping of the Altars: Traditional Religion in England 1400-1580* (Yale University Press: New Haven) 2005.

⁷ J. SUMPTION, *Law in a Time of Crisis* (Profile Books: Londres) 2021, Capítulo 3.

⁸ Magna Carta and Church Freedom in a World of Lockdown, *Christian Concern* (1-7-20) <https://christianconcern.com/comment/magna-carta-and-church-lockdown-in-a-world-of-lockdown/>

tal que los ciudadanos del Reino Unido perciben la libertad religiosa como parte de su herencia y patrimonio jurídico, y esto afecta al modo en que las leyes son interpretadas y aplicadas, no sólo por los jueces, sino también por los agentes de policía, las autoridades locales y otros representantes del Estado.

Además, un análisis holístico tanto de la jurisprudencia como de la legislación anterior a la aprobación de la Ley de Derechos Humanos demuestra un reconocimiento de la libertad religiosa y de conciencia como derecho básico de los ciudadanos. A medida que el predominio anglicano fue dando paso a la igualdad religiosa, los privilegios de la Iglesia de Inglaterra fueron generalmente compartidos, en lugar de eliminados⁹. Si las creencias y la conciencia anglicanas necesitaban ser respetadas, también lo requerían las creencias y la conciencia no anglicanas, y esto explica, por ejemplo, por qué la ley sobre la objeción de conciencia al servicio militar se desarrolló para dar cabida tanto al pacifismo religioso como al político, mucho antes de que la visión contemporánea de los derechos humanos fuera ampliamente aceptada¹⁰.

Por lo tanto, teniendo en cuenta estas dos ramas de la protección de los derechos humanos, es evidente que las personas que viven en el Reino Unido tienen un derecho absoluto a tener creencias religiosas e ideológicas, y la garantía de ser libres para manifestarlas, con sujeción únicamente a limitaciones proporcionadas y justificables, en virtud del artículo 9 del CEDH. Está igualmente claro que, en virtud del Common Law, tienen derecho a que el Estado respete su fe y su conciencia, y sólo asuntos graves de interés público pueden desplazar esta presunción. Ninguna de estas dos protecciones es absoluta, pero ambas son sólidas y forman parte del entramado jurídico del sistema constitucional.

Sin embargo, una vez subrayado el gran valor que se concede a la libertad religiosa, aunque sujeta a ciertas restricciones, nos vemos obligados a preguntarnos cómo se relaciona esto con otra faceta fundamental del marco de los derechos humanos, a saber, la libertad de expresión. ¿Es el ímpetu de proteger la libertad religiosa lo suficientemente poderoso como para restringir la libertad de expresión?

3. Libertad de expresión e intereses religiosos

Aunque la libertad de religión se reconocía como una materia clave en el Reino Unido, y especialmente en Inglaterra y Gales (históricamente, la Iglesia Presbiteriana de Escocia ejercía un control mucho mayor sobre la vida y la moralidad de los individuos y las comunidades, al menos en la Edad Moderna

⁹ J. GARCÍA OLIVA y H. HALL, *Law, Religion and the Constitution: Balancing Beliefs in Britain* (Routledge: Abingdon) 2017, 50-126.

¹⁰ Military Service Act 1916.

temprana)¹¹, no se percibía normalmente como un derecho a ser protegido frente a la ofensa o el ultraje. A diferencia de las jurisdicciones en las que la Iglesia Católica tenía un papel sólido e indiscutible en la vida de la comunidad, o de los entornos en los que una jerarquía religiosa protestante trabajaba mano a mano con las autoridades temporales, como la Colonia de la Bahía de Massachusetts durante el primer siglo de la era colonial, Inglaterra no tuvo una experiencia sostenida de un grupo con hegemonía espiritual o ideológica después de la era de las Reformas¹².

Esta afirmación podría parecer contraintuitiva, y quizá incluso inverosímil, dada la presencia de una Iglesia establecida con amplios privilegios. Ciertamente, no pretendemos sugerir que el dominio anglicano no causó inmensas injusticias y penurias a los no anglicanos (ya fueran otras confesiones cristianas o grupos de fe no cristianos) hasta las amplias reformas del siglo XIX, pero el anglicanismo era literalmente, además de metafóricamente, una Iglesia amplia. Ni los protestantes radicales ni la facción pro católica pudieron ganar nunca la batalla por el corazón y el alma de la Iglesia de Inglaterra.

Esto se debió en parte a que la cuestión del alcance de la Reforma nunca se resolvió del todo, motivada como había estado originalmente por el propio interés de la Corona, en contraposición a la presión de las élites intelectuales y sociales o el levantamiento popular¹³. También fue la consecuencia de la propia realidad del privilegio anglicano, ya que optar por abandonar la Iglesia de Inglaterra significaba apartar a un individuo y a su familia de lucrativas oportunidades profesionales (en el Derecho, el Parlamento, el servicio militar a nivel de oficiales y, más obviamente, dentro de la propia Iglesia) y también de posibles matrimonios con personas de mayor nivel adquisitivo. El incentivo para permanecer dentro de la confesión era fuerte, por lo que muchas personas, incluido el clero, optaron por suprimir su conciencia y sensibilidad religiosa dentro de una vestimenta anglicana ligeramente desajustada.

A primera vista, esto puede no parecer una gran victoria para la causa de la libertad, pero irónicamente tuvo un impacto inesperado con respecto a la cultura en torno a la blasfemia y la doctrina y el comentario religioso. Hay que recordar que debates que parecen absurdos para muchos observadores modernos, incluso para los que tienen una fe sólida dentro de la tradición cristiana, eran asuntos de salvación eterna a los ojos de las generaciones anteriores. Para muchos, vivir en la Iglesia de Inglaterra significaba convivir con correligionarios cuya

¹¹ H. CORNELL, «Social Control and Masculinity in Early Modern Scotland: Expectations and Behaviour in a Lowland Parish», en L. ABRAMS y E. EWAN (eds.), *Nine Centuries of Man: Manhood and Masculinity in Scottish History* (Edinburgh University Press: Edimburgo) 2017, 183–202.

¹² E. BAKER, *A Storm of Witchcraft: The Salem Trials and the American Experience* (Oxford University Press: Oxford) 2014, 1–67.

¹³ P. MARSHALL, *Heretics and Believers: A History of the English Reformation* (Yale University Press: New Haven) 2017.

doctrina y prácticas consideraban desagradables, insignificantes o incluso repugnantes. Esto creó involuntariamente una cultura de tolerancia a regañadientes: en esencia, si no querías que tus vecinos se quejaran de tus expresiones, era prudente no manifestar tu inquietud por sus hábitos.

Todo ello tuvo un fuerte impacto en la cultura jurídica y constitucional, especialmente en lo que concierne a la blasfemia. Técnicamente siguió siendo un delito hasta 2008¹⁴, pero los tribunales tenían un largo historial de reticencias a aplicarlo, y las autoridades públicas poco interés en emprender acciones judiciales. El último proceso de gran repercusión fue el de *R v. Ramsey and Foot* en la época victoriana, e incluso en esa época este tipo de acciones eran poco frecuentes¹⁵. Como han observado autores como García Oliva, en el siglo XXI la blasfemia estaba en una posición idónea para ser eliminada de la legislación, y su supresión provocó pocas protestas, incluso entre las comunidades religiosas¹⁶.

En resumen, las acciones penales, e incluso civiles, basadas en la ofensa de sentimientos religiosos nunca han sido una parte importante de la cultura constitucional de Inglaterra y Gales, y también hay que recordar que su derecho de responsabilidad extracontractual, en general, es reticente a que se paguen indemnizaciones por sentimientos heridos, en ausencia de una enfermedad diagnoscible u otra reclamación sustancial identificable¹⁷. La falta de tal respuesta jurídica también está en consonancia con un escepticismo sistémico más general a la hora de tomar nota de tales daños emocionales. Huelga decir que, obviamente, no se trata de una característica universal de los sistemas jurídicos, sino que forma parte de la naturaleza y el enfoque de este concreto ordenamiento.

Dicho esto, como sin duda cabría esperar, el ordenamiento jurídico sí se preocupa de las expresiones de incitación al odio dirigidas contra personas o comunidades por razón de su identidad religiosa¹⁸. En este caso, el Estado no interviene para proteger la sensibilidad de los ciudadanos frente a la ofensa, sino que actúa para mantener la seguridad y la paz, así como para proteger la dignidad de las personas y la armonía social.

No obstante, aunque los Estados tienen la obligación de responder adecuadamente a la incitación al odio, no sólo para dar una respuesta satisfactoria a las demandas de su propia población, sino también para cumplir sus obligaciones en virtud del CEDH¹⁹, se acepta comúnmente que tanto el artículo 10 como el derecho a la libertad de expresión regulado por el Common Law llevan consigo importantes exigencias. La imposición de sanciones penales en ausencia de

¹⁴ Criminal Justice and Immigration Act 2008.

¹⁵ *R v Ramsey and Foot* (1883) 48 LT 739.

¹⁶ J. GARCÍA OLIVA, «The Legal Protection of Believers and Beliefs in the United Kingdom», 40, *Ecclesiastical Law Journal* [2007] 66, 66-86.

¹⁷ *Page v Smith* [1995] UKHL 7.

¹⁸ Public Order Act 1986 s29B.

¹⁹ En particular, en relación con los artículos 2, 3, 8, 14 y 17.

daños corporales, abuso financiero o daños a la propiedad es un asunto serio, y una sociedad democrática debe mantenerlo dentro de unos límites prudentes²⁰. Esto se refleja en el tratamiento diferenciado del espacio público y privado en este respecto.

4. Importancia del contexto, la distinción público/privado y el fenómeno del «discurso de odio codificado» o *coded hate speech*

Declaraciones que, si se hicieran en público, darían lugar a un enjuiciamiento por incitación al odio religioso, quedan en cambio protegidas si tienen lugar dentro de los límites de una vivienda y no son perceptibles para los que están fuera²¹. El ordenamiento jurídico y constitucional trata de encontrar aquí un delicado equilibrio. Por un lado, busca mantener la libertad de los ciudadanos a expresarse libremente dentro de su propia casa, en presencia de su familia inmediata e invitados solamente. Por otro, persigue evitar que un individuo malintencionado utilice su casa como plataforma para insultar a sus vecinos y transeúntes, por ejemplo, gritando en su jardín o desplegando una pancarta en su tejado con un lema que incite al odio religioso y a la violencia.

No cabe duda de que las autoridades estatales se enfrentan a una situación complicada en este ámbito y de que el Parlamento, al legislar, hubo de tener en cuenta consideraciones contrapuestas de seguridad y libertad. No obstante, merece la pena detenerse a considerar si el equilibrio alcanzado es el correcto. Es cierto que muchos casos de delitos motivados por el odio son perpetrados por extraños, en parte porque los prejuicios y la hostilidad suelen tener su origen en el miedo y la agresión hacia el «otro», pero al mismo tiempo, existen numerosos testimonios de que las personas que no se ajustan a los valores religiosos o ideológicos de su familia pueden sufrir abusos y coacciones por esta postura²².

Inevitablemente, las personas vulnerables a causa de otras estructuras de poder social corren un riesgo aún mayor de sufrir un trato opresivo por parte de sus familias si no se comportan de conformidad con las expectativas religiosas, por ejemplo, las mujeres, los menores y las personas con discapacidades físicas o trastornos mentales. Por su propia naturaleza, el maltrato familiar suele ocultarse; de hecho, parte de la motivación puede ser evitar que otros miembros de la comunidad descubran la supuesta desviación religiosa de la persona en cuestión, por lo que es probable que los maltratadores actúen a puerta cerrada. Sobre esta base, excluir las declaraciones realizadas en privado de las leyes sobre incitación al odio religioso es problemático, ya que podría argumentarse que las víctimas

²⁰ C. MORRIS, «State Coercion and Force», *Social Philosophy and Policy*, 29(1) (2012), 28-49.

²¹ Public Order Act 1986, s29B(2).

²² The ex-Muslim Britons who are persecuted for being atheists, *BBC News* (28-9-2015), <https://www.bbc.co.uk/news/magazine-34357047>.

de este tipo de trato necesitan toda la gama disponible de mecanismos legales de protección y reparación.

El argumento contrario, sin embargo, es que tales casos de opresión religiosa deberían clasificarse adecuadamente como formas de maltrato doméstico, y se tratan mejor a través de los mecanismos legales diseñados para abordar tales situaciones²³. Según este análisis, los delitos de odio se refieren principalmente a la agresión por parte de extraños y constituyen un problema social en la esfera pública, mientras que las situaciones de maltrato doméstico requieren enfoques diferentes para salvaguardar con mayor eficacia a las personas vulnerables. En este escenario, coartar la libertad de expresión en los domicilios particulares no sería el método adecuado para abordar este problema.

En definitiva, en nuestra opinión, la necesaria existencia de delitos adaptados a las víctimas de maltrato doméstico no es una razón convincente para proporcionar una exención de enjuiciamiento por incitación al odio. Shakespeare argumenta convincentemente, en el contexto de los delitos de odio por discapacidad, que la percepción de que este tipo de delito es perpetrado principalmente por jóvenes que son desconocidos para las víctimas, oculta la prevalencia de la violencia y el acoso dentro de las familias; y nosotros sugeriríamos que un fenómeno similar es observable con los delitos de odio religioso²⁴. De hecho, no hay ninguna justificación para privar a las víctimas de delitos de odio en espacios privados de mecanismos arraigados en el sistema jurídico general, y permitir que éstos se utilicen junto con disposiciones más adaptadas a sus circunstancias. Es un principio bien establecido que la libertad de expresión no puede utilizarse como razón para privar a terceros de sus derechos²⁵, y las declaraciones delictivas, por definición, quedan fuera de su ámbito. En consecuencia, proscribir la incitación al odio en el ámbito doméstico no sería una restricción novedosa o excesiva de la libertad de expresión.

Además, constituir una excepción para las expresiones que tienen lugar en los domicilios sólo puede tener sentido si aceptamos que todos los presentes para escuchar ese discurso de odio religioso están dentro de la vivienda por una cuestión de elección personal, lo cual es clara y manifiestamente una afirmación insostenible, especialmente en lo concerniente a los menores, pero también a quien lleva a cabo esas declaraciones muchos adultos que conviven económica o emocionalmente con ese daño.

En resumen, la conceptualización de la incitación al odio en el sistema inglés y galés tiene sus raíces en una grave preocupación por la difusión pública y abierta de ideologías agresivas²⁶, pero esto no refleja realmente la realidad de la

²³ Por ejemplo: Family Law Act 1996 s42 non-molestation orders.

²⁴ T. SHAKESPEARE, *Disability Rights and Wrongs Revisited* (Routledge: Abingdon) 2006, 231.

²⁵ Artículo 10, apartado 2, y artículo 17 del CEDH.

²⁶ J. CHALMERS y F. LEVERICK, *A Comparative Analysis of Hate Crime Legislation* (University of Glasgow: Glasgow) 2017, 68-133.

incitación al odio en la práctica, y por lo tanto, cuando existe un abismo entre el contenido de la legislación y la realidad vivida por los ciudadanos, es necesario salvar este abismo con reformas legales.

Aparte del contexto doméstico antes mencionado, el fenómeno del «discurso de odio codificado» —*coded hate speech*— representa otra forma distinta de expresión privada, o semiprivada, que actualmente puede filtrarse en el marco de la justicia penal, provocando un daño social con impunidad. Utilizamos el término «discurso de odio codificado» para referirnos a las comunicaciones entre individuos que comparten o simpatizan con una visión del mundo basada en el odio, y que están dirigidas a terceros considerados hostiles o inferiores, pero transmitidas con palabras o imágenes que *a primera vista son* inocuas o carecen de sentido. Este fenómeno está estrechamente relacionado con la realidad política del llamado *dog-whistle* («silbato para perros»), una forma de comunicación política destinada a transmitir un mensaje que será entendido por el público al que va dirigido, pero no por terceros que podrían sentirse ofendidos por una expresión clara de su contenido²⁷. Como argumenta Shapiro, la metáfora del *dog-whistle* para describir declaraciones hechas públicamente, pero «oídas en privado», procede de la práctica de utilizar silbatos ultrasónicos, que son audibles para los oídos caninos, pero no para los humanos²⁸. Este autor observa que el término tiene su origen en el inglés estadounidense, y la tecnología elegida de la metáfora se asocia a su vez con culturas racistas y excluyentes en torno a la caza, el rastreo y los entornos suburbanos blancos de mediados del siglo XX. La noción de *dog-whistle* se basa en telegrafiar información a los iniciados, al tiempo que mantiene a los marginados sociales y étnicos desconocedores de su potencial amenaza.

Como ya se ha dicho, los individuos que desean pasar desapercibidos por todos los sectores de la población, excepto por su público objetivo, utilizan el *dog-whistle*, y si otros grupos los entienden y protestan, entonces la táctica ha fracasado; en cambio, el discurso de odio codificado pretende causar angustia²⁹. En ambos casos, la expresión es lo suficientemente oscura como para dar al orador margen suficiente para negar una intención maliciosa y fingir inocencia si se le cuestiona.

La naturaleza encubierta y dual del discurso de odio codificado lo hace especialmente pernicioso, y difícil de abordar por los sistemas jurídicos sin socavar la libertad de expresión hasta un grado inaceptable. Imponer todo el peso del Estado en forma de sanciones penales está contraindicado en una democra-

²⁷ I. LÓPEZ, *Dog Whistle Politics: How Coded Racial Appeals Have Reinvented Racism and Wrecked the Middle Class* (Oxford: OUP) 2014, 1–34.

²⁸ A. SHAPIRO, «The racist roots of the dog-whistle», *The Washington Post* (17/8/2020), <https://www.washingtonpost.com/outlook/2020/08/21/racist-roots-dog-whistle/>.

²⁹ Essayist Lawyer «Dog Whistles and Plausible Deniability» (3–9–2012) <http://essayistlawyer.blogspot.com/2012/09/dog-whistles-and-plausible-deniability.html>.

cia liberal, ya que debe concederse al acusado el beneficio de cualquier duda razonable³⁰. No obstante, es importante no subestimar la gravedad del discurso de odio codificado, en contextos religiosos como en cualquier otro. La gravedad del daño implica que no puede aceptarse simplemente dejar de lado la cuestión por considerarla demasiado difícil de tratar, al menos si los Estados europeos han de tomarse en serio sus obligaciones en virtud del artículo 8, e incluso del artículo 3, de proteger la seguridad de las personas y las comunidades. Esto se ilustra mejor con un ejemplo tangible.

Una subsección minoritaria del paganismo nórdico, la comunidad Heathen moderna, se alía con movimientos de extrema derecha, especialmente en el norte de Europa y EE.UU. Las imágenes del «chamán» Qanon que dieron la vuelta al mundo durante los disturbios de Capitol Hill y sus consecuencias atrajeron la atención mundial sobre este fenómeno³¹. Para evitar cualquier duda, estos elementos no representan a la mayoría o a la corriente principal de Asatro, o de otros grupos paganos contemporáneos, del mismo modo que las sectas violentas y extremistas que actúan en nombre del Islam o del Cristianismo no reflejan los puntos de vista de esas comunidades religiosas. Sin embargo, hay algunos dentro del movimiento pagano nórdico que se ven a sí mismos reviviendo lo que perciben como la verdadera religión del norte de Europa y la herencia cultural exclusiva de los blancos, no contaminada por influencias de Oriente Medio. Además, estas corrientes de pensamiento político y religioso también se nutren de la fascinación por el ocultismo que mostraron algunas figuras prominentes con la Alemania nazi y el Tercer Reich³².

Una creencia común de este movimiento es la idea de que la ley vikinga castigaba la homosexualidad con la muerte por ahogamiento, aunque en realidad las actitudes sociales hacia la actividad sexual entre personas del mismo sexo eran mucho más complejas³³. Resulta irónico, pero quizá no sorprendente, que una narrativa simplista de rechazo brutal y represalias violentas provenga en gran parte del trabajo de los historiadores que escribían en el seno del Tercer Reich, y que se haya reciclado consciente e inconscientemente desde entonces³⁴. Sin embargo, independientemente de la solidez histórica de la afirmación, es familiar a los miembros de esta comunidad además de ser aceptada por ellos. Asimismo, ha llevado a que se diga a las personas que apoyan los derechos LGBTQ+ en el siglo XXI que «se enfrenten a la ciénaga» («*face the bog*»). Cuando este mensaje

³⁰ J. WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial* (Yale University Press: Yale) 2008, 1-8.

³¹ M. BLOOM y S. MOSKALENKO, *Pastels and Paedophiles: Inside the Mind of Qanon* (Stamford University Press: Stamford) 2021.

³² E. KURLANDER, *Hitler's Monsters* (Yale University Press: Londres) 2017.

³³ K. WOLF, *Daily life of vikings* (Greenwood Press: Westport) 2004, 10.

³⁴ J. GARCÍA OLIVA y H. HALL, «Coded Hate Speech: Is this something which the law can address?», *Balancing Beliefs Project Blog*, <http://www.projects.law.manchester.ac.uk/religion-law-and-the-constitution/coded-hate-speech-is-this-something-which-the-law-can-address/>.

se dirige a individuos interesados en estudios nórdicos, o dentro del entorno pagano germánico moderno, la intención maliciosa y agresiva resulta inmediatamente clara³⁵.

En tal caso, no habría ninguna dificultad en identificar una expresión personal como una forma de incitación al odio. Esto está claramente contemplado en el artículo 29B(1) de la Public Order Act de 1986 (modificada). Los requisitos para la condena, según lo establecido por esta ley, son palabras o comportamientos amenazadores, con la intención de incitar al odio religioso, o al odio por motivos de orientación sexual, y si se dirige a alguien que es homosexual o se cree que lo es, el precepto se aplica claramente. Además, la dimensión de incitación al odio religioso también puede ser pertinente si la víctima es miembro de otro grupo neopagano.

Mucho más problemático, sin embargo, es el caso en el que se pretende que la persona a la que se dirigen las palabras se sienta perturbada por ellas, pero no se espera que las entienda. La frase «*face the bog*» no es interpretada habitualmente en los países anglófonos contemporáneos como un insulto o amenaza homofóbica, pero es una afirmación lo suficientemente extraña como para que pueda entenderse fácilmente como maliciosa, especialmente si va acompañada de risas hostiles y otros gestos. Además, el término «*bog*» se utiliza generalmente como una palabra negativa para referirse a las ciénagas, y se asocia con peligro y olor desagradable de la vegetación en descomposición³⁶. También se emplea en la jerga en alusión a un retrete, e incluso puede usarse como verbo, en sustitución de una palabrota, para decir a otra persona que se vaya («*bog off!*»).

Aunque este hecho pueda parecer de menor importancia, es muy relevante, porque existen interpretaciones alternativas, moderadamente desagradables, a las que podría llegar una persona que escuche «*face the bog*». El verdadero reto es que son, sin duda, inquietantes, pero no inmediatamente de naturaleza homófoba u hostil desde el punto de vista religioso. De hecho, son frases que tienen más probabilidades traer problemas a un alumno en una clase de primaria que de llevar a un ciudadano a ser procesado con éxito por incitación al odio. Sin embargo, en este contexto tan específico, lo que se transmite es mucho más oscuro, ya que el verdadero mensaje es que es necesario ahogar a las personas de determinada sexualidad o posición religiosa.

Además, si esa amenaza se presenta como excesivamente absurda o remota, es importante recordar la seriedad con la que algunas de estas comunidades, alineadas o no con la extrema derecha, se toman el llamamiento a vivir como

³⁵ P. KORONKA, «The Queer Activists Reclaiming Norse Myth from the Far Right», *Huck* (22-2-21), <https://www.huckmag.com/perspectives/activism-2/the-queer-activists-reclaiming-norse-myth-from-the-far-right/>.

³⁶ Diccionario Collins, «Bog», <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/bog>.

vikings³⁷. Muchas de las personas que comentan que los homosexuales deberían ser ejecutados por ahogamiento boca abajo en agua sucia no lo hacen como una broma oscura y hostil, sino que creen sinceramente que hubo un tiempo en el que la sociedad realizaba regularmente esta práctica, y preferirían volver a ese mundo. Cuando esto se combina con la violencia letal de la extrema derecha moderna contra las personas homosexuales³⁸ y los horribles asesinatos y tratos degradantes cometidos por el régimen nazi³⁹, no hay nada trivial o risible en un comentario como *«face the bog»* si se interpreta correctamente.

Esto nos lleva a una situación en el que una expresión de la Parte A, que es ostensiblemente una burla infantil, se lanza a una Parte B, con la intención de que se sienta inquieta e incómoda, y de que la Parte C la entienda como un mensaje lleno de odio sobre la incapacidad de la Parte B para vivir. ¿El elemento codificado encubre el mensaje suficientemente como para que no se cumpla el requisito de «amenaza» de la Public Order Act?

La guía publicada por el Crown Prosecution Service (Fiscalía General) subraya que «amenazar» es un elemento crucial del delito, y que un grado inferior no sería suficiente. Elimina específicamente los «insultos infantiles» y también la «predicación de doctrinas religiosas» del ámbito de conductas merecedoras de actuaciones judiciales, al tiempo que subraya la importancia de no someter la libertad de expresión a restricciones indebidas. Las críticas a los comportamientos sexuales y los llamamientos a modificarlos, ya estén motivados por la religión o por otras razones (por ejemplo, la preocupación por la estabilidad social y la salud pública), no se tendrán en cuenta⁴⁰.

Todo este debate conduce a un panorama complejo en relación con la incitación al odio codificado y su tratamiento. Hay pocos casos denunciados, si es que hay alguno, en este ámbito, lo que tiende a apoyar la teoría de que el marco jurídico se alinea a favor de la libertad de expresión. Tal respuesta está en consonancia con la metanarrativa de que la incitación al odio es una cuestión de desorden público y seguridad, y las expresiones que son efectivamente privadas o semiprivadas, no deben ser consideradas. La verdad es que, en última instancia, el equilibrio es una decisión de política pública, y las orientaciones de la Fisca-

³⁷ N. NOLLASON, «Are there modern day Vikings?» (8-10-21), <https://www.vikingsbrand.co/blogs/norse-news/modern-day-vikings>.

Obsérvese que se trata de una referencia a una página en la que se niega expresa y firmemente cualquier dimensión racial en la adopción de un estilo de vida vikingo, y ni el autor ni la comunidad a la que representa están participando en el tipo de discurso hostil y discriminatorio que estamos debatiendo. Ilustra la seriedad del compromiso con una ideología y un estilo de vida, como se menciona en el texto anterior.

³⁸ P. NILAN, *Young People and the Far Right* (Palgrave: Londres) 124.

³⁹ R. PLANT, *The pink triangle: The Nazi War Against Homosexuals* (Holt: Nueva York) 1986

⁴⁰ Crown Prosecution Service, «Public Order Offences Incorporating the Charging Standard», <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/homophobic-biphobic-and-transphobic-hate-crime-prosecution-guidance>.

lía también dejan claro que las conclusiones sobre la imputación siempre dependerán en gran medida de las circunstancias⁴¹.

Sin embargo, hay razones para preguntarse si la posición actual se inclina demasiado hacia la libertad de expresión en lo que respecta a las expresiones codificadas, porque las manifestaciones que hemos descrito anteriormente en el contexto de la extrema derecha (las fuentes paganas neogermánicas) son de una naturaleza particularmente extrema. De hecho, se sitúan en una categoría fundamentalmente distinta de las declaraciones religiosas conservadoras sobre la sexualidad humana, que advierten de terribles castigos espirituales por la actividad sexual entre personas del mismo sexo, incluido el fuego del infierno. Una cosa es amenazar a las personas con repercusiones en la otra vida y otra muy distinta sugerir que hay que exterminarlas en el presente. A la luz de esta intención, lo más probable es que una expresión de este tipo no entre dentro del marco del artículo 9 otorgado por los tribunales del Reino Unido, ya que no se consideraría digna de protección en una sociedad democrática⁴². Aunque los pronunciamientos judiciales dejan claro que la exclusión total del artículo 9 es poco frecuente, al menos en el caso de creencias serias y sinceras sobre aspectos fundamentales, incluso cuando éstas parecen ofensivas o peligrosas para la mayoría de los ciudadanos⁴³, la creencia de que una comunidad minoritaria necesita ser exterminada se convierte en una amenaza tan profunda para los valores del pluralismo y la seguridad, que puede llegar a traspasar el umbral.

En consecuencia, llegamos a la conclusión de que tales manifestaciones no atraerían la protección de los derechos humanos del Convenio a través de la Human Rights Act, y añadimos que no se aplicaría tampoco el derecho de la Common Law a la libertad religiosa y de conciencia. Esto dejaría al orador dependiendo únicamente de la mera libertad de expresión, no acompañada de una protección basada en la libertad ideológica, incluso si la declaración derivase de sus creencias espirituales y políticas. Como se ha indicado anteriormente, el ordenamiento no ampararía al individuo correspondiente, cuando la expresión de odio fuese manifiesta y comprensible, pero dejaría dudas en supuestos menos claros.

Por otra parte, la dimensión no verbal del delito puede ser muy relevante. Incluso si los comentarios no son inmediatamente comprensibles para la víctima, el lenguaje corporal de las otras partes implicadas puede ser suficiente para llevar la conducta más allá de la esfera penal. Las palabras «y el comportamiento» incluidos en la legislación permiten específicamente que esto se tenga en cuenta al evaluar la situación en su conjunto, y si el discurso de odio codificado tiene la intención de amenazar, el hecho de que no se entienda completamente, no le resta relevancia jurídica.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *R (Williamson) v. Secretary of State for Education* [2005] UKHL 15.

⁴³ *Forstater v. CDG* [2022] UKEAT/0105/20/JOJ.

Otra dimensión clave a considerar sería el papel de la tecnología. Aunque la Public Order Act se aprobó originalmente a mediados de la década de 1980, mucho antes de que los teléfonos móviles e Internet formaran parte de nuestra experiencia colectiva, la legislación vigente funciona en este nuevo entorno. En efecto, es mucho más fácil que antes para una persona descubrir el significado de enunciados crípticos en cuestión de segundos, buscando en un dispositivo que probablemente lleve en el bolsillo. Además, no se exige que las expresiones sean inteligibles *al instante*, y no parece razonable sugerir que unos segundos de retraso sean suficientes para neutralizar la inmediatez de la expresión amenazadora. Además, el texto de la legislación alude específicamente a la exhibición pública de material escrito, y no hay ninguna estipulación sobre el tamaño de la letra⁴⁴. Por consiguiente, si la colocación de un cartel que requiere que una persona con un nivel medio de vista se acerque para leerlo puede llevar a activar el ordenamiento penal, ¿por qué no habría de cumplirse igualmente si se grita un comentario que un transeúnte tiene que buscar en Google?

Sin duda, el equilibrio es extremadamente delicado, y debe aplicarse una gran cautela a la hora de restringir la libertad de expresión. Huelga decir que la penalización de expresiones ambiguas es intrínsecamente problemática desde una perspectiva de libertad, y la idea de que una declaración pueda ser llevada al terreno penal por referencia a una fuente ajena (por ejemplo, un artículo o blog de Internet) sobre la que el orador no tiene responsabilidad ni control, plantea serias dudas. ¿Cómo podría haber salvaguardias efectivas contra la criminalización de individuos por interpretaciones que ellos mismos no previeron o pretendieron? Aunque la incitación al odio supone un daño y un peligro social excepcional, no puede justificarse la imposición del Derecho Penal sin haberse probado fehacientemente.

Este es, después de todo, exactamente el tipo de alegato que en la Edad Moderna temprana permitió condenas por brujería sobre la base de pruebas endebles incluso para los estándares del siglo XVIII⁴⁵, y no es casualidad que Arthur Miller se inspirara en estos acontecimientos para advertir de los peligros de la persecución política en el siglo XX, a través de su aclamada obra *El crisol*. Significativamente, no debemos imaginar que somos demasiado sofisticados para soslayar las mismas trampas que nuestros antepasados⁴⁶.

Este ejemplo de discurso de odio codificado germánico de extrema derecha es radical, pero otras expresiones religiosas pueden ser mucho más sutiles y complejas. Abrir demasiado la puerta a la posible penalización de declaraciones codificadas (*coded statements*) puede ser extremadamente arriesgado, ya que podría conducir no sólo a la criminalización de términos genuinamente discutibles, sino

⁴⁴ Public Order Act, s29B.

⁴⁵ E. BAKER, *A Storm of Witchcraft* (Oxford University Press: Oxford) 2014, 161-128.

⁴⁶ A. MILLER, *The Crucible* [1953], véase S. ABBOTSEN (ed.), *Arthur Miller the Crucible: Student Edition* (Methuen Drama: Londres) 2010.

también a que la judicatura se vea arrastrada peligrosamente hacia la interpretación de doctrinas religiosas. La línea que separa la evaluación de la corrección de la doctrina y la determinación de su significado en un contexto concreto podría resultar alarmantemente borrosa en la práctica. En consecuencia, sostenemos que, si bien hay algunos casos de incitación al odio codificado que entran justificadamente en el ámbito de las disposiciones penales, y requieren una interpretación generosa de «amenaza» a los efectos de la legislación inglesa y galesa, los jueces y fiscales del Estado deberían actuar con gran cautela en este empeño.

En resumen, al igual que la libertad religiosa no puede dar carta blanca a individuos o grupos para pisotear los derechos de los demás, la libertad de expresión debe restringirse cuando cause un daño muy concreto e identificable. Esta conclusión nos lleva a la interacción de derechos contrapuestos en el sistema británico, parte esencial de nuestro análisis.

5. Conflictos de derechos

Como punto de partida, la jurisprudencia de Estrasburgo ha afirmado, sin lugar a dudas, que no existe una jerarquía de derechos⁴⁷, y nunca puede declararse que un derecho prevalezca automáticamente sobre otro. Es significativo que el ejercicio de ponderación dependerá siempre de los hechos frente a los tribunales, como ha demostrado Martínez-Torrón⁴⁸.

Por lo tanto, aunque no sea un corolario inevitable, no es sorprendente que los líderes religiosos en el Reino Unido en general, y en Inglaterra y Gales en particular, no gocen de ninguna protección especial por parte de las leyes que restringen la libertad de expresión, y es evidente que no hay ninguna razón para dar automáticamente prioridad a los sentimientos religiosos. Además, sería muy difícil justificar por qué los ministros religiosos u otros líderes espirituales corren inherentemente más riesgo que la población en general. En consecuencia, no necesitan un blindaje jurídico especial.

Ello se debe en gran medida a la permisividad del marco jurídico en relación con la libertad de expresión y de religión. No hay leyes, por ejemplo, que protejan a los seguidores de cualquier grupo religioso frente a expresiones que ofenden sus doctrinas, y no se necesita de garantizar que los predicadores de otras comunidades religiosas no infrinjan tales disposiciones al exponer planteamientos religiosos alternativos. Del mismo modo, los artistas o quienes se involucran en protestas políticas y sociales no corren ningún riesgo de ser sanciona-

⁴⁷ *Eweida v. Reino Unido* [2013] TEDH 37.

⁴⁸ J. MARTINEZ TORRON, «Freedom of Religion, Offences to Religion and Public Morals in Strasbourg Case Law», en M. ELOSEGUIL, A. MIRON and I. MOTOC (eds.), *The Rule of Law in Europe: Recent Challenges and Judicial Responses* (Springer: Londres) 2021, 171-198.

dos por utilizar objetos religiosos en sus obras o expresiones, al menos por lo que respecta a la inviolabilidad del material en opinión de terceros (evidentemente, dañar bienes propiedad de terceros acarreará sanciones penales, pero ello no está enraizado en la libertad de expresión ni en la libertad religiosa⁴⁹), lo que significa que tampoco se requieren excepciones en este respecto.

Teniendo en cuenta el clima de libertad imperante, es improbable que se produzca un cambio en las circunstancias en las que una aseveración o el uso de una imagen se conviertan en objeto del Derecho Penal. Si la causa para ilegalizar la expresión es lo suficientemente sólida como para cumplir las condiciones que establece el marco del ordenamiento inglés, es poco probable que la motivación del instigador sea un elemento material. En algunas circunstancias, podría ser un factor a tener en cuenta por un tribunal como atenuante a la hora de imponer una pena tras la condena, aunque esto podría ser, por supuesto, un arma de doble filo. Un órgano judicial podría considerar que un acto sincero, pero mal orientado, de protesta religiosa es menos culpable que una ofensa o un vandalismo aleatorio, pero igualmente, cuando el objetivo de la ofensa se dirige a la religión, como observa Doe⁵⁰, la persona que dicte sentencia trataría normalmente este hecho como un factor agravante, a tenor de su impacto sobre las víctimas⁵¹.

No cabe duda de que los tribunales del Reino Unido examinarán supuestos con un trasfondo religioso, e incluso los que se refieran indirectamente a cuestiones religiosas, cuando se pronuncien sobre disyuntivas que puedan determinarse objetivamente⁵². Esto es significativo a nuestros efectos, porque supone que, aunque no se apliquen de ordinario normas especiales a las expresiones o controversias de naturaleza religiosa, y a pesar de que los jueces que las examinan no acepten su propia competencia en muchos casos, tampoco cerrarán los ojos a la dimensión religiosa de los hechos, al abordar las repercusiones de aquella en las partes implicadas, tanto en el ámbito civil como en el penal.

Lo que nos vuelve a conducir, una vez más, en la pregunta de cómo abordan habitualmente los tribunales los conflictos en los que los derechos religiosos se oponen directamente a la libertad de expresión o a otros intereses fundamentales. Hemos afirmado que no existe una jerarquía de derechos aplicable, pero ¿cómo pueden resolverse entonces tales tensiones de forma coherente y equitativa? ¿Qué principios se emplean para garantizar la coherencia y la justicia?

⁴⁹ En Inglaterra y Gales no existe ninguna regulación legal sobre la exhibición de objetos con especial significado religioso o cultural, ni siquiera partes del cuerpo humano. Véase, por ejemplo: L. ARTS, «Legal Challenge to Corpse Art», *London Standard* (12-2-2012), <https://www.standard.co.uk/hp/front/legal-challenge-to-corpse-art-6329883.html>.

⁵⁰ N. DOE, *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction* (Oxford University Press: Oxford) 2011, 82.

⁵¹ Sentencing Act 2020, Capítulo 2.

⁵² *Shergill v. Khaira* (2014) UKSC 33.

Para responder a esta interrogante debemos examinar una serie de casos recientes, además del razonamiento aplicado por los diversos tribunales, y un punto de partida muy adecuado es el litigio al que se suele referir informalmente como el «caso de la tarta gay británica», pero citado propiamente como *Lee v. Ashers Bakery*⁵³. Los hechos son bien conocidos, por lo que un breve resumen será suficiente. El Sr. Lee fue a la pastelería Ashers y encargó una tarta, pidiendo que llevara un eslogan en apoyo del matrimonio homosexual. La pastelería se negó a aceptar dicho encargo, por considerar que prestar tal servicio violaría sus convicciones religiosas de que el matrimonio es una institución exclusiva para parejas heterosexuales. De hecho, el Sr. Lee era gay, aunque la pastelería lo desconocía cuando rechazó el pedido.

El Tribunal de Apelación (*Court of Appeal*) determinó que la pastelería había discriminado ilegalmente al Sr. Lee y que decorar una tarta con un lema en apoyo del matrimonio homosexual no equivalía en ningún sentido a legitimarlo. Se argumentó que, por analogía, las pastelerías producen muchos dulces con los colores de un determinado equipo de fútbol para cumpleaños y otras ocasiones, pero esto no significa que la persona que elabora el glaseado esté siendo desleal a otros clubes deportivos. Además, señaló que en Halloween mucha gente solicita tartas con dibujos de brujas, pero esto no requiere que el pastelero se identifique como brujo o pagano para satisfacer la petición.

A diferencia del Tribunal de Apelación, el Tribunal Supremo adoptó un análisis radicalmente distinto. La Baronesa Hale sostuvo que la pastelería no se negó a servir la tarta al Sr. Lee debido a su orientación sexual. Señaló que no sabía que era gay y que no tenían motivos para suponerlo, dado que muchas personas del espectro de la sexualidad humana, incluidos los heterosexuales, apoyan el matrimonio igualitario. Lady Hale no consideró que existiera un vínculo suficiente entre la sexualidad del Sr. Lee y la negativa a proporcionarle la tarta, y advirtió del peligro de ampliar la noción de discriminación por asociación.

Además, hizo hincapié en que la actuación de la pastelería estaba motivada por sus creencias cristianas o, en otras palabras, por una característica protegida de la demandada. Para que una demanda prospere, el comportamiento censurable debe derivarse, por el contrario, de una característica protegida de la persona afectada.

Posteriormente, los principios esbozados en *Lee v. Ashers* fueron aplicados por el Employment Appeal Tribunal en el caso *De Groen*⁵⁴. Se refería a una profesora de una guardería judía ultraortodoxa, que era judía liberal, y no ocultaba sus convicciones religiosas ni sus opciones de estilo de vida. Como señaló Cranmer, el Tribunal subrayó que el caso se refería a una disputa interna de una religión,

⁵³ *Lee v. Ashers Bakery* [2018] UKSC 49.

⁵⁴ *Gan Menachem Hendon Ltd v. De Groen* (2019) UKEAT/0059/18/OO.

y no entre diferentes confesiones o visiones del mundo⁵⁵. La Sra. De Groen enseñaba adecuadamente a los niños y su trabajo no había sido objeto de ninguna queja grave, si bien reveló a los padres, en eventos sociales, que vivía con un hombre que no era su marido. A la guardería le preocupaba que esto tuviera un impacto negativo en los padres, religiosamente conservadores, y que incluso pudiera provocar el cambio de escuela de los niños. Por ello, dos empleadas de la guardería habían intentado advertir de los riesgos a la Sra. De Groen, que posteriormente interpuso una demanda por discriminación religiosa y sexual.

El Employment Tribunal había estimado su demanda, dictaminando que había sido objeto de un trato discriminatorio debido a sus opiniones religiosas liberales, pero aplicando *el caso Lee v. Ashers*, el Employment Appeal Tribunal (EAT) llegó a una conclusión diferente. Su análisis enfatizó que la guardería actuó sobre la base de sus propias convicciones religiosas conservadoras, al igual que la pastelería, y, en consecuencia, la característica protegida pertinente les correspondía a ellos, y no a la Sra. De Groen. (Sin embargo, su demanda sí tuvo éxito en relación con la discriminación por razón de sexo).

A primera vista, este resultado podría parecer una victoria de la libertad religiosa, pero un análisis más detallado revela que es profundamente problemático y, en realidad, es muy difícil interpretarlo como algo distinto a un choque entre perspectivas religiosas contrapuestas. La guardería se opuso a que su empleada utilizara su libertad de expresión en reuniones sociales para expresar opiniones religiosas y morales que no estaban en consonancia con sus valores y su ética. Aplicando exactamente la misma lógica, un profesor religiosamente conservador podría haber sido objeto de un trato perjudicial por revelar sus opiniones sobre el aborto o la eutanasia en un evento social, si trabajara para una institución liberal.

Dado el desequilibrio de poder entre empleadores y empleados, sería muy preocupante que se concluyera que empleados de cualquier trasfondo religioso o ético no sufren discriminación, si se le sanciona disciplinariamente por expresar opiniones que no se ajustan a la perspectiva de su empleador. Es especialmente preocupante en un contexto escolar, porque el marco jurídico ya establece algunas excepciones claramente definidas en la Equality Law en relación a las creencias religiosas; y permitir a los empleadores ir más allá de los parámetros de lo que el Parlamento ha declarado como razonable parecería estar socavando el equilibrio democráticamente establecido entre los intereses en conflicto.

Desde un punto de vista más optimista, cabe destacar que ha habido otros casos relacionados con la libertad de expresión en el lugar de trabajo que no se han visto influidos negativamente por la aplicación de la sentencia del Tribunal

⁵⁵ F. CRANMER, «May a faith based nursery school sack a teacher for cohabitation? De Groen in the EAT», *Law and Religion UK* (13-2-2019), <https://lawandreligionuk.com/2019/02/13/may-a-faith-based-nursery-school-sack-a-teacher-for-cohabitation-de-groen-in-the-eat/>.

Supremo en el *asunto Lee v. Ashers*. Recientemente se han dictado dos sentencias respecto a empleados que habían hecho declaraciones críticas con los derechos de los transexuales o que habían cuestionado la realidad de la identidad transexual.

El primero fue *Forstater v. CGD*⁵⁶, y se refería a una empleada que no creía que las mujeres transexuales fueran mujeres. Hizo varias manifestaciones en este sentido, incluso en las redes sociales, y se negó a aceptar las peticiones de su empleador para que cesara en su actitud. The Employment Tribunal rechazó su demanda por discriminación basándose en que la creencia de que las personas transexuales no existían no era digna de respeto en una sociedad democrática y, por consiguiente, no entraba en el ámbito del artículo 9.

Por el contrario, el Employment Appeal Tribunal afirmó que tal creencia podía equivaler a una convicción filosófica y atraer adecuadamente la protección del Convenio, pero que el hecho de que una manifestación concreta de tal creencia pudiera o no limitarse dependería de los hechos concretos. La decisión es, por tanto, significativa en dos aspectos. En primer lugar, ninguno de los dos tribunales analizó las circunstancias en términos de manifestación por parte del empleador de sus convicciones filosóficas. En segundo lugar, puso de relieve que algunas perspectivas minoritarias, que muchas personas pueden considerar ofensivas, pueden de hecho ser contrarias a las disposiciones de nuestra legislación básica (la Equality Act de 2010 reconoce la identidad de género como una característica protegida).

Por otra parte, el caso *Mackereth v. DWP*⁵⁷ concernía a un médico cuya interpretación de la doctrina cristiana le llevaba a creer que el género estaba ligado al sexo biológico y era una característica inmutable, y como tal, se negaba a utilizar los pronombres preferidos de colegas o pacientes transexuales. Una vez más, el tribunal afirmó que tal creencia (esta vez arraigada en la fe y no en convicciones filosóficas) podía entrar en el ámbito de aplicación del artículo 9. Sin embargo, también concluyó que, en estas circunstancias, el empleador estaba justificado a la hora de restringir su expresión, dados los derechos y necesidades de otras personas implicadas, incluidos los pacientes, que se encontraban en una situación especialmente vulnerable y anhelaban sentir que se les trataba con dignidad y respeto.

A nuestro juicio, el enfoque adoptado en estos dos casos es preferible al de *De Groen*, y de *Lee v. Ashers* (en el Tribunal Supremo). En un caso en el que un empleado colisiona con su empleador, o un cliente entra en conflicto con un prestador de servicios, por razones religiosas o ideológicas, no tiene sentido afirmar que cualquier comportamiento discriminatorio o consecuencias negativas se derivan exclusivamente de la característica protegida conferida al emplea-

⁵⁶ *Forstater v. CDG* [2022] UKEAT/0105/20/JOJ.

⁵⁷ *Mackereth v. DWP* [2022] UKEAT 99.

dor o al prestador de servicios. Por su propia naturaleza, tales enfrentamientos sólo pueden surgir cuando existe un desajuste entre la visión del mundo de las dos partes implicadas, resultando poco sincero afirmar que sólo están afectadas las creencias de una de las partes de la ecuación. Además, es especialmente inquietante en el ámbito del Derecho del Trabajo.

Una explicación plausible es que *De Groen* fue una aberración, y que los principios esbozados en el contexto del suministro de bienes no deberían haberse trasladado tan alegremente al ámbito laboral. Esto no quiere decir que el análisis del Tribunal Supremo en *Lee v. Ashers* no fuera problemático en sí mismo. Lo cierto es que este órgano judicial no había explicado adecuadamente el fundamento de su rechazo, pero considerado en su propio marco, es sin duda menos problemático que la manera en que ha sido aplicado en posteriores decisiones judiciales.

Es probable que el conocido caso estadounidense *Masterpiece Cakeshop*⁵⁸ influyera de algún modo en el razonamiento del tribunal de *Lee v. Ashers*, aunque los pormenores de ambas disputas fueran en realidad muy diferentes tanto en términos jurídicos como sociales. En el contexto estadounidense, la libertad de expresión se valora mucho más que en la jurisprudencia de Estrasburgo, e incluso más que en el Common Law del Reino Unido. Por ejemplo, en *Synder v. Phelps*⁵⁹, se declaró inconstitucional una acción de responsabilidad civil tras una manifestación en el funeral de un marine estadounidense, donde se permitieron abusos atroces, justificados por la defensa a ultranza de la libertad de expresión en el ámbito público (incluidas pancartas en las que se leía «Os vais a ir al infierno» y «Gracias a Dios por los soldados muertos», así como declaraciones contra los católicos y burdos insultos homófobos). Es difícil imaginar que se tolerarían este tipo de acciones en las inmediaciones de cualquier funeral en el Reino Unido, y mucho menos de uno militar que haya fallecido en servicio activo (véanse, por ejemplo, las acciones de la policía con respecto a los manifestantes en el funeral de la reina Isabel II)⁶⁰.

No se trata de llevar a cabo un juicio de valor sobre las culturas constitucionales de EE.UU. y el Reino Unido, porque cada una refleja la composición social y la historia únicas de cada país. La cuestión es más bien que el Tribunal Supremo del Reino Unido estaba considerando un supuesto sobre la libertad de expresión, los pasteles y el matrimonio homosexual, a la sombra de otra jurisdicción anglófona que trata la libertad de expresión como algo aún más sacrosanto.

⁵⁸ *Masterpiece Cakeshop Ltd v. Colorado Civil Rights Commission* (2018) 138 S. Ct 1719.

⁵⁹ *Synder v. Phelps* (2011) 562 US 443.

⁶⁰ «Prince Andrew Heckler Charged with Breach of the Peace», *The Independent* (13-9-22), <https://www.independent.co.uk/news/uk/crime/prince-andrew-queen-funeral-protest-edinburgh-b2166110.html>.

Lo que resulta evidente es que, en cualquier caso, la *intención* del Tribunal Supremo del Reino Unido era defender firmemente la libertad de expresión y la libertad de religión en *Lee v. Ashers*, y hay buenas razones para afirmar que los enfoques adoptados en *Forstater* y *Mackereith* son más acordes a la línea jurisprudencial habitual en la jurisdicción inglesa y galesa, a diferencia de la sentencia *De Groen*, que se presenta como un caso atípico.

6. Conclusión

Podemos concluir que el sistema constitucional del Reino Unido adopta un enfoque liberal en relación tanto con la libertad religiosa como con la libertad de expresión. Estos derechos se han percibido como complementarios, más que como rivales, tanto en su desarrollo histórico como en las disputas contemporáneas. De hecho, la mayoría de los casos que podrían denominarse como libertad de expresión frente a libertad de religión podrían clasificarse con la misma facilidad como conflictos entre dos manifestaciones distintas, bien de la libertad de expresión, bien de la libertad religiosa.

La metanarrativa que se desprende tanto de la jurisprudencia como de la legislación es que la posibilidad de sentirse ofendido y angustiado es el precio que pagamos por disfrutar de la libertad. El sistema jurídico no intervendrá para proteger los sentimientos religiosos, pero, por otro lado, no restringirá la expresión o la práctica religiosa. El elemento relevante será la existencia de un daño tangible e identificable, generalmente en forma de incitación al odio, lo que está en conformidad con otras jurisdicciones en Europa y el resto del mundo, a pesar de que, por supuesto, hay algunas variaciones locales en cuanto a lo que constituye incitación al odio. Asimismo, hemos afirmado que el mayor defecto del sistema actual es la exclusión arbitraria de la incitación al odio religioso de la esfera privada.

En términos generales, sin embargo, nos inclinamos por respaldar la regulación de la libertad de expresión y de religión en el Reino Unido, donde las tensiones entre ambos derechos deben resolverse centrándose en los hechos concretos, y no de acuerdo con ninguna jerarquía preestablecida de derechos. Podríamos argumentar que éste es el *modus operandi* correcto para un sistema jurídico dentro de la tradición democrática liberal, en el que los intereses fundamentales en conflicto no pueden priorizarse en abstracto, sino que deben sopesarse caso por caso.

II. AMÉRICA

Capítulo 4

Libertad de expresión y libertad religiosa en el sistema jurídico argentino

Alfonso Santiago

Universidad Austral

SUMARIO: 1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO COMPLEMENTO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA.— 2. CONFLICTOS POSIBLES ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD RELIGIOSA: SITUACIONES EN QUE EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DERIVA EN OFENSA PARA PERSONAS, INSTITUCIONES O DOCTRINAS RELIGIOSAS.— 3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL TRABAJADOR O PERSONA CONTRATADA POR UNA INSTITUCIÓN RELIGIOSA O INSPIRADA POR UN IDEARIO RELIGIOSO O EQUIVALENTE.— 4. CONFLICTOS POSIBLES ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE PERSONAS RELIGIOSAS Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES: SITUACIONES EN LAS QUE LA EXPRESIÓN DE IDEAS RELIGIOSAS (O MORALES) PUEDE ENTENDERSE LESIVA PARA OTRAS PERSONAS, INSTITUCIONES O CREENCIAS.— 5. ALGUNAS CONCLUSIONES.

1. La libertad de expresión como complemento de la libertad religiosa

Se ha afirmado con acierto que «la libertad religiosa y la libertad de expresión están íntimamente relacionadas. Ambas se exigen recíprocamente, y es difícil, o imposible, concebir a la una sin la otra. No hay libertad religiosa sin libertad de expresión, porque la religión tiene necesariamente una dimensión externa y una exigencia de comunicación y manifestación pública¹».

La Constitución argentina y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional consagran un amplio reconocimiento tanto de la libertad religiosa, en sus dimensiones individual y colectiva, como de la libertad de expresión².

¹ NAVARRO FLORIA, J. G., PADILLA, N., LO PRETE, O., *Derecho y Religión. Derecho Eclesiástico Argentino*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2014, p. 372.

² Para un estudio más amplio de este tema, remitimos a AAVV, *La libertad religiosa en la Argentina*, CALIR-Konrad Adenauer, Bs. As., 2003; NAVARRO FLORIA, J. G., PADILLA, N., LO PRETE, O., *Derecho y Religión. Derecho Eclesiástico Argentino*, ob. cit; y a nuestro libro: SANTIAGO, A., *Religión y Política*, Ad-Hoc, Bs. As., 2008.

A su vez, en relación a la Iglesia Católica, el Acuerdo de 1966 entre el Estado Argentino y la Santa Sede afirma en su art. I:

«El Estado Argentino reconoce y garantiza a la Iglesia Católica Apostólica Romana el libre y pleno ejercicio de su poder espiritual, el libre y público ejercicio de su culto, así como de su jurisdicción en el ámbito de su competencia, para la realización de sus fines específicos».

A base a estas disposiciones constitucionales y convencionales, la Iglesia Católica y las demás confesiones religiosas gozan de la posibilidad de difundir su mensaje religioso, promover instituciones educativas en los distintos niveles (primario, secundario y universitario), desarrollar iniciativas sociales y sanitarias, tener medios de comunicación, emitir pronunciamientos sobre temas de actualidad, etc.

La Corte Suprema argentina ha declarado la inconstitucionalidad de las normas que limitaban el otorgamiento de licencias de frecuencias de medios de comunicación a las sociedades anónimas y excluían así a las entidades inspiradas en fines religiosos³

No existe en la Argentina una ley orgánica sobre libertad religiosa⁴. Su régimen está establecido en los textos constitucionales y convenciones, en diversas leyes y en fallos dictados por tribunales inferiores y, de modo más relevante, por la Corte Suprema de Justicia.

2. Conflictos posibles entre libertad de expresión y libertad religiosa: situaciones en que el ejercicio de la libertad de expresión deriva en ofensa para personas, instituciones o doctrinas religiosas

a) El tratamiento jurídico del lenguaje blasfemo o injurioso contra la (o una) religión, del discurso de odio antirreligioso (o racista con implicaciones antirreligiosas), o del negacionismo de implicaciones antirreligiosas.

La libertad de expresión está ampliamente protegida en la Argentina por normas constitucionales, convencionales y legales y un régimen jurisprudencial fuertemente tuitivo de este derecho humano. Sin embargo, no es un derecho absoluto y se han establecido límites normativos y jurisprudenciales.

³ Cfr. Caso Asociación Mutual Carlos Mújica, *Fallos*, 326:3142 (2003).

⁴ Sí ha existido un proyecto de ley aprobado en el año 2001 por la Cámara de Diputados pero que luego no fue tratado por el Senado. Su texto puede consultarse en AA.VV., *La libertad religiosa en la Argentina*, CALIR-Konrad Adenauer, Bs. As., 2003. En el art. 2.5 se señalan entre los aspectos que componen la libertad religiosa, el derecho «a transmitir y recibir información religiosa por cualquier medio lícito, en público y privado». En la obra antes citada, también puede verse el Informe del Relator Especial sobre Libertad Religiosa de la ONU sobre la vigencia de la libertad religiosa en la Argentina, elaborado en 2001, tras su visita al país.

Así, el art. 13.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) señala con toda claridad:

«Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional».

Por ello, esta clase de expresiones tampoco pueden estar protegidas por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

A su vez, la ley 23.592, llamada ley antidiscriminatoria, establece en sus tres primeros artículos:

«**ARTICULO 1.º**— Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

Art. 2.º— Elévase en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o Leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate.

Art. 3.º— Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma.

En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o incitaran a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas».

Se han incoado diversos procesos penales en relación con esta ley. Así, por ejemplo, se aplicó cuando algún grupo de personas irrumpió violentamente en la celebración de la comunidad hebrea de nuestro país por el 61 aniversario de la creación del Estado de Israel⁵.

⁵ Cfr. Causa n.º 43.290 – «Vázquez, Mario Osvaldo y otros s/ procesamiento con prisión preventiva» – CNCRIMY CORREC FED – SALA I – 08-07-2009, Diario EL DIAL 19-8-09.

También por la aplicación de esta ley penal antidiscriminatoria se confirmó el procesamiento de un periodista hebreo que formuló en los medios de comunicación expresiones contrarias a la comunidad musulmana, con motivo de los atentados a las Torres Gemelas en 2001⁶.

Se puede leer en el texto de este último fallo las siguientes consideraciones:

«Con relación a los límites del Estado para restringir el derecho a la libre expresión de ideas, esta Sala reprodujo un test elaborado por la jurisprudencia estadounidense denominado del “peligro claro y actual” —clear and present danger— (cfr. “Vita Leonardo G. y González Eggers Matías s/ procesamiento”, c. n.º 33.628, 13-3-2002, reg.182 [Fallo en extenso: eDial – AAD72])».

«En efecto, en el caso “Schenk vs. United States” (reg. 249 US 47 1919), el juez Holmes sostuvo que “[...] el carácter de cualquier acto depende de las circunstancias dentro de las cuales es realizado. La más estricta protección de la libertad de expresión no protegería a una persona que gritara falsamente “fuego” en un teatro, causando pánico. Ni siquiera protege a una persona de una orden judicial que le prohíba expresar palabras que podrían tener todo el efecto de la fuerza. La cuestión en cada caso depende en si las palabras que han sido utilizadas en tales circunstancias y son de tal naturaleza, de forma tal que produzcan un peligro claro y actual de forma de producir los males sustanciales que el Congreso se encuentra autorizado a impedir. Es una cuestión de proximidad y de grado” (cfr. Gullco, Hernán V., La libertad de expresión y el discurso basado en el odio racial o religioso, publicado en Libertad de Prensa y Derecho Penal, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 47)».

«En consecuencia, la aplicación del test del peligro claro y actual al caso condiciona la responsabilidad penal del imputado al hecho de que su discurso haya podido promover o incitar —en forma inminente— una acción ilegal —o, en términos del juez Holmes, un mal sustancial que el Congreso se encuentre autorizado a impedir—».

«Este último aspecto —constituido, entonces, por la idoneidad o aptitud del discurso de Cherashny para generar acciones ilegales consecuentes— no puede determinarse sin poner principal atención en el contexto social en que se vertieron los dichos materia de estudio. En este sentido se expresó la Sala II de este Tribunal cuando sostuvo que “[...] la capacidad [para alentar o incitar a la persecución o al odio] debe ser merituada en cada caso concreto, debiéndose prestar particular atención a las circunstancias de modo y lugar en que la conducta es desplegada, a fin de poder asegurar que con ella se ha creado el peligro de que se produzcan las consecuencias que la ley

⁶ Cfr. caso «CHERASHNY, G. s/procesamiento» – CNCRIMY CORREC FED – 10-09-2004.

intenta prevenir” (“Bonavota, Liliana Graciela”, c. n.º 13.682, reg. 15.121, del 19-2-98)».

«En efecto, cinco días antes de las manifestaciones televisivas del imputado, los Estados Unidos habían sufrido el atentado terrorista contra las “Torres Gemelas” y el Pentágono —en las ciudades de Nueva York y Washington, respectivamente—. Inmediatamente después del ataque, las autoridades estadounidenses vincularon a los autores del atentado con el movimiento islámico talibán que, entonces, dominaba Afganistán».

«En consecuencia, la sensación de terror que se propagó por la población mundial como producto de las miles de víctimas fatales del atentado —y la identificación de los autores, o encubridores, del acto terrorista con un régimen islámico radical— son aspectos insoslayables al momento de determinar si los dichos de Cherashny tuvieron entidad para alentar o incitar la persecución o el odio de un grupo de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas».

«Y es en ese contexto en el que creemos que —con la probabilidad positiva requerida para esta oportunidad procesal— las palabras de Cherashny cobraron aptitud para incitar o generar la persecución o el odio contra la comunidad islámica. Esto es, las palabras del imputado habrían fomentado la desvaloración del islamismo, generando un clima en el marco del cual los destinatarios de su discurso pudieron verse incitados a cometer actos de violencia o discriminación contra el grupo religioso en cuestión».

«Del mismo modo, el carácter incitador o alentador del discurso de Cherashny surgiría del medio de difusión masiva a través del que se transmitieron sus expresiones».

Recientemente también se procesó en base a las disposiciones de la ley antidiscriminatorias a un profesor de una universidad privada que en una clase virtual formuló consideraciones negativas y despectivas hacia la comunidad judía, por considerar que son susceptibles de fomentar la persecución y odio de un colectivo de personas a causa de su religión. Se entendió que dichas expresiones no estaban comprendidas dentro de la libertad de cátedra propia de los docentes universitarios⁷. Se pueden encontrar en el fallo las siguientes consideraciones:

«La libertad de expresión en nuestro derecho constitucional representa una garantía otorgada a favor de toda persona respecto al derecho de enunciar, investigar, opinar, expresar y difundir su pensamiento por cualquier medio sin que pueda ser molestada a causa de ello (v. art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). El derecho a la libertad de cátedra, entendida como una subespecie dentro del derecho a la libertad de expresión, busca salvaguardar la profesión académica concebida

⁷ Caso, «LIZONDO, Esteban Andrés sobre inf. Ley 23.592», Cámara Federal de Córdoba, 1-VI-2022.

como el desempeño laboral en una institución de educación superior, lo que implica que los profesores disponen de libertad de investigación, docencia y expresión en el desarrollo de su actividad docente y dentro de los claustros educativos.

Sobre el tópico se ha entendido que “[...] la libertad de cátedra en Argentina es un modo de libertad de expresión y constituye un derecho constitucionalmente reconocido, consistente en que el profesor disfruta de completa libertad en la exposición de sus ideas, sin tener que someterse a las que quiera imponerle el gobierno, o la ideología dominante de la institución universitaria, ni en la investigación, ni en la enseñanza, ni en la expresión de sus ideas como ciudadano” (Graciela Medina; “Libertad de expresión y libertad de cátedra”; publicado en: DFyP 2020 (noviembre); cita: TR LALEY AR/DOC/3421/2020). Sin embargo, no obstante la importancia institucional en términos generales del derecho a la libertad de expresión, lo cierto es que ningún derecho puede ser considerado absoluto, sino que, por el contrario, resultan reglamentables de modo que debe garantizarse su ejercicio sin comprometer derechos de terceros (art. 28, CN). Por otra parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 13, inc. 2.º establece que “[...] El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente (derecho a la libertad de pensamiento y expresión) no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”.

En el mismo sentido, destacada doctrina ha dicho que “[...] la libertad de expresión es un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática. La consolidación y desarrollo de la democracia depende de la existencia de libertad de expresión. Toda persona debe tener derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. Pero debemos tener presente que no es un derecho absoluto. Puede ser regulado con los límites del art. 28 (5), CN, siempre que la norma reglamentaria no altere su esencia. Lo que tiene carácter de absoluto es la prohibición de la censura previa tanto de las autoridades públicas como de particulares. Pero este carácter de absoluto no se extiende a las consecuencias del ejercicio de la libertad de expresión cuando vulnera arbitrariamente a otros derechos. De modo que, si a través de su ejercicio se lesionan arbitrariamente derechos individuales y sociales, los autores de esas violaciones tienen que asumir las responsabilidades consecuentes” (MUSSOLINI, María, *Protección de los derechos humanos. La libertad de expresión*, publicado en: APC 2014-1; Cita: TR LALEY AR/DOC/4856/2014), el destacado me pertenece.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido, en numerosos precedentes, que el derecho a la libertad de expresión es susceptible de sufrir una atenuación en cuanto a su tutela, sin perjuicio de reconocer que le cabe al Poder Judicial la competencia para juzgar la razonabilidad de la medida, estableciendo que toda restricción, sanción o limitación debe ser de inter-

pretación restrictiva (CSJN Fallos 160:104; 236:504, 248:529, 316:1623, entre otros). Así, el derecho a la libertad de cátedra encuentra su límite en la obligación que recae sobre el docente de evitar declaraciones apresuradas, no verificadas o exageradas, contrarias a la dignidad o que contenga discurso de odio. Al respecto, se ha dicho “[...] Es que la libertad de cátedra implica que debe ser posible hacer escrutinio, debate abierto y críticas a sistemas de creencias, opiniones e instituciones, incluyendo aquellas religiosas, siempre y cuando esto no incite a la violencia, hostilidad o discriminación en contra de individuos o grupos de individuos. En definitiva, creemos que la libertad de cátedra incluye también el derecho a examinar, debatir abiertamente, formular declaraciones que disientan y que critiquen los sistemas de creencias, las opiniones y las instituciones, incluidas las normas legales y las decisiones jurisprudenciales o doctrinarias, siempre que no se propugne el odio que incite a la hostilidad o la violencia [...]” (MEDINA, G., *Libertad de expresión y libertad de Cátedra*, Publicado en DFyP 2020 (noviembre), 165, Cita: TR LALEY AR/DOC/3421/2020)».

En cambio, se consideró que no se configuraba el tipo penal del art. 3 de la ley 23.592 antes mencionada, sino sólo una posible contravención, las expresiones fuertemente antisemitas mientras se realizaba una marcha con motivo del aniversario de los atentados terroristas ocurridos en Buenos Aires⁸. Afirmó en su sentencia el tribunal:

«Los dichos de tinte discriminatorio expresados por los procesados no revistieron la aptitud exigida para configurar el tipo penal previsto en el art. 3.º de la ley 23.592 —que reprime la conducta de quienes por cualquier medio alentaren o incitaran a la persecución o el odio contra una persona o grupo de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas—, si la descripción que hicieron los propios denunciantes del suceso investigado da cuenta de que los destinatarios de la frase referenciada era el grupo de jóvenes de una colectividad religiosa, ubicado en las inmediaciones de un acto conmemorativo, con lo que cabe presumir que su obvia intención era mortificarlos antes que incitarlos al odio o persecución a sus mismos pares. Ello así, se advierte de los propios testimonios de los denunciantes que se trataba de una zona en la que se había dispuesto un vallado y de las constancias de prevención surge que se había apostado un servicio policial en razón del acto a llevarse a cabo, con lo que cabe presumir que, si bien el acceso pudo no ser restringido, la manifestación se encontraba claramente delimitada y divisable por cualquier observador común.

El tipo penal previsto en el art. 3.º de la ley 23.592 es una figura de tipo doloso en el que el dolo abarca el conocimiento de que se está alentando o incitando a la persecución u odio en los términos requeridos, situación que, ante la ausencia de prueba en contrario, debe ser descartada.

⁸ Caso C., C. s/sobreseimiento, CNCrim. y Correc. Fed., sala I, agosto 7-2012.

Los comportamientos desalentados por el tipo penal previsto en el art. 3.º de la ley 23.592 no se configuran con un aislado comentario de corte discriminatorio, salvo que éste se hallara enderezado a animar, dar vigor, mover o estimular a la persecución o el odio contra una persona o grupo de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas».

b) ¿Se considera que la ofensa a los sentimientos religiosos constituye un límite legítimo a la libertad de expresión ¿Cuándo y en qué condiciones?

La protección de los sentimientos religiosos se considera que forman parte de la libertad religiosa. Así, se han dado tres casos jurisprudenciales que, en distinta medida, dan muestra ello y que a continuación reseñaremos.

b.1) Caso Ekmekdjian.

Miguel Ángel Ekmekdjian, destacado constitucionalista y profesor titular de la Facultad de Derecho de la UBA, había promovido una acción de amparo contra Gerardo Sofovich, responsable de un programa televisivo en el que se habían vertido ciertas opiniones agraviantes sobre la Virgen María y Jesucristo.

El amparista, que se consideraba lesionado en sus sentimientos religiosos, pretendía ejercer el derecho de réplica en los términos del art. 14.1 de la CADH.

En primera y segunda instancia, su pretensión fue rechazada, argumentándose que el art. 14.1 consagra el derecho de respuesta «en las condiciones que establezca la ley», por lo que, a criterio del tribunal, el derecho de réplica no tendría carácter operativo y no podría ser ejercido hasta tanto fuera reglamentado por el derecho interno.

La Corte Suprema, en voto dividido cinco votos a cuatro, revocó la sentencia e hizo lugar al reclamo del actor. Integran la mayoría los Dres. Cavagna Martínez, Barra, Nazareno, Boggiano y Fayt. Los Dres. Levene, Belluscio, Petracchi y Moliné O'Connor —estos dos últimos en forma conjunta—, suscribieron votos disidentes.

En relación a la protección de los sentimientos religiosos, sostiene el voto de mayoría:

«La defensa de los sentimientos religiosos, en el caso a través del ejercicio del derecho de respuesta, forma parte del sistema pluralista que en materia de cultos adoptó nuestra Constitución en su art. 14. Es fácil advertir que, ante la injuria, burla o ridícula presentación —a través de los medios de difusión— de las personas, símbolos o dogmas que nutren la fe de las personas, estas pueden sentirse moralmente coaccionadas en la libre y pública profesión de su religión, por un razonable temor de sentirse también objeto de aquel ridículo, difundido en extraordinaria multiplicación por el poder actual de los medios de comunicación masiva»⁹.

⁹ Fallos, 315:1492, Consid. 27 del voto mayoritario.

El voto mayoritario de la Corte reconoce legitimidad activa al demandante para solicitar el derecho de réplica en nombre de todos los fieles cristianos con motivo de unas declaraciones ofensivas hacia sus sentimientos religiosos formuladas por un escritor en un programa televisivo.

En primera y segunda instancia esta legitimidad había sido denegada al actor. La mayoría de la Corte observa que, ante la falta de legislación sobre la materia y la trascendencia jurídica e institucional de la cuestión planteada, corresponde reconocer la legitimación del demandante. Los jueces, siguiendo al derecho norteamericano, con el fin de considerar la habilitación de la revisión judicial, distinguen entre intereses «materiales», «ideológicos» y aquellos que se refieren a la vigencia efectiva de la ley. En este caso, se destaca la presencia de intereses «ideológicos», que son aquellos que buscan la afirmación de principios morales y religiosos, lo que implica que cuando el interés alcanza una suficiente fuerza y compromiso en el actor, no pueden ser excluidos de la tutela judicial. Para la mayoría, el derecho a réplica es un derecho subjetivo de carácter especial y reconocimiento excepcional, cuyos efectos reparadores alcanzan al conjunto de quienes pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos por el mismo agravio. Para la Corte, en esta clase de casos, donde se afectó, además de al demandante, a millones de ciudadanos, la persona que replica asume una suerte de representación colectiva que puede ser ejercido en virtud de una preferencia temporal, por ser el primero en iniciar la acción.

b.2) Caso Asociación Cristo Sacerdote y otros¹⁰.

Los actores, una asociación civil conformada por clérigos y fieles católicos, consideraron que varias de las obras expuestas en una exposición artística desarrollada en un espacio público del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, el Centro Cultural Recoleta, eran agraviantes hacia sus sentimientos religiosos de fieles católicos.

Interpusieron una acción de amparo, solicitando también una medida cautelar para que se ordene a la Secretaría de Cultura del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires abstenerse de brindar o facilitar cualquier clase de apoyo a esa muestra por contener obras blasfemas que hieren los sentimientos religiosos de los fieles católicos. La defensora del Pueblo de la Ciudad mediante una carta pública y muchas entidades de distintas confesiones religiosas apoyaron el reclamo de los accionantes.

La jueza de primera instancia hace lugar a la medida cautelar, que luego es dejada sin efecto, en voto dividido, por la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributaria¹¹. Posteriormente, la muestra es levantada

¹⁰ Expte. 14194/1, 16-XII-05, en www.revistarap.com.ar.

¹¹ Expte. 14194/1, 27-XII-05, publicado en www.elDial.com.ar, con nota de Walter Carnota «Cuando el arte hiere (Un difícil equilibrio de derechos)». Ver también LL, 2005-C-709, con nota de Andrés Gil Domínguez «El caso Ferrari: una lección sobre la libertad en un Estado Constitu-

anticipadamente por lo que la pretensión de los amparistas se tornó abstracta¹².

b.3) Caso Defensoría de la Vida Humana¹³.

Con motivo de la exhibición de la película «El Código Da Vinci», la actora inicia una acción de amparo para que en las proyecciones de ese filme se elimine toda referencia a «Cristo, la Iglesia Católica o toda organización o institución religiosa» por considerar que el modo en que allí son tratados lesionan los legítimos sentimientos religiosos de los católicos y como medida cautelar solicita toda exhibición del film, toda publicidad de éste o todo vídeo que se edite de la película, lleve una leyenda claramente visible durante toda su proyección que indique que la historia que se relata en el film es ficción. La medida cautelar es rechazada en primera instancia y apelada por la actora.

La Sala I de la Cámara Nacional Civil revoca la decisión de primera instancia y hace lugar a la medida cautelar, aunque limitándola a la colocación al inicio de la proyección de la película, en cualquiera de su forma de difusión, una leyenda en idioma español que consigne que «los hechos y personajes referidos en la película son ficticios».

Afirma el fallo de la Cámara de Apelaciones:

«La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la existencia de un derecho subjetivo al respeto de las creencias religiosas, en virtud del cual ninguna persona debe resultar mortificada en sus sentimientos más profundos por expresiones insitadamente agraviantes para su sistema de creencias. Se trata de un derecho subjetivo de carácter especial y reconocimiento excepcional, que requiere [...] una ofensa de gravedad sustancial, es decir, no una mera opinión disidente con la sostenida por el afectado, sino una verdadera ofensa generada en una superficial afirmación sin siquiera razonable apariencia de sustento argumental. Por cierto, la protección de ese derecho debe conjugarse con los derechos de terceros, en especial el de libertad de expresión reconocida por la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella. De ahí que deba buscarse un balance, con extrema delicadeza habida cuenta de la trascendencia de los derechos

cional de Derecho». El Dr. Corti, integrante de la Cámara Contenciosoadministrativa y Tributaria de la Ciudad Autónoma de Bs. As., considera en su voto que «al menos en el arte moderno y contemporáneo, su faz crítica o provocadora es uno de los motores para su desarrollo. Y en esa crítica juega también un papel de envergadura la visión polémica que el arte entabla con las creencias religiosas, morales, sociales o políticas».

¹² Un caso similar al que estamos comentando fue resuelto recientemente por el Juzgado en lo civil, comercial y minas de Mendoza: cfr. causa «Altamira, Fernando c/Espacio Contemporáneo de Arte» del 2-VI-06, publicado en www.elDial.com.ar, diario del 6-VI-06. En este caso, si bien el juez rechazó la medida precautoria solicitada, ordenó la instalación de carteles en la puerta de ingreso a la muestra, donde se alerte a los potenciales visitantes del contenido de la misma y de la posible afectación de sentimientos religiosos y la prohibición de ingreso a menores de edad.

¹³ CNCIV, Sala I, 17-VIII-06, www.eldial.com, diario del 23-XI-06.

implicados [...] Dado el tema y su tratamiento en la película es plausible que miembros de la comunidad católica puedan resultar mortificados en sus sentimientos religiosos considerándola hostil o agraviantes a convicciones propias de todo credo».

c) ¿Existe, legislativa o jurisprudencialmente, alguna diferenciación entre las ofensas a la religión que se producen en un medio privado y aquellas otras que se dan en medios públicos (o financiadas, total o parcialmente, con dinero público).

Consideramos que debe darse alguna distinción entre esos dos supuestos y que los criterios con que se aprecia la afectación de los sentimientos religiosos en los medios públicos tienen que ser más exigentes que en los medios privados.

En el caso «Cristo Sacerdote» que hemos analizado *ut supra* podemos apreciar que la acción de amparo se dirige no contra el artista autor de la obra, sino contra las autoridades públicas que permitieron su exhibición en un espacio público.

3. La libertad de expresión del trabajador o persona contratada por una institución religiosa o inspirada por un ideario religioso o equivalente

El art. 73 de la ley de contrato de trabajo establece en relación a la libertad de expresión del trabajador:

«El empleador no podrá, ya sea al tiempo de su contratación, durante la vigencia del contrato o con vista a su disolución, realizar encuestas, averiguaciones o indagar sobre las opiniones políticas, religiosas, sindicales, culturales o de preferencia sexual del trabajador. Este podrá expresar libremente sus opiniones sobre tales aspectos en los lugares de trabajo, en tanto ello no interfiera en el normal desarrollo de las tareas».

De este modo, la legislación general consagra una libertad de expresión en cabeza del trabajador. Sin embargo, en tanto ello no interfiera en el normal desarrollo de las tareas.

La legislación argentina ha ido reconociendo en algunas leyes lo que podríamos denominar el derecho al ideario, es decir, la posibilidad de realizar determinadas tareas educativas, médicas y sociales conforme a ciertos principios y valores que modalizan las obligaciones generales establecidas en determinadas normas¹⁴.

¹⁴ Cfr. SANTIAGO, A., *La libertad de expresión como libertad preferida*, Abaco, Bs. As., 2020, Caps. IV y V.

Así, la ley 25673, que establece el Programa Nacional de Salud Reproductiva, establece en su artículo 9.º:

«Las instituciones educativas públicas de gestión privada confesionales o no, darán cumplimiento a la presente norma en el marco de sus convicciones».

Por su parte, la ley 26150 de Educación Sexual en su art 5.º señala:

«Cada comunidad educativa incluirá en el proceso de elaboración de su proyecto institucional, la adaptación de las propuestas a su realidad sociocultural, en el marco del respeto a su ideario institucional y a las convicciones de sus miembros».

Por ello, una situación particular en relación al alcance de la libertad de expresión y de la libertad cátedra se presenta en las instituciones con un ideario manifiesto y expreso a cuyo respeto se han comprometido libremente quienes trabajan en ellas¹⁵.

Se trata de instituciones educativas que tienen como misión la realización de la tarea docente conforme a una determinada concepción, generalmente fundada en principios de carácter religioso¹⁶.

Allí hay que armonizar la libertad de expresión y la libertad de cátedra de los docentes con el derecho de quienes promueven una determinada institución con un fuerte ideario que la dota de sentido y establece su objetivo¹⁷.

Así, en relación a la libertad de cátedra en los centros educativos privados, el Tribunal Constitucional español ha afirmado que:

«[...] la libertad de cátedra es tan plena como en los centros públicos, pero ha de ser compatible con la libertad del centro del que forma parte el ideario del mismo, de manera que la libertad del profesor no le faculta para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario, sino sólo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo, no resulten contrarios a aquél»¹⁸.

Si una determinada institución cuya finalidad es la difusión de las ideas marxistas contrata a un investigador basado en que él adhiere libre y plenamente

¹⁵ La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido constantemente que la libertad académica es un derecho de la Primera Enmienda en *las instituciones públicas* pero no extensible sin más a las instituciones privadas, incluidas las de carácter religioso: cfr. *Sweezy v. New Hampshire*, 354 US 234 (1957); *Keyishian v. Board of Regents*, 385 US 589 (1967); *Regentes de la Univ. of Michigan v. Ewing*, 474 US 214 (1985).

¹⁶ Cfr. SANTIAGO, A., «El derecho al ideario en las instituciones de inspiración religiosa», en *Estudios de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Bs. As., 2018, Cap. XIV, p. 343-357.

¹⁷ El Tribunal Constitucional español ha sostenido que el derecho a la libertad de cátedra está sujeto a «límites necesarios» que resultan de su propia naturaleza, de su articulación con otros derechos o de lo que el legislador establezca, respetando su contenido esencial, cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, Fundamento Jurídico 7.

¹⁸ Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, del Tribunal Constitucional, Fundamento Jurídico 10.

a esa ideología y tiempo después esa persona cambia radicalmente su postura y prefiere ahora difundir las ideas del liberalismo, es lógico que esa institución intente prescindir de sus servicios profesionales y contratar a otra persona más afín al ideario y misión propia de la entidad. Si ello se hace de modo correcto y delicado, no cabe considerar que hay allí una presunta discriminación o atentado a la libertad de cátedra del investigador, sino un cambio muy importante de circunstancias que torna lógico y razonable su desvinculación.

Siendo las instituciones con ideario personas de derecho privado, corresponderá la aplicación de las normas laborales que permiten esta clase de desvinculación con la correspondiente indemnización.

El art. 11 de la ley 25.013 afirma que «será considerado despido discriminatorio el originado en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología u opinión política o gremial».

En materia de despidos labores *prima facie* discriminatorios, la Corte Suprema, en base a lo dispuesto en la ley antidiscriminatoria, estableció pretorianamente una inversión de la carga de la carga probatoria y la obligación de reincorporar al trabajador despedido en caso de que el demandado no pruebe que el distracto se funda en un motivo objetivo y razonable, ajeno a toda discriminación.

Un reciente fallo de la Corte Suprema argentina¹⁹, que ordenó dictar un nuevo pronunciamiento judicial, tuvo cierta conexidad con las cuestiones que venimos tratando. Una preceptora de un colegio católico ventiló en un programa televisivo su relación sentimental con un joven egresado de esa institución educativa. El colegio ofreció un cambio de puesto laboral, lo que no fue aceptado por la preceptora. La entidad educativa la despidió pagando la correspondiente indemnización. La preceptora considero que se trataba de un despido discriminatorio, ya que ello le impedía ejercer su derecho constitucional a elegir pareja y expresarlo libremente. Los tribunales inferiores intervinientes rechazaron el planteo, pero sin darle el adecuado tratamiento, por lo que la Corte Suprema ordenó dictar un nuevo pronunciamiento. De acuerdo con la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, en las demandas por despido con apariencia de ser discriminatorios se produce una inversión de la carga de la prueba y el empleador debe probar que el distracto laboral no tiene ese fundamento. La Corte Suprema revocó el fallo porque el tribunal no cumplió con su deber de examinar si, de acuerdo con las constancias de autos, el despido pudo haberse producido como resultado de dicha circunstancia *prima facie* discriminatoria y si, en tal caso, la empleadora demostró que el móvil fue ajeno a toda discriminación («Pellicori», Fallos: 334:1387, y «Varela», Fallos: 341:1106). Aclarando el alcance y sentido de su decisión, se afirma en la sentencia que:

¹⁹ CSJ, 10-VI-2021, caso Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despido.

«Lo anterior no implica desconocer la facultad constitucional de la empleadora de despedir sin causa. La garantía constitucional a la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar (arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional). La facultad de despedir sin causa, no obstante, reconoce límites en la ley 23.592 y, por consiguiente, no puede encubrir un trato discriminatorio. En particular, si se denuncia que una circunstancia *prima facie* discriminatoria fue determinante de la disolución del vínculo, pesa sobre el empleador la carga de acreditar que dicha circunstancia no fue el móvil del despido o que resulta ajena a toda discriminación y, en caso de que sostenga que la rescisión obedece a una combinación de motivos, el tribunal debe asegurarse de que, de acuerdo a la prueba rendida, ninguno de ellos sea efectivamente discriminatorio. La necesidad de establecer si hubo realmente discriminación es crucial».

En el ámbito público, una funcionaria pública pidió licencia para no tener que participar en la celebración de un matrimonio entre personas del mismo sexo y eso no fue considerado una infracción ni un acto discriminatorio²⁰.

4. Conflictos posibles entre la libertad de expresión de personas religiosas y otros derechos fundamentales: situaciones en las que la expresión de ideas religiosas (o morales) puede entenderse lesiva para otras personas, instituciones o creencias

Acerca de la libertad de expresión de los ministros de las comunidades religiosas en ejercicio de sus funciones, cabe mencionar en Argentina el grave conflicto institucional tuvo lugar en el año 2005 entre Mons. Baseotto, Obispo del Ordinariato Castrense y el entonces gobierno kirchnerista. A raíz de una carta que este obispo dirigiera al Ministro de Salud Pública sobre el escándalo que se provoca a los jóvenes con algunas de las políticas públicas sobre salud reproductivas desarrolladas por el Ministerio a su cargo, el Presidente Kirchner dicta el decreto por el cual revoca el acuerdo dado para el nombramiento de ese obispo de acuerdo con el Acuerdo del año 1957 e inicia acciones diplomáticas tendientes a su reemplazo. La Santa Sede no accede al pedido de remoción solicitado por el gobierno argentino y se da una situación en que el Obispo castrense está impedido en la práctica para ingresar en las unidades castrense para cumplir su misión pastoral.

Otra reciente restricción menor a la libertad de expresión de un ministro religioso se dio con motivo de una demanda por violencia de género incoada por un convento de carmelitas de Salta contra el Obispo de esa diócesis. En el marco de ese proceso, el tribunal de primera instancia dictó una medida caute-

²⁰ Cfr. <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/una-jueza-de-la-pampa-se-nego-a-casar-a-una-pareja-gay-nid1295439/> (última visita 13-VIII-22).

lar por la cual se impedía al Ordinario del lugar hacer cualquier alusión pública al conflicto suscitado, limitando de ese modo su libertad de expresión.

También hubo intentos que no prosperaron de iniciar procesos penales a Obispos por difundir las enseñanzas de la Iglesia Católica acerca de la ilicitud moral de las prácticas homosexuales.

Sin embargo, la mayor amenaza a la libertad de expresión de los ministros y fieles de las comunidades religiosas está dada por la «Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación en Intolerancia», aprobada por la Organización de Estados Americanos y que tiene media sanción legislativa en nuestro país.

En este sentido, el Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa y otras entidades y profesores universitarios²¹ han expresado sus fuertes reparos sobre este texto convencional.

Así, el Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, en su Declaración del 29 de setiembre de 2016 ha señalado:

«La Convención genera dos innovaciones que son, a nuestro juicio, particularmente preocupantes: la primera es la definición extremadamente amplia y omnicompreensiva de “intolerancia”, que se constituye en un concepto jurídico indeterminado, y otorga un amplísimo margen de discrecionalidad a sus intérpretes; y la segunda es la creación de un “nuevo derecho humano” a la protección en contra de la referida intolerancia. De esta forma, se crea para los estados miembros de la OEA que se hagan parte de la Convención la obligación de “eliminar, prohibir y sancionar todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia”, aun por y entre actores privados, con el potencial resultado de vulnerar la libertad de expresión del pensamiento, de conciencia y de religión, en su faz interna, todos los cuales son preciados para el sistema interamericano. Esto no excluye a las organizaciones religiosas, incluso respecto de las relaciones al interior de ellas, entre sus miembros y de estos con aquellas.

Tradicionalmente, las leyes antidiscriminación buscan otorgar protección a personas que ven vulnerados derechos humanos fundamentales, por motivos vinculados a las llamadas categorías sospechosas, tales como la raza, la etnicidad, la religión o el sexo. El sentido de estas normas es garantizar a todas las personas, y especialmente a las que están en situación de vulnerabilidad, el igual acceso a bienes jurídicos protegidos por los tratados de derechos humanos, sin discriminación arbitraria. En la Convención, en cambio, la intolerancia se

²¹ Cfr., entre otros, HENRÍQUEZ, T., «Habla ahora o calla (forzosamente) para siempre: las convenciones en contra de toda forma de discriminación e intolerancia y su amenaza a la libertad de expresión en los estados americanos», *Revista Prudentia Iuris*, n.º 80, dic. 2015, pp. 223-249; VITALIANI, E. y MORENA SCHATZKY, «Penar la intolerancia “male sal”. Críticas a la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia», *Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)*, Volumen 22, n.º 2, julio 2021.

presenta en sí misma y en forma autónoma como conducta a sancionar, y se configura por el solo hecho de emitir una expresión que alguien considere como intolerante, sin que se requiera afectación de un derecho subyacente. En otras palabras, la Convención obligaría a los Estados Partes a sancionar y censurar discursos o actividades que puedan encuadrarse dentro de la definición de intolerancia, esto es, cualquiera que implique discrepancia u oposición a la opinión de un tercero, sin necesidad de verificarse perjuicio a otros derechos, y por el solo hecho de que la opinión expresada sea denunciada por terceros como intolerante. Es un elemento constitutivo de casi todas las religiones la creencia fundamental de que los actos humanos pueden ser contrastados con normas o códigos de conducta reconocidos por ellas, y que en base a ese juicio puede discernirse aquello que es bueno o malo conforme a los mandamientos de la fe. La Convención obligaría a los Estados a castigar toda enseñanza religiosa que implique un juicio moral acerca de conductas humanas, incluso expresadas en abstracto o respecto de los propios miembros de las distintas confesiones religiosas. Aunque la Convención no tenga como finalidad violentar las libertades de conciencia y religión, o de expresión, es muy probable que ese sea el resultado de su aplicación estricta. Creemos que la Convención tal como ha sido redactada afecta gravemente la libertad de expresión; y también y fundamentalmente la libertad religiosa. Ésta última, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido como “uno de los cimientos de la sociedad democrática”, en relación con la citada libertad de expresión, incluye sin duda alguna la libertad de expresar juicios morales y de presentar, difundir y defender la propia doctrina religiosa y moral, aunque algunas personas puedan sentirse afectadas por ellas o considerar que tales juicios no son suficientemente tolerantes».

5. Algunas conclusiones

Luego de examinar las cuestiones planteadas en los cuatro apartados anteriores, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- a) El sistema jurídico argentino brinda una amplia protección tanto de la libertad religiosa como de la libertad de expresión.
- b) Se han suscitado algunos pocos casos concretos de tensión entre ambos derechos que han sido resueltos por los tribunales, por lo que los criterios de armonización son fundamentalmente de carácter jurisprudencial.
- c) De modo general, compartimos las decisiones y criterios jurisprudenciales que se han establecido en la materia.
- d) Consideramos una amenaza muy seria a las libertades religioso y de expresión a la «Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación en Intolerancia», aprobada por la Organización de Estados Americanos y que tiene media sanción legislativa en nuestro país.

Capítulo 5

Libertad de expresión y ofensa a los sentimientos religiosos en Brasil

Fábio Carvalho Leite

Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LEGISLACIÓN EN LA MATERIA.— 3. LA OFENSA A LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. 3.1. *Insulto cualificado por el uso de elementos relacionados con la religión*. 3.2. *Delitos contra los sentimientos religiosos*. 3.3. *Delito de prejuicio religioso*.— 4. SENTENCIAS RECIENTES DEL STF SOBRE EL TEMA. 4.1. *RHC n.º 134.682*. 4.2. *RHC n.º 146.303*. 4.3. *RCL n.º 38.782*.— 5. OBSERVACIONES FINALES.

1. Introducción

Este trabajo aborda el conflicto entre la libertad de expresión y la ofensa a los sentimientos religiosos en Brasil, un tema aún poco explorado en la doctrina (al menos de forma más profunda y consistente), pero que está presente en los procesos civiles y penales de los diversos tribunales del país. El trabajo se divide en tres partes. En el primero, hago una breve presentación de la legislación sobre la materia, que es básicamente penal: los delitos contra los sentimientos religiosos, el delito de injurias cualificadas por utilizar un elemento relacionado con la religión y el delito de prejuicio religioso. Las demandas civiles se interponen en base a los artículos del código civil que tratan del deber de reparar el daño ilícito —de forma genérica—. En la segunda parte, hago un breve análisis de la forma como los conflictos entre la libertad de expresión y la ofensa a los sentimientos religiosos son abordados a partir de cada una de las tres disposiciones jurídicas penales, destacando decisiones judiciales relevadas en la investigación en los sitios web de los tribunales estatales y federales. El tercer y último tema se centra en el análisis de tres casos recientes juzgados por el Supremo Tribunal Federal (STF), que, debido a su posición como máximo órgano del Poder Judicial brasileño y guardián de la Constitución, ejerce cierta influencia sobre los tribunales inferiores.

2. Legislación en la materia

En Brasil (que es una república laica desde 1889) no existe legislación contra la blasfemia. La legislación sobre discursos que afectan a la religión (discursos

de odio, discriminatorios, injuriosos o contra el sentimiento religioso) es básicamente penal, lo que, sin embargo, no significa que las demandas sean exclusivamente penales, porque tales manifestaciones también pueden generar un deber de reparación civil (indemnización) por daños morales (individuales o colectivos). En estos casos (civiles), no existe legislación específica; sólo las reglas generales de responsabilidad civil previstas en el Código Civil (arts. 186 y 927):

Artículo 186.— Comete ilícito quien, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, viola un derecho y causa daño a otro, aunque sea exclusivamente moral.

Artículo 927.— El que, por un acto ilícito, causa daño a otro, está obligado a repararlo.

En el ámbito penal, existen tres delitos relacionados con el tema, definidos por los artículos 140, § 3.º, y 208 del Código Penal (decreto-ley n.º 2848, de 1940) y por el artículo 20 de la ley n.º 7.716/89 (art. 20).

El Código Penal (Decreto-Ley n.º 2848 de 1940), en su redacción original, sólo abordaba el tema en el Capítulo I del Título V, al definir los «delitos contra los sentimientos religiosos» (artículo 208):

Ultrajar el culto y obstaculizar o perturbar un acto relacionado con él.

Artículo 208.— Burlarse públicamente de alguien por motivos de creencia o función religiosa; impedir o perturbar una ceremonia o la práctica de un culto religioso; vilipendiar públicamente un acto u objeto de culto religioso:

Sanción: detención, de un mes a un año, o multa.

Párrafo único.— En caso de violencia, la pena se aumentará en un tercio, sin perjuicio de la pena correspondiente a la violencia.

En 1997 se aprobó la ley n.º 9459, que añadió el apartado 3 al artículo 140 (delito de injurias), creando así el delito de injurias cualificada (o injurias raciales):

Artículo 140.— Insultar a alguien ofendiendo su dignidad o decoro:

Sanción: detención, de uno a seis meses, o multa.

[...]

§ Si el insulto consiste en la utilización de elementos que hagan referencia a la raza, el color, la etnia, la religión o el origen:

Pena: prisión de uno a tres años y multa

A partir de 2003 (ley n.º 10.741), se modificó la redacción del § 3, incluyendo los elementos referidos a la condición de persona mayor o discapacitada:

§ Si el insulto consiste en la utilización de elementos que hagan referencia a la raza, el color, la etnia, la religión, el origen o la condición de anciano o minusválido.

La Ley Federal n.º 7.716 fue promulgada el 5 de enero de 1989 —tres meses después de la promulgación de la Constitución (05-10-1988)—. En su origen, se ocupaba sólo de los delitos de racismo, como puede verse en su redacción: «define los delitos resultantes de prejuicios basados en la raza o el color». Hasta entonces, el racismo era una falta (un delito penal más leve), en virtud de la Ley n.º 7.437/1985, y no propiamente delito (un delito penal más grave). El cambio legal fue consecuencia de lo que establecía la Constitución en su artículo 5, XLII: «la práctica del racismo constituye un delito imprescriptible, no excarcelable, sujeto a prisión en los términos de la ley».

La Ley n.º 7.716 fue parcialmente modificada por la mencionada Ley n.º 9.459 de 1997, definiendo a partir de entonces no sólo los «delitos resultantes de prejuicios de raza y color» (art. 1, redacción original), sino también de la «etnia, religión u origen nacional» (art. 1, nueva redacción).

La disposición cuya interpretación acaba suscitando controversias (judiciales) por motivos de libertad de expresión es el artículo 20, que la tipifica como delito:

Art. 20.— Practicar, inducir o incitar a la discriminación o prejuicio de raza, color, etnia, religión u origen nacional. (Texto añadido por la Ley n.º 9.459/1997).

Pena: de uno a tres años de prisión y multa.

§ 1. Fabricar, vender, distribuir o difundir símbolos, emblemas, ornamentos, insignias o propaganda que utilicen la cruz gamada o la cruz gamada con el fin de difundir el nazismo.

Pena: prisión de dos a cinco años y multa.

§ 2, Si alguno de los delitos previstos en el encabezamiento se comete a través de medios de comunicación o publicación de cualquier naturaleza:

Pena: prisión de dos a cinco años y multa.

§ 3, En el caso del párrafo anterior, el juez podrá ordenar, previa audiencia del Ministerio Fiscal o a petición de éste, incluso antes de la investigación policial, bajo pena de desobediencia:

I.— la retirada inmediata o el registro e incautación de copias del material respectivo;

II.— el cese de las respectivas emisiones de radio, televisión y electrónicos o publicación por cualquier medio; (Reformulado por la Ley n.º 12.735, 2012)

III.— la interdicción de los respectivos mensajes o páginas de información en la World Wide Web. (Incluido por la Ley 12.288, de 2010).

§ 4. En la hipótesis prevista en el § 2, una vez que la resolución sea firme e inapelable, la destrucción del material aprehendido constituirá un efecto de la condena.

En 2003, el Supremo Tribunal Federal (STF) juzgó un proceso de *habeas corpus* (HC 82.424)¹, que pasó a ser conocido como el «Caso Elwangger», en el que se discutía (i) si la publicación de libros sobre revisionismo histórico y negacionismo del Holocausto entraba en el tipo penal del art. 20 de la Ley n.º 7.716 y, en caso afirmativo, (ii) si el antisemitismo sería un tipo de racismo y, por lo tanto, si el delito sería imprescriptible, en los términos del art. 5, XLII, de la Constitución. En primera instancia, se dictó sentencia absolutoria, reconociendo el ejercicio de la libertad de expresión. En apelación, el Tribunal de Apelación de Rio Grande do Sul condenó al acusado. La condena fue mantenida por el Superior Tribunal de Justicia (STJ), con voto disidente (que adoptó la posición de que el término racismo debe ser interpretado restrictivamente, no incluyendo a los judíos, y reconociendo, en este caso, que se daban las circunstancias para la prescripción). En un caso de *habeas corpus* presentado ante el Supremo Tribunal Federal (STF), el tribunal denegó la medida cautelar, sosteniendo que el pueblo judío entraba dentro del concepto de raza. La decisión se adoptó por mayoría: un juez sostuvo que había prescrito (interpretando el racismo de forma restrictiva) y dos jueces sostuvieron que las obras estaban protegidas por la libertad de expresión.

En el ámbito académico y entre los militantes del movimiento negro², se han dirigido críticas al delito de injuria cualificada (art. 140, § 3.º, Código Penal), bajo el argumento de que la conducta debería ser considerada un delito de racismo (art. 20, ley n.º 7.716/89). La posición (doctrinal y jurisprudencial) sobre la interpretación de los dos tipos penales es que las injurias cualificadas consiste en una ofensa al honor de la víctima basada en elementos relacionados con la raza, color, etnia, religión u origen, mientras que el crimen de prejuicio previsto en el art. 20 de la ley 7.716/89 consiste en una ofensa dirigida contra una comunidad, discriminando al conjunto de una raza, religión, etnia, etc. Como se afirma en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia:

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus 82.424/RS. Habeas Corpus. Publicación de libros: antisemitismo. Racismo. Delito imprescriptible. Conceptualización. Ámbito constitucional. Libertad de expresión. Límites. Orden denegada. Justicia informante: Min. Moreira Alves, Justicia informante: Min. Maurício Corrêa, 17 de septiembre de 2003. Disponible en: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>.

² SILVA, Andrea Franco Lima e; LOPES, Ludmila Mendonça, «Racismo ou injúria racial? Como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se posiciona diante dos conflitos», en *Revista de Estudos Empíricos em Direito Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 3, n. 1, enero 2016, pp. 54-78. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, «A legislação anti-racismo no Brasil e sua aplicação: um caso de insensibilidade do Judiciário?», en *Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim*, v. 17, n. 76, pp. 79-105, ene/feb. 2009.

La diferenciación entre el delito de discriminación religiosa y el de injurias cualificadas radica en el elemento volitivo del agente. Si la intención es ofender a un número indeterminado de personas o trazar un perfil despectivo o segregador de todos los que acuden a una determinada iglesia, el delito es de discriminación religiosa, según lo previsto en el art. 20 de la Ley 7.716/89. Sin embargo, si el objetivo es únicamente atentar contra el honor de alguien, valiéndose de sus creencias religiosas —un medio de intensificar la ofensa—, entonces el delito es de injurias, tal como se establece en el art. 140, § 3 del Código Penal³.

Así, ofender a una persona que practica una religión de origen africano llamándola «macumbeira» sería un delito de injurias cualificadas, mientras que ofender a la comunidad diciendo algo despectivo sobre los practicantes de esta religión (por ejemplo: «los macumbeiros son hijos del diablo») sería un delito de prejuicio religioso (Art. 20, Ley n.º 7.716/89).

Ambos delitos tienen la misma pena: de 1 a 3 años y multa. Sin embargo, existen (o existían) dos diferencias: (i) la acción penal por injurias cualificadas es una acción penal pública condicionada a la representación ante el Ministerio Fiscal, y la acción por el delito de prejuicio (racismo, prejuicio religioso, etc.) es una acción penal pública no condicionada —es decir, en el primer caso, la víctima debe manifestar interés en interponer la acción, mediante representación ante la Fiscalía, mientras que, en el segundo caso, la iniciativa corresponde al propio Ministerio Fiscal—; (ii) las injurias cualificadas prescriben, mientras que el crimen de racismo (y, en consecuencia, los crímenes contra otros prejuicios previstos en el Art. 20 de la Ley n.º 7716/89) no prescribe.

En círculos académicos se desarrolló la tesis de que la injuria racial (cualificada) sería un tipo de racismo, por lo que también debería considerarse imprescriptible e inimputable⁴. La tesis fue adoptada por el Tribunal Superior de Justicia en mayo de 2015, en la causa ARESP n.º 686.965⁵. En un recurso contra esta decisión, en marzo de 2017, el STF no se pronunció sobre la tesis, con el argumento de que la «cuestión relativa a la imprescriptibilidad no está sujeta a un nuevo examen, ya que es una cuestión infraconstitucional, y fue, una vez más, objeto de un análisis en profundidad por el STJ»⁶. En octubre de 2021, sin

³ Brasil. Tribunal Superior de Justicia. APn 612/DF (2008/0286328-8). Penal. Acción penal originaria. Delito de discriminación religiosa. No ocurrencia. Ultraje simple o cualificado. Denuncia o representación. Decadencia Denuncia rechazada. Ponente: Min. Castro Meira, 17 de octubre de 2012. Disponible en: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/866230147/inteiro-teor-866230150>.

⁴ Nucci, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*, 14.ª ed., Río de Janeiro: Forense, 2014, pp. 756-757.

⁵ Brasil. Tribunal Superior de Justicia. ARESP 686.965/DF (2015/0082290-3). Ponente: Juez Ericson Maranhão (juez asociado del TJSP), 15 de mayo de 2015. Disponible en: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/199992524>.

⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal (1.ª Sala). Ponente: Juez Roberto Barroso, 16 de marzo de 2017. Disponible en: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/442328993>.

embargo, el STF finalmente se pronunció sobre la cuestión al juzgar el caso HC n.º 154.248, adoptando la tesis de la imprescriptibilidad del delito de injuria cualificada⁷.

3. La ofensa a los sentimientos religiosos como límite a la libertad de expresión

La doctrina legal⁸ no se muestra crítica con las disposiciones legales que criminalizan las ofensas al sentimiento religioso (art. 208, CP), las injurias cualificadas (art. 140, § 3.º, CP) o el prejuicio religioso (art. 20, ley n.º 7.716/89). Estas disposiciones legales se abordan en su lectura más obvia, entendiendo que los delitos se refieren a conductas capaces de causar lesión a los derechos de otras personas⁹, y no a la creencia religiosa en sí misma. Sin embargo, no se hace una reflexión más profunda sobre hasta qué punto la ofensa a la religión sería también un delito (ámbito penal) —o causaría un perjuicio (ámbito civil)— a quienes la profesan, lo que podría implicar una restricción ilegítima de la libertad de expresión.

Por otro lado, hay que reconocer que el potencial de conflicto con la libertad de expresión no es el mismo para los tipos penales mencionados, y aquí procede un análisis de cada uno de los delitos por separado.

3.1. *Insulto cualificado por el uso de elementos relacionados con la religión*

Con el fin de analizar los posibles conflictos entre la libertad de expresión y los delitos contra el honor (injuria, difamación y calumnia), realicé un estudio de todos los recursos penales juzgados por el Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro – TJRJ en un período de tres años (enero de 2017 a diciembre de 2019). El TJRJ juzgó 111 recursos en procesos por el delito de injurias cualificadas (art. 140, § 3, CP), de los cuales sólo 6 procesos se referían a delitos religiosos (5,4 %): en la mitad de estos casos la injuria se dirigió a practicantes de religión de origen africano (utilizando el término «macumbeira»)¹⁰, en 2

⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal (Plenario). Ponente: Juez Edison Fachin, 28 de octubre de 2021. Disponible en: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=475646&tip=UN>.

⁸ DAMÁSIO, E. de Jesus, *Direito Penal – Parte Especial*, 3.º vol., 15.ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 724; DELMANDO, Celso [et al], *Código Penal Comentado*, 6.ª ed., Río de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 453; NORONHA, E. Magalhães, *Direito Penal*, 3.º vol., 27.ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 40.

⁹ No obstante, cabe señalar una distinción en relación con el delito de «profanar públicamente un acto u objeto de culto religioso». Sin embargo, el motivo de la tipificación no está relacionado con la blasfemia o similares.

¹⁰ Caso n.º 0000709-12.2015.8.19.0032; Caso n.º 0086427-36.2016.8.19.0001; Caso n.º 0146802-66.2017.8.19.0001.

casos se dirigió a mujeres judías¹¹, y en 1 caso a un miembro de la masonería¹² (y el tribunal rebajó el delito a injuria simple por considerar que la masonería no es una religión, como ya decidió el Supremo Tribunal Federal).

Estrictamente hablando, ninguno de los 6 casos implicaba conflicto con la libertad de expresión, pero vale la pena destacar aquí uno de los casos¹³ en el que el acusado (evangélico) discutió con su hermana (umbandista) sobre una mujer (también umbandista) que vivía en el patio trasero de la casa de sus padres. La discusión ocurrió dentro de la casa, pero la víctima pudo oír las ofensas dirigidas a ella: «piraña», «vagabunda» y «macumbeira de merda». El acusado alegó que tanto la hermana como la víctima debían respetar a sus padres (que, al parecer, no eran umbandistas ni evangélicos), oponiéndose a la práctica de la religión umbandista en el patio trasero de la casa.

En la sentencia condenatoria, se consideró que el acusado adoptó una conducta prejuiciosa e intolerante hacia la religión profesada por el ofendido. En apelación, el tribunal reformó la sentencia, considerando que, si el acusado había pronunciado dichas palabras (había un problema de fragilidad probatoria), «no estaba suficientemente probado que su intención fuera desacreditar, al menos en ese momento, la religión de la supuesta ofendida», ya que «de mierda» fue un ataque a la ofendida, y no exactamente a su religión, puesto que la hermana «también es umbandista, y, durante la conversación con el acusado, éste no se refirió a ella [...] como “macumbeira de merda”». También consideró que «muchos se refieren tanto a los practicantes de la “Umbanda” (Ofendida) como a los del “Candomblé” y otros como “Macumbeiros”, sin que su objetivo sea el de menospreciar o discriminar». Pero el punto a destacar aquí es que el magistrado consideró el contexto de la discusión:

No parece razonable, con todos los respetos, que se celebren servicios religiosos en el espacio común frecuentado y habitado por personas de distintas creencias o religiones. La consecuencia de ello será siempre la disconformidad de los demás y, dependiendo de cómo se produzcan y del fervor de cada uno por su creencia o religión, pueden provocar altercados que, inevitablemente, agudizarán los ánimos de los implicados, pudiendo ser muy graves las consecuencias de ello. Y, en este caso, habrá inevitablemente incontinencia verbal, resultado de la explosión emocional, especialmente en el caso de los miembros de la familia.

En los demás casos se trataba básicamente de insultos, sin ningún contexto que justificara las infracciones.

¹¹ Asunto n.º 0004321-17.2016.8.19.0001; Asunto n.º 0387935-41.2016.8.19.0001.

¹² Caso n.º 0001319-46.2018.8.19.0073.

¹³ Río de Janeiro. Tribunal de Justicia de Río de Janeiro (8.ª Sala Penal). Recurso Penal n.º 0000709-12.2015.8.19.0032. Ponente: Des. Adriana Lopes Moutinho Daudt d'Oliveira, 31 de enero de 2018. Disponible en <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?numProcesso=2015.032.000706-8&USER>.

Aunque la investigación esté limitada en el tiempo (3 años) y en el espacio (estado de Río de Janeiro), los datos tienen cierta relevancia para una comprensión del tema a nivel nacional, ya que el TJRJ es el segundo tribunal con mayor número de casos del país¹⁴.

3.2. *Delitos contra los sentimientos religiosos*

El artículo 208 del Código Penal («delitos contra los sentimientos religiosos») contempla tres tipos de delitos: «burlarse públicamente de alguien por razón de creencia o función religiosa»; «impedir o perturbar una ceremonia o la práctica de un culto religioso»; y «vilipendiar públicamente un acto u objeto de culto religioso». De estos delitos, el que más podría entrar en conflicto con la libertad de expresión sería el primero, pero la doctrina penal no explora este punto¹⁵ a lo sumo, hace algunas vagas anotaciones al respecto:

Se protege el sentimiento religioso [...], interés ético y social en sí mismo, así como la libertad de culto. Si bien son admisibles los debates, críticas o polémicas sobre las religiones en sus aspectos teológicos, científicos, jurídicos, sociales o filosóficos, no están permitidos los extremos de burla, ultraje o vilipendio de los creyentes o de lo religioso¹⁶.

En cualquier caso, los procesos penales por la presunta práctica del primer tipo de infracción penal son relativamente raros —la mayoría de los procesos judiciales por delitos contra los sentimientos religiosos (art. 208, CP) se refieren a los otros dos tipos—. En estos casos, los hechos son más frecuentemente cometidos por evangélicos (neopentecostales) contra templos y símbolos de religiones de origen africano y, eventualmente, contra iglesias e imágenes de la religión católica. Se trata de situaciones de invasión de templos religiosos y destrucción de objetos allí localizados, no existiendo conflicto de derechos fundamentales ni argumentos jurídicos que sustenten la legitimidad de la conducta.

Aunque se trata del mismo delito (invasión de templos y destrucción de imágenes) cometido por personas del mismo grupo religioso (evangélicos neopentecostales), las motivaciones son diferentes según la religión de que se trate. En el caso de las religiones de origen africano, los evangélicos asocian esas creencias con el mal, el diablo, Satán, el demonio; en cuanto a la religión católica, el argumento es que la Biblia prohíbe la adoración de imágenes. Las moti-

¹⁴ Consejo Nacional de Justicia. Justiça em números 2022 / Consejo Nacional de Justicia. – Brasília: CNJ, 2022. p. 51. Disponible en: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>.

¹⁵ DAMÁSIO, E. de Jesus, *Direito Penal – Parte Especial*, 3.º vol., 15.ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 724; DELMANTO, Celso [et al.], *Código Penal Comentado*, 6.ª ed., Río de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 453; NORONHA, E. Magalhães, *Direito Penal*, 3.º vol., 27.ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 40.

¹⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Manual de Derecho Penal*, Vol. II, 23.ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 404.

vaciones son aquí destacadas porque aunque no relativizan la práctica de los delitos, estarán presentes en manifestaciones (verbales o escritas) de los evangélicos neopentecostales, sin que se acompañen de prácticas de invasión de templos o terrenos, o destrucción de imágenes, lo cual genera la polémica en torno al proselitismo o de la libertad de expresión de creyentes en discursos ofensivos contra otras religiones.

Un episodio ocurrido en 1995 (más precisamente el 12 de octubre, día de Nuestra Señora de Aparecida, patrona nacional) es bastante ilustrativo al respecto. En un programa de televisión de un canal de propiedad del obispo Edir Macedo (fundador de la Iglesia Universal del Reino de Dios – UCKG), un presentador (Sergio Von Helde), también obispo de la misma iglesia, criticó el culto que los fieles católicos hacen a la imagen de Nuestra Señora de Aparecida, y dando patadas y golpeando con sus manos a la imagen (que estaba a su lado) para mostrar la futilidad de la devoción a la santa. En su discurso, el obispo describió la imagen de Nuestra Señora de Aparecida como una «muñeca fea, horrible y vergonzosa». El episodio, que se conoció como «patada a la santa» (e incluso mereció una entrada en el sitio Wikipedia¹⁷), generó una investigación policial, en la que el delegado responsable encuadró la conducta del obispo en el tipo penal del art. 208, CP. La querrela ofrecida por el Ministerio Público añadía también el art. 20 de la Ley n.º 7.716/89, y el obispo fue condenado por ambos delitos. En apelación, el tribunal reconoció la prescripción del delito de vilipendio (art. 208, CP), pero mantuvo la condena por el delito de prejuicio (ley 7.716/89). Como señaló el antropólogo Emerson Giumbelli, tras analizar detenidamente el caso:

La desaprobación del gesto de Von Helde es generalizada. Está presente en las acusaciones de la fiscalía y en las sentencias de los jueces, que tienen en cuenta no sólo la agresión a la imagen, sino también las palabras del acusado, en sus referencias no sólo a las prácticas católicas, sino también a los cultos africanos. Sobre esta base, consideraron el gesto de Von Helde intolerante, prejuicioso, discriminatorio [...]

En cuanto a las acusaciones de la fiscalía, la ofensa a la imagen de diversas religiones y los golpes contra los sentimientos religiosos de los fieles se entrelazan en estos argumentos, articulando los dos dispositivos que subyacen en la acusación¹⁸.

Sin ningún juicio de valor sobre el resultado del caso, el hecho es que este episodio revela una dificultad del derecho brasileño para tratar esta cuestión (extremadamente delicada) de forma más técnica, construyendo comprensiones normativas más precisas y seguras sobre la licitud o ilicitud de la crítica ofensiva a las confesiones religiosas, como veremos a continuación.

¹⁷ https://pt.wikipedia.org/wiki/Chute_na_santa.

¹⁸ GIUMBELLI, EMERSON, «O “Chute na Santa”: blasfêmia e pluralismo religioso no Brasil», en *Religião y Espaço Público*. BIRMAN, Patrícia. São Paulo: Attar Editorial, 2003, p. 178.

3.3. Delito de prejuicio religioso

El delito previsto en el artículo 20 de la ley 7.716/89 es el que presenta mayor potencial de conflicto con la libertad de expresión, al menos en determinadas situaciones. Mientras que en el ámbito penal la ausencia de algún elemento (objetivo o subjetivo) del crimen es suficiente para el reconocimiento de la atipicidad de la conducta (como la ausencia de dolo de injuriar en los casos en que se imputa al autor el delito de injuria cualificada), sin argumentar que el acusado estaría ejerciendo su libertad de expresión, en los casos en que se imputa el delito de prejuicio la invocación de la libertad de expresión como argumento de defensa puede ocurrir con mayor frecuencia. No se trata de hacer valer el derecho a una opinión prejuiciosa (de cualquier tipo): si es prejuicio, es delito. La dificultad aquí sería identificar si la manifestación es prejuiciosa según la ley. Las opiniones sobre grupos se hacen sobre la base de generalizaciones, y es posible que causen molestia, indignación y desaprobación, y que se califiquen de prejuiciosas. Pero ¿se identificarían como «delito de prejuicio»?

El problema no pasa por la inconstitucionalidad de la disposición en términos abstractos o concretos (como los conceptos de *unconstitutional as enacted* y *unconstitutional as applied* en el derecho norteamericano), sino por el encuadramiento del tipo penal. El siguiente extracto de una sentencia judicial (en un proceso relacionado con el delito del art. 20 de la ley n.º 7716/89) es bastante ilustrativo a este respecto:

[...] no hay colisión real entre derechos fundamentales, pues la conducta abarcada por el tipo penal inscrito en el artículo 20 de la Ley no. 7.716/1989 no está amparada por el derecho constitucional a la libertad de expresión. No se trata de interpretar la Constitución de acuerdo con la ley, pues el legislador, al promulgar el tipo penal en cuestión, ya ponderó la dignidad humana y la libertad de expresión, habiendo concluido que la conducta que tipificaba no tiene protección constitucional, sino que, por el contrario, es repudiada por la Carta Magna.

Como la citada norma se presume constitucional, y no existe ningún elemento en el caso concreto que dé lugar a discusión sobre su constitucionalidad, a este magistrado sólo le corresponde aplicar la ley, es decir, subsumir la conducta practicada por el acusado al tipo penal, verificando si encaja en su marco.

Aunque la conducta descrita en el tipo penal es bastante abierta, hay situaciones en las que no cabe duda por parte del intérprete sobre la adecuación típica¹⁹.

¹⁹ Sección del Poder Judicial Federal de São João de Meriti (Rio de Janeiro). Proceso n.º 0010699-39.2009.4.02.5110. Juez Federal Suplente: Dr. Rafael Rihan Pinheiro Amorim, 29 de marzo de 2016. Disponible en: <https://balcaojus.trf2.jus.br/balcaojus/#/processo/00106993920094025110>.

El propio magistrado, en la sentencia, reconoce que el delito de prejuicio no se produce cuando alguien acusa a la Iglesia católica de «oscurantista y contraria al progreso de la ciencia por su conocida postura contraria a la investigación con células madre embrionarias», o cuando se dice que «determinadas congregaciones evangélicas son homófobas, por ser contrarias al reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales», o también cuando se reprocha «al Islam ser opresor con las mujeres, por la costumbre según la cual deben cubrirse el pelo». Todas estas manifestaciones encontrarían «amparo en la libertad de expresión, porque no se está difundiendo discriminación, ni prejuicios, sino sólo haciendo una crítica a determinadas posturas de estas instituciones religiosas».

Pero ¿y si la misma crítica se hace de forma que cause daño a una colectividad religiosa? Por ejemplo, utilizando elementos religiosos en una representación artística o en una protesta en un lugar público o en un espectáculo cómico. Aunque no se trate de un delito de prejuicio, ¿podría haber una condena en el ámbito civil por el daño causado? Si la respuesta es afirmativa, entonces la conducta no estaría protegida por la propia libertad de expresión. Aunque el artículo 20 de la Ley n.º 7.716 tipifique un crimen, también suele ser considerado (aunque no aplicado) en la identificación del daño ilícito en juicios civiles.

En una demanda civil presentada por la Unión Nacional de Entidades Islámicas contra Google, en la que se solicitaba la retirada de un vídeo ofensivo para su religión (titulado «La inocencia de los musulmanes») y el pago de una indemnización por los daños causados a la comunidad islámica, el demandante alegaba que «la empresa demandada, al permitir la difusión del vídeo, sin adoptar precauciones, causó daños y se lucró» y «que la Ley 7.716/89 prohíbe la práctica de tales conductas»²⁰. El recurso fue desestimado, «por considerar que, en este caso, debe prevalecer la libertad de manifestación del pensamiento artístico y la libre circulación de las ideas». La entidad interpuso recurso sosteniendo que «el contenido del vídeo es ofensivo, falso, prejuicioso, sensacionalista, intolerante y excede el límite razonable de manifestación de opinión y libertad artística, lesionando el sentimiento religioso protegido por la Constitución de la República». El tribunal desestimó el recurso al considerar que (i) la norma es la libertad de expresión (aunque inicialmente se afirmó que se trataba de un «conflicto [...] entre la libertad de expresión artística del realizador del vídeo y la libertad de creencia religiosa de los musulmanes, cuyo interés pretende proteger el recurrente») y que (ii) «aunque el realizador de la obra audiovisual ha criticado de forma evidente la religión musulmana, en contra de lo argumentado en el recurso, no incita a la violencia ni a la discriminación, ni invade la libertad de creencia o de culto, hasta el punto de generar responsabilidad civil. Y este es el límite valorativo conferido al Poder Judicial».

²⁰ São Paulo. Tribunal de Justicia de São Paulo (4.ª Sala de Derecho Privado). Recurso Civil n.º 0192984-85.2012.8.26.0100. Ponente: magistrado Milton Carvalho, 19 de septiembre de 2013. Disponible en: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/117686984/inteiro-teor-117686993>.

Otro punto delicado se refiere al hecho de que inherente a la libertad religiosa está el derecho al proselitismo, que puede implicar la defensa de una superioridad (hasta cierto punto) de una creencia sobre otra(s), o la afirmación de que es la religión verdadera, de modo que las demás no lo serían. Dadas estas premisas, ¿cómo definir los límites entre el discurso proselitista y el delito de prejuicio religioso? Esta es una cuestión que afecta sobre todo a los evangélicos neopentecostales (incluidas las autoridades religiosas) debido a la postura agresiva que empezaron a adoptar hace unas décadas contra las religiones afrobrasileñas²¹, asociándolas a la figura de Satanás. En estos casos también suele ser difícil identificar si se trata de un delito de prejuicio religioso o de injurias cualificadas por el uso de un elemento relacionado con la religión, ya que el delito, aunque dirigido a una o pocas personas, se refiere a un aspecto que el delincuente identifica en todos los practicantes de las religiones afrobrasileñas, afectando así a toda la comunidad.

Un caso penal juzgado por el 3.º Juzgado Criminal de São Luís (Estado de Maranhão) ilustra bien el problema²². El acusado era un conductor de ambulancia que, mientras viajaba con dos pasajeras que vestían atuendos religiosos afrobrasileños, inició una conversación sobre el tema de la religión, defendiendo la Biblia, su creencia en Jesús y criticando las religiones de origen africano. Considerando sólo la parte de la conversación que fue grabada (en vídeo) por una de las pasajeras (y dejando de lado las denuncias hechas por las víctimas, pero impugnadas por el acusado), el conductor dijo a las pasajeras que estaban siendo engañadas por Satanás, «porque él engaña, está en la Biblia, estáis hablando de un espíritu que tiene más de dos mil años, que consiguió engañar a un tercio de los ángeles del cielo, ¿creéis que no es fácil que os engañe a vosotras? [...] No es el turbante lo que os va a salvar». Una de las víctimas dijo: «Yo [estoy] diciendo que recibimos mucha intolerancia religiosa en relación a esto, ustedes tienen su verdad y nosotros tenemos nuestra verdad», a lo que el acusado respondió: «la única verdad es Jesús [...] no hay Orixá».

Ante estos hechos, el Ministerio Público presentó una denuncia contra el conductor por la práctica de injurias cualificadas (art. 140, CP) y prejuicio religioso (art. 20, ley n.º 7.716/89), por considerar que sus discursos «ofendían no sólo las creencias religiosas de las víctimas, sino que también indicaban un prejuicio generalizado contra las religiones de origen africano». Tras analizar el diálogo entre el acusado y las víctimas, el juez consideró que no estaba demostrada «la intención del acusado de ofender de forma prejuiciosa el honor subjetivo de las víctimas», y que el acusado, «como evangélico, mantuvo una con-

²¹ SILVA, Vagner Gonçalves da, «Prefácio ou Notícias de uma Guerra Nada Particular», en *Intolerância Religiosa: Impactos do Neopentecostalismo no Campo Religioso Afro-Brasileiro*; Vagner Gonçalves (org.) – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.

²² Maranhão. 3.º Juzgado Criminal de São Luís. Proceso n.º 0839166-18.2021.8.10.0001. Juez: Patrícia Marques Barbosa, 18 de julio de 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/478307805/processo-n-083XXXX-1820218100001-do-tjma>.

versación sobre religión, en la que pronunció su fe, sin embargo, en ningún momento ofendió la religión de las víctimas, en realidad se trata de proselitismo, una forma de captar adeptos de otras confesiones, o ateos, y en este contexto es habitual poner tu religión en una condición de superioridad sobre la religión del otro». El magistrado también afirmó que «el diálogo se mantuvo dentro de los límites de la defensa de su fe, de acuerdo con la protección de la libertad religiosa, utilizando argumentos que son comunes en el cristianismo en relación con otras creencias, a saber, la superioridad de su religión sobre las demás».

Es evidente que el problema se habría evitado si el conductor no hubiera iniciado la conversación guardándose para sí sus creencias sobre la religión de los pasajeros. Sin embargo, desde su perspectiva, y, de nuevo, considerando sólo las líneas que se probaron en el proceso, tenía el deber moral (desde su religión) de salvar a las víctimas del error en que estaban incurriendo. Estaría transmitiendo los conocimientos que había «aprendido» en su iglesia. Desde el punto de vista de las víctimas, no sólo no querían ser salvadas: el mero hecho de que el acusado afirmara que necesitaban ser salvadas ya era, en sí mismo, una falta de respeto, una ofensa y un perjuicio. El Ministerio Fiscal presentó la acusación porque coincidía con la perspectiva de las víctimas; la juez rechazó la acusación porque consideró que la perspectiva del acusado (no me refiero aquí al contenido) era legítima: estaba amparada por el derecho al proselitismo, sin ánimo de ofender el honor subjetivo de las víctimas ni sus creencias.

Como refuerzo argumentativo, el magistrado citó una decisión del Supremo Tribunal Federal en apelación en *habeas corpus* (RHC n.º 134.682) que determinaba el bloqueo de la acción penal que se había iniciado contra un sacerdote católico por ofensas que hizo a la religión espiritista en un libro de su autoría. Sin embargo, la decisión, dictada en noviembre de 2016, por la primera sala del STF y por mayoría de votos (4 a 1), no representa una posición clara y definida por el tribunal: poco más de un año después, la segunda sala del mismo tribunal desestimó un recurso de *habeas corpus* (RHC n.º 146.303) a un pastor evangélico por ofensas a otras religiones. De nuevo, la decisión fue por mayoría (4 a 1).

4. Sentencias recientes del STF sobre el tema

4.1. RHC n.º 134.682

En noviembre de 2016, la 1.ª Sala del Supremo Tribunal Federal (STF) juzgó un recurso de *habeas corpus* (RHC 134.682)²³ que discutía si los pasajes de un libro escrito por un sacerdote católico, Monseñor Jonas Abib, asociando el espi-

²³ Brasil. Supremo Tribunal Federal (1.ª Sala). Recurso de Habeas Corpus 134.682. Ponente: Min. Edison Fachin, 29 de noviembre de 2016. Disponible en: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4988091>.

ritismo a la figura del diablo, constituían un crimen de incitación a la discriminación religiosa. Por mayoría (4 a 1), la 1.^a Sala se decantó por la atipicidad de la conducta, determinando el archivo de la acción penal contra el acusado. La decisión fue relativamente breve para un asunto considerablemente complejo y delicado. Se trata de una crítica cualitativa, centrada en los argumentos —que incluye también lo que no se abordó y lo que simplemente se omitió— y no cuantitativa (30 páginas, sin contar el resumen).

La 1.^a Sala concedió la orden solicitada en los términos del voto del ponente, el magistrado Edson Fachin, acompañado de los magistrados Marco Aurélio, Rosa Weber y Barroso —con la disidencia del magistrado Luiz Fux—. *A grandes rasgos*, el ponente reconoció básicamente que la libertad religiosa no se limita a la libertad de creencia, alcanzando, entre otros, el derecho a expresar la religiosidad y a «realizar proselitismo»; que la libertad religiosa no es un derecho absoluto y que el racismo es un delito; que la «colisión entre la libertad de expresión y religiosa y el repudio del racismo» debe resolverse de forma que «se logre la máxima eficacia de ambas», es decir, una exposición de sentido común y obviedades, aspectos que no están en discusión y que, por tanto, no implican toma de posición, salvo quizá una frase que, sobre todo en el contexto del caso, requeriría alguna aclaración:

Considerando que «el mensaje religioso no puede ser tratado exactamente de la misma forma que cualquier mensaje no religioso» (MACHADO, J., *Liberdade Religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 226), paso a examinar los límites del ejercicio de la libertad de expresión religiosa de acuerdo con las particularidades de las explicaciones de esta naturaleza.

En términos generales, las premisas adoptadas por el juez Fachin pueden resumirse como sigue: (i) el proselitismo es inherente a las religiones universalistas (aquellas que tienen como finalidad «convertir al mayor número posible de personas»), como «el catolicismo, y el cristianismo en general»; (ii) el proselitismo integra el núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad religiosa; (iii) el proselitismo permite a un religioso defender la superioridad de su creencia y la inferioridad de las demás; (iv) «la eventual animadversión derivada de comentarios desiguales no configura, necesariamente, prejuicio o discriminación»; (v) el discurso debe considerarse discriminatorio y prejuicioso (y, por tanto, no protegido por la libertad de expresión religiosa) si implica un propósito de subyugar, explotar o eliminar al otro (inferior), o «la intención de supresión o reducción de derechos fundamentales [del otro] bajo razones religiosas»; y, por último, (vi) el discurso proselitista no debe considerarse discriminatorio si está asociado con «el deber de ayudar a los fieles de otras religiones, considerados como equivocados», con el objetivo de «garantizar que el otro alcance el mismo nivel moral en el que se encuentra el agente».

Las premisas presentadas por el ponente ya anticipan, en cierta medida, el resultado de su decisión, pues lo que desafía a la ley (haciendo complejos casos como éste) es precisamente el discurso que discrimina sin predicar actos de violencia contra el otro. Un discurso que de algún modo predicara la sumisión, la explotación o la eliminación del otro sería fácilmente identificable como delito, y éste no era el discurso enjuiciado.

Los extractos del libro del sacerdote católico que, en los términos de la denuncia presentada por el Ministerio Fiscal, se traducirían como delito contra grupo religioso son los siguientes:

El diablo, dicen muchos, «no es nada creativo». Sigue utilizando el mismo disfraz. Él, que en el pasado se escondía detrás de los ídolos, hoy se esconde en los rituales y prácticas del espiritismo, la Umbanda, el Candomblé y otras formas de espiritismo. Todas estas formas de espiritismo tienen en común la consulta a los espíritus y la reencarnación.

[...]

Los propios padres y madres de los santos y todos los que trabajan en centros y terreiros son las primeras víctimas: son utilizados por Satanás. [...] La doctrina espiritista es malvada, viene del maligno.

[...]

El espiritismo no es cualquier cosa como algunos piensan. En vez de vivir en el Espíritu Santo, de depender de Él y ser conducido por Él, uno acaba siendo conducido por espíritus malignos [...] El espiritismo es como una epidemia y como tal debe ser combatido: es un foco de muerte. El espiritismo debe ser desterrado de nuestras vidas. No es necesario ser cristiano y ser espiritista, [...] ¡Límpiate totalmente!

[...]

Hay gente que ha leído muchos libros del llamado «espiritismo de mesa blanca», de un kardecista muy intelectual que realmente fascina – las cosas del enemigo fascinan. Deshazte de todo. Quemadlo todo. No guardes ninguno de esos libros.

Los pasajes citados fueron meramente citados por el ponente, sin análisis del contenido, ni destacar ninguna frase del texto para consideraciones específicas. En cambio, el ponente avaló los argumentos del sacerdote, en el sentido de que «no deseaba ofender a las personas espiritistas, sino, de hecho, orientar a la población católica sobre la incompatibilidad que verificaba, según su punto de vista, entre catolicismo y espiritismo». Pero estas acciones no se excluyen mutuamente. Es posible «ofender a las personas espiritistas» y, al mismo tiempo, «orientar a la población católica sobre la incompatibilidad entre catolicismo y espiritismo». Y, al parecer, eso es lo que ocurrió en la obra citada. Al fin y al cabo, el sacerdote afirmaba, por ejemplo, que «los padres y las madres de los santos [...] son utilizados por Satanás». ¿No sería esto una ofensa a los padres y madres de los santos?

Según el ponente, no, porque los padres y las madres de los santos, en la visión del sacerdote, serían «víctimas del espiritismo y, en esa medida, deberían ser rescatados».

El ponente no identificó ningún delito en los extractos mencionados del libro de Monseñor Jonas Abib, pero, independientemente de que esté o no de acuerdo con el resultado, las razones de la decisión eran algo oscuras, y sólo es posible especular sobre ellas. El juez Fachin señaló que el libro iba dirigido a católicos. ¿Habría alguna diferencia si el objetivo del autor fuera llegar a lectores de otras religiones? El ponente también aceptó el argumento de que los ofendidos debían ser considerados víctimas del espiritismo y no víctimas de los delitos perpetrados por el autor. ¿Es ésta una razón válida para legitimar un discurso ofensivo? ¿O se trataría de un argumento indiferente? Finalmente, el ponente también observó que «aunque, eventualmente, las palabras puedan señalar cierta animosidad, no hay intención explícita de que los fieles católicos esclavicen, exploten o eliminen a los que adhieren al espiritismo». Teniendo en cuenta las premisas adoptadas por el ponente, y citadas anteriormente, ¿sería esta razón suficiente para legitimar el discurso?

La juez Rosa Weber y los jueces Marco Aurélio y Luís Roberto Barroso siguieron al juez Fachin, reiterando los tres el valor de la tolerancia, entendida aquí como tolerancia hacia el discurso del sacerdote, expresamente criticado por la juez Rosa Weber («intolerancia que debe ser, sin la menor duda, repudiada [...] todas estas expresiones, que causan incluso —en mí causaron, observo— repudio [...]») y por el juez Barroso («son manifestaciones de absoluta inaceptación del otro [...] el discurso de nuestro sacerdote supera todos los límites del error excusable»). Pero el juez Barroso añadió un argumento que merece atención. Según la Justicia, no se trataría de un caso de incitación al odio porque los espiritistas no serían «un grupo históricamente vulnerable para invocar el tipo de protección que admitiría la excepción de *incitación al odio*». El juez reiteró la afirmación al final de su voto:

Por lo tanto, al igual que el ponente, estimo este recurso. [...] creo que las observaciones formuladas por el juez Luiz Fux en este caso son oportunas y pertinentes. Sólo que, como creo que la excepción de *discurso de odio* debe proteger a los grupos vulnerables, cosa que no he visto aquí, por esta razón, no estoy siguiendo a Su Excelencia, y sí al ponente.

No está claro por qué el juez Barroso omitió el hecho de que los destinatarios de los delitos del sacerdote, como se desprende de los pasajes citados por el propio ponente, son espiritistas (kardecistas) y *seguidores de religiones de origen africano (umbanda y candomblé)*. Si el juez hubiera considerado que los padres y madres de santos forman parte de grupos vulnerables, ¿habría cambiado su decisión? ¿O habría cambiado las razones (para decidir lo mismo)?

El juez Luiz Fux fue derrotado, pero porque tenía dudas, más que certeza, sobre la tipicidad de la conducta del paciente. En sus palabras:

Francamente, en cuanto a enmarcar la acción penal, todavía no me siento preparado para ello, ni siquiera para permitirme divagar más [...]. Quiero leer este libro, que no es voluminoso, es pequeño [...], para que después, si es oportuno, si es posible, pueda dar mi opinión sobre este asunto, que es nuevo aquí en la Sala – no recuerdo haber juzgado aquí ningún caso similar.

El juez también invocó la tolerancia, pero a diferencia de los demás, utilizó el argumento contra el sacerdote, afirmando que se debe «respetar la religión de los demás», y que la tolerancia, en este sentido, integraría el núcleo esencial de la libertad religiosa.

Se observan, por tanto, en los votos de los magistrados, dos sentidos para la tolerancia: (i) la tolerancia frente a un discurso religioso que trata otras creencias como inferiores (Fachin, Weber, Marco Aurélio y Barroso) y (ii) la tolerancia como respeto a todas las creencias, que tendrían el mismo valor (Fux). El primer sentido tropieza, al menos potencialmente, con algunas dificultades, como la paradoja de la tolerancia («la tolerancia ilimitada puede conducir a la desaparición de la tolerancia»²⁴). Aun así, es más fácil de sostener jurídicamente que el segundo, que, al menos en la forma en que fue expuesto por el juez Fux, hace caso omiso de todas las premisas adoptadas por el ponente —y que, de hecho, están en consonancia con lo que sostiene la doctrina especializada en el tema de la libertad religiosa—, además de ignorar que la libertad de expresión (en general) permite emitir un juicio sobre las creencias religiosas. Este sentido de la tolerancia, al menos en la forma en que fue presentado por el juez Fux, está mucho más cerca de una posición moral que de un mandamiento jurídico.

El voto en minoría del juez Fux trae, de forma muy embrionaria, algunas cuestiones que merecen una reflexión y un debate más profundos. El gran reto para el derecho es saber si es posible (y, en caso afirmativo, cómo) conciliar los dos sentidos de la tolerancia defendidos por los magistrados. Pero esto implicaría definir un límite a la libertad de expresión religiosa que predique la inferioridad de otras creencias, o hacer frente a los argumentos que sostienen que el derecho al proselitismo religioso permite la jerarquización de las creencias religiosas.

Otro punto planteado por el juez Fux (pero no desarrollado como argumento) fue la crítica al «eufemismo» que sería «esta autoabsolución que no estaría alcanzando la creencia de estas personas, estaría siendo tolerante, afirmando que estas personas, en realidad, están poseídas por el demonio, cuando creen en lo que están practicando», siendo que «muchas personas que practican estas religiones lo hacen en el sentido del bien, en el sentido de la cura del alma y de la cura física también».

²⁴ POPPER, Karl, *A sociedade aberta e seus inimigos*, Trad. Milton Amado. 3 ed. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1987, p. 299.

4.2. RHC n.º 146.303

En marzo de 2018, poco más de un año después de la sentencia mencionada en el tema anterior, la 2.^a Sala del Supremo Tribunal Federal (STF) juzgó un recurso de *habeas corpus* (RHC 146.303)²⁵ en el que se volvió a discutir si los textos y discursos de un líder religioso (en este caso, un pastor evangélico) ofensivos para otras confesiones (incluso asociándolas al diablo) configuraban el delito previsto en el art. 20 de la ley 7716/89.

Las ofensas (en textos y vídeos) iban dirigidas a varias religiones: islam, catolicismo, paganismo, judaísmo e incluso a una iglesia evangélica (Assembleia de Deus). En cierto vídeo, por ejemplo, mostró libros religiosos y dijo que irían a la basura; que no los rompería para no ensuciar el estudio; y que el paganismo «es una religión asesina como el Islam». En textos publicados en su blog, se refirió a la Iglesia Católica como «puta católica».

Entre los procesos RCH 134.682 y RHC 146.303, el juez Edson Fachin dejó la Sala 1.^a y pasó a integrar la Sala 2.^a del STF, siendo nombrado ponente del caso. El juez cambió la sala, pero no cambió su comprensión del asunto. Su voto fue más extenso que en el caso anterior, pero la línea argumental fue básicamente la misma, favoreciendo el proselitismo y la tolerancia a los excesos.

El magistrado Dias Toffoli discrepó y fue acompañado por los demás magistrados y, al final del juicio, fue designado ponente de la sentencia. El punto relevante de divergencia fue, una vez más, la idea de tolerancia. El magistrado señaló que «la libertad de creencia y de culto puede contemplarse bajo su aspecto positivo —libertad para expresarse y vivir de acuerdo con la propia fe— y su aspecto negativo: resumido en la tolerancia religiosa (y, en este sentido, la abstención de conductas) hacia una fe diferente, que también está protegida». Partiendo de esta premisa, entendió que la primera no podía ser amplificada hasta el punto de reducir al mínimo la segunda, «so pena de reducir el espectro punitivo de la norma penal en contradicción con la protección que se pretendía promover con su promulgación».

Algo interesante (y bastante inusual) que ocurrió en este juicio fue el hecho de que el juez Edison Fachin (el magistrado ponente original) intervino después de cada voto discrepante que se produjo, para explicar por qué reiteraba su criterio. No se produjo ningún diálogo en profundidad, ya que el punto central de discrepancia parecía claro, y no se modificó. Pero es interesante la observación que hizo al voto del juez Gilmar Mendes, que había mencionado la decisión del tribunal en el «Caso Elwangger» (HC 82.424, juzgado en 2003) relativo a las publicaciones antisemitas y negacionistas (en relación con el Holocausto). El juez Fachin observó que en ese caso se trataba de «una cuestión relativa a los

²⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal (2.^a Sala). Recurso de Habeas Corpus 146.303. Ponente: Juez. Edison Fachin, Redactor de la sentencia: Min. Dias Toffoli, 06 de marzo de 2018. Disponible en: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5233101>.

judíos, por lo que el proselitismo tenía allí la característica de señalar a un determinado pueblo como su enemigo». En el caso enjuiciado, las deplorables manifestaciones del pastor «eligen, de hecho, a todas las religiones, salvo la suya, como enemigas. Por lo tanto, no existe ninguna minoría en vista de la cual pueda decirse que tal proselitismo estaría identificando a un determinado destinatario o a un conjunto o grupo de personas a las que esclavizar o eliminar». Concluyó:

Por eso me resisto a la criminalización, y por eso he adoptado la posición de que se abandone el proceso penal, porque entiendo, como escribió el profesor Gomes Canotilho en Portugal, en coautoría con el profesor Vital Moreira, que la conducta antirreligiosa, con el máximo respeto a la religión, nos guste o no, estemos de acuerdo o no con ella, forma parte de la expresión religiosa.

4.3. RCL n.º 38.782

El caso se refiere a una acción civil pública interpuesta por una asociación católica conservadora (Centro Dom Bosco de Fé e Cultura) contra el famoso grupo humorístico brasileño Porta dos Fundos y Netflix, con el fin de impedir la emisión del contenido audiovisual titulado *Especial de Natal Porta dos Fundos: Primeira Tentação de Cristo*, y cualquier alusión publicitaria a dicha película, además de condenar a los demandados a pagar los daños morales colectivos derivados de la exhibición de la obra. La asociación alegaba que la sátira transmitida en la obra configuró un acto de intolerancia religiosa y de incitación al odio, al retratar, en vísperas de la Navidad, a Jesucristo como un homosexual pueril, novio de Lucifer, a María como una adúltera desbocada y a José como un idiota traicionado por Dios, y constituiría «un frontal ataque bárbaro y malintencionado al conjunto de creencias y valores que rodean la figura de Cristo, el Dios Trino, la Santísima Virgen y su esposo, San José, [sobrepasando así] los límites de la libertad artística amparada por el texto constitucional»²⁶.

La medida cautelar de suspender la exhibición de la película fue denegada en primera instancia, entendiendo el juez que «sólo cabría la posibilidad de prohibir la exhibición del contenido y su censura en los casos de caracterización de acto ilícito, incitación a la violencia o violatorio de los derechos humanos. No correspondería al Poder Judicial, por tanto, juzgar la calidad del humor, sino la existencia de cualquier ilegalidad». También señaló que «la exhibición de la película sólo está disponible en la plataforma privada de *streaming online* de Netflix para sus suscriptores, y no se trata de una exhibición en un lugar público, por lo que no hay difusión del contenido a quienes no deseen verlo».

²⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal (2.ª Sala). Queja 38.782. Ponente: Juez Gilmar Mendes, 3 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5841915>.

En apelación ante el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro (vista el 21-12-19), el magistrado de turno confirmó la denegación, pero ordenó (de oficio) a Netflix que incluyera «al principio de la película y en su publicidad una advertencia desencadenante de que se trata de una sátira que involucra valores queridos y sagrados de la fe cristiana».

El 07-01-20, el ponente competente para juzgar el recurso decidió la suspensión inmediata de la película, a partir de una curiosa forma de iniciar un juicio de ponderación:

Por un lado tenemos la [Asociación Centro Dom Bosco] que busca defender los derechos de la comunidad cristiana, la más expresiva de Brasil, que se siente degradada por una «producción artística». Del otro lado hay empresas, con fines de lucro, una que se ha apoderado de una obra de dominio público, milenaria, que congrega a millones de fieles, fanáticos o no, que rinden culto a la religión y a los Santos, en cuestión, otra que exhibe la «obra».

Consideró entonces que «el derecho a la libertad de expresión, prensa y arte [...] no podría servir de soporte a cualquier manifestación, cuando existen dudas sobre si se trata de crítica, debate o ridiculización, siendo necesaria la ponderación de derechos para evitar que se produzcan excesos» y que «el mantenimiento de la exhibición del vídeo humorístico tendría la capacidad de causar daños más graves e irreparables que la suspensión de su emisión».

Dos días después, el Presidente del STF, juez Dias Toffoli, accedió a la solicitud hecha por Netflix en una acción de Reclamación (RCL 38.782), y suspendió las dos decisiones del Tribunal de Justicia de Río de Janeiro, permitiendo así la proyección de la película, sin la advertencia de que se trata de «una sátira que involucra valores queridos y sagrados de la fe cristiana». El juez Toffoli destacó la «relevancia de respetar la fe cristiana (así como todas las demás creencias religiosas o la falta de ellas)», pero que no se debe suponer que «una sátira humorística tiene el poder de sacudir los valores de la fe cristiana, cuya existencia se remonta a más de 2 (dos) mil años, estando arraigada en la creencia de la mayoría de los ciudadanos brasileños».

El 03-11-20, el caso fue juzgado por la 2.^a Sala del STF, que por unanimidad confirmó la decisión del Presidente del tribunal, revocando las decisiones del TJRJ. El voto del ponente de la Reclamación (RCL 38.782), juez Gilmar Mendes, exploró el valor atribuido a la libertad de expresión en la jurisprudencia del STF, mencionando también el caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile* (también conocido como el caso «La Última Tentación de Cristo») juzgado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destacando un cierto contraste con el juicio de ponderación realizado por el magistrado del TJRJ (al decidir la suspensión de la película):

Este juicio de ponderación, sin embargo, es deficiente porque no tiene en cuenta la posición preferente de que goza la libertad de expresión en el orden constitucional brasileño, independientemente de si adopta la forma de periodismo, arte o ciencia, o incluso si su contenido esboza la crítica, la sátira o el análisis.

La línea argumental adoptada por el ponente en su voto (seguida por los demás magistrados) fue que la libertad de expresión goza de una posición preferente, de modo que su ejercicio sólo podría dejarse de lado si se atribuyera un peso excepcionalmente elevado a la intensidad de la injerencia en el principio de libertad religiosa, «en situaciones en las que el derecho a conservar, cambiar, profesar o difundir una religión se ve gravemente coartado». En el caso enjuiciado, el ponente señaló que la película «no incita a la violencia contra grupos religiosos, sino que constituye una mera crítica, realizada a través de la sátira, de elementos queridos por el cristianismo», lo que hace injustificable cualquier tipo de injerencia estatal «por cuestionable que sea la calidad de esta producción artística».

5. Observaciones finales

La legislación brasileña (considerando aquí la doctrina y la jurisprudencia) ha avanzado muy poco en la reflexión profunda sobre el potencial conflicto entre la libertad de expresión y la libertad religiosa de discursos ofensivos a credos y religiones. En la legislación referente al tema (legislación que es penal, aunque sea «mencionada» en juicios civiles como argumento para evaluar si hubo daño ilícito que justifique indemnización u otras medidas), la disposición legal que tipifica los «delitos contra el sentimiento religioso» (art. 208, CP) data de 1940, y es tradicionalmente abordado por la doctrina penal de forma dogmática, huyendo de las dificultades reales y actuales de su interpretación y aplicación. El acto normativo más reciente es el artículo 20 de la ley n.º 7.716, de 1989, que ya fue objeto de modificaciones legislativas en 1997, 2010 y 2012, y es a partir de él que se mueven la mayoría de los procesos judiciales, tanto civiles como penales.

Es difícil hacer un juicio seguro, empírico y detallado sobre la jurisprudencia brasileña en la materia, pero es posible hacer algunas consideraciones a partir de la lectura y análisis de decenas de decisiones de diversos tribunales del país, incluyendo el STF. El planteamiento jurisprudencial es, de cierta forma, fruto del planteamiento doctrinal. Si este último es superficial, también lo es el primero. La doctrina jurídica debería abordar las cuestiones de manera más concreta, dejando de lado el sentido común, la obviedad, el consenso, aquello que no está en discusión o disputa, y destacando aquello sobre lo que existe divergencia, para, en algún momento, asumir una posición normativa sobre las controversias. Y sería a partir de ese material cuando el poder judicial podría

decidir con mayor coherencia y seguridad, generando (en algún grado deseable) previsibilidad en cuanto al alcance de la protección de la libertad de expresión en casos de manifestaciones (artísticas, académicas, incluso religiosas) contrarias a creencias, cultos e iglesias.

La idea de que el STF ha construido una jurisprudencia que reconoce la posición preferencial de la libertad de expresión debe ser recibida con reservas. Es cierto que, sobre todo en los últimos años, el tribunal ha juzgado casos importantes (la mayoría de ellos por unanimidad) privilegiando la libertad de expresión cuando entra en conflicto con otros derechos, y los jueces suelen mencionar esos casos en sus votos para reiterar esa idea de una jurisprudencia de mayor protección a la libertad de expresión, o de reconocimiento de la posición preferente de ese derecho fundamental. Sin embargo, esta jurisprudencia ha avanzado poco en la formulación de concepciones normativas más concretas y específicas sobre el alcance de la libertad de expresión en potencial conflicto con otros derechos. Para hacernos una idea, en la sentencia ADI 4815, por ejemplo, que se celebró como una victoria de la libertad de expresión porque permitía la publicación de biografías no autorizadas por los respectivos biógrafos, el tribunal en realidad sólo decidió que el requisito de autorización previa era inconstitucional. Pero decidió no dictaminar que las biografías estarían protegidas en su contenido, permitiendo así a los biografiados interponer demandas contra los biógrafos alegando, por ejemplo, vulneración del honor, la imagen o la intimidad.

Como se vio en el último epígrafe, las dos salas del STF emitieron decisiones divergentes sobre cuestiones que eran similares en algunos aspectos y diferentes en otros, lo que dejó una serie de dudas sobre el tema. Ni siquiera se sabe lo que piensan los jueces del segundo caso sobre la decisión del primero, a excepción del magistrado Edison Fachin, que participó en ambos procesos.

Además, la idea de «posición *preferente*» de la libertad de expresión que defienden los jueces del Tribunal, y que identifican en la jurisprudencia del propio tribunal, es todavía algo vaga, y no es equivalente al concepto de *preferred position* adoptado por el Tribunal Supremo de EE.UU., que se basa en parámetros más específicos en su configuración.

Capítulo 6

Libertades de expresión y religiosa: criterios de conciliación en la normativa y jurisprudencia chilenas

Fabiola Vergara Ceballos

Universidad de Talca, Chile

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. SOBRE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN Y RELIGIOSA.— 3. LIBERTADES DE EXPRESIÓN Y RELIGIOSA EN LA NORMATIVA CHILENA.— 4. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES A PROPÓSITO DE LA COLISIÓN ENTRE LIBERTADES DE EXPRESIÓN Y RELIGIOSA.— 5. DISCURSO DE ODIOS POR MOTIVOS RELIGIOSOS. 5.1. *Sobre el concepto y su tratamiento en los instrumentos internacionales.* 5.2. *Discurso de odio en Chile.*— 6. CONCLUSIONES.

1. Introducción

Las sociedades contemporáneas, caracterizadas por su diversidad y pluralidad cultural, plantean particulares desafíos. En efecto, individuos con distintas costumbres, ideologías, creencias, en definitiva, diferentes formas de ver y entender el mundo, se interrelacionan en los distintos espacios sociales, lo que supone una valiosa oportunidad de enriquecimiento cultural. No obstante, esta misma diversidad cultural (dentro de la que se incluye el factor religioso) es fuente de conflictos que, en ocasiones, han adquirido ribetes dramáticos; en enero de 2015 un comando terrorista islámico asesinó a doce personas en la redacción parisina del semanario satírico «Charlie Hebdo» para «castigar» la publicación de unas caricaturas de Mahoma¹. Mientras estos ataques eran condenados por los líderes mundiales como un asalto intolerable contra la libertad de expresión (el primer

¹ Ocho años más tarde, el mismo semanario ha publicado caricaturas de los ayatolás iraníes, apoyando con mucho brío la revuelta popular contra la tiranía religiosa: la primera publicación, de 04 de enero de 2023, llevaba este título: «Mulás: regresad a donde salisteis». Con ese título presenta la imagen de una mujer grande riendo a carcajadas. Una cola de mulás comienza a entrar en el sexo abierto de la mujer. En el mismo número, un mulá arrodillado recibe en la cara la orina de una mujer que hace sus necesidades urgentes sobre el clérigo chíi. Una semana más tarde el semanario satírico organizó un concurso internacional, presentado de esta manera: «Concurso internacional. Mulás fuera. Si es usted un dibujante internacional, no lo dude: escriba o dibuje las caricaturas más divertidas de Ali Jamenei, el líder supremo de la República Islámica de Irán». Frente a estas publicaciones, Teherán ha vuelto a lanzar inquietantes amenazas contra el semanario. Noti-

ministro australiano Tony Abbott lo tildó de una atrocidad atroz), en Irán el programa Press TV sostuvo que el silencio del gobierno francés ante la creciente islamofobia contribuía a la profunda sensación de alienación entre los musulmanes en ese país².

Eventos como el descrito son un ejemplo de la colisión entre las libertades de expresión (en el caso, del semanario) y religiosa (de los musulmanes que se sintieron agraviadas en su fe con las publicaciones) que, por cierto, alteran la paz social y pueden poner en jaque la estabilidad de los sistemas democráticos. De ahí entonces que revista particular importancia y necesidad armonizar el ejercicio de las referidas libertades cuestión que, empero, no es simple pues, como ha expresado el profesor Atienza, surgen interrogantes tales como ¿qué peso debemos —y estamos dispuestos a— dar a lo sagrado en nuestras sociedades laicas? ¿Hasta qué punto debemos aceptar que los sentimientos religiosos de las gentes, su sentido de la identidad, limiten las libertades de los individuos, el derecho de cada cual a la libertad de expresión? ¿A qué debe atribuirse más valor, a la libertad de expresión o a las creencias religiosas?³.

Con el objeto de dar respuesta a estas interrogantes y a partir de la hipótesis de que el ejercicio de la libertad de expresión reconocería como limitaciones la dignidad humana y los derechos de las personas, en las páginas siguientes se realizará un análisis doctrinal, normativo y jurisprudencial de las libertades de expresión y religiosa, así como también de los conflictos suscitados con ocasión de su ejercicio, con especial atención a los mecanismos de solución los mismos.

A tal objeto, se abordará el estudio de los planteamientos doctrinales sobre las libertades antes referidas y las colisiones que pudieren suscitarse entre ellas; su reconocimiento en los instrumentos internacionales y también en el ordenamiento jurídico chileno, cuya Carta Fundamental asegura a todas las personas la libertad de expresión que, en todo caso, no es un derecho absoluto y que, a nivel legal, sanciona el denominado discurso de odio o *hate speech*. Particular atención se otorgará al estudio de los casos en que el ejercicio de dicha libertad ha supuesto un atentado a la libertad religiosa de individuos o colectividades.

2. Sobre las libertades de expresión y religiosa

Concebida como el derecho de todos a manifestar y comunicar sin trabas el propio pensamiento, la libertad de expresión «[...] comprende la libertad de

cia publicada en ABC Cultura, de 12 de enero de 2023, disponible en <https://www.abc.es/cultura/amenaza-iran-charlie-hebdo-mirad-paso-salman-20230111102522-nt.html>.

² Noticia publicada en diario ABC News Mundo, de 08 de enero de 2015. Disponible en https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2015/01/150108_ultmot_charlie_hebdo_reacciones_internacionales_wbm.

³ ATIENZA, Manuel, «Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión», en *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 30, 2007, pp. 65-66.

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»⁴. Derivada de la idea de la dignidad de la persona humana y de su derecho a un trato que no desmerezca de esa dignidad, constituye una condición del desarrollo individual de los sujetos pues, como se ha encargado de destacar parte de la doctrina, aquél al que se impide o dificulta la comunicación libre con los demás es tratado indignamente y vejado en su auténtica condición, en el entendido que el hombre es un ser comunicativo y locuaz a quien no se le puede callar contra su voluntad, condenándolo al aislamiento y al empobrecimiento espiritual⁵.

Ahora bien, la libertad en análisis no sólo tiene esta dimensión subjetiva —como condición del desarrollo individual de los sujetos— sino que también una dimensión objetiva, desde el momento que aquella es una exigencia insoslayable del sistema político democrático⁶ pues permite que las personas defiendan todos sus derechos como seres humanos y manifiesten no sólo lo que los otros quieren escuchar sino que también aquello que puede desagradar o incomodar. Pues bien, atendido que la libertad de expresión es «[...] esencial para el desarrollo del conocimiento y del entendimiento entre los pueblos, que conducirá a una verdadera comprensión y cooperación entre las naciones del hemisferio [...]»⁷ y que la obstaculización del libre debate de ideas y opiniones limita aquella y el efectivo desarrollo del proceso democrático⁸, se plantea la interrogante de si es posible limitar la libertad de expresión, particularmente cuando su ejercicio colisiona con la libertad religiosa; libertad que, en palabras del Tribunal Constitucional español (en adelante TC), supone la capacidad del individuo para auto determinar su comportamiento de acuerdo a las convicciones y creencias que tenga específicamente en el plano religioso, con inmunidad de coacción (dimensión estática o interna), así como también la posibilidad de expresar sus convicciones o creencias y comportarse de acuerdo con ellas (dimensión dinámica o externa)⁹. Consagrada en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁰, la libertad religiosa, de pensamiento o conciencia alude a un conjunto

⁴ Vid. artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969. La libertad de expresión también es consagrada, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Colombia, 2012.

⁶ SOLOZÁBAL, Juan José, «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, n.º 32, mayo-agosto 1991, p. 78.

⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Preámbulo de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, 2000.

⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Preámbulo de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, 2000.

⁹ Por todas, SSTC 54/2017, de 11 de mayo de 2017; 207/2013, de 5 de diciembre de 2013 y 101/2004, de 02 de junio.

¹⁰ El artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, dispone que «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este dere-

de creencias y prácticas, tanto individuales como sociales, relativas (religadas) a lo sagrado, en general, y a lo trascendente o divino, en particular (STC 4672001)¹¹. Cabe agregar que la actitud del Estado en cuanto al desarrollo institucional del interés religioso puede ser *confesional*, esto es, comprometida con el hecho religioso al punto de proclamar una fe e imponer una religión concreta a sus ciudadanos; *hostil* a la expresión de las creencias religiosas, restringiendo o negando toda suerte de reconocimiento a las distintas formas de manifestación pública de aquellas y, llegado el caso, reprimiéndolas; o *laicista*, *aconfesional* o *neutra*. En este último supuesto el Estado se compromete a reconocer y tutelar, en el marco del ordenamiento jurídico vigente, la libertad de creencias y de culto que asiste a los sujetos individuales y colectivos, pero afirma su independencia respecto de aquellos, absteniéndose de asumir como propia cualquier opción religiosa¹².

Sobre la base de estas precisiones y frente a la colisión entre las libertades de que se viene hablando, parte de la doctrina postula que las respuestas pueden ser:

- poner inequívocamente el valor de lo sagrado, de la religión, por encima del de la libertad de expresión;
- conciliar dos valores del mismo rango (libertad religiosa y de expresión);
- ponderar los derechos en colisión para ver cuál tiene mayor peso, habida consideración de que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y si bien en principio goza de cierta prioridad, excepcionalmente puede resultar derrotada; y
- las convicciones religiosas, por sí mismas, nunca pueden triunfar sobre la libertad de expresión porque esta es un valor y las creencias religiosas no lo son o, expuesto de otro modo, estas últimas pertenecen exclusivamente a la vida privada y, por lo tanto, constituyen un valor puramente privado¹³.

Conforme lo expuesto, frente a la pregunta de si es posible emitir cualquier juicio, incluso si aquél ofende o desconoce la libertad religiosa de otros, la respuesta variará según sea la posición asumida por la normativa y los órganos

cho 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».

¹¹ Parte de la doctrina ha conceptualizado la libertad religiosa como «el derecho del hombre a relacionarse con Dios de acuerdo a los dictados de su conciencia, sin coacción de autoridad u otra persona y con la única restricción de respeto al orden público». DEL PICÓ, Jorge, *Derecho de la libertad de creencias*, Editorial AbeledoPerrot, 2010, Santiago, Chile, p. 9.

¹² PORRAS RAMÍREZ, José María, «La libertad religiosa como principio informador de la actuación de los poderes públicos en materia religiosa», en PORRAS RAMÍREZ, José María (coord.), *Derecho de la Libertad Religiosa*, Tecnos, quinta edición, España, 2018, pp. 68-69.

¹³ ATIENZA, Manuel, «Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión», en *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 30, 2007, pp. 66-67.

jurisdiccionales llamados resolver los conflictos de relevancia jurídica sometidos a su decisión.

En las páginas siguientes se analizará el reconocimiento de las libertades de expresión y religiosa en la normativa chilena y algunas resoluciones administrativas y judiciales recaídas en supuestos de colisión de las referidas libertades.

3. Libertades de expresión y religiosa en la normativa chilena

Las libertades de que se viene hablando tienen la calidad de derechos fundamentales que la Constitución Política de la República¹⁴ asegura a todas las personas en su artículo 19 —ubicado en el capítulo III *De los derechos y deberes constitucionales*—. En efecto, el numeral 12 de dicha disposición asegura a todas las personas «[l]a libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio». Se consagra, de este modo, la libertad de expresión que, en todo caso, no es un derecho absoluto pues no exime de responder de los delitos y abusos que se cometan en su ejercicio, en conformidad a la ley¹⁵. Conclusión que es refrendada por la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia chilenos que de manera uniforme han dictaminado que el ejercicio de los derechos fundamentales y, entre ellos, la libertad de expresarse y opinar libremente debe ser ponderada en armonía con —y a la luz de— la dignidad humana y los demás derechos que la Carta Fundamental reconoce a todas las personas (entre otros, la vida privada, la honra y el buen nombre)¹⁶.

Ahora bien, la Carta Fundamental contempla la creación de un Consejo Nacional de Televisión, órgano autónomo y con personalidad jurídica propia al que corresponde la supervigilancia y fiscalización en cuanto al contenido de las emisiones efectuadas a través de los servicios de televisión¹⁷ y que, conforme lo dispuesto por la Constitución en el inciso sexto del numeral 12 del artículo 19, debe velar por el correcto funcionamiento de todos los servicios de televisión

¹⁴ Constitución Política de la República de Chile, vigésimo segunda edición oficial, aprobada por Decreto Exento n.º 129, de 17 de enero de 2019, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

¹⁵ *Vid.* artículo 19, n.º 12, inciso primero, de la Constitución Política de la República.

¹⁶ Cfr. Sentencias de Corte de Apelaciones de Valdivia, recurso de Protección rol 225-2022, de 20 de mayo de 2022, Considerandos 3.º, 4.º y 5.º; Corte de Apelaciones de Rancagua, recurso de protección rol 492-2022, de 20 de mayo de 2022, Considerando 4.º; Corte de Apelaciones de San Miguel, recurso de nulidad rol 905-2022, de 10 de mayo de 2022, Considerando 17.º; y Corte de Apelaciones de Santiago, recurso de protección rol 95049-2020, de 05 de mayo de 2022, Considerando 5.º.

¹⁷ *Vid.* artículo 1.º, inciso 3, de la Ley n.º 18.838 que crea el Consejo Nacional de televisión, de 30 de septiembre de 1989, modificada por Leyes 20.750, de 29 de mayo de 2014; 20.889, de 21 de enero de 2016 y 21.045, de 03 de noviembre de 2017.

que operan, u operen a futuro, en el territorio nacional. Fue la Ley n.º 18.838, de 1989, la que precisó que la noción «correcto funcionamiento» incluye:

- el permanente respeto, a través de su programación de, entre otros, el pluralismo que, a su vez, comprende el respeto a la diversidad religiosa¹⁸, y
- el respeto de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes¹⁹.

Pues bien, otro de los derechos fundamentales que la Carta Fundamental asegura a todas las personas es «la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público»²⁰. Libertad desarrollada por la Ley n.º 19.638 que *establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas* —llamada también Ley de Cultos— que dispone que aquella significa para toda persona, con la correspondiente autonomía e inmunidad de coacción, las facultades de: «a) Profesar la creencia religiosa que libremente elija o no profesar ninguna; manifestarla libremente o abstenerse de hacerlo; o cambiar o abandonar la que profesaba; b) Practicar en público o en privado, individual o colectivamente, actos de oración o de culto; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos; observar su día de descanso semanal; recibir a su muerte una sepultura digna, sin discriminación por razones religiosas; no ser obligada a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales y no ser perturbada en el ejercicio de estos derechos [...]; d) Recibir e impartir enseñanza o información religiosa por cualquier medio; elegir para sí —y los padres para los menores no emancipados y los guardadores para los incapaces bajo su tuición y cuidado—, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, y e) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas, de conformidad con el ordenamiento jurídico general y con esta ley»²¹. Misma libertad en virtud de la cual se reconoce a las entidades religiosas²² plena autonomía para el desarrollo de sus fines propios y, entre otras facultades, las de ejercer libremente su propio ministerio, practicar

¹⁸ Para los efectos de la ley 18.838, «[...] se entenderá por pluralismo el respeto a la diversidad social, cultural, étnica, política, religiosa, de género, de orientación sexual e identidad de género, siendo deber de los concesionarios y permisionarios de servicios de televisión, regulados por esta ley, la observancia de estos principios». Artículo 1.º, inciso 5, de la Ley n.º 18.838, que crea el Consejo Nacional de televisión, de 30 de septiembre de 1989.

¹⁹ *Vid.* artículo 1.º, incisos 1 y 4, de Ley n.º 18.838, de 30 de septiembre de 1989, que crea el Consejo Nacional de Televisión.

²⁰ *Vid.* artículo 19 n.º 6 de la Constitución Política de la República.

²¹ *Vid.* artículo 6.º de Ley n.º 19.638, de 14 de octubre de 1999.

²² La Ley n.º 19.638 utiliza el término «entidad religiosa» para referirse a las iglesias, confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto. Cfr. artículo 5.º de Ley n.º 19.638, de 14 de octubre de 1999.

el culto, celebrar reuniones de carácter religioso y fundar y mantener lugares para esos fines y enunciar, comunicar y difundir, de palabra, por escrito o por cualquier medio, su propio credo y manifestar su doctrina²³. También es necesario mencionar, a propósito de la libertad de expresión, la Ley n.º 19.733 *sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo* que, en armonía con el texto constitucional, dispone que las libertades de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas cuyo ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones, y difundirlas por cualquier medio. Pero ello es sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley²⁴; es decir, la libertad de expresión también es limitada.

Por consiguiente, el bloque normativo de las libertades en análisis está constituido por la Carta Fundamental (artículo 19 numerales 6 y 12), las leyes n.ºs 18.838 y 19.733 (a propósito de la libertad de expresión) y la Ley n.º 19.638 (libertad religiosa).

4. Pronunciamientos judiciales a propósito de la colisión entre libertades de expresión y religiosa

A los órganos jurisdiccionales les cabe un rol principal en la resolución de los conflictos suscitados en el orden temporal²⁵ con ocasión de la colisión entre derechos fundamentales y, en particular, entre las libertades religiosa y de expresión recayendo sobre ellos la responsabilidad final de aplicar la normativa y garantizar a todos los individuos, por medio de sentencias imparciales y fundadas, el ejercicio armónico de sus derechos y libertades²⁶.

Pues bien, los tribunales chilenos han debido resolver conflictos derivados de la colisión entre las libertades religiosa y de expresión, cuando el ejercicio de

²³ *Vid.* artículo 7.º a) y c) de Ley n.º 19.638 de 14 de octubre de 1999.

²⁴ Las libertades de emitir opinión y la de informar también comprende el derecho de toda persona natural o jurídica de fundar, editar, establecer, operar y mantener medios de comunicación social, sin otras condiciones que las señaladas por la ley. *Vid.* artículo 1.º, incisos 1 y 2, de la Ley n.º 19.733, de 04 de junio de 2001, modificada por la Ley 20.709, de 23 de diciembre de 2013.

²⁵ El artículo 73 de la Constitución Política de la República de Chile dispone que «[L]a facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión».

²⁶ GONZÁLEZ, ROSA, «Presentación», en ÁVILA ORDÓÑEZ, María, Ávila Santamaría, RAMIRO Y GÓMEZ GERMANO, Gustavo (eds.), *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos – ONU, Quito, 2011, p. 7vii.

esta última en medios de comunicación social ha infringido la noción de «correcto funcionamiento» explicada en páginas precedentes.

Un primer asunto fue el suscitado en el mes de mayo de 2007 con ocasión de la emisión, en un canal de televisión pública, de un reportaje que abordó el caso de 9 personas de escasos recursos que formularon graves acusaciones en contra de un pastor evangélico a quien se le imputó haber obtenido la firma de estos denunciantes para conseguir un crédito bancario con el cual amplió su vivienda y negocio, reparó la Iglesia a su cargo e incluso adquirió un vehículo. El pastor aludido formuló una denuncia ante el Consejo Nacional de Televisión²⁷ pues estimó que el reportaje había vulnerado su dignidad personal²⁸ infringiendo la obligación de correcto funcionamiento sancionada por la Ley n.º 18.838; la denuncia fue acogida y se impuso al canal televisivo una multa de 40 unidades tributarias mensuales (UTM²⁹, en adelante) por infracción al artículo 1.º de la Ley n.º 18.838. El canal televisivo recurrió de esta sanción administrativa ante el tribunal de justicia competente³⁰ sosteniendo que el reportaje había sido

²⁷ De conformidad con los prescrito por la Ley n.º 18.838, cualquier particular puede denunciar ante el Consejo la infracción a lo establecido en el artículo 1.º de la Ley 18.838 (donde se contiene la obligación de correcto funcionamiento que pesa sobre los servicios de televisión); el Consejo Nacional de Televisión, por su parte, debe adoptar medidas y procedimientos a fin de asegurar que en los programas de noticias, de opinión y de debate político que se emitan por cualquier canal de televisión, se respete debidamente el principio del pluralismo. *Vid.* artículos 14 y 40.º bis de la Ley n.º 18.838, de 30 de septiembre de 1989.

²⁸ En su denuncia el pastor alegó que se le había ofendido gratuitamente a él, a su familia y a la iglesia a la que pertenecía mediante un reportaje prejuiciado en el que no se había dado suficiente espacio a los descargos presentados por el mismo pastor, los feligreses de su culto y los ejecutivos del banco que le otorgó el crédito. *Cfr.* Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 08 de septiembre de 2008, rol 6555-2007, Considerando 2.

²⁹ La unidad tributaria mensual es una unidad de cuenta que corresponde a un monto equivalente en pesos chilenos, actualizada según la inflación y usada en Chile para efectos tributarios y de multas. Su valor al mes de abril de 2023, es de 62.388 pesos.

³⁰ «Las infracciones a las normas de la [Ley n.º 18.838] y a las que el Consejo dicte en uso de las facultades que se le conceden, serán sancionadas, según la gravedad de la infracción, con:

1.— Amonestación.

2.— Multa no inferior a 20 ni superior a 200 unidades tributarias mensuales, en caso de tratarse de concesionarias de servicios de radiodifusión televisiva o permisionarios de servicios limitados de televisión regionales, locales o locales de carácter comunitario. Para el caso de concesionarias de servicios de radiodifusión televisiva o permisionarios de servicios limitados de televisión de carácter nacional, las multas podrán ascender hasta un máximo de 1.000 unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia en una misma infracción, se podrá duplicar el máximo de la multa.

3.— Suspensión de las transmisiones, hasta por un plazo de 7 días, tratándose de infracción grave y reiterada.

4.— Caducidad de la concesión [...].»

La misma Ley precisa que la «resolución que imponga amonestación, multa o suspensión de transmisiones será apelable ante la Corte de Apelaciones de Santiago, y la resolución que declare la caducidad de una concesión será apelable ante la Corte Suprema». *Vid.* artículos 33 y 34, inciso segundo, de la Ley n.º 18.838, de 30 de septiembre de 1989.

realizado objetivamente pues en él todos los involucrados pudieron dar a conocer sus argumentos y toda la información relevante había sido expuesta para que la opinión pública pudiera formularse un juicio por sí misma³¹, al tiempo que el Consejo informó que el reportaje resultaba tendencioso y había sido producto de una investigación poco rigurosa que no cumplía con las propias directrices del canal televisivo sancionado³². El tribunal de alzada ponderó los antecedentes y ratificó la sanción impuesta dictaminando que aquella no había sido ilegal, arbitraria o desmedida toda vez que la emisión del programa analizado había afectado la dignidad de las personas, no sólo la del pastor evangélico, sino la de todas las que tuvieron acceso a dicho programa y especialmente la comunidad de creyentes de dicha fe, que se sintieron discriminadas por la forma en que celebran su culto y afectadas en su honra colectiva por el modo en que en el programa se trató al pastor que en dicha entrevista los representaba³³.

Otro caso denunciado ante el Consejo y que motivó la sanción del canal televisivo fue el segmento de un programa dirigido a la comunidad LGTB+ que, dentro de su *performance*, incorporó un acto que, a juicio de 681 denunciantes, desdoró aspectos esenciales de la fe cristiana, particularmente de uno de sus símbolos más representativos y que forma parte de su culto (un rosario). Según se indicó en la denuncia, dicho acto significó una inobservancia al respeto debido a la dignidad personal, al derecho a la igualdad y no discriminación y, en consecuencia, al principio del correcto funcionamiento de los servicios de televisión.

Luego del análisis de los antecedentes aportados, el Consejo impuso al canal televisivo la sanción de multa de 80 UTM, la que fue recurrida ante el órgano jurisdiccional competente argumentándose que el programa en el que se transmitió el segmento denunciado intentaba educar, resignificar y desinvisibleizar a la comunidad LGTB+ —que no está representada en ningún otro canal de

³¹ Durante el juicio, el representante legal del canal televisivo señaló que se dieron varias oportunidades al pastor para que realizara descargos, incluso una entrevista en el estudio de televisión; el programa denunciado contó con intervenciones de los ejecutivos de la entidad involucrada en la operación bancaria y de personas que apoyaban la labor del pastor, al tiempo que las filmaciones del templo y de las ceremonias religiosas contaron con autorización del propio pastor. Además, el reportaje culminó con la solución al conflicto pues se liberó a los denunciantes de la deuda y los representantes del Banco explicaron que todo se había debido a un mal entendido. Cfr. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 08 de septiembre de 2008, rol 6555-2007, Considerando 1.º.

³² En sus descargos el Consejo Nacional de Televisión expuso que el reportaje sancionado comenzaba comparando implícitamente al pastor con charlatanes que aparecían en pantalla, luego se minimizaban las opiniones de aquellos que decían haber recibido suficiente información en la suscripción del crédito y lo mismo se realizaba con la opinión de los ejecutivos del banco que otorgó el crédito; además, en el derecho a réplica se desautorizaba al pastor por su fanatismo. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 08 de septiembre de 2008, rol 6555-2007, Considerando 3.º.

³³ Cfr. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 08 de septiembre de 2008, rol 6555-2007, Considerando 13.

televisión abierta— y que el acto artístico cuestionado era un ejercicio protegido por el derecho a la libertad de expresión; el buen o mal gusto o el carácter chocante o agradable de aquél eran críticas de índole subjetiva, pero no argumentos para sancionarlo y, por consiguiente, la multa era abiertamente violatoria de la libertad de expresión. En sus descargos el Consejo argumentó que el segmento sancionado no se trataba de una expresión artística protegida por la libertad de expresión sino de un ejercicio abusivo de esa prerrogativa constitucional, toda vez que en él se detectaron una serie de elementos contrarios al respeto debido por la diversidad de creencias religiosa, precisando que las ofensas no están amparadas por la referida libertad. Además, el que dicha emisión estuviere dirigida a las diversidades sexuales no era, por sí mismo, un argumento idóneo ni suficiente para excluir de responsabilidad infraccional del canal televisivo por cuanto los derechos a la libertad de expresión y a la libertad artística no se ven afectados si estos se ejercen con respeto por los derechos de terceros y con atención a las normas que regulan el correcto funcionamiento de los servicios de televisión, en particular, lo dispuesto en el artículo 3.º la Ley 19.733.

El tribunal de alzada desestimó los argumentos esgrimidos por el canal de televisión y acogió los expuesto por el Consejo dictaminando que la libertad de expresión reconoce como límites, conforme lo establecido en la Carta Fundamental y los tratados internacionales, la dignidad y los derechos de las personas,, al tiempo que el correcto funcionamiento de la televisión es un límite social a la libertad en referencia que incluye el respeto a la dignidad humana y derechos fundamentales de colectivos o grupos de personas que pueden ver sus derechos vulnerados con una emisión televisiva. Correcto funcionamiento que en el caso en análisis fue violado, porque la expresión artística cuestionada fue más allá de un rechazo o crítica a la religión católica y, en la especie, se configuró un acto de intolerancia hacia un grupo de personas de creencias diversas que la practican y profesan. Por consiguiente, se vulneró el derecho a la libertad de conciencia y de religión que implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado³⁴.

Finalmente, se analiza otra colisión entre las libertades de expresión y religiosa que motivó una denuncia ante el Consejo Nacional de Televisión y que, posteriormente, fue debatida en sede judicial. Un conocido comediante presentó una rutina en un programa televisivo en la que, en un contexto humorístico en el que simulaba su propio funeral, utilizó expresiones que, en opinión de dos televidentes, claramente difamaban a la Virgen María, símbolo de la religión que profesan³⁵. Por tal motivo hicieron una denuncia ante el Consejo Nacional de

³⁴ Cfr. sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 21 de enero de 2022, rol 551-2021, considerandos 1.º, 2.º, 10.º y 11.º.

³⁵ Mientras simulaba su propio funeral, el comediante expresó que sería velado frente a la Iglesia «Ingratitud Nacional» (el nombre correcto de la iglesia es Gratitude Nacional), al tiempo que no se refirió a la Virgen como Inmaculada sino que como «inmaculiada», en abierta referen-

Televisión acusando una infracción al correcto funcionamiento al que está obligado el canal de televisión. El órgano, tras analizar los antecedentes, impuso a la señal televisiva una multa de 200 UTM, la que fue apelada aduciéndose que el comportamiento denunciado se amparaba en la libertad de expresión que le asiste al comediante y a la entidad emisora como medio de comunicación.

En su razonamiento el tribunal precisó que para dilucidar si la señal televisiva por la cual se había difundido la rutina del comediante había o no transgredido el correcto funcionamiento al que está obligada por ley, se podía asumir una de las siguientes posturas: circunscribir el asunto a un problema de fijación de los límites de cada derecho o bien reconocer la existencia de una colisión entre derechos fundamentales. En el primer supuesto —fijación de límites de cada derecho— la discusión debía trasladarse a determinar si, una vez ejercida la libertad de expresión (hecho no controvertido) y al ser cuestionado su contenido, el canal debía responder en forma posterior. Pues bien, habida consideración de que el respeto a la diversidad debe ser entendido en sentido amplio —lo que significa no sólo aceptar las creencias de los otros, sino que además no ofenderlas— podía concluirse que la libertad de expresión del humorista y del canal que difunde sus actuaciones, había abusado de su derecho; en efecto, al amparo de su ejercicio había incurrido en mofa y menosprecio público de un símbolo que para otros tiene el carácter de sagrado, menoscabando con burla la dignidad de aquellos que, en el ejercicio de la libertad de conciencia, consideran sagrada a la Virgen María y aceptan el dogma de su concepción inmaculada.

Pero si el asunto controvertido se reconducía a una colisión entre las libertades de expresión (del canal y el comediante) y de conciencia (de los televidentes), aquella debía resolverse por medio de un test de ponderación conforme al cual se debe determinar si la conducta cuestionada —las palabras proferidas por el personaje— es idónea para el fin perseguido, necesaria para este y si, ponderada en sentido estricto frente al derecho que colisiona, puede ser tolerada. Pues bien, en autos se acreditó que el comediante había provocado risas en el auditorio del programa, de lo que el tribunal concluyó que las palabras utilizadas fueron idóneas para el fin perseguido; empero, aquellas no eran necesarias pues aun antes de que el comediante las profiriera el público ya estaba entretenido con la rutina puesta en escena, de manera que no se advertía la necesidad de lesionar mediante la burla el derecho de aquellas personas que, en ejercicio de su libertad de conciencia, consideran sagrada la concepción de la Virgen y como un dogma de la fe que profesan. En consecuencia, ponderados los derechos en juego, no parecía prudente dar amparo a la libertad de expresión que no es un derecho absoluto que permita a quien lo ejerce burlarse públicamente de símbolos que para otros son sagrados; si aquello ocurre, debe responderse por

cia a un término malsonante utilizado en Chile y referido al individuo de carácter ruin o despreciable. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (octava sala), de 02 de abril de 2019, rol n.º 37-2019, considerando 4.º.

los abusos en que se incurra, conforme lo establecido en el artículo 19 n.º 12 de la Constitución³⁶.

Sin embargo, el voto de mayoría de la tercera sala de la Corte Suprema de justicia acogió un recurso de queja interpuesto por la empresa televisiva sancionada³⁷ por estimar que las expresiones utilizadas por el personaje, en extremo inapropiadas, no tenían la entidad suficiente como para provocar una afectación del derecho constitucional a la libertad religiosa; además, su sanción por el Consejo Nacional de Televisión entrañaba el peligro de que, a objeto de evitar sanciones posteriores, el canal de televisión cambiara su línea editorial, lo que significaría una forma de censura.

Cabe advertir que en este fallo hay dos votos disidentes; el primero de ellos precisa que la sanción impuesta por el Consejo Nacional de Televisión no es una medida de censura previa toda vez que su objeto es hacer efectiva la responsabilidad del canal de televisión por no haber respetado el pluralismo en lo concerniente a la libertad religiosa³⁸. El segundo, en tanto, concluye que el análisis de la ecuación libertad religiosa / libertad de expresión demuestra que la frase cuestionada era innecesaria para la rutina pues su omisión o reemplazo no cuestionaba ningún derecho evidente del emisor pero, en cambio, ofendía gratuitamente a una fe religiosa en uno de sus dogmas centrales; de ahí entonces que el recurso de queja interpuesto debía ser rechazado³⁹.

³⁶ Cfr. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (octava sala), de 02 de abril de 2019, rol n.º 37-2019, considerandos 6.º, 8.º y 9.º.

³⁷ El recurso de queja interpuesto por el canal denunció la comisión de las faltas o abusos graves, a saber:

- Una errónea interpretación del artículo 1.º de la ley n.º 18.838 por cuanto, para determinar si existe una vulneración de la pluralidad religiosa, los ministros integrantes de la sala de la Corte de Apelaciones respectiva hicieron un entendimiento subjetivo, fundado en lo que dos personas entendieron de la rutina (según los *ratings* vieron la rutina 540.500 personas) y no uno objetivo, en que resulta evidente que el humorista se refería a un lugar y que no hay comentario respecto de la Iglesia ni críticas a sus seguidores. Siguiendo esa línea, cualquier expresión podría ser sancionada, en la medida que pudiese ofender a personas determinadas, e impone un fuerte incentivo a la autocensura.
- Una errónea aplicación de la prueba de ponderación de derechos. Se apoyó este aserto en el hecho de no existir real colisión de derechos, pues un simple juego de palabras no puede contraponerse a la libertad de conciencia y la manifestación de todas las creencias y el ejercicio de todos los cultos.
- No se atendió al contexto para exonerar a la entidad televisiva de toda sanción. Al efecto el recurso hizo hincapié en haberse tratado de una rutina humorística, en que el personaje parodia su propio funeral, con referencia a un lugar y no un ataque al dogma. Cfr. Sentencia de Corte Suprema (tercera sala) de 09 de septiembre de 2019, recaída en recurso de queja rol 9152-2019, considerando 5.º.

³⁸ Cfr. Sentencia de Corte Suprema (tercera sala) de 09 de septiembre de 2019, recaída en recurso de queja rol 9152-2019. Voto disidente de la ministra María Eugenia Sandoval G.

³⁹ Cfr. Sentencia de la Corte Suprema (tercera sala), recaída en recurso de queja rol causa rol 9152-2019, de 09 de septiembre de 2019. Voto disidente del ministro Carlos Aránguiz Z.

5. Discurso de odio por motivos religiosos

5.1. Sobre el concepto y su tratamiento en los instrumentos internacionales

Las reflexiones sobre la libertad de expresión y su eventual colisión con otras libertades —entre ellas, la religiosa— remite a la noción «discurso de odio» o *hate speech* que, en el lenguaje común, hace referencia a un discurso ofensivo dirigido a un grupo o individuo, basado en características inherentes (como son la raza, la religión o el género) y que puede poner en peligro la paz social. Y aun cuando Naciones Unidas lo ha definido como «cualquier tipo de comunicación ya sea oral o escrita —o también comportamiento— que ataca o utiliza un lenguaje peyorativo o discriminatorio en referencia a una persona o grupo en función de lo que son, en otras palabras, basándose en su religión, etnia, nacionalidad, raza, color, ascendencia, género u otras formas de identidad», no existe un concepto universal de acuerdo con el derecho internacional en materia de derechos humanos y sigue debatiéndose ampliamente, sobre todo en relación con la libertad de opinión y expresión, la no discriminación y la igualdad⁴⁰.

Sobre el particular es preciso destacar que existen dos modelos encontrados a propósito de la relación entre la libertad de expresión y los demás derechos, a saber, el estadounidense y el europeo. En el primero la libertad de expresión es el derecho constitucional máspreciado y el rechazo ante lo abusos de poder determina que se termine tomando partido por el mal menor, esto es, la difusión de discursos extremistas, discriminatorios y, en definitiva, contrarios a los valores constitucionales, en el entendido que el debate público da solidez a la democracia⁴¹. El modelo europeo, en cambio, es más restrictivo con la libertad de expresión y considerando los graves riesgos que el discurso de odio encierra para la cohesión de una sociedad democrática y con el objeto de proteger otros derechos fundamentales tales como la dignidad, el honor y la libertad religiosa, adopta una actitud de prevención y cautela frente a las nefastas consecuencias de la libre difusión de ideas que, con un alto grado de toxicidad, pueden poner en peligro la convivencia en aquella⁴². En el ámbito internacional encontramos

⁴⁰ Naciones Unidas precisa que «[h]acer frente al discurso de odio no significa limitar la libertad de expresión ni prohibir su ejercicio, sino impedir que este tipo de discurso degeneren en algo más peligroso, como la incitación a la discriminación, la hostilidad y la violencia, que están prohibidas por el derecho internacional».

NACIONES UNIDAS, Estrategia y plan de acción de las Naciones Unidas para la lucha contra el discurso de odio, mayo de 2019, pp. 1 y 3. Disponible en https://www.un.org/en/genocide-prevention/documents/advising-and-mobilizing/Action_plan_on_hate_speech_ES.pdf

⁴¹ GASCÓN CUENCA, Andrés, «La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista», en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, n.º 47, 2013, p. 164.

⁴² BILBAO UBILLOS, Juan María, «La negación del holocausto en la jurisprudencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión», en *Revista de Derecho Político*, n.º 71-72, enero-agosto, 2008, pp. 19-56; p. 52.

varios instrumentos que se refieren al discurso de odio. En 1966 la Asamblea General de Naciones Unidas señaló que debe entenderse por tal «[t]oda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia [...]»⁴³, al tiempo que la Convención Americana de Derechos Humanos, junto con consagrar la libertad de pensamiento y expresión —derecho que 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— prohibió «[...] toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional»⁴⁴.

Años más tarde el Comité de Ministros del Consejo de Europa indicó que el discurso del odio «abarca todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras las formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada por agresivo nacionalismo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante»⁴⁵; noción complementada, en 2015, por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) que identifica a aquél con el «fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua,

La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia ha reconocido que Reconociendo que el «discurso de odio puede tener por objeto incitar a otras personas a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contras aquellos a quienes van dirigidas, o cabe esperar razonablemente que produzca tal efecto, y que ello constituye una forma de expresión especialmente grave [...]» y subrayado «la importancia de evitar todo apoyo a aquellas organizaciones que fomentan el uso del discurso de odio y de prohibir todas aquellas que lo hacen con objeto de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra las personas a las que van dirigidas, o pueda razonablemente esperarse que se produzcan tales efectos». *Vid.* «Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), Consejo de Europa, Recomendación General n.º 15» sobre Líneas de actuación para combatir el discurso del odio y memorándum explicativo, adoptada el 08 de diciembre de 2015, pp. 5 y 6. Disponible en: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>.

⁴³ *Vid.* artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, aprobado por Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas.

⁴⁴ *Vid.* artículo 13, apartados 1 y 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969.

⁴⁵ CONSEJO DE EUROPA, Recomendación n.º R (97) 20, de 30 de octubre de 1997, sobre el discurso del odio.

religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales»⁴⁶. Es esta misma Comisión la que identifica como elementos esenciales de los actos constitutivos de discurso de odio:

- el fomento, promoción o instigación en cualquiera de sus formas, al odio, la humillación o el menosprecio, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza;
- uso que no solo tiene por objeto incitar a que se cometan actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, sino también actos que cabe esperar razonablemente que produzcan tal efecto; y
- motivos que van más allá de la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad, origen étnico o nacional y ascendencia (de hecho, no se trata de una lista exhaustiva)⁴⁷.

Lo señalado deja en evidencia que el discurso de odio es una noción esencialmente valorativa y vinculada a una realidad social en continua evolución cuyo tratamiento normativo está condicionado, en buena medida, a la importancia que se otorgue a la libertad de expresión por sobre otros derechos y libertades.

5.2. *Discurso de odio en Chile*

La regulación del discurso de odio también está presente en la normativa chilena que, al efecto, lo sanciona en sede penal y administrativa. En efecto, la Ley n.º 20.609⁴⁸ —también conocida como «Ley Zamudio»— incorporó la incitación al odio como agravante general de la responsabilidad penal y, en la actualidad, el Código Penal prescribe que «[s]on circunstancias agravantes [...] Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca»⁴⁹.

⁴⁶ COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA (ECRI), CONSEJO DE EUROPA, Recomendación General n.º 15 sobre Líneas de actuación para combatir el discurso del odio y memorándum explicativo, adoptada el 08 de diciembre de 2015, p. 4. Disponible en: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>.

⁴⁷ Cfr. COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA (ECRI), CONSEJO DE EUROPA, Memorándum explicativo de la Recomendación General n.º 15 sobre Líneas de actuación para combatir el discurso del odio, 2015, punto 10. Disponible en: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>.

⁴⁸ La Ley n.º 20.609 que establece medidas contra la discriminación, fue publicada en el Diario Oficial de 24 de julio de 2012 y modificada por la Ley n.º 21.438 de 7 de mayo de 2022.

⁴⁹ *Vid.* artículo 12 número 21 del Código Penal, de 12 de noviembre de 1874. La estructura de esta agravante fue tomada por el legislador desde el Código Penal español de 1995 que en su artículo 22.4 contemplaba la siguiente circunstancia agravante de la responsabilidad penal de cualquier delito: «Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación

La sanción administrativa, en tanto, se encuentra en la Ley n.º 19.733 *sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo* que, al efecto, dispone: «El que por cualquier medio de comunicación social, realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad, será penado con multa (veinticinco a cien UTM) la que podrá elevarse hasta el doble (200 UTM) en caso de reincidencia»⁵⁰. La disposición citada no define «odio u hostilidad» pero sí exige que el emisor busque promover aquellos no siendo suficiente, por lo tanto, que sean provocados por conductas no intencionales.

Ahora bien, se ha advertido que si bien la incriminación de discursos de odio no resulta una cuestión ajena a la legislación chilena, su regulación resulta deficiente por varios motivos. En primer lugar, la conducta debe ser realizada a través de un medio de comunicación social⁵¹ quedando excluidos, en consecuencia, todos aquellos casos en que la incitación se efectúe con prescindencia de tales medios. Además, los factores de discriminación están circunscritos a la raza, el sexo, la religión o la nacionalidad, no incorporando otros factores de similar gravedad (como son la orientación sexual o la opinión política). Y, finalmente, la pena pecuniaria asignada al delito no se condice con la gravedad intrínseca de la conducta incriminada, sobre todo si se considera que el sistema penal chileno sanciona con pena privativa de libertad atentados menos lesivos⁵². Habida consideración de estas deficiencias, en 2010 se ingresó al Congreso Nacional un proyecto de ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso⁵³ y sanciona con pena privativa de libertad y multa al que incite o

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, la enfermedad que padezca o su discapacidad». Esta disposición fue modificada y el Código Penal español vigente dispone: «Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos 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, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta». *Vid.* artículo 22. 4.º del Código Penal y legislación complementaria, edición actualizada al 27 de diciembre de 2022. Disponible en: file:///C:/Users/User/Downloads/BOE-038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf.

⁵⁰ *Vid.* artículo 31 de la Ley n.º 19.733, de 04 de junio de 2001.

⁵¹ Se entiende por medios de comunicación social («[...] aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera sea el soporte o instrumento utilizado». *Vid.* artículo 2.º de Ley 19.733, de 04 de junio de 2001.

⁵² ESCOBAR, Javier, «Delito de incitación al odio o a la violencia en Chile. Una tarea pendiente», en *Diario Constitucional.cl*. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/delito-de-incitacion-al-odio-o-a-la-violencia-en-chile-una-tarea-pendiente/>.

⁵³ El proyecto que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso (Boletín n.º 7.130-07), de 16 de agosto de 2010, establece en sus antecedentes que es necesario e indispensable sancionar penalmente el atentado discriminatorio de la incitación al odio pues, en palabras del autor Sergio Politoff, es el significado simbólico de la represión penal, que eleva al rango de bien

promueva el odio, violencia, desprecio, hostilidad o amedrentamiento, por cualquier medio, en contra de personas o colectividades en razón de, entre otros factores, la religión o creencia⁵⁴. Este mismo proyecto reemplaza el antes citado artículo 31 de la Ley n.º 19.733 en el sentido de sancionar las conductas que muevan al odio u hostilidad de personas o colectividades realizadas en cualquier medio de comunicación social o de difusión pública, o mediante alguna acción que exteriorice una opinión discriminatoria; incorporar otros factores de discriminación (raza o etnia, nacionalidad, situación socioeconómica, idioma, ideología u opinión política, religión o creencia, sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, sexo, orientación sexual, identidad de género, estado civil, edad, filiación, apariencia personal y enfermedad o discapacidad) y sustituir la sanción de multa por una pena privativa de libertad⁵⁵. Este proyecto, que se encuentra en su primer trámite constitucional en el Senado, no registra movimientos desde el año 2015.

En septiembre de 2017 se ingresó al Congreso Nacional un segundo proyecto de ley que deroga el antes citado artículo 31 de la Ley 19.733 e incorpora al Código Penal el delito de incitación a la violencia, castigando con pena privativa de libertad y multa al que públicamente o a través de cualquier medio apto para su difusión pública, incitare directamente a la violencia física en contra de un grupo de personas o de un miembro de tal grupo basado, entre otras razones,

jurídico esencial la dignidad, la igualdad de las personas y su derecho a no ser discriminado, el cual va acompañado de un innegable valor instrumental preventivo contra la violencia, de la que la discriminación es a menudo la necesaria antesala y supuesto. Disponible en http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=7130-07.

⁵⁴ Se propone intercalar un nuevo artículo 140 bis del siguiente tenor: «El que incite o promueva el odio, violencia, desprecio, hostilidad o amedrentamiento, por cualquier medio, en contra de personas o colectividades, en razón de su raza o etnia, nacionalidad, situación socioeconómica, idioma, ideología u opinión política, religión o creencia, sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, sexo, orientación sexual, identidad de género, estado civil, edad, filiación, apariencia personal y enfermedad o discapacidad, será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio, y con multa de 10 a 100 unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, la multa podrá elevarse hasta 200 unidades tributarias mensuales». Texto final propuesto por la Comisión del Derecho Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, disponible en http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=7130-07.

⁵⁵ El texto final propuesto es del siguiente tenor: «El que por cualquier medio de comunicación social o de difusión pública, o mediante alguna acción que exteriorice una opinión discriminatoria, para moverlos al odio expresado en la violencia, o realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover el odio u hostilidad en contra de personas o colectividades, en razón de su raza o etnia, nacionalidad, situación socioeconómica, idioma, ideología u opinión política, religión o creencia, sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, sexo, orientación sexual, identidad de género, estado civil, edad, filiación, apariencia personal y enfermedad o discapacidad, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio». *Vid.* texto final propuesto por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Proyecto de ley que el delito de incitación al odio racial y religioso. Disponible en http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=7130-07.

en la, religión o creencias de la víctima⁵⁶. Durante su discusión en el Congreso, el texto propuesto fue modificado y en noviembre de 2020 el artículo único resultante fue declarado inconstitucional por Oficio 16.031, de 24 de noviembre de 2018, del Tribunal Constitucional⁵⁷.

6. Conclusiones

Una sociedad democrática, tolerante y pluralista, supone la interacción armónica de los individuos que la integran y la solución pacífica de los conflictos que de aquella resultan, particularmente cuando son producto de la colisión entre derechos reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico de que se trate, como es el caso de las libertades de expresión y religiosa. La cuestión se reconduce, entonces, a determinar cuál o cuáles son los mecanismos idóneos para solucionar las colisiones entre estas libertades que, por cierto, no las desnaturalicen, en el entendido que la de expresión es esencial para el normal desenvolvimiento de una sociedad democrática, pero cuyo ejercicio no debe suponer el menoscabo de otros derechos y libertades.

Sobre el particular se ha sostenido que, salvo la dignidad humana, ningún derecho es absoluto y todos reconocen como límite dicha dignidad y los derechos de las personas. Conclusión que también es predicable respecto de la libertad de expresión, aun cuando en el modelo estadounidense a aquella se le otorga prioridad frente a otros derechos en el entendido que el debate público da solidez a la democracia.

⁵⁶ Proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia, Boletín 11424-17, de 06 de septiembre de 2017. Disponible en http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11424-17.

⁵⁷ El nuevo texto del proyecto de ley es el siguiente: «Artículo 161-D.— El que a través de cualquier medio justificare, aprobare o negare las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado durante la dictadura cívico militar ocurrida en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, consignadas en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, en el Informe de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, en el Informe de la Comisión de Prisión Política y Tortura, y en el Informe de la Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, sin perjuicio de los posteriores informes que sean reconocidos por el Estado sobre la materia, siempre que dichos actos perturben el orden público o bien impidan, obstruyan o restrinjan de forma ilegítima el ejercicio de un derecho por parte del o los ofendidos, serán castigados con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de cuarenta a sesenta unidades tributarias mensuales.

La pena corporal asignada en el inciso anterior se aumentará en un grado y las multas se impondrán en su grado máximo, cuando la conducta la hubiere realizado un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo, y sufrirá la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo para cargos y oficios públicos».

Este proyecto, en su segundo trámite constitucional en el Senado, no registra movimientos desde el 24 de noviembre de 2020. Disponible en http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11424-17.

A partir de estas reflexiones, se ha abordado el análisis de la relación y eventual colisión entre las libertades de expresión y religiosa y, al efecto, se ha abordado su tratamiento en los instrumentos internacionales y en la normativa y jurisprudencia chilena. Esta última, más próxima al modelo europeo en cuanto a la relación de la libertad de expresión con otros derechos, precisa en su Carta Fundamental que aquella no es ilimitada, toda vez que no exime de responder de los delitos y abusos cometidos en su ejercicio; mandato que es refrendado por los tribunales superiores de justicia que de modo uniforme han dictaminado que la libertad de que se viene hablando debe ser ponderada en —y en armonía con— la dignidad humana y los demás derechos que la Constitución reconoce a toda persona (entre otros, la vida privada, la honra y el buen nombre). A objeto de fiscalizar las emisiones efectuadas a través de los servicios de televisión, la Constitución establece la creación de un órgano autónomo que tiene el deber de velar por el correcto funcionamiento de aquellos; correcto funcionamiento que incluye el permanente respeto al pluralismo (que, a su vez, comprende el respeto a la diversidad religiosa) y a todos los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Fundamental y, entre ellos, la libertad religiosa.

Ahora bien, a los tribunales superiores de justicia ha correspondido un rol importantísimo en la solución de las reclamaciones formuladas por individuos o colectividades afectados en su libertad religiosa con ocasión de expresiones vertidas en medios televisivos. De conformidad con lo establecido en la Constitución y la legislación pertinente y a partir de la noción de correcto funcionamiento que deben observar los servicios televisivos, aquellos han dictaminado que la libertad de expresión que reconoce como límites la dignidad humana y los derechos de las personas; en efecto, el rechazo o crítica a una religión en particular (que estaría protegido por la libertad de expresión) no debe confundirse con actos de intolerancia hacia un grupo de personas con creencias diversas, pues ello constituye una discriminación arbitraria y un atentado a la libertad religiosa.

Un fenómeno íntimamente vinculado a la colisión entre las libertades de expresión y religiosa es el discurso de odio que, no obstante ser esencialmente valorativo y en constante evolución (por lo mismo no existe un concepto único de aquél), reconoce algunos elementos comunes, a saber, el buscar influir en el fuero interno del receptor del mensaje a objeto de que este lo haga propio y lo exteriorice en un acto discriminatorio posterior fundado en diversos factores, uno de los cuales es la religión o creencia.

Proscrito por los instrumentos internacionales habida consideración del peligro que entraña para la pacífica convivencia en las sociedades contemporáneas, también está regulado en la normativa chilena sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. Dicha regulación, sin embargo, es catalogada de deficiente porque se restringe a las expresiones vertidas en medios de comunicación social, circunscrita a cuatro factores (raza, sexo, religión y nacio-

nalidad), prescindiendo de otros factores de especial gravedad (la orientación sexual o la opinión política, por ejemplo), al tiempo que su sanción pecuniaria no se condice con la gravedad intrínseca de la conducta sancionada. Críticas que han motivado el ingreso de dos proyectos de ley al Congreso Nacional.

En definitiva, la conciliación de intereses diversos e incluso encontrados es un desafío permanente de las sociedades contemporáneas, complejas y plurales que deben encontrar un equilibrio, un punto medio que permita la adecuada y pacífica coexistencia de los derechos y, entre estos, de las libertades religiosa y de expresión, que tienen su base en la dignidad del ser humano.

Capítulo 7

Libertad religiosa y libertad de expresión en Colombia

Vicente Prieto

Universidad de La Sabana

SUMARIO: 1. TEXTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES.— 2. JURISPRUDENCIA. 2.1. *Limitaciones a la libertad de expresión (sentencia T 061 de 2022)*. 2.2. *Expresiones artísticas y libertad religiosa (sentencia SU 626 de 2015)*. 2.3. *Posibles limitaciones de expresión para ministros religiosos (sentencia T 179 de 2019)*. 2.4. *Libertad de expresión religiosa vs. derecho a la intimidad*. 2.5. *Expresiones religiosas de funcionarios públicos (sentencia T 124 de 2021)*.— 3. CONCLUSIONES.

1. Textos constitucionales y legales

Se lee en el art. 20 de la Constitución colombiana: «Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura»¹.

En relación con la libertad de expresión artística, afirma a su vez el art. 71: «La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades».

Por otra parte, de acuerdo con el art. 93, «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad

¹ En la norma inmediatamente anterior, art. 19, se consagra el derecho de libertad religiosa: «Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley». A su vez, el art. 18 se refiere a la libertad de conciencia: «Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia».

con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia». Por este motivo deben tenerse en cuenta conocidas normas de instrumentos internacionales, que integran en Colombia el llamado «bloque de constitucionalidad». En concreto, el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos² y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³.

En la legislación colombiana ordinaria aparecen los siguientes puntos de referencia:

a) *Código Penal* (Ley 599 de 2000): en su capítulo IX («Delitos contra el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos»), dispone el art. 203: «El que cause daño a los objetos destinados a un culto, o a los símbolos de cualquier religión legalmente permitida, o públicamente agravie a tales cultos o a sus miembros en razón de su investidura, incurrirá en multa»⁴.

b) La *Ley 1482 de 2011* (llamada *Ley antidiscriminación*)⁵ creó un capítulo nuevo en el Código Penal titulado «De los actos de discriminación». Dispone

² Art. 19: «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.»

³ Art. 13: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.»

⁴ Los artículos anteriores tienen el texto siguiente: art. 201: «*Violación a la libertad religiosa*. El que por medio de violencia obligue a otro a cumplir acto religioso, o le impida participar en ceremonia de la misma índole, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años»; art. 202: «*Impedimento y perturbación de ceremonia religiosa*. El que perturbe o impida la celebración de ceremonia o función religiosa de cualquier culto permitido, incurrirá en multa».

⁵ Modificada en algunos aspectos por la Ley 1752 de 2015. Se transcriben los textos en su versión actualizada. Un comentario de la ley en C. A. BAENA LÓPEZ, «La ley antidiscriminación

en el art. 3: «El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, discapacidad y demás razones de discriminación, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes»; art. 4: «El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual o discapacidad y demás razones de discriminación, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor. *Parágrafo.* Entiéndase por discapacidad aquellas limitaciones o deficiencias que debe realizar cotidianamente una persona, debido a una condición de salud física, mental o sensorial, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

En el art. 5 se enumeran las circunstancias de agravación punitiva: «Las penas previstas en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando: 1. La conducta se ejecute en espacio público, establecimiento público o lugar abierto al público. 2. La conducta se ejecute a través de la utilización de medios de comunicación de difusión masiva. 3. La conducta se realice por servidor público. 4. La conducta se efectúe por causa o con ocasión de la prestación de un servicio público. 5. La conducta se dirija contra niño, niña, adolescente, persona de la tercera edad o adulto mayor. 6. La conducta esté orientada a negar o restringir derechos laborales».

El art. 6 recoge a su vez las causales de atenuación punitiva: «Las penas previstas en los artículos anteriores, se reducirán en una tercera parte cuando: 1. El sindicado o imputado se retracte públicamente de manera verbal y escrita de la conducta por la cual se le investiga. 2. Se dé cumplimiento a la prestación del servicio que se denegaba».

Por último, el art. 7 modificó el art. 102 del Código Penal, que pasó a tener la siguiente redacción: «El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien, promuevan, el genocidio o el antisemitismo o de alguna forma lo justifiquen o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses».

en Colombia y la libertad religiosa: una propuesta de armonización en lo fundamental», *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, vol. 1, 2015, pp. 1-12.

c) El 8 de septiembre de 2014 fue suscrita por Colombia la *Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia* (adoptada en La Antigua, Guatemala, el 5 de junio de 2013). No ha sido ratificada hasta la fecha⁶.

2. Jurisprudencia

2.1. *Limitaciones a la libertad de expresión (sentencia T 061 de 2022)*

La jurisprudencia colombiana más reciente ha subrayado que la libertad de expresión «protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como aquellas consideradas inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono» (Sentencia T 061 de 2022, de la Corte Constitucional⁷).

La misma sentencia recuerda que «la restricción a la libertad de expresión, con el fin de ajustarse a la Constitución y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe superar un estricto test de ponderación denominado juicio tripartito. En este instrumento de balance y aplicación del derecho a la libertad de expresión se examina si la restricción que se propone al ejercicio del derecho se fundamenta en: (i) una ley en sentido formal y material, taxativamente redactada; (ii) la restricción persigue una finalidad imperiosamente protegida por la Convención Americana y la Constitución, tales como la protección de los derechos constitucionales al buen nombre, honra, crédito público o intimidad, por ejemplo. Y (iii), las restricciones deben ser necesarias y estrictamente proporcionadas e idóneas para lograr el objetivo que persiguen».

«En todo caso, si se presenta efectivamente un abuso de la libertad de expresión que cause un perjuicio a los derechos ajenos, se debe acudir a las medidas menos restrictivas de la libertad de expresión para reparar dicho perjuicio».

2.2. *Expresiones artísticas y libertad religiosa (sentencia SU 626 de 2015)*

La sentencia SU 626 de 2015⁸ resolvió la acción de tutela (amparo) que se había presentado en contra de una exposición artística en la que se representa-

⁶ La *Convención*, de acuerdo con consulta del 25 agosto 2022, solamente había sido ratificada por México y Uruguay (cfr. https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp). Entró en vigor el 20 de febrero de 2020, trigésimo día a partir de la fecha de depósito del segundo instrumento de ratificación o adhesión de la Convención en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

⁷ El texto de las sentencias citadas en este trabajo se encuentra en el sitio oficial de la Corte Constitucional: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>.

⁸ Una presentación y resumen de la sentencia en V. PRIETO, *Libertad religiosa y de conciencia en el Derecho colombiano*, Temis-U. de La Sabana, Bogotá, 2019, pp. 164-166.

ban de modo escandaloso y provocativo objetos de veneración para la religión católica. Después de recordar el art. 203 del Código Penal, la sentencia afirmó que «la libertad de religión y culto se opone, al menos *prima facie*, a los comportamientos que afectan los sentimientos religiosos de creyentes, pastores, ministros del culto, sacerdotes o iglesias». Por esta razón, existe el deber de «abstenerse de ejecutar comportamientos que constituyan un agravio al conjunto de símbolos u objetos de veneración vinculados a los diferentes sistemas de creencias. La aceptación de la existencia de este derecho implica, a su vez, que existe un deber del Estado de proteger la libertad religiosa frente a los comportamientos que agraven los sentimientos religiosos como consecuencia del uso de elementos y símbolos sagrados relativos al sistema de creencias respectivo».

Por otra parte aparece la libertad de expresión, consagrada en el art. 20 de la Constitución. En concreto, afirma la sentencia, «a esa libertad se adscribe (i) el derecho a exteriorizar la creación mediante el uso de los diferentes medios artísticos; (ii) el derecho del artista a divulgar, exponer o disponer de sus creaciones; (iii) el derecho de los museos o plazas de exposiciones a ofrecer a sus visitantes manifestaciones concretas de la actividad intelectual, de la creatividad y del ingenio humano; (iv) el derecho de las personas naturales y jurídicas a desarrollar y materializar proyectos de promoción o divulgación de exposiciones o espectáculos artísticos; finalmente implica también (v) un derecho de todas las personas a conocer y apreciar las diferentes muestras artísticas en los escenarios públicos o privados previstos para ello».

No obstante, «la jurisprudencia constitucional ha previsto que la libertad de difundir el pensamiento y las ideas no es absoluta y, en esa dirección, en algunos casos de colisión con el buen nombre, la honra o la intimidad, puede limitarse su ejercicio. En particular, al referirse al ejercicio de la libertad de opinión indicó que cuando se formulan críticas que supongan “niveles del insulto o, tratándose de expresiones dirigidas a personas específicas, resulten absolutamente desproporcionadas frente a los hechos, comportamientos o actuaciones, que soportan la opinión, de tal manera que, más que una generación del debate, demuestre la intención clara de ofender sin razón alguna o un ánimo de persecución desprovisto de toda razonabilidad, se activa un control intenso sobre las opiniones emitidas” (sentencia T 231 de 2005). Igualmente, ha señalado que la libertad de difusión no protege aquellas expresiones que se refieran a datos íntimos de las personas, dado que la prevalencia de la libertad de expresión “no puede ser reconocida en relación con el derecho a la intimidad, por la sencilla razón que la intromisión en la esfera íntima o privada de un sujeto, sin su consentimiento o autorización legal, es siempre violatoria de su contenido esencial” (sentencia T 787 de 2004)».

Más concretamente, «varios son los límites de las autoridades públicas en la regulación y aplicación de las normas que reconocen la libertad de expresión artística. En primer lugar se encuentran obligadas a prohibir mediante la ley toda

difusión de pensamiento u opinión constitutiva de propaganda a favor de la guerra o apología del odio nacional, racional o religioso y que implique incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. En segundo lugar el Estado no puede implementar ningún acto que constituya censura o que desconozca su neutralidad frente a los contenidos artísticos. En tercer lugar el Estado tiene una competencia excepcional para establecer restricciones a la libertad de difundir el pensamiento, la opinión y el arte para salvaguardar otros intereses jurídicamente relevantes siempre y cuando la limitación supere un examen de proporcionalidad».

A la luz de estos criterios la sentencia hizo un ejercicio de ponderación de los derechos en conflicto (libertad religiosa *vs.* libertad de expresión) y concluyó que, en el caso, «no se vulnera la libertad religiosa y de culto dado que no se afecta ninguno de los contenidos protegidos por tal derecho».

En concreto, «la alegoría propuesta por la artista, los propósitos que a la muestra adscribió y la valoración que de ella hizo el Comité del Museo Santa Clara, no evidencian la configuración de ninguno de los elementos propios de los discursos cuya divulgación se prohíbe. Ciertamente puede resultar molesto para algunas personas. Sin embargo, la desazón o el disgusto no prueban una infracción de la libertad religiosa».

Específicamente, «la autorización para la realización de la exposición no impone creencia alguna ni pretende obligar a nadie a asumirla. La realización de dicha exposición no supone una obligación de asistir y, por el contrario, la concurrencia a la misma es absolutamente libre —receptores voluntarios—. Quienes asistan a la exposición lo harán en ejercicio del derecho fundamental a conocer y apreciar expresiones artísticas que las autoridades especializadas del museo han considerado valiosas. De otra forma dicho, la realización de la exposición no impide en modo alguno el ejercicio del derecho a elegir una religión, a no hacerlo, a abandonarla o a cambiarla; este espacio de decisión resulta inmune a cualquier interferencia. Tampoco se trata de una limitación a la libertad del culto por parte del accionante en tanto no obstruye la manifestación de los diferentes ritos, ni lo obliga a abstenerse de llevarlos a efecto».

En resumen, la exposición «(i) no constituye un tipo de discurso —en contra de la religión— cuya divulgación esté prohibida en las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad; (ii) no impone creencia alguna ni pretende obligar a nadie a asumirla; (iii) no interfiere en el ejercicio del culto de ninguna religión; (iv) no impide que las personas expresen su propia valoración acerca de la exposición o que incluso formulen públicamente críticas en contra de ella; (v) no supone el empleo de un lugar destinado al culto ni el uso de objetos de propiedad de religión o iglesia alguna; y (vi) no implica el desconocimiento del deber de neutralidad del Estado en tanto su objetivo consiste en promover el acceso a la cultura».

2.3. *Posibles limitaciones de expresión para ministros religiosos (sentencia T 179 de 2019)*

La sentencia resolvió el caso de los agravios en las redes sociales dirigidos contra un pastor de la *Iglesia Cristiana Movimiento Misionero Mundial*. Se concluyó que «lo expresado se encuentra dentro de los discursos especialmente protegidos, pues recoge la visión que tiene el accionado sobre el actuar público-religioso del accionante y sobre la influencia de éste en sus fieles. Con ello, la condición de figura religiosa y el rol social que por esa razón desempeña, han generado exposición al público, notoriedad social y, por eso, susceptibilidad para crítica, rechazo, descontento, inconformidad y debate. También se destaca que las figuras religiosas tienen, por su función de predicadores, un papel de preponderancia social y una capacidad para convocar, movilizar e influir sobre las comunidades creyentes. Dicha capacidad, que es una forma de poder, se plasma en la capacidad de liderazgo sobre los feligreses, y en esa medida, desde su predicación o desde el púlpito tienen la capacidad de resistir las agresiones, críticas y expresiones contra la ejecución de sus labores religiosas. Por lo cual, no le es dado al juez constitucional en este caso concreto intervenir para callar opiniones de los feligreses».

2.4. *Libertad de expresión religiosa vs. derecho a la intimidad*

Existe una abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre límites a la libertad religiosa y de expresión en función de la salvaguarda de los derechos a la tranquilidad y a la intimidad personal y familiar⁹. Fue el caso, en los primeros años de trabajo de la Corte, de las sentencias T 210/94¹⁰, T 454/95¹¹, T 403/92¹² y T 172/99¹³.

⁹ Cfr. arts. 15 y 28 de la Constitución. En la doctrina puede verse el reciente estudio de A. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, «El ejercicio de la libertad de culto y sus manifestaciones sonoras en América Latina», *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, vol. 8, 1, 2022, pp. 1-26, que contiene abundantes textos de jurisprudencia colombiana en la materia, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado.

¹⁰ Se ordenó a la *Misión Cristiana al Mundo* que en el ejercicio de su culto se abstuviera de «ocasionar injerencias arbitrarias por ruido que vulneren los derechos fundamentales del petente y de su familia».

¹¹ Tuteló «los derechos a la intimidad y a la salud de los solicitantes, ordenándole a la *Comunidad Carismática Cristiana* [...] que no podrá emitirse ruido en su lugar de culto [...] en niveles sonoros que superen los 65 decibeles en el período comprendido entre las 7:01 a.m. a las 9 p.m., y los 45 decibeles en el período comprendido entre las 9:01 p.m. a las 7 a.m. Si ello llegare a acontecer, con la prueba que se le aduzca al Tribunal Administrativo del Tolima, de la manera como se indicó en la parte motiva, dicho Tribunal le ordenará al Alcalde de Ibagué que tome las rápidas e inmediatas medidas policivas pertinentes».

¹² El proceso se originó por la queja de algunos vecinos contra un pastor evangélico que utilizaba un equipo de amplificación, según ellos, «a todas horas pero más a las horas del medio día, para proclamar la religión evangélica sin hallarse en esa casa Iglesia o culto alguno y sin tener respeto por la religión de cada cual».

¹³ El actor en el caso era el propio pastor, que alegaba haber sido víctima de los ataques de un ciudadano, afectado por el sonido de las ceremonias religiosas. La Corte concluyó que «Tan

Más recientemente, la sentencia T 525/08 ordenó a la *Asamblea de Dios Iglesia Verdad y Vida* de Girón (Departamento de Santander) que debía limitar «las emisiones de ruido en el lugar de celebración religiosa [...] a niveles sonoros que no superen los 45 decibeles en sus jornadas de culto de 5 a 6 de la mañana, de 65 decibeles en el período comprendido entre las 7:01 a.m. a las 9 p.m., y los 45 decibeles en el período comprendido entre las 9:01 p.m. a las 7 a.m., en los términos de la Resolución 8321 de 1.983 del Ministerio de Salud».

Para la Corte, «Lo que procede entonces es armonizar ambos derechos fundamentales, para que los dos sean protegidos. La orden que se imparta no debe intentar establecer la prevalencia de la intimidad sobre la libertad de cultos, sino limitar la actividad sonora de quien la genera en exceso, de tal manera que el ruido emitido no sobrepase el nivel de sonido tolerable. Así, toda restricción que apunte a la disminución o terminación de los encuentros religiosos para reducir al mínimo las presuntas molestias invocadas, es inconstitucional por afectar el núcleo esencial del derecho a la libertad de cultos»¹⁴.

En la sentencia T 1666/00 se decidió el caso de vecinos de un templo católico que sentían vulnerados sus derechos por el repique de las campanas de la iglesia¹⁵. En una sentencia posterior, la T 1205/03, se decidió en un sentido similar¹⁶. Se puntualizó que «ante el conflicto entre la libertad de cultos y el derecho a la intimidad, lo que procede es armonizar ambos derechos fundamentales en el caso concreto para que los dos sean protegidos. La orden que se impartirá no establece la prevalencia de la intimidad sobre la libertad de cultos sino que limita la actividad comunicativa consistente en tocar las campanas de la parroquia de tal manera que el ruido por ellas emitido no sobrepase el nivel

censurable resulta la práctica del culto en términos irrazonables y exagerados, que impliquen perturbación al derecho a la intimidad de otros o a su libertad de conciencia, como la respuesta exacerbada de quienes sufren la invasión de su propia esfera individual o familiar pero, en vez de acudir a los mecanismos señalados por el ordenamiento jurídico, optan por las vías de hecho, persiguiendo o atacando de obra o de palabra a quien consideran agresor».

¹⁴ *Vid.*, también, sentencias T 1321 de 2000, T 1047 de 2008, T 222 de 2002, y T 166 de 2009.

¹⁵ Se ordenó «al Párroco de la Iglesia del Espíritu Santo del Barrio La Esperanza de Villavicencio, que a partir de la notificación de esta providencia suspenda todo toque de las campanas de su parroquia, hasta tanto pueda acreditar ante el juez de primera instancia, el Tribunal Administrativo del Meta, que el tañido de las mismas en ningún caso puede ser origen de una emisión sonora que sobrepase los límites permitidos para la zona residencial en que se encuentra ubicado el campanario». Se había determinado que el repique de las campanas «efectivamente sobrepasa el nivel de presión sonora permitido para un sector residencial, en un máximo de 36 y 37 decibeles, y en un mínimo de 27 y 28 decibeles, según las medición que se practicó en la casa de la demandante».

¹⁶ Se ordenó «a la Parroquia San Joaquín (Ibagué) que adopte las medidas necesarias para evitar que la emisión del ruido del repique de las campanas exceda los toques autorizados en la Resolución 8321 de 1983 del Ministerio de Salud, conforme con las conclusiones de la autoridad administrativa que realice las pruebas audiométricas mencionadas en el numeral segundo de la parte resolutoria de este fallo».

de sonido tolerable. Por lo tanto, las campanas podrán seguir repicando en condiciones que respeten el nivel de ruido máximo permisible».

2.5. *Expresiones religiosas de funcionarios públicos (sentencia T 124 de 2021)*

El 13 de mayo de 2020 la señora Vicepresidenta de la República, Martha Lucía Ramírez, publicó en sus cuentas de Twitter y Facebook el siguiente mensaje: «Hoy consagramos nuestro país a Nuestra Señora de Fátima elevando plegarias por Colombia para que nos ayude a frenar el avance de esta pandemia y que Dios mitigue el sufrimiento de los enfermos, el dolor de los que perdieron seres amados y nos permita repotenciar nuestra economía para generar millones de empleos que acaben con la pobreza».

El mensaje estaba acompañado por una imagen de la Virgen de Fátima y el logo del Gobierno nacional. Ante la polémica desatada, el mensaje fue eliminado una semana después, el 20 de mayo. No obstante, se presentó acción de tutela en contra de la Vicepresidenta, alegando la vulneración de los derechos a la libertad religiosa, a la libertad de conciencia, a la igualdad y por la transgresión del principio de neutralidad del Estado en materia religiosa.

La sentencia recordó en primer lugar la libertad religiosa de los funcionarios públicos, exhortando sin embargo a la prudencia en su ejercicio¹⁷. Algo similar se afirmó en relación con la libertad de expresión¹⁸. Los límites a ambas libertades se acentúan «cuando el mensaje se transmite a través de medios masivos de comunicación, como las redes sociales, dada su amplia capacidad de difusión y penetración en la sociedad».

En el caso, «aunque se trata de una cuenta y un perfil personal y no de las cuentas institucionales de la Vicepresidencia de la República en estas redes sociales, de acuerdo a las características de las mismas y al uso que les ha dado la Vicepresidenta, es posible concluir que la información y opiniones allí publicadas no son exclusivamente personales, por lo que pueden comprometer a la

¹⁷ «El derecho a la libertad religiosa también ampara a los funcionarios públicos, quienes no se ven despojados de esta garantía por el hecho de ejercer funciones públicas. No obstante, estas personas, en especial los altos funcionarios del Estado, además de las restricciones propias que tiene un particular en el ejercicio de este derecho, deben actuar con especial prudencia cuando se trata de asuntos que involucran cuestiones religiosas. Esto debido a que, como autoridades públicas, deben garantizar y respetar el principio de laicidad del Estado colombiano, de tal manera que se preserve la igualdad y libertad de todas las personas de profesar diferentes creencias y convicciones».

¹⁸ «En relación con los funcionarios públicos, tanto la jurisprudencia constitucional como interamericana han coincidido en señalar que el derecho a la libertad de expresión, cuando es ejercido por servidores públicos en el desempeño de sus funciones, tiene limitaciones mayores a las que ostenta cuando lo ejerce un particular, puesto que al pronunciarse como una autoridad pública no está ejerciendo la simple libertad de expresión reconocida en general a los ciudadanos, sino que están utilizando un medio legítimo para el ejercicio de la autoridad pública».

Vicepresidencia de la República». Por esta razón, «si bien los funcionarios públicos pueden practicar su culto o religión, no les está permitido vincular sus manifestaciones de fe a la institución que representan, para favorecer, adherir o manifestar una preferencia a la religión o culto que, a título personal, profesan. Por tanto, las autoridades públicas no pueden consagrar el país a determinado credo o figura religiosa mediante ningún tipo de acto, ni tampoco utilizar símbolos o distintivos oficiales en el mismo, porque una manifestación de fe en estas condiciones compromete, no sólo la igualdad entre los distintos cultos y religiones, sino el principio de laicidad del Estado»¹⁹.

Aunque la sentencia no podía exigir la remoción del mensaje (ya se había eliminado a los pocos días de su publicación), ordenó en su parte dispositiva a la Vicepresidenta que difundiera la decisión «en las mismas cuentas de las redes sociales de Facebook y Twitter que utilizó para comunicar el mensaje que dio origen a esta acción de tutela».

La sentencia dispuso también (parte resolutive, n. 4) que el Consejero Presidencial para las Comunicaciones del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República «capacite a los funcionarios del Gobierno nacional sobre el adecuado manejo y uso de redes sociales, con el fin de evitar que hechos similares a los del presente caso se vuelvan a presentar».

En cumplimiento de lo dispuesto, el Consejero emitió la Circular n. 04, del 6 de julio de 2022²⁰, dirigida a los «Funcionarios de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional», en la que se transmiten los apartados más importantes de la sentencia y se subraya que «resulta de vital importancia que los servidores públicos que hacen parte de la Rama Ejecutiva, si bien pueden practicar y manifestar su fe como titulares de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad religiosa y de cultos, deben hacerlo con independencia del ejercicio de sus funciones».

3. Conclusiones

En el estudio del enfrentamiento–armonización de las libertades de religión y de expresión existen, como se sabe, dos perspectivas o puntos de vista: la de los fieles o confesiones religiosas que se sienten agraviados por determinadas expresiones de opinión (artísticas, o de otra índole); y las posibles limitaciones

¹⁹ Se añada más adelante: «La Vicepresidenta de la República puede practicar y manifestar su fe en virtud del derecho a la libertad religiosa y de cultos, porque es parte de sus garantías como persona, con independencia del ejercicio de sus funciones públicas. Sin embargo, no le está permitido utilizar su condición de servidora pública y el ejercicio de sus funciones para favorecer o manifestar una preferencia a determinado culto o creencias, ni realizar cualquier acto de adhesión, así sea simbólico, a una religión o iglesia, pues esto supone un rompimiento del principio de laicidad y un tratamiento desigual entre las distintas religiones y confesiones».

²⁰ Disponible en <http://ojs.uc.cl/index.php/bjur/article/view/52483/42933>.

de la libertad de expresión de fieles y ministros o representantes de confesiones religiosas, al manifestar creencias que pueden interpretarse como contrarias a determinados derechos o intereses.

El estudio del tema es inseparable del tratamiento jurídico general del factor religioso, en el que influye decisivamente la visión —positiva, negativa, o aparentemente «neutra»— que se tenga de la religión y de sus manifestaciones. En concreto, como lo refleja la sentencia SU 626 de 2015, se asiste en Colombia a una visión distinta de la religión y del factor religioso, en contraste con planteamientos de décadas anteriores. En primer lugar, la «pérdida de prestigio»²¹, si se puede llamar así, de lo religioso, lleva consigo que se capten con mayor indulgencia las reales o aparentes ofensas contra los sentimientos religiosos. En segundo lugar, la mayor sensibilidad ante otros derechos y valores otorga particular gravedad a determinado tipo de agravios, como pueden ser los que tengan por objeto la identidad sexual, o la igualdad de género. Existe entonces un doble rasero a la hora de valorar la libertad de expresión: más indulgente en relación con lo religioso, más estricto cuando se trata de ofensas a los «nuevos» derechos.

En cualquier caso, aunque es verdad que las fronteras entre libertad religiosa y libertad de expresión no son siempre fáciles de definir, en la legislación colombiana la libertad religiosa constituye un límite a la libertad de expresión cuando:

- a) se agravia públicamente un culto religioso, o a sus miembros en razón de su investidura (Código Penal, art. 203);
- b) se presenta una situación de «hostigamiento», constitutivo de «daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo» (art. 4 de la *Ley antidiscriminación*), por razón de la religión.

La dificultad consiste precisamente en definir el contenido de las nociones de agravio, daño y hostigamiento. Aunque en Colombia se echa en falta todavía una jurisprudencia más abundante que aplique y precise estos términos, no deja de ser hasta cierto punto positiva la falta de situaciones conflictivas resueltas por los jueces. Significa que todavía, salvo situaciones excepcionales y de alguna manera marginales, se mantiene un clima general de respeto y de autolimitación

²¹ Recientemente Guardia Hernández ha hablado de la «pérdida del valor social de las religiones» (J. J. GUARDIA HERNÁNDEZ, «Uso (y abuso) de la potestad sancionadora de la administración contra el discurso de odio en España», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 58, 2022, p. 15). En conexión con lo anterior habría que añadir la tendencia a considerar la religión como una cuestión de elección (*choice*), menos merecedora de protección que otras realidades que forman parte de la identidad de la persona, como podrían ser la raza o la orientación sexual. Y ocurre entonces que en los conflictos entre religión (elección) y determinadas formas de identidad, la primera tiene todas las de perder: no se puede discriminar una identidad que no es electiva desde una posición que sí lo es (cfr. R. PALOMINO LOZANO, *Neutralidad del Estado y espacio público*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 49-50).

de la libertad de expresión para no incurrir en manifestaciones ofensivas hacia la religión.

En estas materias constituye sin duda un punto de referencia la sentencia SU 626 de 2015. Se pueden hacer dos observaciones: en primer lugar, llama poderosamente la atención que su texto no haga referencia alguna a la *Ley antidiscriminación*, en vigor desde el año 2011. En segundo lugar, el hecho de que la exposición en cuestión (que puede claramente resultar ofensiva para los sentimientos religiosos) haya tenido lugar en un museo público, financiado con recursos del Estado colombiano, plantea serias inquietudes desde el punto de vista de la neutralidad del Estado, que no debería apoyar en forma alguna «las ofensas gratuitas y deliberadas a los sentimientos religiosos de los ciudadanos»²².

Es la misma neutralidad que, en otro contexto, se exige a los funcionarios públicos cuando se les prohíbe que hagan manifestaciones públicas de religiosidad sirviéndose de las prerrogativas de su cargo. En el caso de la Vicepresidenta de la República la laicidad del Estado constituyó en efecto el límite invocado para restringir mensajes de la funcionaria con contenido religioso.

La abundante jurisprudencia que limita las manifestaciones religiosas cuando afectan el derecho a la intimidad plantea otro tipo de cuestiones. Son controversias lejanas de batallas ideológicas o relacionadas con discursos de odio, u hostigamiento a determinadas minorías. No se trata tampoco de la oposición a las creencias religiosas en cuanto tales, o al derecho a manifestarlas. Todo se reduce a la molestia provocada, en la mayoría de los casos, por determinados niveles de sonido. Lo que, por otra parte, es aplicable a cualquier forma de expresión: debe mantenerse dentro de límites razonables, sin afectar gravemente la tranquilidad ciudadana.

En este sentido puede concluirse que la relación entre libertad religiosa y libertad de expresión no necesariamente posee un carácter conflictual (expresiones contrarias a la religión, o a los sentimientos religiosos). En muchas situaciones ambas libertades confluyen (manifestaciones religiosas que constituyen un ejercicio concreto de la libertad de expresión²³) y tienen límites análogos. En los casos reseñados los límites fueron determinados en función del derecho de las personas a la propia intimidad.

²² J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, vol. 50, 2015, p. 30.

²³ Sobre el tema remitimos al reciente trabajo de R. PALOMINO, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Shurtleff v. Boston*», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 59, 2022, pp. 1-5.

Capítulo 8

La libertad de conciencia, religión o creencias y la libertad de expresión en la Cuba actual

Denise P. Lindberg

Universidad Brigham Young, Provo, Utah EE.UU.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. ANTECEDENTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 2019.— 3. LA CONSTITUCIÓN DE 2019. 3.1. *Lenguaje que califica y limita los derechos.* 3.2. *El marco legal.* 3.3. *Ausencia de un mecanismo judicial independiente.*— 4. EL CÓDIGO CIVIL, BLASFEMIA Y EL «DISCURSO DE ODI».— 5. EL NUEVO CÓDIGO PENAL.— 6. DECRETOS-LEYES.— 7. LAS PROTESTAS DEL 11 DE JULIO DE 2021 («11J»).— 8. CONCLUSIÓN.

1. Introducción

Para evaluar cómo los derechos a la libertad de expresión y la libertad religiosa interactúan, se interpretan y se aplican en Cuba, es útil comprender la cultura política de la isla. La Cuba de hoy es un Estado unipartidista controlado por el Partido Comunista de Cuba («PCC» o «el Partido»). En febrero del 2019, el pueblo cubano aprobó una nueva Constitución para el país. Ésta, como la que la precedió, describe al Estado de Cuba como socialista y otorga al Partido el rol preeminente en la vida nacional al declararlo «la fuerza política dirigente superior de la sociedad y del Estado [que] [o]rganiza y orienta los esfuerzos comunes en la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista»¹. Esta declaración plantea razonablemente la cuestión de hasta qué punto pueden expresarse plenamente los derechos fundamentales a la libertad de conciencia, de creencia y de expresión cuando esas expresiones son contrarias a las posiciones defendidas por el Partido y/o el gobierno cubano.

El presente informe examina el marco legal y las prácticas actuales de Cuba en cuanto a la libertad de expresión y la libertad de conciencia y

¹ Constitución de la República de Cuba, 2019, Artículo 5. Disponible en <http://media.cubadebate.cu/wp-content/uploads/2019/01/Constitucion-Cuba-2019.pdf> (06-05-2021). Ver también, Constitución socialista reformada de la República de Cuba, 2002, artículo 5 (a efectos similares). Disponible en <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Cuba/vigente.html>.

creencias en Cuba. El informe comienza identificando las disposiciones relacionadas a estos temas en la Constitución de Cuba del 2019 y en la legislación cubana. A continuación, el informe abordará las preocupaciones expresadas por las organizaciones internacionales con respecto a las acciones del gobierno en violación de los derechos a la libertad de conciencia, creencia y expresión. En concreto, el informe presenta las medidas que, según se informa, el gobierno ha tomado para (1) censurar y limitar la expresión artística que no se alinea con los puntos de vista oficiales, (2) criminalizar otras expresiones críticas o políticamente motivadas de disidencia como el levantamiento popular del 11 de julio de 2021, y (3) limitar la libertad de expresión en Internet.

2. Antecedentes de la Constitución de 2019

En 1976 entró en vigor una nueva Constitución que sustituyó oficialmente a la Constitución prerrevolucionaria de 1940 y a la Ley Fundamental de 1959 que Fidel Castro promulgó tras el triunfo de la Revolución². Como un investigador de la actualidad constitucional latinoamericana observó recientemente, la Constitución del 1976 institucionalizó «un diseño constitucional... [que] se caracterizó no por la subordinación del poder a la Constitución sino a la inversa, de la Constitución al poder...lo que [hizo] del texto constitucional más un programa que una norma vinculante de la actuación de los poderes públicos y de la ciudadanía»³.

En una reunión del Comité Central del PCC en 2016, Raúl Castro Ruz, que entonces era el Primer Secretario del PCC, el jefe de las Fuerzas Armadas Revolucionarias y el Presidente de la República (en ese orden), indicó que era tiempo de considerar la redacción de una nueva Constitución que respondiera a los importantes cambios económicos, políticos y sociales que Cuba había experimentado en el siglo XXI después de la última ronda de enmiendas constitucionales en 2002⁴. Ese proceso comenzó en serio en junio

² Constitución de la República de Cuba (constitución socialista reformada), 1976. Disponible en <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Cuba/vigente.html>.

³ NOGUERA FERNÁNDEZ, A. (2019), *La constitución cubana de 2019: un análisis crítico*. Revista de Derecho Político, 1(105), 361-396. <https://doi.org/10.5944/rdp.105.2019.25278>. Noguera señala que en Cuba no existe un Tribunal Constitucional ni una división del Tribunal Supremo. En su lugar, la autoridad para interpretar las disposiciones constitucionales y decidir la constitucionalidad de las leyes se distribuye entre la Asamblea Nacional del Poder Popular [ANPP], y el Consejo de Estado, con la Fiscalía General encargada de «vigilar el estricto cumplimiento» de la Constitución y otras leyes por parte del Estado, otras entidades y la ciudadanía. Ver Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 108(e) (responsabilidades de la ANPP); art.122 (h) y (i) (responsabilidades del Consejo de Estado); y art. 156 (responsabilidades de la Fiscalía General).

⁴ Cubadebate.cu, *Informe Central al VII Congreso del Partido Comunista Cuba* (fecha de publicación, 17 de abril 2016). Disponible en <https://www.cubanamera.org/2017/06/discurso-de-raul-castro-en-la-asamblea-nacional-del-poder-popular/>.

del 2018 con el nombramiento de una comisión encargada de redactar la nueva Constitución «en consonancia con los principios de nuestra democracia socialista» y «los principios humanistas y de justicia social»⁵. Un mes después, la comisión redactora presentó un Proyecto de Constitución a los miembros de la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP). Tras uno o dos días de debate, la ANPP aprobó por unanimidad el proyecto con algunas modificaciones⁶. Después se abrió un período de participación y comentarios públicos de tres meses. A su conclusión, la comisión redactora hizo cambios adicionales a fin de reflejar las aportaciones del público. El 21 de diciembre de 2018, la comisión redactora presentó la versión final del texto constitucional a la ANPP, que lo debatió, lo aprobó y programó un referéndum para su aprobación pública⁷. El 24 de febrero de 2019, el 86,65 % del público votó para aprobar la nueva Constitución⁸; ésta entró en vigor el 10 de abril de 2019.

Por lo general, la Constitución de 2019 mantiene los rasgos más característicos del gobierno cubano⁹. A pesar de algunos términos adicionales, el artículo 5, que otorga al Partido Comunista de Cuba el papel supremo en la dirección de la vida nacional y lo sitúa por encima del Estado y del gobierno, no difiere sustancialmente del lenguaje de las versiones anteriores de la Constitución de 1976 y de sus posteriores enmiendas en 1992 y 2002¹⁰. Comentando sobre la nueva versión del artículo 5 en la Constitución de 2019, la Comisión Intera-

⁵ Trabajadores, *Palabras de Miguel Díaz-Canel en Sesión Extraordinaria de la ANPP* (fecha de publicación 19 de abril 2018). Disponible en <https://www.trabajadores.cu/20180603/palabras-de-diaz-canel-en-sesion-extraordinaria-de-la-anpp/>.

⁶ Granma, *Minuto a minuto: Proyecto de Constitución es presentado y debatido por diputados cubanos (I)*, disponible en <https://www.gramma.cu/reforma-constitucional/2022-08-30/en-vivo-primer-periodo-ordinario-de-sesiones-de-la-asamblea-nacional-de-cuba>.

⁷ O. FIGUEREDO REINALDO, L. ROMEO MATOS, y O. GARCÍA MEDEROS, *Diputados cubanos debaten sobre Proyecto de Constitución*, *Cubadebate.cu*, disponible en <http://www.cubadebate.cu/noticias/2018/12/20/diputados-cubanos-continuan-estudio-del-proyecto-de-constitucion/>.

⁸ E. MCKIRDY, *Cubans overwhelmingly vote in favor of new constitution*. CNN (published Monday, Feb. 25, 2019 at 9:11 PM EST). Disponible en <https://www.cnn.com/2019/02/25/americas/cuba-votes-new-constitution/intl/index.html>.

⁹ CIDH, *Situación de los derechos humanos en Cuba, 2020*, 3 de febrero de 2020, OEA/Ser. L/V/II Doc.2/20, párr. 81. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Cuba2020-es.pdf>.

¹⁰ *Compare* Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 5 («El Partido Comunista de Cuba, único, martiano, fidelista, marxista y leninista, vanguardia organizada de la nación cubana, sustentado en su carácter democrático y la permanente vinculación con el pueblo, es la fuerza dirigente superior de la sociedad y del Estado. Organiza y orienta los esfuerzos comunes en la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista. Trabaja por preservar y fortalecer la unidad patriótica de los cubanos y por desarrollar valores éticos, morales y cívicos»); *con* la Constitución de la República de Cuba, 1976, art. 5 («El Partido Comunista de Cuba, martiano y marxista-leninista, vanguardia organizada de la nación cubana, es la fuerza dirigente superior de la sociedad y del Estado, que organiza y orienta los esfuerzos comunes hacia los altos fines de la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista»). Las enmiendas a la Constitución de la República de Cuba (constitución

mericana de Derechos Humanos («CIDH» o «la Comisión») expresó su «preocupación por las restricciones democráticas que implica la ausencia del pluralismo político y representatividad. Además, preocupa profundamente los efectos de esta norma en los derechos políticos, la libertad de expresión la libertad de pensamiento e incluso la igualdad y no discriminación en relación con las ideas políticas que genera esta norma constitucional»¹¹.

3. La Constitución de 2019

La nueva Constitución «introduce cambios significativos al modelo económico, político y social de Cuba»¹². Lo más relevante para este informe son las disposiciones que «incorpora[n] explícitamente nuevos principios de aplicación e interpretación de derechos, redefine[n] algunos derechos ya regulados y amplía[n] nuevos derechos»¹³. La CIDH ha señalado con aprobación la inclusión de los derechos a la vida¹⁴, la prohibición de la desaparición forzada¹⁵, la prohibición de la tortura y de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹⁶. Introduce también la prohibición de discriminación por orientación sexual, identidad de género¹⁷, y discapacidad, así como incluye el derecho a la vida personal y a la intimidad¹⁸. Igualmente establece los derechos a la salud¹⁹, educación²⁰, trabajo²¹, vivienda²², medio ambiente²³, alimentación²⁴ y agua potable²⁵. Como señaló la CIDH, «la gran mayoría de estos derechos económicos, sociales, culturales y ambientales estaban plasmados en la Constitución anterior como objetivos o deberes del Estado, pero no como derechos de la población cubana».

socialista reformada) de 1992 y del 2002 emplean el mismo lenguaje en el art. 5 que en la Constitución de 1976.

¹¹ CIDH, *Situación de los derechos humanos en Cuba, 2020*, 3 de febrero de 2020, OEA/Ser. L/V/II Doc.2/20, párr. 82. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Cuba2020-es.pdf>.

¹² Washington Office on Latin America (WOLA), *Análisis, Cuba tiene nueva Constitución: ¿qué es lo próximo?* 10 de abril 2019. Disponible en <https://www.wola.org/es/analisis/cuba-tiene-nueva-constitucion/>.

¹³ Ver *supra* nota a pie no. 3, A. NOGUERA, en p. 384.

¹⁴ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 46.

¹⁵ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 51.

¹⁶ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 51.

¹⁷ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 42.

¹⁸ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 48.

¹⁹ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 46 y 69. En relación a la salud pública, Art. 72. En cuanto al consumo de bienes que no atenten contra la salud, art. 78.

²⁰ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 73.

²¹ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 64.

²² Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 71.

²³ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 75.

²⁴ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 77.

²⁵ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 76.

Una ampliación significativa es la declaración que «[l]a dignidad humana es el valor supremo que sustenta el reconocimiento y el ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, los tratados y las leyes»²⁶, y que esos derechos «se deben interpretar de acuerdo con los principios de “progresividad, igualdad y no discriminación”»²⁷. A pesar de la inclusión de nuevos derechos y garantías en la Constitución, éstos sólo son tan buenos como la voluntad del gobierno de honrarlos y respetar el estado de derecho. Sobre este punto, en su informe de 2020 sobre Cuba, la CIDH destacó «nuevamente que uno de los desafíos para el Estado en relación con la promulgación de su Constitución es la efectiva implementación de la misma, y que la legislación interna no imponga obstáculos que impidan el pleno ejercicio de los derechos»²⁸. Lamentablemente, las protestas que han estallado en Cuba desde 2021, y la respuesta del gobierno a las mismas, han demostrado que actualmente no se dan en la isla las condiciones necesarias para proteger los derechos constitucionales fundamentales.

Disposiciones constitucionales sobre la libertad de conciencia, la libertad de expresión y otros derechos relacionados.

Según la Constitución cubana, el Estado «reconoce, respeta y garantiza la libertad religiosa²⁹, la libertad de pensamiento, conciencia y expresión»³⁰ y los derechos asociados de libertad de prensa³¹, y «de reunión, manifestación, asocia-

²⁶ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 40.

²⁷ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 41. Sin embargo, Noguera observa que el art. 91(e) establece que sólo los extranjeros residentes en Cuba pueden disfrutar de los derechos y responsabilidades de los ciudadanos cubanos, pero con las limitaciones que pueda imponer la ley. Este lenguaje deja abierta la posibilidad de que los extranjeros residentes puedan estar sujetos a protecciones menores o diferentes de las que se otorgan a los ciudadanos cubanos, violando potencialmente el principio de igualdad. Ver *supra* nota al pie n.º 3.

²⁸ CIDH, Situación de los derechos humanos en Cuba, 2020, 3 de febrero de 2020, OEA/Ser. L/V/II Doc.2/20, párr. 89. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Cuba2020-es.pdf>.

²⁹ Constitución de la República de Cuba, 2019, art.15 («El Estado reconoce, respeta y garantiza la libertad religiosa. El estado cubano es laico. En la República de Cuba las instituciones religiosas y asociaciones fraternales están separadas del Estado y todas tienen los mismos derechos y deberes. Las distintas creencias y religiones gozan de igual consideración»). Ver también art. 57 («Toda persona tiene derecho a profesar o no creencias religiosas, a cambiarlas y a practicar la religión de su preferencia, con el debido respeto a las demás y de conformidad con la ley»).

³⁰ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 54 («El Estado reconoce, respeta y garantiza a las personas la libertad de pensamiento, conciencia y expresión. La objeción de conciencia no puede invocarse con el propósito de evadir el cumplimiento de la ley o impedir a otro su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos»).

³¹ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 55 («Se reconoce a las personas la libertad de prensa. Este derecho se ejerce de conformidad con la ley y los fines de la sociedad. Los medios fundamentales de comunicación social, en cualquiera de sus manifestaciones y soportes, son de propiedad socialista de todo el pueblo o de las organizaciones políticas, sociales y de masas; y no puede ser objeto de otro tipo de propiedad. El Estado establece los principios de organización y funcionamiento para todos los medios de comunicación social»).

ción, denuncia y petición»³². Sin embargo, hay por lo menos tres razones por las que la capacidad de reclamar esos derechos en la práctica real está significativamente limitada, si no es que se vuelve ilusoria. La primera es la inclusión de lenguaje, ya sea en los mismos artículos o en otras partes de la Constitución, que condicionan o matizan cómo se pueden ejercer esos derechos o los subordina a interpretaciones legislativas y administrativas posteriores del gobierno. En segundo lugar, es el marco penal actual que contiene restricciones mal definidas, ambiguas y por tanto arbitrarias, que el Estado puede emplear para castigar a quienes, individual o colectivamente, intenten ejercer sus derechos legítimos de conciencia, religión y de libre expresión. En tercer lugar, pero no por ello menos importante, está la ausencia de un mecanismo judicial verdaderamente independiente a través del cual se puedan reivindicar las violaciones de estos derechos³³.

3.1. Lenguaje que califica y limita los derechos

El cuadro que figura a continuación resume algunas de las limitaciones más evidentes impuestas a los derechos mencionados.

Artículo constitucional	Disposiciones constitucionales y lenguaje limitante (en <i>italica</i>)
Art. 45	El ejercicio de los derechos de las personas solo <i>está limitado por los derechos de los demás, la seguridad colectiva, el bienestar general, el respeto al orden público, la Constitución y las leyes.</i>
Art. 54	El Estado reconoce, respeta y garantiza a las personas la libertad de pensamiento, conciencia y expresión. <i>La objeción de conciencia no puede invocarse con el propósito de evadir el cumplimiento de la ley o impedir a otro su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos.</i>

³² Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 56 («Los derechos de reunión, manifestación y asociación, con fines lícitos y pacíficos, se reconocen por el Estado siempre que se ejerzan con respeto al orden público y el acatamiento a las preceptivas establecidas en la ley»).

³³ CIDH, Informe Anual 2021, Capítulo IV.B, Cuba, párr. 18 («[L]a efectiva vigencia de los derechos a la justicia y al proceso regular [...] se asienta sobre la independencia del Poder Judicial, la cual constituye un requisito para la vigencia práctica de los derechos humanos [...] A juicio de la Comisión, la subordinación de los tribunales al Consejo de Estado cubano, encabezado por el Jefe del Estado, representa una dependencia directa del Poder Judicial a las directrices del Poder Ejecutivo en Cuba. En consecuencia, la falta de independencia del Poder Judicial compromete su capacidad de proporcionar garantías para el goce de los derechos humanos»). Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2021/capitulos/IA2021cap4B.Cuba-es.pdf>.

Además, NOGUERA, ver la nota 3, p. 381 (y su nota al pie n.º 54), observa que en Cuba no existe un Tribunal Constitucional ni una división del Tribunal Supremo dedicada a interpretar disposiciones constitucionales. En su lugar, la autoridad para interpretar las disposiciones constitucionales y decidir la constitucionalidad de las leyes se distribuye entre la ANPP, y el Consejo de Estado, con la Fiscalía General encargada de «vigilar el estricto cumplimiento» de la Constitución y otras leyes por parte del Estado, otras entidades y la ciudadanía. En consecuencia, no existe un árbitro judicial independiente donde se pueda impugnar la constitucionalidad de las acciones gubernamentales.

Artículo constitucional	Disposiciones constitucionales y lenguaje limitante (en <i>itálica</i>)
Art. 55	Se reconoce a las personas la libertad de prensa. Este derecho se ejerce <i>de conformidad con la ley y los fines de la sociedad</i> [definidos en el artículo 5 como «la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista» bajo el liderazgo del Partido]. Los medios fundamentales de comunicación social, en cualquiera de sus manifestaciones y soportes, <i>son de propiedad socialista de todo el pueblo o de las organizaciones políticas, sociales y de masas; y no puede ser objeto de otro tipo de propiedad. El Estado establece los principios de organización y funcionamiento para todos los medios de comunicación social.</i>
Art. 56	Los derechos de reunión, manifestación y asociación, <i>con fines lícitos y pacíficos, se reconocen por el Estado siempre que se ejerzan con respeto al orden público y el acatamiento a las preceptivas establecidas en la ley.</i>
Art. 32(h)	El Estado orienta, fomenta y promueve [...] (h) la libertad de creación artística en todas sus formas de expresión, <i>conforme a los principios humanistas en que se sustenta la política cultural del Estado y los valores de la sociedad socialista.</i>
Art. 79, párr. 2	El Estado promueve la cultura y las distintas manifestaciones artísticas, <i>de conformidad con la política cultural y la ley.</i>

En su informe de 2020, la CIDH examinó las disposiciones de la nueva Constitución que podrían limitar la libertad de expresión y la libertad de prensa³⁴. La Comisión consideró especialmente preocupante los artículos 54 y 55. En relación con esas disposiciones, la CIDH comentó:

Si bien la Constitución aprobada en febrero de 2019 establece la obligación general del Estado de reconocer, respetar y garantizar la libertad de pensamiento, conciencia y expresión, en tanto la Constitución de 1976 no contenía una disposición similar, preocupa a la CIDH la efectividad de este derecho. Esto, teniendo en cuenta que la misma Constitución restringe el pluralismo político y no dispone de mecanismos judiciales o administrativos que se puedan considerar como efectivos para proteger plenamente el derecho a la libertad de pensamiento o conciencia³⁵.

La Comisión también observó que las restricciones a la libertad de pensamiento y de conciencia están relacionadas con las restricciones impuestas a la libertad de prensa:

³⁴ CIDH, Situación de los derechos humanos en Cuba, 2020, 3 de febrero de 2020, OEA/Ser. L/V/II Doc.2/20, párr. 91-93. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Cuba2020-es.pdf>.

³⁵ CIDH, Situación de los derechos humanos en Cuba, 2020, 3 de febrero de 2020, OEA/Ser. L/V/II Doc.2/20, párr. 91. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Cuba2020-es.pdf>.

[L]as restricciones que permanecen a la libertad de prensa, [...] tornan en ilusorio el ejercicio del derecho y hacen de éste un reconocimiento meramente retórico. La Constitución no dispone la propiedad no estatal en los medios de comunicación e impide de hecho el libre ejercicio de la libertad de expresión a través de medios de comunicación independientes. [...] [S]egún el artículo 55, la libertad de expresión en Cuba está sujeta a «los fines de la sociedad socialista» y sólo se podría ejercer a través de los medios estatales, teniendo en cuenta que se establece que los medios de comunicación social «son de propiedad socialista de todo el pueblo». [...] Al respecto, la CIDH encuentra que [...] no cabe hablar de la existencia de un sistema democrático sin el pleno respeto a la libertad de expresión y a la posibilidad de que los ciudadanos puedan intercambiar información, ideas y opiniones de una diversidad de fuentes informativas, incluido la posibilidad de fundar o asociarse para crear medios de comunicación³⁶.

La Comisión también expresó preocupación en relación al lenguaje de los artículos 32(h)³⁷ y 79³⁸, que podrían servir para limitar la expresión artística.

3.2. *El marco legal*

Posibles conflictos entre la libertad de expresión y la libertad religiosa.

Cualquier lenguaje que ofenda la dignidad, los sentimientos, el honor o la identidad personal de otros, o que se refleje negativamente en ellos, podría violar varias disposiciones constitucionales. Particularmente, tal lenguaje podría infringir las siguientes disposiciones constitucionales y ser sancionable:

Artículo constitucional	Disposiciones que podrían limitar el «discurso discriminatorio» o «de odio» (en <i>italica</i>)
41	El Estado [...] reconoce y garantiza a la persona el goce y el ejercicio [...] de los derechos humanos, en correspondencia con los <i>principios de [...] igualdad y no discriminación</i> . Su respeto y garantía es de obligatorio cumplimiento para todos [...] La violación del principio de igualdad está proscrita y es sancionada por la ley.

³⁶ CIDH, Situación de los derechos humanos en Cuba, 2020, 3 de febrero de 2020, OEA/Ser. L/V/II Doc.2/20, párr. 92. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Cuba2020-es.pdf>.

³⁷ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 32 h) («Se promueve la libertad de creación artística en todas sus formas de expresión, conforme a los principios humanistas en que se sustenta, la política cultural del Estado y los valores de la sociedad socialista»).

³⁸ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 79, párr. 2 («El estado promueve la cultura y las distintas manifestaciones artísticas, de conformidad con la política cultural y la ley»).

Artículo constitucional	Disposiciones que podrían limitar el «discurso discriminatorio» o «de odio» (en <i>itálica</i>)
42	Todas las personas son iguales ante la ley [...] y gozan de los mismos derechos [...] <i>sin ninguna discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, color de la piel, creencia religiosa, [...] o cualquier otra condición o circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana.</i>
44	<i>El estado crea las condiciones para garantizar la igualdad de sus ciudadanos [...] [y] hace efectivo este derecho con la implementación de políticas públicas y leyes para potenciar la inclusión social y la salvaguarda de los derechos de las personas cuya condición lo requieran.</i>
45	El ejercicio de los derechos de las personas <i>solo está limitado por los derechos de los demás, la seguridad colectiva, el bienestar general, el respeto al orden público, la Constitución y las leyes.</i>
47	Las personas [...] <i>deben guardar entre sí una conducta de respeto, fraternidad y solidaridad.</i>
48	Todas las personas tienen derecho a que se les respete [...] <i>su honor e identidad personal.</i>
54	La objeción de conciencia <i>no puede invocarse con el propósito de [...] impedir a otro el ejercicio de sus derechos.</i>
56	Los derechos de reunión, manifestación y asociación, con fines lícitos y pacíficos, se reconocen [...] <i>siempre que se ejerzan con respeto al orden público y el acatamiento a las preceptivas establecidas en la ley.</i>
57	Toda persona tiene derecho a profesar o no creencias religiosas [...] <i>con el debido respeto a las demás y de conformidad con la ley.</i>

Es incierto hasta qué punto estas disposiciones constitucionales podrían constituir la base de una demanda. Pero, dado el papel omnipresente del gobierno en la vida cotidiana de los cubanos, es lógico suponer que la probabilidad de reclamar con éxito contra alguien a partir de una o más de las disposiciones mencionadas pueda girar en torno a la forma en que el gobierno evalúa el «valor social» de las respectivas partes.

3.3. Ausencia de un mecanismo judicial independiente

Según la nueva Constitución cubana, «[l]a función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de éste por el Tribunal Supremo Popular y los demás tribunales que la ley instituye»³⁹. La Constitución «garantiza el derecho de toda persona a acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela

³⁹ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 147. Además del Tribunal Supremo, existen tribunales provinciales populares, tribunales municipales populares y el Tribunal Militar.

efectiva de sus derechos e intereses legítimos»⁴⁰, y «toda persona, como garantía de su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial como en el administrativo»⁴¹. Los magistrados y los jueces «son independientes y sólo deben obediencia a la ley»⁴². Sin embargo, la CIDH advierte que «la sola estipulación constitucional de independencia de los órganos judiciales no es una condición suficiente para que exista una correcta administración de justicia»⁴³.

El Tribunal Supremo Popular «es la máxima autoridad judicial del país y sus decisiones son definitivas»⁴⁴. Pero, los jueces del Tribunal Supremo son elegidos por la ANPP⁴⁵, le rinden cuentas⁴⁶ y pueden ser destituidos por ese órgano⁴⁷. La Comisión ha señalado que la ANPP tiene «una amplia potestad en asuntos que dotarían de independencia a los jueces», incluso la facultad de interpretar la constitución y las leyes⁴⁸, y esas interpretaciones son «generales y obligatorias»⁴⁹.

El poder judicial cubano está compuesto por dos tipos de jueces, aquellos que tienen una formación profesional en derecho y los jueces legos, es decir, «ciudadanos que no han recibido formación jurídica, pero participan en actos judiciales»⁵⁰. Ambos tipos de jueces participan a todo nivel judicial, incluido en el Tribunal Supremo. Los jueces legos tienen los mismos derechos y deberes que los jueces profesionales⁵¹. Los jueces profesionales tienen que pasar un examen administrado por el Ministerio de Justicia y tener años de experiencia específicos según el nivel del tribunal en el que presten sus servicios. No parece haber requisitos específicos para los jueces legos.

⁴⁰ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 92.

⁴¹ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 94.

⁴² Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 150.

⁴³ CIDH, Situación de los derechos humanos en Cuba, 2020 (3 de febrero de 2020). OEA/Ser.L/V/II Doc. 2/20, párr. 116. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Cuba2020-es.pdf>.

⁴⁴ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 148 párr. 2. Además del Tribunal Supremo, existen tribunales provinciales populares, tribunales municipales populares y el Tribunal Militar.

⁴⁵ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 109 h) y art. 149. Los jueces de los otros tribunales, ya sean profesionales o legos, son elegidos por las asambleas que correspondan al mismo nivel de los tribunales, es decir, jueces en los tribunales provinciales son elegidos por la asamblea provincial, y jueces de los tribunales municipales son seleccionados por la asamblea municipal.

⁴⁶ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 154.

⁴⁷ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 155.

⁴⁸ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 108 b), e), y g).

⁴⁹ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 108 b). Ver también CIDH, *Situación de los derechos humanos en Cuba, 2020*, 3 de febrero de 2020. OEA/Ser.L/V/II Doc. 2/20, párr. 114, 120. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Cuba2020-es.pdf>.

⁵⁰ CIDH, Situación de los derechos humanos en Cuba, 2020 (3 de febrero de 2020). OEA/Ser.L/V/II Doc. 2/20, párr. 117. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Cuba2020-es.pdf>.

⁵¹ Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 152.

A la Comisión le preocupa que la falta de independencia judicial «tiene graves repercusiones en la decisión de los jueces». De hecho, las declaraciones presentadas ante la CIDH indican que en los casos que involucran a disidentes, la imparcialidad del poder judicial cubano podría ser razonablemente cuestionada. En este sentido, un vídeo filtrado parece corroborar la preocupación de la CIDH. El vídeo, aparentemente grabado en noviembre de 2018, fue compartido por el medio independiente Diario de Cuba el 25 de mayo de 2022. En él, se escucha al presidente del Tribunal Supremo decir: «Siempre digo que nosotros [...] no somos los jueces del enemigo, ni los que están para poner mala la cosa. Nosotros somos los jueces de la revolución, y los del Partido». La Comisión concluyó que «en Cuba no existe base legal ni práctica política que permita la real independencia de la administración de justicia, con lo cual se afecta una de las condiciones que la CIDH considera imprescindible para la vigencia efectiva de los derechos humanos»⁵².

4. El Código Civil, blasfemia y el «discurso de odio»

El Código Civil no ha sido revisado significativamente desde que fue adoptado en 1987⁵³. El Código no aborda la blasfemia como un agravio civil pero sí prevé recursos de restitución y reparación de daños y perjuicios por la pérdida real y el «daño moral» resultante de «actos ilícitos»⁵⁴. Es de suponer que las violaciones de cualquiera de las disposiciones constitucionales mencionadas se considerarían como tales.

⁵² CIDH, *Situación de los derechos humanos en Cuba, 2020*, 3 de febrero de 2020. OEA/Ser.L/V/II Doc. 2/20, párr. 125 y 126. Véase también Cubita NOW, *Filtran video del presidente del Tribunal Supremo de Cuba: Somos los jueces de la revolución y el PCC*, 25 de mayo, 2022. Disponible en <https://www.cubitanow.com/filtran-video-del-presidente-del-tribunal-supremo-de-cuba-somos-los-jueces-de-la-revolucion-y-el-pcc#gsc.tab=0>.

⁵³ En julio de 2022 el periódico del Partido Comunista, Granma, instó la actualización total del Código Civil, «incluyendo la relectura de algunos de sus postulados [...] [a la luz de] los desafíos que ha dejado la reforma constitucional. El nuevo Código Civil ha de parecerse a su tiempo y reflejar la realidad socioeconómica del país, que unifique las normas del derecho privado, incluidas las del derecho mercantil». Granma, *Actualizar el Código Civil con el prisma de la realidad socioeconómica* (1 de julio 2022). Disponible en <https://www.granma.cu/cuba/2022-07-01/repensar-el-codigo-civil-cubano-de-cara-a-los-nuevos-tiempos>.

Granma hizo referencia a un debate reciente entre juristas y académicos cubanos con motivo del 35 aniversario de la adopción del Código. Citaba los comentarios de Leonardo Pérez Gallardo, presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de la Familia, quien dijo que un nuevo Código Civil debe ser «la brújula que refleje el escenario actual, en un momento en que aparecen nuevos actores económicos, [...] [Es necesario] repensarlo de cara a los nuevos tiempos y los retos de la sociedad cubana [...] hay que pensar en construirla desde la multidisciplina, para lograr un código que enaltezca la dignidad y los derechos humanos». *Id.*

⁵⁴ Ley No. 59/1987, Código Civil de Cuba, artículos 82 al 89, «Responsabilidad civil por actos ilícitos».

El Código Civil tampoco incluye disposiciones contra la «incitación al odio» como se discute con más detalle *infra*, como resultado del Decreto-Ley 35, promulgado en 2021 y las disposiciones asociadas, se podría decir que Cuba ahora cuenta con una disposición legal contra la «incitación al odio» aunque es evidente que la definición y el fin de la ley difieren significativamente de cómo ese término se entiende en otros entornos.

Aunque los expertos en la materia coinciden en que no existe un consenso internacional sobre la definición de «discurso de odio», una sinopsis proporcionada por la ONU en su «Estrategia y plan de acción de las Naciones Unidas contra el discurso de odio», dice lo siguiente:

En el lenguaje común, el «discurso del odio» se refiere vagamente a un discurso ofensivo dirigido a un grupo o a un individuo basado en características inherentes —como la raza, la religión o el género— y que puede amenazar la paz social. En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no existe una definición universal del discurso del odio, ya que el concepto sigue siendo muy discutido, especialmente en lo que respecta a su relación con la libertad de opinión y de expresión, la no discriminación y la igualdad.

Con el objetivo de proporcionar un marco unificado para que el sistema de la ONU aborde la cuestión a nivel mundial, la Estrategia y el Plan de Acción de las Naciones Unidas sobre el Discurso del Odio definen el discurso del odio como [...] «cualquier tipo de comunicación, ya sea oral, escrita o de comportamiento, que ataque o utilice un lenguaje peyorativo o discriminatorio con referencia a una persona o a un grupo sobre la base de lo que son, es decir, sobre la base de su religión, etnia, nacionalidad, raza, color, ascendencia, género u otro factor de identidad»⁵⁵.

Teniendo en cuenta los artículos 41 y 42 de la Constitución y la orientación decididamente progresista del actual gobierno cubano con respecto a las cuestiones de género e identidad sexual, es razonable considerar que el discurso con motivación religiosa podría considerarse como una violación de esas disposiciones y, en consecuencia, ser objeto de sanción por parte del gobierno, ya sea que tenga lugar en entornos públicos o privados.

La protesta provocada por los comentarios publicados por la rapera cristiana cubana Danay Suárez en su página de Facebook en junio de 2020 parece ser una de las primeras ocasiones en las que la cuestión del discurso de odio atribuible a las opiniones religiosas ha emergido públicamente en Cuba⁵⁶. La rapera

⁵⁵ Las Naciones Unidas, *La estrategia y plan de acción de la ONU contra el discurso de odio*, Disponible (en Inglés) en <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/UN%20Strategy%20and%20Plan%20of%20Action%20on%20Hate%20Speech%2018%20June%20SYNOPSIS.pdf>.

⁵⁶ Según la publicación en línea Washington Blade, el reposteo en Facebook decía en parte pertinente: A ti, que te escandalizas por el nuevo género «MAP» [*minor attracted persons* en inglés],

republicó una carta abierta titulada «A Mi Generación» y supuestamente firmada por una «Dayis Arizmendi». El posteo relacionaba a la comunidad LGBTI+ con la agenda de un presunto movimiento pedófilo. Como era de esperar, la publicación causó indignación entre los activistas LGBTI de la isla. Poco después, el activista LGBTI+ cubano Alberto Roque Guerra, en colaboración con el Centro Nacional de Educación Sexual (CENESEX), inició una demanda de querrela criminal por el delito de injuria contra la cantante⁵⁷.

En diciembre de 2020, el Tribunal Provincial de La Habana dictó sentencia contra el demandante. Según el Tribunal, «[...] la conducta de la querellada Danay Suárez no integra el delito de injuria previsto y sancionado en el artículo 320.1 del Código Penal [de 1987], pues aun cuando el contenido fuera inadecuado ética y moralmente, tal acto no cumple los presupuestos exigidos legalmente desde el punto de vista objetivo y subjetivo para su configuración». El Tribunal consideró que ni el denunciante ni sus testigos habían declarado ningún daño específico a su honor individual, y la reacción del denunciante había sido excesiva. El tribunal también tomó nota de los mensajes del propio denunciante en las redes sociales sobre la cantante. Según el tribunal, en algunos mensajes el denunciante, «había incluido imágenes que blasfemaban la fe cristiana de la cantante». En otros, hacía «claras alusiones a la acusada que podían resultar ofensivas»⁵⁸.

Posiblemente, la decisión del tribunal en el caso de Danay Suárez se podría entender como protectora de la expresión por motivos religiosos que resulte ofensiva para algunos. Sin embargo, eso parece poco probable dado el gran peso que la nueva Constitución otorga a la no discriminación por motivos de género, orientación sexual o identidad de género. Una explicación más probable es que el tribunal examinó las declaraciones atribuidas a Danay Suárez (pero que no se demostró que fueran las suyas) y, al sopesarlas con las declaraciones del demandante, el tribunal consideró que las acciones de este último eran más ofensivas. Aunque la denuncia contra Danay Suárez no prosperó, el caso podría presagiar

pero apoyas la ideología LGTBI, el feminismo y el aborto, ¿ya te diste cuenta de la incongruencia de tus ideas? [...] No estoy diciendo que “LGTBQ+” sea sinónimo de “pedófilo”. Sin embargo, levanto la voz porque hoy un pedófilo puede usar los argumentos que sustentan tu estilo de vida para cometer una tremenda atrocidad.

Washington Blade, *Pedofilia o Derechos LGBTI+: La Rapera Danay Suárez trae a Cuba un debate inspirado por el fundamentalismo cristiano*, Washington Blade, 22 de junio, 2020. Disponible en: <https://www.washingtonblade.com/pedofilia-o-derechos-lgbti-la-rapera-danay-suarez-trae-a-cuba-un-debate-inspirado-por-el-fundamentalismo-cristiano/>.

⁵⁷ ADVCuba, *Activista LGBT+ en Cuba inicia acciones legales contra Danay Suárez*, 20 de junio 2020. Disponible en <https://adncuba.com/noticias-de-cuba/actualidad/activista-lgbt-en-cuba-inicia-acciones-legales-contra-danay-suarez>.

⁵⁸ DDC, *Absuelta la cantante cubana Danay Suárez en la querrela por vincular pedofilia y homosexualidad* (18 de diciembre 2020). Disponible en https://diariodecuba.com/cuba/1608294700_27359.html (15-09-2022). Los esfuerzos que he realizado para acceder a la sentencia judicial real han sido infructuosos.

un uso más agresivo de las leyes penales contra expresiones de carácter religioso que podrían considerarse ofensivas⁵⁹.

5. El nuevo Código Penal

A raíz del referéndum constitucional y de la aprobación de la nueva Constitución en 2019, el gobierno decidió llevar a cabo una reforma de su proceso penal. En mayo de 2021 el Tribunal Supremo Popular presentó a la ANPP varios proyectos de ley destinados a «fortalecer el estado de derecho socialista y la justicia social»⁶⁰. En octubre de 2021 la ANPP aprobó las leyes sobre los Tribunales de Justicia⁶¹, el Código de Proceso⁶², la ley de Proceso Administrativo⁶³ y la ley del Proceso Penal⁶⁴. Las cuatro entraron en vigor el 1 de enero de 2022. Según uno de los medios de comunicación del gobierno, éstas «constituyen una transformación, evolución profunda y abarcadora en la actividad procesal y del funcionamiento de los órganos de justicia en Cuba»⁶⁵. Posteriormente, la ANPP también aprobó una nueva Ley de Ejecución Penal⁶⁶, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2022 y el nuevo Código Penal⁶⁷, que entrará en vigor el 1 de diciembre de 2022.

El Código Penal de 1987 había sido criticado por activistas y organizaciones internacionales de derechos humanos debido a la imprecisión, la ambigüedad y discrecionalidad de muchas de sus disposiciones. Sin embargo, el gobierno considera que el nuevo Código Penal representa un gran avance en el «perfeccionamiento» del proceso penal cubano porque «amplía los derechos y garantías de las personas», despenaliza ciertos delitos y emplea «sanciones que no implican el encarcelamiento»⁶⁸. Además, el nuevo Código «extiende su aplicación en actos ilícitos en el espectro radioeléctrico, el derecho humanitario, las telecomunicaciones, medio ambiente y patrimonio natural», y «refuerza sanciones contra la

⁵⁹ Además del delito de injuria (art. 392), denunciantes también podrán invocar otras disposiciones en el Código Penal de 2022, como las relativas a la difamación (art. 390), la calumnia (art. 391) y una titulada «Abuso de la libertad de cultos» (art. 272).

⁶⁰ DDC, *El Tribunal Supremo de Cuba presenta cuatro proyectos de leyes para «fortalecer el socialismo»* (16 de mayo 2021). Disponible en https://diariodecuba.com/cuba/1621190307_31188.html.

⁶¹ Ley No. 140/2021 de los Tribunales de Justicia.

⁶² Ley 141/2021 Código de Procesos.

⁶³ Ley 142/2021 del Proceso Administrativo.

⁶⁴ Ley 143/2021 del Proceso Penal.

⁶⁵ Trabajadores, *Nuevas leyes entraron en vigor en Cuba este primero de enero* (fecha de publicación 1 de enero de 2022). Disponible en <https://www.trabajadores.cu/20220101/nuevas-leyes-entran-en-vigor-en-cuba-este-primero-de-enero/>.

⁶⁶ Ley 152/2022, Ley de Ejecución Penal.

⁶⁷ Ley 151/2022, Código Penal.

⁶⁸ Observatorio Cubano de Conflictos, *El Nuevo Código Penal en Cuba: texto en contexto*, 17 de marzo de 2022. Disponible en <https://observatoriocubano.com/2022/03/17/el-nuevo-codigo-penal-en-cuba-texto-en-contexto/>, citando un artículo del 18 de febrero de 2022 en Prensa Latina sobre el nuevo Código Penal que entonces estaba todavía en forma de borrador.

subversión y terrorismo, corrupción económica, la discriminación, violencia de género, hechos contra menores de edad o en situación de discapacidad y contra quienes transgreden la intimidad personal y los datos personales»⁶⁹. En fin, el nuevo Código se destaca por «su vocación educativa, preventiva y la necesidad del país de contar con una legislación actualizada, que brinde cobertura a las nuevas realidades que no estaban suficientemente reguladas»⁷⁰.

A pesar de las representaciones del gobierno sobre el nuevo Código, los revisores externos han expresado graves preocupaciones al respecto. Poco después de que la ANPP aprobara el nuevo Código, la CIDH comentó lo siguiente desde su cuenta oficial en Twitter:

Ante la aprobación del nuevo Código Penal [...] la CIDH y la Relatoría Especial de la CIDH expresan su preocupación por tipos penales que pudieran emplearse para criminalizar el ejercicio legítimo de las libertades de expresión, reunión y asociación. La CIDH y la RELE advierten que el nuevo Código Penal mantiene un lenguaje amplio e impreciso para tipificar delitos como el de «sedición» y «contra el orden constitucional», y recrudece penas relacionadas con los mismos como de prisión perpetua y muerte. Preocupa también la inclusión de un tipo penal que criminalizaría el financiamiento de organizaciones y periodistas críticos al «Estado y su orden constitucional»⁷¹.

El comisionado de la CIDH, abogado Stuardo Ralón, también comentó: «Como Relator de la CIDH para Cuba manifiesto mi preocupación por el nuevo Código Penal, ante las múltiples denuncias que mediante tipificaciones ambigüas se busca silenciar y perseguir a quienes exigen libertad y democracia en la Isla» (ortografía tal como aparece en el original)⁷².

Un análisis realizado por el Observatorio Cubano de Conflictos observó «algunos aciertos» en el nuevo Código penal, entre ellos, la eliminación del delito de «Estado Peligroso» y las «medidas de seguridad asociadas» que han causado a

⁶⁹ Prensa Latina, *Nuevo Código Penal cubano fortalece estado socialista de derecho*, 15 de mayo de 2022. Disponible en <https://www.prensa-latina.cu/2022/05/15/nuevo-codigo-penal-cubano-fortalece-estado-socialista-de-derecho>.

⁷⁰ Observatorio Cubano de Conflictos, *El Nuevo Código Penal en Cuba: texto en contexto*, 17 de marzo de 2022. Disponible en <https://observatoriocubano.com/2022/03/17/el-nuevo-codigo-penal-en-cuba-texto-en-contexto/>.

⁷¹ CIBERCUBA, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos preocupada por nuevo Código Penal en Cuba*, 22 de mayo de 2022. Disponible en <https://duckduckgo.com/?q=https%3A%2F%2Fwww.cibercuba.com%2Fnoticias%2F2022-05-23-u1-e208347-s27061-comision-interamericana-derechos-humanos-preocupada-tras&t=ffab&ia=web>. Ver también análisis del nuevo Código por el Observatorio Cubano de Conflictos, *El Nuevo Código Penal en Cuba: texto en contexto*, 17 de marzo de 2022. Disponible en <https://observatoriocubano.com/2022/03/17/el-nuevo-codigo-penal-en-cuba-texto-en-contexto/>.

⁷² CIBERCUBA, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos preocupada por nuevo Código Penal en Cuba*, 22 de mayo de 2022. Disponible en <https://duckduckgo.com/?q=https%3A%2F%2Fwww.cibercuba.com%2Fnoticias%2F2022-05-23-u1-e208347-s27061-comision-interamericana-derechos-humanos-preocupada-tras&t=ffab&ia=web>.

miles de personas que nunca han sido declarados culpables de ningún delito sigan en prisión preventiva y la inclusión de los delitos de «Tortura» y «Desaparición Forzada» que faltaban en el Código anterior⁷³.

Por otro lado, esos analistas han observado que el nuevo Código «introduce más figuras penales de las que elimina», «muchas penas aumentan de manera sustancial»⁷⁴, «la pena de muerte ahora es aplicable para 24 figuras delictivas (4 más que en el vigente)»⁷⁵ y la sanción de privación perpetua de libertad será «posible aplicarla en 31 delitos (10 veces más que en el vigente)». Cabe señalar que, durante su presentación del proyecto del Código a la ANPP para su votación final, el presidente del Tribunal Supremo reconoció la posible imposición de la pena de muerte para un número sustancial de delitos, pero procedió a disminuir aparentemente la importancia de ese hecho diciendo «pero esta no forma parte de la filosofía jurídica cubana porque no se aplica desde 2003 y además el gobierno conmutó en 2008 las que estaban pendientes»⁷⁶.

Los analistas han destacado especialmente el lenguaje problemático de las siguientes disposiciones penales:

- Un nuevo inciso del artículo 116, el delito de «espionaje» penaliza la participación, colaboración, el suministro de informes (de cualquier tipo) o el mantenimiento de relaciones que favorezcan a organizaciones no gubernamentales (ONG), instituciones internacionales, asociaciones o con cualquier persona, natural o jurídica «en detrimento de la seguridad del Estado»⁷⁷. Las sanciones podrían variar entre los 10 y los 30 años de prisión, pero también podrían dar lugar a una sentencia de cadena perpetua o incluso la pena de muerte.
- El artículo 120.1, «[d]elitos contra el orden constitucional», impone de cuatro a diez años de prisión a «cualquiera que ejercite arbitrariamente cualquier derecho o libertad reconocido en la Constitución de la República y ponga en peligro el orden constitucional y el normal funcionamiento del Estado y el Gobierno cubano»⁷⁸.

⁷³ Otro acierto es la regulación de figuras penales para sancionar la violencia de género y la violencia intrafamiliar. Observatorio Cubano de Conflictos, *El Nuevo Código Penal en Cuba: texto en contexto*, 17 de marzo de 2022. Disponible en <https://observatoriocubano.com/2022/03/17/el-nuevo-codigo-penal-en-cuba-texto-en-contexto/>.

⁷⁴ *Idem*. Los analistas del Observatorio Cubano señalaron que mientras se incrementan las penas para delitos muy graves como el homicidio, el robo con violencia, etc., el nuevo Código también dobla las posibles penas de cárcel (aumentándolas de 3 a 6 meses de prisión) para delitos como el Desacato y la Resistencia. Cabe destacar que estos son dos de un grupo de delitos que el gobierno cubano ha empleado regularmente para castigar a activistas y manifestantes.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ Prensa Latina, *Nuevo Código Penal cubano fortalece estado socialista de derecho*, 15 de mayo de 2022 (énfasis añadido). Disponible en <https://www.prensa-latina.cu/2022/05/15/nuevo-codigo-penal-cubano-fortalece-estado-socialista-de-derecho>.

⁷⁷ Ley 151/2022, Código Penal de 2022, art. 116.1.6.

⁷⁸ Ley 151/2022, Código Penal, art. 120.1.

- El artículo 121, delito de «sedición», se mantiene sin cambios sustanciales en el nuevo Código⁷⁹, pero los analistas advierten de «la posibilidad de sancionar a civiles que se manifiesten pacíficamente y “formulen exigencias” o practiquen la desobediencia civil, poniendo estas conductas al mismo nivel que un motín militar»⁸⁰.
- El artículo 124.1, «[p]ropaganda contra el orden constitucional», prohíbe la «incitación» contra «el orden establecido» y representa otra manera de criminalizar la libertad de pensamiento⁸¹.
- El artículo 133, «[d]ifusión de noticias falsas contra la paz internacional», «permite sancionar a quien difunda “noticias falsas” con el propósito de poner en peligro el prestigio o el crédito del Estado Cubano, o sus buenas relaciones con otro Estado»⁸². En relación con este artículo los analistas comentaron: «A sabiendas de que el régimen cubano califica de falsa cualquier noticia que no coincida con las emitidas por sus órganos de propaganda, este es de *iure* y de *facto*, otro delito contra la libre emisión del pensamiento»⁸³.
- El artículo 143, «[o]tros actos contra la seguridad del Estado», «permite sancionar con penas de 4 a 10 años por el mero hecho de “apoyar, fomentar, financiar, proveer, recibir o tener en su poder fondos, recursos materiales o financieros, con el propósito de sufragar actividades contra el Estado y su orden constitucional”»⁸⁴. Con respecto a este artículo, la agencia de noticias Reuters reportó:

⁷⁹ Ley 151/2022, Código Penal, art. 121 («Quienes, tumultuariamente y mediante concierto expreso o tácito, empleando violencia, perturben el orden socialista, la celebración de elecciones, referendos, plebiscitos o consultas populares, impidan el cumplimiento de alguna sentencia o resolución firme de los tribunales, disposición legal o medida dictada por el Estado o Gobierno, o por una autoridad civil o militar en el ejercicio de sus respectivas funciones, rehúsen obedecerlas, realicen exigencias, o se resistan a cumplir sus deberes» serán sancionados «con privación de libertad de diez a veinte años si el delito se comete sin recurrir a las armas ni ejercer violencia, [...] fuera de zona militar en tiempo de paz». Pero, el plazo de encarcelamiento aumenta a de 10 a 30 años, o podría conllevar una sentencia de cadena perpetua o la pena de muerte, si el delito «afecta a la seguridad del Estado», o tiene lugar «durante graves alteraciones del orden público».

⁸⁰ Observatorio Cubano de Conflictos, *El Nuevo Código Penal en Cuba: texto en contexto*, 17 de marzo de 2022. Disponible en <https://observatoriocubano.com/2022/03/17/el-nuevo-codigo-penal-en-cuba-texto-en-contexto/>.

⁸¹ Ley 151/2022, Código Penal, art. 124.1 [«Incurrir en sanción de privación de libertad de dos a cinco años quien: a) incite contra el orden social, la solidaridad internacional o el Estado socialista reconocidos en la Constitución [...] mediante la propaganda oral o escrita o en cualquier otra forma; b) confeccione, distribuya o posea propaganda del carácter mencionado»]. Además, los incisos 2 y 3 de ese artículo.

⁸² Ley 151/2022, Código Penal, art. 133.

⁸³ Observatorio Cubano de Conflictos, *El Nuevo Código Penal en Cuba: texto en contexto*, 17 de marzo de 2022. Disponible en <https://observatoriocubano.com/2022/03/17/el-nuevo-codigo-penal-en-cuba-texto-en-contexto/>.

⁸⁴ Ley 151/2022, Código Penal, art. 143. El texto completo del artículo dice: «Quien, por sí o en representación de organizaciones no gubernamentales, instituciones de carácter internacional,

Algunos grupos de medios de comunicación internacionales han advertido que podría tener un efecto amedrentador sobre los periodistas. [Esa disposición tiene por objeto] confrontar «la financiación de actividades contrarrevolucionarias, subversivas o cualquier otra actividad ilegal» en nombre de un gobierno, organizaciones internacionales, no gubernamentales u otras. El Comité para la Protección de los Periodistas, con sede en Nueva York, dijo que esa cláusula tendría un «efecto catastrófico» sobre el periodismo independiente en Cuba, al hacer ilegal la financiación extranjera⁸⁵.

- Los incisos 3 c) y h) de artículo 431.1, «[d]elitos contra los procesos electorales y de participación democrática» prohíben «la propaganda relativa al proceso electoral o de participación de manera contraria a la permitida en la Ley Electoral» o que se «promueva o induzca la abstención entre las personas con derecho al voto activo»⁸⁶.
- Un nuevo inciso del artículo 182.1, delito de «[a]tentado», impone sanción de privación de libertad de dos a cinco años a quien emplee violencia o intimidación para impedir a «cualquier persona que, en cumplimiento de su deber ciudadano, hubiera contribuido a la ejecución o aplicación de las leyes o disposiciones generales»⁸⁷. En otras palabras, esta sección castiga a cualquiera que emprenda una «acción violenta» contra las personas que intervienen para detener las manifestaciones de los disi-

formas asociativas o de cualquier persona natural o jurídica del país o de un Estado extranjero, apoye, fomente, financie, provea, reciba o tenga en su poder fondos, recursos materiales o financieros, con el propósito de sufragar actividades contra el Estado y su orden constitucional, incurre en sanción de privación de libertad de cuatro a diez años».

⁸⁵ Reuters, *Cuban lawmakers pass new penal code critiqued by rights, media groups*, May 15, 2022. Disponible en <https://www.reuters.com/world/americas/cuban-lawmakers-pass-new-penal-code-critiqued-by-rights-media-groups-2022-05-16/>.

⁸⁶ Ley 151/2022, Código Penal, art. 431.1. Cabe señalar que, durante el período previo al referéndum sobre la nueva Constitución, el gobierno presionó a los líderes religiosos para que abogaran a favor de un «sí» y para silenciar a los que se manifestaban en contra porque esta incluía un artículo que constitucionalizaba el «matrimonio igualitario». La oposición a esa disposición fue lo suficientemente fuerte que el gobierno modificó el lenguaje constitucional, pero prometió volver a plantear el asunto dentro de dos años en relación con un nuevo Código de la Familia que se redactaría. Tal y como se prometió, el gobierno elaboró un nuevo Código de Familia que será sometido a referendo público el 25 de septiembre de 2022.

En virtud de este artículo el gobierno podría castigar cualquier oposición al Código de la Familia o a otras cuestiones que se sometan a la votación del público. El anteproyecto del Código de la Familia incluye disposiciones sobre el matrimonio igualitario y otras que abarcan nuevos derechos sexuales y reproductivos. Anticipando el referendo los obispos católicos emitieron una carta abierta a sus feligreses en la que critican la «ideología de género» y otros aspectos del Código que, a su juicio, «no beneficiarían a la sociedad cubana». El gobierno ha invertido mucho tiempo y esfuerzo en impulsar la adopción del nuevo Código de la Familia. En caso de que la propuesta no se apruebe, será interesante ver qué acción tomaría el gobierno, si es que tomara alguna, si concluye que la carta pastoral contribuyó significativamente a que el código propuesto fracasara.

⁸⁷ Ley 151/2022, Código Penal, art. 182.1.3.

- dentes, incluso si dichas personas carecen de autoridad legal para intervenir.
- Los artículos 289 al 294 introducen nuevos delitos «[c]ontra la Integridad de las telecomunicaciones, las tecnologías de la información y la comunicación y sus servicios»⁸⁸.
 - El uso de las redes sociales y otros medios de comunicación se considerará un factor agravante para todo tipo de delitos, incluidos los políticos.

Por supuesto, el nuevo Código también incluye las disposiciones penales que el gobierno ha empleado en muchas ocasiones. Estas incluyen «los desórdenes públicos»⁸⁹, la desobediencia⁹⁰, la resistencia⁹¹, el desacato⁹², la instigación a

⁸⁸ Ley 151/2022, Código Penal, art. 289-294. Art. 289 prohíbe el «uso de los medios informáticos y sus soportes de información [de manera] [...] que afecte la seguridad de los activos digitales, su confidencialidad, integridad y disponibilidad»; Art. 290 prohíbe acceso o uso de un sistema informáticos o cualquier otra aplicación informática o permita que otra persona lo haga, con el propósito de apoderarse, utilizar, conocer, revelar o difundir la información; art. 292 prohíbe «cualquier acto con el propósito de provocar daños o alguna alteración a un sistema informático o telemático». El inciso 3 del mismo artículo prohíbe a otros que «conociendo la ilicitud del acto previsto en el apartado interior, o debiendo haberlo presumido, se beneficie de su resultado». Todos estos delitos incurrir sanción de privación de libertad por períodos de meses o años, multas y la posibilidad de ambas penas.

⁸⁹ Ley 151/2022, Código Penal, art. 263.1 (impone sanciones de 6 meses a dos años de encarcelamiento, una multa o ambas penas a «[q]uien, mediante actos [...] provocadores, vulnere los derechos de los demás, o afecte el orden, la paz y tranquilidad de las familias, de la comunidad o de la sociedad»). Ver también art. 266.1 (impone sanción de uno a tres años, una multa o ambas a «[q]uien, a sabiendas, difunda noticias falsas o predicciones maliciosas con el objetivo de causar alarma, descontento o desinformación en la población, o para provocar alteraciones del orden público»).

⁹⁰ Ley 131/2022, Código Penal, art. 189.1 (impone sanciones de seis meses a un año de encarcelamiento o multa de trescientas a mil cuotas o ambas a quien desobedezca «las decisiones de las autoridades o los funcionarios públicos, o las órdenes de sus agentes o auxiliares, dictadas en el ejercicio de sus funciones». En caso de «la reiterada desobediencia o incumplimiento con las medidas que hayan sido impuestas en forma legal por las autoridades competentes, o las advertencias realizadas como consecuencia de la inobservancia de las medidas adoptadas por el órgano o entidad encargada de la prevención social», la sanción de privación de libertad no cambia, pero la multa sube a de doscientas a quinientas cuotas, o ambas penas).

⁹¹ Ley 151/2022, Código Penal, art. 184.1 (impone sanciones de seis meses a un año o multa de cien a trescientas cotas o ambas a quien manifieste «[r]esistencia a un funcionario público, autoridad o sus agentes o auxiliares en el ejercicio de sus funciones»).

⁹² Ley 151/2022, Código Penal, art. 185.1 (impone sanciones de 6 meses a un año de cárcel, una multa o ambas penas a «[q]uien amenace, calumnie, difame, insulte, injurie o de cualquier modo, ultraje u ofenda, de palabra o por escrito, en su dignidad o decoro, a un funcionario público, autoridad o a sus agentes o auxiliares, en ejercicio de sus funciones o en ocasión o con motivo de ellas»). Pero, si esas ofensas son dirigidas a altos dignatarios del gobierno (al Presidente o Vicepresidente de la República, al Presidente o los diputados de la ANPP, a miembros del Consejo de Estado o Consejo de Ministros, al Presidente del Tribunal Supremo, al Fiscal General, al Contralor General o al Presidente del Consejo Electoral Nacional), la sanción es privación de libertad de uno a tres años.

delinquir⁹³ y el daño⁹⁴. Cada uno de esos delitos contiene lenguaje amplio, ambiguo y discrecional que también se encontraba en el Código de 1987 y que puede abarcar conductas que el gobierno quiere suprimir, aunque sólo representan el ejercicio legítimo de derechos fundamentales como la libertad de pensamiento, expresión, y de libre asociación. Es probable que el gobierno seguirá utilizando estos delitos y los nuevos en su arsenal para coartar la disidencia y limitar la libertad de las personas que considere «perturbadores del orden social».

6. Decretos-Leyes

a) Decreto-Ley 349.

Desde 2018, el gobierno cubano ha promulgado varios Decretos-leyes que vulneran la libertad de expresión, incluida la expresión artística. El Decreto-Ley 349 de 2018 puso en marcha las protestas de los artistas en toda la isla e inició lo que se ha llegado a conocer como el Movimiento San Isidro (MSI), un grupo de artistas-activistas que han desafiado los esfuerzos del gobierno para alinear la expresión artística con la «moral socialista». La ley 349 prohíbe a todo artista trabajar en espacios públicos o privados sin la aprobación del gobierno. Además «crea la figura del inspector que podrá cerrar una exposición o terminar un concierto si determina que estos no están en acorde con la política cultural de la Revolución.... Otro de los puntos ambiguos de la norma legal es la definición de la figura de artista y hasta qué punto ésta implica la necesidad de adscribirse a una institución estatal». Según un informe,

La nueva ley actualiza otro decreto, el 226, que data de 1997 y regula la política cultural y la «prestación de servicios artísticos». Las transformaciones de la sociedad cubana a partir de la aprobación del *cuentapropismo* extendieron la actividad cultural más allá de las instituciones oficiales hacia unos ambiguos «espacios públicos no estatales». Muchos de esos lugares son los escenarios más vitales del arte que se hace hoy en la isla. Han proliferado galerías y sedes de teatro en domicilios privados, restaurantes con programa-

⁹³ Ley 151/2022, Código Penal, art. 268.1 (impone sanción de seis meses a un año de encarcelamiento a «[q]uien [...] incite pública o privadamente a otro u otros, de palabra o por escrito, a cometer delitos contra la seguridad del Estado»). Si la incitación es para incumplir una ley, disposición legal o medida adoptada por las autoridades, o los deberes ciudadanos relacionados con la defensa de la patria, la producción, los servicios o la educación las sanciones se rebajan en un tercio. Pero, «si los hechos previstos se realizan a través de las redes sociales u otros medios de comunicación social, las sanciones aumentan en la mitad en sus límites mínimos y máximos»).

⁹⁴ Ley 151/2022, Código Penal, art. 425.1.3 (impones sanciones de dos a cinco años de encarcelamiento a «[q]uien destruya, deteriore o inutilice bienes [de cualquier valor] si esos daños se realizan [p]ara impedir el libre ejercicio de la autoridad [...] o contra personas que hayan contribuido a la aplicación de las leyes o disposiciones generales, o al enfrentamiento de actos de indisciplina que afecten la tranquilidad ciudadana, el orden y la convivencia social ...»).

ción cultural, exhibiciones alternativas de materiales audiovisuales, que ahora serán colocadas automáticamente bajo sospecha⁹⁵.

En agosto del 2018, la directora de la organización no-gubernamental Amnistía Internacional indicó la preocupación de su organización con las detenciones arbitrarias de artistas cubanos que protestaban contra el Decreto 349. La oficial dijo que su organización había «documentado el acoso y la detención arbitraria de artistas independientes en Cuba simplemente por expresar pacíficamente sus opiniones a través del arte» y expresaba solidaridad «con todos los artistas independientes de Cuba que están desafiando la legitimidad del decreto y defendiendo un espacio en el que puedan trabajar libremente sin temor a represalias»⁹⁶.

b) Decreto-Ley 370.

El 4 de julio de 2019 entró en vigor el Decreto-Ley 370 «Sobre la Informatización de la Sociedad en Cuba» que activistas han denominado la Ley Azote. En su informe de 2020 la CIDH declaró que el artículo 68 y el Capítulo II de esa ley «son motivo de especial preocupación». El artículo 68 «establece las contravenciones asociadas a las tecnologías de la información y la comunicación». El inciso i) prohíbe «difundir, a través de las redes públicas de transmisión de datos, información contraria al interés social, la moral, las buenas costumbres y la integridad de las personas»⁹⁷.

Un comunicado de prensa emitido en mayo de 2020 por cincuenta (50) organizaciones de la sociedad civil y de medios de comunicación afirmó: «Si bien la situación de represión de la libertad de expresión y prensa es histórica y sistemática, la escalada represiva actual se recrudece en el marco de la aplicación del decreto Ley 370»⁹⁸. Desde que la ley se hizo efectiva,

[a]l menos 30 personas han sido sometidas a interrogatorios, amenazas, y decomiso de medios de trabajo especialmente de las y los periodistas, por difundir sus opiniones en redes sociales y 20 han sido víctimas de la imposición de multas de 3000 pesos (120 dólares), cuantía que triplica el salario

⁹⁵ Letras Libres, *Sin349: ¿Qué es el Decreto 349 y por qué los artistas cubanos están en contra?* (1 diciembre 2018). Disponible en <https://letraslibres.com/cultura/que-es-el-decreto-349-y-por-que-los-artistas-cubanos-estan-en-contra/> (15-09-2022). Ver también, Infobae, *En Cuba, el decreto 349 implica la censura y la total criminalización del arte*, 9 feb 2019. Disponible en <https://www.infobae.com/america/cultura-america/2019/02/09/cuba-el-decreto-349-implica-la-total-criminalizacion-del-arte-y-la-censura/>.

⁹⁶ *El Decreto 349 de la nueva administración augura un mundo artístico distópico en Cuba*. Disponible en <https://www.amnistia.org/en/news/2018/08/7530/nuevo-decreto-augura-un-mundo-artistico-distopico-en-cuba>.

⁹⁷ Decreto-Ley 370/2018, art. 68.

⁹⁸ Comunicado Libre Prensa, *Cuba y su Decreto Ley 370: aniquilando la libertad de expresión en Internet*, 6 de mayo, 2020. Disponible en <https://www.cadal.org/comunicados/Cuba-y-su-Decreto-Ley-370.pdf> o en CUBANET, *Cuba y su Decreto Ley 370: aniquilando la libertad de expresión en Internet*, 6 de mayo, 2020. Disponible en <https://www.cubanet.org/destacados/cuba-y-su-decreto-ley-370-aniquilando-la-libertad-de-expresion-en-internet/>.

medio mensual vigente. El impago de multas constituye un delito que prevé sanción de seis meses de cárcel, proceder sistemático por el que Cuba condenó a siete actores de la sociedad civil, actualmente en prisión.

Un informe posterior indicó que hasta esa fecha 59 personas en 9 provincias y la Isla de la juventud habían recibido 70 multas como consecuencia de la ley⁹⁹. Es probable que se hayan impuesto más multas desde entonces.

c) Decreto-Ley 35.

Dos meses después de las protestas generalizadas que estallaron en toda la isla el 11 de julio de 2021 («11J») el gobierno promulgó nuevas normas jurídicas que sus funcionarios admiten fueron diseñadas para frenar las actividades que perturban el «orden social»¹⁰⁰. Según el gobierno, el Decreto-Ley 35 «De las Telecomunicaciones, las Tecnologías de la Información y la Comunicación y del uso del Espectro Radioeléctrico» del 13 de abril de 2021 y sus normas complementarias¹⁰¹ prevén un «desarrollo ordenado de la infraestructura y los servicios de telecomunicaciones», establecen un mecanismo regulador para controlar «incidentes de ciberseguridad» (definidos por el gobierno como el uso de los servicios de Internet y otras telecomunicaciones con «fines subversivos») y prohíben la difusión de «discursos de odio», «noticias falsas» y «la incitación a la violencia»¹⁰². El director de Ciberseguridad del Ministerio de Comunicaciones, Pablo Domínguez Vázquez, explicó: «De acuerdo con la normativa, ahora será oficialmente ilegal la utilización de cualquier medio virtual o de telecomunicación con mensajes que atenten contra el régimen, por motivos de “cibersegu-

⁹⁹ Inventario, *Multas por el Decreto-ley 370*, 26 de octubre de 2021. Disponible en <https://proyectoinventario.org/multas-decreto-ley-370-ley-azote-cuba/>.

¹⁰⁰ BBC News Mundo, *Decreto Ley 35: las nuevas regulaciones en Cuba para condenar a los que hablen mal del gobierno en redes sociales* (19 agosto 2021). Disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-58272680>.

¹⁰¹ Éstas incluyen el Decreto 42, «Reglamento General de Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información y la Comunicación» de 13 de abril de 2021, el Decreto 43, «Reglamento sobre el Uso del Espectro Radioeléctrico» de 24 de mayo de 2021, la Resolución 107 «Reglamento para el uso de los servicios de radiocomunicaciones por satélite» de 9 de agosto de 2021, la Resolución 108, «Reglamento de Interconexión, acceso e instalaciones esenciales de redes de telecomunicaciones» de 9 de agosto de 2021 y la Resolución 105 «Modelo de Actuación Nacional para la respuesta a incidentes de Ciberseguridad» de 9 de agosto de 2021. Ésta última es «la ejecución de lo establecido en el Decreto 360/2019 que tiene carácter preventivo y alcance a toda la sociedad». CUBAHORA, *Primera Revista Digital de Cuba Claves para entender el decreto-ley 35 y sus normas complementarias*, 8 agosto 2021. Disponible en <https://www.cubahora.cu/sociedad/claves-para-entender-el-decreto-ley-35-y-sus-normas-complementarias>.

¹⁰² Correos de Cuba, *#CubaInformatiza #Cuba Actualiza su marco jurídico en materia de telecomunicaciones y tipifica incidentes de ciberseguridad en la Gaceta Oficial No. 92 de 2021*, 17 de agosto de 2021. Disponible en <https://www.correos.cu/2021/08/17/cubainformatiza-cuba-actualiza-su-marco-juridico-en-materia-de-telecomunicaciones-y-tipifica-incidentes-de-ciberseguridad-en-la-gaceta-oficial-no-92-de-2021/> (12-09-2022). Ver también CUBAINFORMACIÓN, *Decreto Ley 35 en Cuba: freno a discursos de odio, difamación y violencia en Internet*, 18 de agosto de 2021. <https://www.cubainformacion.tv/contra-cuba/20210818/92865/92865-decreto-ley-35-en-cuba-freno-a-discursos-de-odio-difamacion-y-violencia-en-internet/>.

ridad”»¹⁰³. El añadió, «[b]ajo esta nueva resolución, serán tipificados hechos que hasta el momento no tenían un respaldo legal en el país en el entorno de la red de redes como los daños éticos y sociales o los incidentes de agresión»¹⁰⁴.

Otro funcionario (un profesor de derecho) negó que el Decreto 35 y los reglamentos complementarios estuvieran relacionados con las protestas del 11J¹⁰⁵, y afirmó que el nuevo esquema regulatorio no prohibiría la publicación o interacción en las redes sociales, pero sí serviría para «pone[r] límites a los contenidos que, por su carácter ofensivo, atentan contra el Estado cubano y sus ciudadanos»¹⁰⁶. A pesar de esas aseveraciones, la promulgación del Decreto-Ley 35 tan pronto después del 11J, las protestas que se propagaron como un fuego salvaje a través de los medios sociales y que dieron lugar a las mayores manifestaciones que Cuba ha visto en décadas, parece ser más que mera coincidencia.

7. Las protestas del 11 de julio de 2021 («11J»)

Desde el triunfo de la Revolución, el pueblo cubano ha experimentado periódicamente períodos de extrema dureza, entremezclados con períodos en los que, si bien no eran precisamente prósperos, la mayoría de la población podía aceptar con relativa calma los retos cotidianos de la vida en la isla.

El último gran levantamiento popular tuvo lugar durante el llamado «Período Especial en Tiempos de Paz» tras la caída de la Unión Soviética, que desencadenó una gran crisis en Cuba. Las condiciones de entonces no eran muy diferentes a las que vive Cuba en la actualidad. El 9 de agosto de 1994, miles de personas protestaron en lo que llegó a ser conocido como el «Maleconazo». Fue necesaria la intervención de Fidel Castro, para finalmente apaciguar la situación. En esa ocasión Fidel salió personalmente a la calle y pronunció un discurso en el que acusó a los Estados Unidos de ser la causa principal de las dificultades económicas del país¹⁰⁷. El carisma personal de Fidel, su papel como «el comandante»

¹⁰³ Correos de Cuba, #CubaInformatiza #Cuba Actualiza su marco jurídico en materia de telecomunicaciones y tipifica incidentes de ciberseguridad en la Gaceta Oficial No. 92 de 2021, 17 de agosto de 2021. Disponible en <https://www.correos.cu/2021/08/17/cubainformatiza-cuba-actualiza-su-marco-juridico-en-materia-de-telecomunicaciones-y-tipifica-incidentes-de-ciberseguridad-en-la-gaceta-oficial-no-92-de-2021/>.

¹⁰⁴ *Idem*.

¹⁰⁵ Cuba Sí, *Decreto Ley 35: Cuba y la libre expresión, sin noticias falsas o violencia*, 24 de agosto de 2021. Disponible en <https://cubasi.cu/es/noticia/decreto-ley-35-cuba-y-la-libre-expresion-sin-noticias-falsas-o-violencia>.

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ The Washington Post, *Cubans took to the streets in 1994 too*, 22 July 2021. Disponible en <https://www.washingtonpost.com/outlook/2021/07/22/anticipating-todays-protests-cubans-took-streets-1994-too/>. Véase también Independent (UK), *EXPLAINER: Causes of the protests in Cuba*, 14 July 2021. Disponible en <https://www.independent.co.uk/news/world/americas/us-politics/explainer-causes-of-the-protests-in-cuba-soviet-union-fidel-castro-explainer-protesters-miguel-diazcanal-b1884260.html>.

de la Revolución y el siempre útil papel del «embargo» de los Estados Unidos como conveniente chivo expiatorio, ayudaron a calmar la situación inmediata y le dieron tiempo al gobierno para implementar algunos modestos cambios económicos.

La preocupación de que la nueva Constitución y las recientes promulgaciones legales se utilicen para infringir los derechos fundamentales se ve confirmada por la reciente respuesta gubernamental a las protestas públicas. Aproximadamente un cuarto de siglo después del «Maleconazo», otro levantamiento popular está siendo manejado de manera muy diferente por el actual gobierno de Cuba. En el municipio de San Antonio de los Baños durante la mañana del 11 de julio de 2021, un cúmulo de agravios, grandes y pequeños, acabó por superar el miedo del público a las represalias del gobierno. El deterioro de la situación económica, política y social del país finalmente llegó a un punto de inflexión y la gente salió a la calle a protestar en masa. Las noticias de la protesta se difundieron rápidamente a través de las redes sociales y, en pocas horas, miles de personas en más de 40 ciudades de todo el país se sumaron a las protestas pidiendo mayores libertades políticas y sociales y un alivio de las fallidas políticas económicas que han dejado a la isla a punto de crisis, principalmente debido a la persistente escasez de alimentos, medicamentos y el empeoramiento de la pandemia¹⁰⁸. Los apagones recurrentes impuestos por el deteriorado estado de la red eléctrica que según los informes pueden durar hasta 12 horas seguidas, y una tasa de inflación que, según las previsiones de los economistas podría llegar al 400 % en el 2022, exacerbaban aún más la ira de la población¹⁰⁹.

El mismo día, el presidente Díaz-Canel habló en directo desde el Palacio de la Revolución tras su visita a San Antonio de los Baños, donde las protestas de 11J se iniciaron. Díaz-Canel no sólo culpó a los manifestantes de ser contrarre-

¹⁰⁸ El aclamado sistema sanitario cubano, tras un exitoso esfuerzo inicial en la gestión de la pandemia, se ha desmoronado. Un repunte en el número de casos y muertes por COVID-19 puso de manifiesto importantes deficiencias. El personal médico informa de una aguda escasez de suministros médicos. La producción de alimentos no alcanza a satisfacer ni siquiera las necesidades más básicas de la población. Se prevé que este año la producción de azúcar, el principal cultivo comercial de Cuba, rinda menos de lo que producía la isla hace 170 años. Después de años de planificación, una importante iniciativa gubernamental, «la Tarea de Ordenamiento», comenzó a implementar reformas económicas, incluyendo la eliminación del sistema monetario dual existente, un ajuste del tipo de cambio y de los salarios, pero la crisis económica continua y los esfuerzos fallidos del gobierno para frenar la inflación no parecen haber dado resultado. Unos meses atrás el gobierno oficialmente desistió la implementación de la «Tarea de Ordenamiento».

¹⁰⁹ AP News, *Explainer: Causes of the protests in Cuba*, 14 July 2021. Disponible en [https://apnews.com/article/joe-biden-europe-business-health-cuba-53b679e5500247f8bf6195b692015605\(17-09-2022\)](https://apnews.com/article/joe-biden-europe-business-health-cuba-53b679e5500247f8bf6195b692015605(17-09-2022);); FP, *Cuba's shockwave from the streets* (16 July 2021). Disponible en <https://foreignpolicy.com/2021/07/16/cuba-protests-food-economy-sanctions-embargo-diaz-canel-internet-civil-society/> (15 Sept. 2021); también FP, *Cuba's shockwave from the streets* 16 July 2021. Disponible en <https://foreignpolicy.com/2021/07/16/cuba-protests-food-economy-sanctions-embargo-diaz-canel-internet-civil-society/>.

volucionarios y enemigos del Estado, sino que fue mucho más allá, llamando efectivamente a la violencia contra los que habían salido a la calle. Él dijo:

«Lamentablemente tenemos que interrumpir las jornadas dominicales para informales todo un grupo de elementos que tienen que ver con todo un nivel de provocaciones que ha estado promoviendo la contrarrevolución [...]».

«Sabemos que hay otras ciudades del país donde se están moviendo por esos propósitos malsanos. Doy esta información para ratificar que Cuba es de los revolucionarios [...]».

«Tienen que pasar por encima de nuestros cadáveres y estamos dispuesto a todo. No vamos a admitir que ningún mercenario y contrarrevolucionario provoque un estallido. Convocamos a todos los revolucionarios y comunistas a enfrentar en las calles estas manifestaciones. No vamos a permitir que nadie manipule e impongan un plan anexionista»¹¹⁰.

Las palabras de Díaz-Canel fueron respaldadas por una respuesta muy agresiva por parte del gobierno, que detuvo, a menudo violentamente, a unos 700 manifestantes y activistas¹¹¹. Hasta la fecha, muchos siguen en prisión.

El manejo de la situación tras 11J ha sido ampliamente criticada por los observadores externos. El informe anual de la CIDH del 2021 resumió una serie de medidas represivas adoptadas por el gobierno en relación con 11J y las protestas posteriores. En su reporte la Comisión comentó que había recibido numerosos informes de lesiones físicas a manifestantes causadas por el uso excesivo de la fuerza por parte de la policía. A partir de entonces, la CIDH ha observado que el gobierno llevó a cabo «cientos de detenciones arbitrarias y otras violaciones de las garantías del debido proceso, malos tratos, [y] condiciones deplorables de detención»¹¹². Además, los agentes del gobierno pusieron en práctica una mayor vigilancia en las calles, el control de las residencias de los activistas, «difusión de propaganda y campañas de estigmatización»¹¹³. A esto le siguieron procesos penales sumarios por parte de la Fiscalía General, procesos que carecían incluso de los elementos más básicos del debido proceso, seguidos por la imposición de largas condenas de prisión. Según la CIDH, otras modalidades de represión que el gobierno ha utilizado incluyen amenazas, acosos,

¹¹⁰ DDC, Díaz-Canel: «Tienen que pasar por encima de nuestros cadáveres y estamos dispuesto a todo», 11 de julio 2021 (énfasis en la publicación original). Disponible en https://diariodecuba.com/cuba/1626037621_32576.html.

¹¹¹ CIDH, Informe Anual 2021, Capítulo IV.B, Cuba, párr. 33-81 y U.S. Commission on International Religious Freedom, 2021 *Annual Report: CUBA*, at 48. Ver también Radio Havana, *Attorney General Office issues warning to people seeking to breach Cuban laws*. Disponible en <https://www.radiohc.cu/en/noticias/nacionales/274539-attorney-generals-office-issues-warning-to-people-seeking-to-breach-cuban-laws>.

¹¹² CIDH, Informe Anual 2021, Capítulo IV.B., CUBA, párr. 37. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2021/capitulos/1A2021cap4B.Cuba-es.pdf>.

¹¹³ CIDH, Informe Anual 2021, Capítulo IV.B., CUBA, párr. 46. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2021/capitulos/1A2021cap4B.Cuba-es.pdf>.

detenciones arbitrarias, citas a comparecer para ser interrogados en comisarías, actos de repudio realizados por funcionarios del gobierno o alentados por ellos, y otras formas de intimidación¹¹⁴.

Todas esas formas de represión han creado un ambiente de terror generalizado y de autocensura que parecen ser diseñados a disuadir a los ciudadanos de ejercer sus derechos de libre expresión, asociación y manifestación. Sin embargo, como lo describió un comentarista, las protestas del 11 de julio reflejaron

[...] un despertar generacional que [...] politizó a muchos cubanos en el proceso. Sólo hay que prestar atención a lo que coreaban los manifestantes el 11 de julio: no sólo decían «¡Queremos medicinas!» y «¡Queremos comida!», sino también «Libertad», «Abajo con Díaz-Canel [...]» y «¡Patria y Vida!», el título de una canción antigubernamental que se hizo viral en febrero¹¹⁵. La cuestión, como señaló recientemente el Cuba Study Group, es que «la “nueva normalidad” de Cuba incluye ahora a una diversidad de ciudadanos que reconocen el valor de la protesta pública y seguirán exigiendo —en su propio país— a que se reconozcan y respeten sus derechos fundamentales»¹¹⁶.

No cabe duda de que la represión gubernamental ha logrado, por el momento, amortiguar la oposición abierta, pero «las quejas económicas y políticas entrelazadas [...] no van a desaparecer. En el mejor de los casos, se llegará a un amargo punto muerto [...] [sin] espacio para un verdadero diálogo nacional y la creación de consenso»¹¹⁷.

8. Conclusión

Aunque la nueva Constitución de Cuba pretende proteger los derechos fundamentales de libertad religiosa y libertad de expresión entre otros, tal y como se analiza en este informe, estos derechos están sujetos a importantes limitaciones, ya sea como resultado de otras disposiciones constitucionales o de leyes

¹¹⁴ CIDH, Informe Anual 2021, Capítulo IV.B., CUBA, párr. 33-63. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2021/capitulos/IA2021cap4B.Cuba-es.pdf>.

¹¹⁵ Entre las letras de «Patria y Vida» figuran las siguientes: «No más mentiras. Mi pueblo pide libertad, no más doctrinas. Ya no gritemos patria o muerte sino patria y vida. Y empezar a construir lo que soñamos. Lo que destruyeron con sus manos. Que no siga corriendo la sangre. Por querer pensar diferente ¿Quién le dijo que Cuba es de ustedes? Porque Cuba es de todo mi pueblo. No más mentiras. El Pueblo pide libertad no más adoctrinamiento. No gritemos patria o muerte, sino patria y vida [...] Basta de derramar la sangre de los que quieren pensar diferente. ¿Quién te dijo que Cuba era tuya? Porque Cuba es de todo mi pueblo».

¹¹⁶ Michael J. Bustamante, *The Cuban Government Hasn't Won Yet*. Slate (2 de diciembre 2021), citando sin referencia específica un análisis del Cuba Study Group. Disponible en <https://slate.com/news-and-politics/2021/12/cuban-protests-achipielago-15n-government-suppression/html> (Slate quote translated by this author).

¹¹⁷ *Idem*.

tanto nuevas como existentes. La respuesta del gobierno a las protestas del 11J deja claro que, independientemente de las protecciones que existan por escrito, éstas están subordinadas a los objetivos revolucionarios del Estado, en particular, la importancia primordial de mantener el control social y permanecer en el poder. Como observó la CIDH en su informe más reciente sobre Cuba, «[l]os hechos documentados [...] reafirman que no existen actualmente garantías para el ejercicio de la libertad de expresión en Cuba»¹¹⁸. La evidencia sugiere además que los derechos a la libertad de conciencia, religión o creencia y los derechos asociados a la libertad de reunión, asociación y prensa también siguen siendo una perspectiva lejana en Cuba.

¹¹⁸ CIDH, Informe Anual 2021, Capítulo IV.B., párr. 83. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2021/capitulos/1A2021cap4B.Cuba-es.pdf>.

Capítulo 9

Libertad de expresión y libertad religiosa en México: entre la inactividad y la conveniencia política

Efrén Chávez Hernández

Universidad Nacional Autónoma de México

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: MARCO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD RELIGIOSA EN MÉXICO.— 2. POSIBLES CONFLICTOS ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD RELIGIOSA: LENGUAJE BLASFEMO, DISCURSO DE ODIOS Y OFENSA A LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS. 2.1. *Tratamiento jurídico del lenguaje blasfemo y discurso de odio.* 2.2. *Ofensa a los símbolos y sentimientos religiosos como límite legítimo a la libertad de expresión.* 2.3. *Pronunciamientos jurisprudenciales relevantes sobre conflictos entre libertad de expresión y libertad religiosa.* 3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE PERSONAS RELIGIOSAS Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES. 3.1. *La libertad de expresión de los ministros de culto para expresar doctrinas o ideas que puedan ofender a personas de creencias diversas.* 3.2. *Casos de procedimientos contra ministros de culto.* 4. CONCLUSIONES.

1. Introducción: marco constitucional de la libertad de expresión y la libertad religiosa en México

En este apartado presentaré la situación en que se encuentra la libertad religiosa y la libertad de expresión en el marco constitucional. Es menester señalar que el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos precisa que las normas sobre derechos fundamentales se interpretarán conforme a la constitución y los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.

Así, se reconoce las disposiciones de derechos fundamentales contenidas en tratados internacionales otorgándoles la misma jerarquía que los derechos fundamentales contenidos en la propia constitución. Por ende, todas las disposiciones de tratados internacionales que tienen que ver con la libertad religiosa y con la libertad de expresión son aplicables a México.

Al respecto, el artículo 18 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 dice: «*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» (la cursiva es nuestra, para enfatizar algunos aspectos referentes a este estudio).

Y el artículo 12 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José) de 1969, que entre otras cosas indica: «*Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado»*.

Como se puede ver, la libertad religiosa implica necesariamente la libertad de manifestar la religión o creencia, de profesarla y difundirla, tanto de manera individual como colectiva, en público como en privado, sin mayores restricciones que las prescritas por la ley, la cuales sean «*necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás*», como lo establece el artículo 12.

Como señala Flores Caldas, la libertad religiosa forma parte de las tres libertades fundamentales del ser humano: de pensamiento, de conciencia y religiosa. La *libertad de pensamiento o ideológica* tiene por objeto el conjunto de ideas, conceptos y juicios sobre las distintas realidades del mundo y de la vida. La *libertad de conciencia* tiene por objeto el juicio de moralidad y la actuación en consonancia con ese juicio. Y la *libertad religiosa*, tiene por objeto la fe como acto y la fe como contenido de dicho acto; ello implica todas sus manifestaciones (individuales, asociadas o institucionales); tanto de forma pública como privada; la enseñanza, práctica, culto, observancia; y cambio de religión¹.

Por ende, la religión, las creencias y/o convicciones éticas necesariamente se manifiestan hacia el exterior de la persona, no se puede pretender restringirlas solamente al fuero interno o privado. El ejercicio de la libertad religiosa implica pues un estado de vida en el que la persona ha decidido llevar a cabo sus creencias y/o convicciones en todos los ámbitos de su vida: espiritual, personal, conyugal, familiar, laboral, profesional, social, política, etcétera.

Referente a la libertad de expresión, el artículo 19 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 señala: «*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»*.

Ello implica el derecho a no ser molestado por sus opiniones y a difundirlas por cualquier medio.

¹ FLORES CALDAS, Edgar C., *Libertad religiosa y enseñanza de la religión católica en el ordenamiento jurídico peruano y en el acuerdo con la Santa Sede de 1980*, Madrid, Ediciones Universidad San Dámaso, 2018, p. 21.

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José) de 1969, en su artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y de expresión comprende también «[...] *la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole* [...]», ello implica obviamente las cuestiones religiosas, convicciones éticas y/o políticas.

De igual forma, dicho precepto añade que el ejercicio de este derecho «*no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas* [...]». Ello conlleva, pues, un ejercicio libre de este derecho solo con las limitaciones que sean estrictamente necesarias para salvaguardar el bien común o los derechos de los demás.

Asimismo, el artículo señalado de la *Convención Americana* establece que «[...] *No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales [...] o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones*». Esto significa que el Estado no puede restringir la libertad de expresión a través de controles oficiales u otros medios que impidan la difusión de ideas u opiniones. Dicha norma aplica para todas las personas, pues las únicas limitaciones posibles son para salvaguardar el orden público y los derechos de los demás, como lo señala el párrafo previo.

Y el párrafo quinto del referido artículo establece limitaciones concretas para la libertad de expresión al señalar que: «*Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional*».

Este es el marco que debe guiar la legislación del país y las resoluciones de las autoridades judiciales, administrativas y legislativas, buscando la protección más amplia posible a las personas. Además, como lo ordena el artículo primero de la Constitución mexicana, todas las autoridades tienen la obligación de la promoción, el respeto, la protección y garantía de los derechos humanos, actuando de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Sin embargo, en el texto constitucional mexicano encontramos la regulación de la libertad de expresión y la libertad religiosa con algunas limitaciones que a continuación se verá.

En el artículo 6.º constitucional está el fundamento de la libertad de expresión que señala: «*La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los*

derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley».

Se puede observar que el ejercicio de la libertad de expresión impide cualquier inquisición (indagación, averiguación, investigación) por parte de las autoridades judiciales o administrativas salvo los casos señalados.

En el artículo 24 constitucional está el cimiento de la libertad religiosa, sin embargo, ahí se establece una restricción relacionada con la libertad de expresión, al señalar que: «*Nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política*».

Bajo este marco constitucional se han establecido diversas disposiciones legislativas que a continuación se referirá.

2. Posibles conflictos entre libertad de expresión y libertad religiosa: lenguaje blasfemo, discurso de odio y ofensa a los símbolos religiosos

2.1. Tratamiento jurídico del lenguaje blasfemo y discurso de odio

En México no está tipificada como delito la blasfemia ni tampoco es sancionado el lenguaje blasfemo, sino que bajo una aparente libertad de expresión se permite inclusive la ofensa a los sentimientos religiosos, a las ideas y expresiones de fe. Esto ha permitido que personajes públicos como políticos, funcionarios, periodistas y otros, se expresen en burla, mofa, crítica o desprecio en temas religiosos sin ninguna sanción.

Por el contrario, el discurso de odio sí está regulado en la ley mexicana especialmente referido contra ciertos grupos sociales. La *Ley federal para prevenir y eliminar la discriminación* considera como discriminación: «Incitar al odio, violencia, rechazo, burla, injuria, persecución o la exclusión» (artículo 9, frac. XXVII).

También, en el Código Penal de la Ciudad de México se tipifica como delito la conducta que «Provoque o incite al odio o a la violencia» (art. 206, frac. I).

Además, se considera como agravante para el delito de homicidio y lesiones cuando se cometa con odio, esto es «*cuando el agente lo comete por la condición social o económica; vinculación, pertenencia o relación con un grupo social definido; origen étnico o social; la nacionalidad o lugar de origen; el color o cualquier otra característica genética; sexo; lengua; género; religión; edad; opiniones; discapacidad; condiciones de salud; apariencia física; orientación sexual; identidad de género; estado civil; ocupación o actividad de la víctima*» (art. 138, frac. VIII).

Como se puede ver, bajo la prohibición del discurso de odio sí se pueden proteger los sentimientos religiosos, cuando exista una manifestación en los

términos descritos. Y también, la agravante de «odio» en homicidio y lesiones opera cuando bajo un motivo religioso.

Cabe señalar que de acuerdo con la *Ley federal para prevenir y eliminar la discriminación* también se considera discriminación: «Limitar la libre expresión de las ideas, impedir la libertad de pensamiento, conciencia o religión, o de prácticas o costumbres religiosas, siempre que éstas no atenten contra el orden público» (artículo 9, frac. XV).

En este sentido, habría una limitación de la libertad de expresión para proteger la libertad religiosa.

No obstante, también bajo la amenaza de «discurso de odio» puede pretender limitar la libertad de expresión en materia religiosa cuando se prohíbe predicar lo que dice la doctrina o preceptos de la denominación religiosa, si esto «ofende» a determinado grupo social.

En todo caso, es necesario distinguir lo que es discurso de odio del discurso realizado bajo la libertad de expresión y cuáles son sus límites.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de México al resolver un asunto en el que una persona que portaba un tatuaje de suástica o cruz esvástica fue despedida de la empresa por considerar un discurso de odio, ante lo cual demandó a la empresa y obtuvo una indemnización por daño moral, la Corte precisó que «[...] no todo discurso discriminatorio, ni todo discurso de odio debe ser reprimido. La respuesta del sistema jurídico debe ser gradual en función de una pluralidad de circunstancias que deben ser ponderadas por el legislador y por los jueces, entre las que cabe mencionar el contexto en que es expresado, si se expresa en un foro de deliberación pública o en un ámbito privado en que están ausentes las razones de interés público que dotan a la libertad de expresión de un peso especial, si su expresión implica, o no, apología del odio o incitación a la discriminación o a la violencia, si su expresión genera un riesgo inminente de violencia o ruptura del orden público, si ya ha generado actos de violencia física o disturbios, etcétera [...]»².

Así, no todo debe considerarse discurso de odio, sino analizar las circunstancias específicas, y que la mejor forma de erradicarlo en el ejercicio de la libertad de expresión. En efecto, como también señaló la Corte mexicana en el caso referido «la respuesta del sistema jurídico puede ir desde la no protección de esos discursos, para evitar su reproducción y fortalecimiento, desalentándolo mediante la educación o la no protección del Estado frente a la reacción crítica no violenta mediante más libertad de expresión, pasando por su tolerancia en ciertas circunstancias en que su represión entrañe

² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Extracto del Amparo Directo en Revisión 4865/2018*, Dirección General de Derechos Humanos, México, p. 7, Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/resumen/2020-12/Resumen%20ADR%204865-2018%20DGDH.pdf>. El texto completo de la sentencia está en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentenciasemblematicas/sentencia/2020-12/ADR%204865-2018.pdf>.

más costos que beneficios, hasta la atribución de responsabilidades civiles posteriores o, excepcionalmente, su represión mediante el derecho sancionador en casos especialmente graves en función de las circunstancias mencionadas»³.

Por lo anterior, mientras menos restricciones haya a la libertad de expresión puede haber un mayor ejercicio de las otras libertades, como la libertad religiosa, pues también tendrán menos limitaciones.

2.2. *Ofensa a los símbolos y sentimientos religiosos como límite legítimo a la libertad de expresión*

En México no está regulada la prohibición a la ofensa a los sentimientos religiosos. Se ha dado el caso de marchas de grupos que ofenden a los símbolos religiosos, incluso dañan los templos o los pintarrajean con sus consignas, pero la autoridad no realiza nada⁴.

Si bien, existe la libertad de expresión, pero como todos los derechos humanos están limitados por los derechos de los demás, así, considero que no se justifica la destrucción o el daño a la propiedad ajena en aras de «exigir derechos».

También se ha dado el caso de políticos quien en sus expresiones ofenden a grupos religiosos, doctrinas, ideas y/o a los ministros, pero no hay repercusión. En este sentido, quizá debe primar la libertad de expresión, pero como señalé, con el respeto a los derechos y libertades de los demás, pues si se habla con el deseo de incitar al odio o la violencia hacia un sector de la población, entonces el derecho de libertad de expresión no se está empleando adecuadamente y debieran tomarse algunas acciones para encauzarlo.

Como señala Alberto Patiño, la mofa de los sentimientos y símbolos religiosos constituye un hecho deplorable que afecta a los creyentes, provocándoles una sensación de molestia, por ello, conviene dejar constancia del rechazo que merecen, para que no se transmita la percepción de que se toleran las lesiones de la sensibilidad religiosa y las agresiones contra la fe, sea que provengan de un legislador con inmunidad parlamentaria o de un grupo de manifestantes⁵.

La mofa de los sentimientos y símbolos religiosos debiera tener límites, claro sin llegar a la censura, pero sí con el mismo respeto que se exige para otras

³ *Ibidem*, p. 8.

⁴ Ejemplo de ello es lo que pasa en las marchas con motivo del día de la mujer. RAMOS, David, «Violentas feministas causan destrozos en iglesia en México», *ACI prensa*, 9 de marzo de 2022, Disponible en: <https://www.aciprensa.com/noticias/violentas-feministas-causan-destrozos-en-iglesia-en-mexico-56386>.

⁵ PATIÑO REYES, Alberto, «La mofa de los sentimientos y símbolos religiosos», *Hechos y Derechos*; Número 50, 2019. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13392>.

expresiones contra grupos o sectores específicos de la sociedad, como se vio en el apartado anterior.

Lo anterior, también manteniendo los límites entre libertades y responsabilidad, pues el ejercicio de las libertades propias implica también el respeto de las libertades de los demás. En una sociedad democrática se respetan los derechos de toda la población, sean mayorías o minorías, pues todos tienen la misma dignidad como personas.

En México no hay regulación sea legislativa o jurisprudencial que distinga las ofensas a la religión a través de un medio privado y aquellas que se dan en medios públicos, ya que como lo señalé no está regulada la ofensa a la religión.

En septiembre de 2022, en la Cámara de Diputados federal la diputada transgénero Salma Luévano presentó una iniciativa legislativa para sancionar a los ministros de culto que emitan «discurso de odio» contra la comunidad LGTB («Iniciativa con proyecto de decreto por la que se adicionan los artículos 8 y 29 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, en materia de discurso de odio en contra de las personas de la población LGBTTTIQ»), sin embargo, al presentarla al pleno lo hizo disfrazada con la vestidura de un obispo (mitra y casulla), algo que causó indignación entre la población creyente por la mofa a los sentimientos religiosos y por la incitación al odio contra los líderes religiosos que a juicio de dicha persona, se han opuesto a los derechos de la comunidad a la que dice representar⁶.

En efecto, lo que se pretende evitar de intolerancia y desprecio hacia un grupo, en realidad lo promovió respecto a otro⁷. Algo que no debiera presentarse en una sociedad democrática.

Referente al discurso de odio, como lo señalé en el punto anterior, se debe revisar cada situación para analizar los factores en que se presenta y poder determinar si efectivamente hay tal discurso de odio.

⁶ Infobae, «Con sotana y mitra: así presentó propuesta de reforma la diputada Salma Luévano», *Infobae*, 21 de septiembre de 2022, Disponible en: <https://www.infobae.com/america/mexico/2022/09/22/con-sotana-y-mitra-asi-presento-propuesta-de-reforma-la-diputada-salma-luevano/>.

⁷ Como lo señaló Eduardo Verástegui, famoso actor y productor mexicano: «¿Discurso de odio? ¿Discriminación? ¿Falta de respeto? Cancelar las opiniones de los otros, impedir que se diga lo que se piensa, burlarse de lo más sagrado que es la fe, ¿eso es discriminación! ¿Eso es falta de respeto! ¿Eso es discurso de odio!». SÁNCHEZ SILVA, Walter, «Eduardo Verástegui a congresista trans: Discurso de odio es burlarse de la fe», *ACI prensa*, 26 de septiembre de 2022, Disponible en: <https://www.aciprensa.com/noticias/eduardo-verastegui-a-congresista-trans-discurso-es-odio-es-burlarse-de-la-fe-54695>.

2.3. *Pronunciamientos jurisprudenciales relevantes sobre conflictos entre libertad de expresión y libertad religiosa*

Se han presentado algunos casos resueltos por los tribunales en los que existió conflictos entre la libertad religiosa y la libertad de expresión. Mencionaré un caso de yuxtaposición frente a disposiciones administrativas municipales, y otros asuntos en donde la libertad religiosa y de expresión ha sido limitada con una finalidad política, artificio usado por los partidos políticos para impugnar los resultados de las elecciones.

En el primer caso, se trata de una persona de nombre Stephen Orla Searfoss en 2006 quien repartía en la vía pública propaganda con contenido religioso, a quien la autoridad administrativa local lo sancionó con una multa por no contar con el permiso para hacerlo; esta persona acudió a los tribunales y el caso llegó a la Corte Suprema quien le dio la razón ponderando la libertad religiosa en sus diferentes facetas, como la de expresión, y que el ejercicio de este derecho no requiere de permiso previo (amparo en revisión 1595/2006)⁸, así, la Corte declaró inconstitucional el Bando Municipal de la ciudad de Toluca, ordenamiento bajo el cual se había aplicado la sanción⁹. En este caso se privilegió la libertad religiosa y su expresión frente a las limitaciones que las disposiciones administrativas municipales pretendían imponer.

En el segundo grupo de casos, está el caso «Yurécuaro» ocurrido en 2007¹⁰ en el que el Tribunal Electoral declaró nula la elección del presidente municipal del poblado de nombre Yurécuaro en el estado de Michoacán, aludiendo a infracciones al Código Electoral del Estado, donde se prohíbe a los partidos políticos el uso de símbolos religiosos y expresiones, alusiones y fundamentaciones de carácter religioso en su propaganda.

El candidato ganador en la elección fue acusado por los partidos políticos perdedores de acudir a Misa el día de la elección, así como hacer mencionar frases religiosas en su cierre de campaña, ante ello, el Tribunal electoral decretó la nulidad de la elección.

⁸ GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl, «Propaganda religiosa: comentario a la jurisprudencia relativa al artículo 24 constitucional», en *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana* / coordinadores, FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo, CABALLERO OCHOA, José Luis, STEINER, Christian, México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Fundación Konrad Adenauer, 2013, pp. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/5.pdf>.

⁹ Carbonell, Miguel, «La libertad religiosa ante la Suprema Corte. Comentario al amparo en revisión 1595/2006», *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 21, julio-diciembre 2009, pp. 405-411. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5890/7823>.

¹⁰ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Reflexiones sobre tres sentencias del Tribunal Electoral: casos Tanetze, García Flores y Yurécuaro*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial, 2009. https://www.te.gob.mx/sites/default/files/publicaciones/file/19_reflexiones.pdf.

En este lamentable caso, se vulneró la libertad de expresión del candidato al sancionarlo por usar expresiones que mencionaban a Dios, algo que no tiene que estar prohibido, pues la libertad religiosa implica la manifestación de ideas en público y en privado, de manera individual o colectiva. Y considerar que por realizar tales acciones se vulnera el principio de «equidad en la contienda electoral» es mirar con ojos tendenciosos y con prejuicios una conducta inofensiva, pues en realidad no es un factor determinante para modificar injustamente el sentido de la votación.

Considero que los partidos políticos involucrados usaron este artilugio con una finalidad pragmática buscando encontrar un motivo para impugnar una elección en la que no obtuvieron el triunfo, pero que deviene en una limitación injusta de la libertad religiosa y de la libertad de expresión.

También el caso «Zimapán», ocurrido en 2008, donde el Tribunal Electoral federal declaró la nulidad de la elección a presidente municipal de la población Zimapán en el Estado de Hidalgo, aludiendo a que hubo propaganda de ministros religiosos a favor del candidato, lo que a juicio del tribunal implicó inequidad en la contienda y aplicó la sanción a quien ni siquiera había tenido nada que ver en la conducta señalada.

En efecto, se acusó de que el día de la elección, dos sacerdotes católicos de la iglesia principal de Zimapán leyeron en las misas un llamado al voto razonado y a favor de los candidatos que promovieran los valores de defensa de la vida, sin embargo, en ningún momento mencionaron explícitamente a ningún candidato¹¹.

Como en el caso de Yurécuaro, en este asunto también se sanciona injustamente el ejercicio de la libertad de expresión y libertad religiosa; en efecto, se anula la elección por un acto que resultó insignificante para modificar el sentido de la votación.

Lo anterior muestra que los jueces electorales en México han ignorado los principios constitucionales y convencionales de la libertad de expresión, mediante los cuales ésta no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa (salvo que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público), situaciones que no se presentan en los dos casos señalados, por tanto, resulta injusta la limitación.

Además, no se puede prohibir a un ministro de culto que predique a sus fieles el vivir los valores y principios que la denominación religiosa propone; pues es parte del derecho de libertad religiosa: la enseñanza. Y juzgar que los

¹¹ Este y otros casos se pueden estudiar en el capítulo quinto intitulado «Los tribunales mexicanos ante la realidad religiosa», de SALDAÑA SERRANO, JAVIER, *El derecho fundamental de libertad religiosa en el México de hoy (una visión crítica)*, 2020, pp. 121–156. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6031-el-derecho-fundamental-de-libertad-religiosa-en-el-mexico-de-hoy>.

dichos de un ministro de culto son un factor predominante para anular una elección es, a mi juicio, tener una visión corta de la realidad y de los derechos humanos que siempre deben aplicarse en su protección más amplia posible.

Como vemos, en los casos Yurécuaro y Zimapán se sanciona injustamente a los partidos políticos por expresiones relacionadas con lo religioso (sin valorar el alcance y la trascendencia que tuvieron); pero también se envía el mensaje a los ministros de culto de que no deben predicar, pues sus palabras pueden ser usados como causal para anular una elección. Al mismo tiempo, las resoluciones del tribunal electoral parecieran ser una advertencia autoritaria dirigida a los ciudadanos para que no ejerzan su derecho de libertad religiosa en público, so pena de ser sancionados; situaciones totalmente contrarias a los derechos fundamentales.

3. La libertad de expresión de personas religiosas y otros derechos fundamentales

3.1. *La libertad de expresión de los ministros de culto para expresar doctrinas o ideas que puedan ofender a personas de creencias diversas*

En México no se contempla la ofensa a otras religiones, sí se establece el deber de las asociaciones religiosas de «Respetar en todo momento los cultos y doctrinas ajenos a su religión» (art. 8, frac. III, Ley de asociaciones religiosas y culto público).

Los ministros de culto (líderes religiosos) sí tienen la prohibición de «realizar proselitismo o propaganda de cualquier tipo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguno» (artículo 29, frac. I, Ley de asociaciones religiosas y culto público).

Así, en principio no hay limitación para criticar la doctrina o la conducta de otras confesiones religiosas, u otro tipo de instituciones marcadas por una determinada creencia o ideología, salvo lo visto en el apartado anterior que podría ser discriminación.

Las principales limitaciones en libertad de expresión a los ministros de culto son referentes a abordar temas políticos, sea dentro o fuera de los templos.

De acuerdo con el artículo 130 constitucional, los ministros de culto «no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos del culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios» (artículo 130, inciso e).

Además, la constitución prohíbe las agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que la relacione con alguna confesión religiosa. También prohíbe las reuniones de carácter político dentro de los templos.

Esto ha llevado a la idea de que la política no se puede mezclar con la religión, y a una idea laicista de que las cuestiones públicas deben estar desligadas completamente de cualquier vinculación a lo religioso. En muchos casos se invoca lo que dice el texto constitucional: «El principio histórico de la separación del Estado y las iglesias» (artículo 130 constitucional).

Referente a la libertad de personas o instituciones religiosas para rehusar la prestación de un servicio que implica la expresión de un mensaje que va contra sus convicciones religiosas o morales no ha habido regulación que haga posible tal supuesto. No hay distinción entre el ámbito público o privado.

En el Código Penal de la Ciudad de México entre las conductas tipificadas como delito de discriminación está negar a una persona un servicio o una prestación que se ofrecen al público en general (artículo 206 frac. II).

En este sentido, en la Ciudad de México se podría acusar a una persona de discriminación por estas conductas. Aunque en otras Entidades Federativas no está regulado el delito de discriminación.

A la fecha no se han dado casos relevantes, pero está latente esa posibilidad.

También está la disposición en la *Ley general en materia de delitos electorales*, que señala en el artículo 16: «Se impondrán de cien hasta quinientos días multa a los ministros de culto religioso que, en el desarrollo de actos propios de su ministerio, o a quien en el ejercicio del culto religioso, presionen el sentido del voto o induzcan expresamente al electorado a votar o abstenerse de votar por un candidato, partido político o coalición».

Lo anterior es uno de los llamados delitos electorales expresamente dirigido a los ministros de culto, y sanciona con multa a la persona que en el ejercicio de su ministerio presione o induzca expresamente a votar o abstenerse de votar por un candidato o partido político. Este es un caso también peligroso donde puede entrar en conflicto la libertad religiosa y de expresión con el principio de «equidad en contienda electoral» y con el llamado «principio histórico de separación Iglesia-Estado» que ha caracterizado al Estado mexicano actual.

Sin embargo, en aras de privilegiar el ejercicio más amplio de los derechos humanos cabría cuestionar y revisar la pertinencia de dicho precepto legal.

A continuación, presentaré algunos casos de procedimientos administrativos y jurisdiccionales incoados contra líderes religiosos.

3.2. Casos de procedimientos contra ministros de culto

Cuando presuntamente un ministro de culto está involucrado en una conducta descrita en la Ley de Asociaciones Religiosas se remite a la Secretaría de Gobernación (equivalente al Ministerio del Interior) autoridad administrativa

que podrá sancionar con penas que van desde el apercibimiento hasta la cancelación del registro de la asociación religiosa (art. 32 de la referida ley).

Respecto a casos de procedimientos contra ministros religiosos, la mayoría se ha enfocado en supuesta participación de éstos en elecciones, aunque también relacionadas con el punto de vista manifestado referente a reformas legales o decisiones del gobierno.

Así, en 2010 se acusó a la Arquidiócesis de México y a su vocero por la difusión a través de internet, de publicaciones impresas y en entrevistas, de opiniones respecto a modificaciones legislativas que establecieron el matrimonio de personas del mismo sexo y en contra del partido político que las promovió. El asunto fue abordado por la autoridad administrativa electoral, por el tribunal electoral y la Secretaría de Gobernación. Al final, la sanción fue un apercibimiento a la asociación religiosa que le realizó la Secretaría de Gobernación, autoridad facultada para ello¹².

En 2021, el obispo de la diócesis de Mexicali en el estado de Baja California, José Isidro Guerrero Macías, fue acusado de violentar el principio constitucional de separación Iglesia-Estado al hacer proselitismo a favor del Partido Encuentro Solidario (PES) y del candidato a gobernador por ese partido.

El ministro de culto alegó que sus expresiones se realizaron en el ejercicio de su libertad de creencia y de culto, y no con el fin de inducir al voto a los ciudadanos pues no mencionó a partido o candidato alguno, sin embargo, el tribunal electoral consideró que al referirse a los planteamientos políticos en defensa de la vida y de la familia hace identificables a los candidatos por los que se manifestó. El tribunal electoral señaló que el prelado violentó el principio de separación Iglesia-Estado y excedió la libertad de culto. Sin embargo, el tribunal electoral no tiene facultad para sancionarlo, sino solo la Secretaría de Gobernación, a quien se remitió el asunto.

De igual manera, en 2021 un militante del partido político MORENA presentó denuncias contra el cardenal emérito de Guadalajara Juan Sandoval Íñiguez; Pedro Pablo Elizondo Cárdenas, obispo de Cancún-Chetumal; Mario Ángel Flores Ramos, sacerdote y en ese entonces rector de la Universidad Pontificia de México; contra Ángel Espinosa de los Monteros Gómez Haro, sacerdote católico; y contra Carlos Aguiar Retes, arzobispo primado de México; todos en su calidad de ministros de culto porque se publicaron y difundieron en redes sociales diversos videos en los que emitieron manifestaciones que presuntamente vulneraban el principio de separación Iglesia-Estado¹³.

¹² Este y otros casos pueden verse con detalle en: DOMÍNGUEZ NARVÁEZ, Lucila Eugenia, *Expresiones de ministros de culto en materia político-electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014. Disponible en: https://www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files/archivos_libros/Temas%20Selectos%20de%20Derecho%20Electoral%20No.%2043.pdf.

¹³ RAMOS, David, «Confirman sentencia contra cardenales y sacerdotes por alentar voto católico en México», *ACI prensa*, 20 de enero de 2022, Disponible en: <https://www.aciprensa>.

El asunto pasó por la autoridad administrativa electoral, por la sala regional de Tribunal Electoral, hasta llegar a la sala superior del Tribunal electoral del Poder Judicial quien confirmó la existencia de la violación al principio constitucional de separación Iglesia-Estado, por parte del cardenal Juan Sandoval Íñiguez y del sacerdote Mario Ángel Flores Ramos¹⁴. Los otros ministros fueron exculpadados.

La sentencia fue remitida a la Secretaría de Gobernación quien aplicará la sanción que considere.

Ante dicha resolución, la Conferencia del Episcopado mexicano a través de su secretario general, señaló en un comunicado que «no compartimos los razonamientos expresados por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pues consideramos son violatorios de uno de los derechos humanos más importantes en un Estado democrático, la libertad de expresión». También aseveró que «[...] en un Estado democrático moderno, este tipo de resoluciones restrictivas de los derechos humanos se alejan de los parámetros establecidos en los Tratados y convenciones internacionales»¹⁵.

El prelado lamentó que el órgano de justicia «ha sancionado a hermanos míos, obispos y sacerdotes, porque se han pronunciado en temas de carácter social, yendo con esta sentencia en contra de la libertad de expresión que México ha firmado en tratados internacionales»¹⁶.

En efecto, si se analiza lo que dijeron los ministros de culto sancionados se verá que no hicieron otra cosa que ejercer la libertad de expresión como cualquier otro ciudadano, y que sus opiniones son también en ejercicio de la libertad religiosa y de pensamiento que toda persona tiene.

Sin embargo, como lo he señalado reiteradamente en este estudio, en México se limitan los derechos humanos cuando hay una finalidad de conveniencia política, olvidando que los derechos humanos son para todas las personas, sin importar su ideas, convicciones u opiniones.

Además, estos procedimientos judiciales provocan mayor división y encono entre los miembros de la sociedad, pues al ser presentados por los medios de información se generan posiciones a favor y en contra que devienen en situaciones de conflicto y enfrentamiento constante.

com/noticias/confirman-sentencia-contra-cardenal-y-sacerdote-por-alentar-voto-catolico-en-mexico-70087.

¹⁴ Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, «El TEPJF confirma la violación al principio constitucional de separación Iglesia-Estado atribuida a dos ministros de culto», *Tribunal Electoral*, 19/enero /2022, Disponible en: <https://www.te.gob.mx/front3/bulletins/detail/4407/0>.

¹⁵ RAMOS, David, «Enérgica crítica de Obispos de México a “violatoria” sentencia contra cardenales», *ACI prensa*, 21 de enero de 2022, Disponible en: <https://www.aciprensa.com/noticias/energica-critica-de-obispos-de-mexico-a-violatoria-sentencia-contra-cardenales-63075>.

¹⁶ *Idem*.

La Secretaría de Gobernación en pocas ocasiones ha aplicado sanciones a los ministros de culto en estos casos, sin embargo, considero que la sola inquisición ya es una vulneración a la libertad de expresión comprendida por la libertad religiosa.

Por tanto, si se quiere llegar a una plenitud en el ejercicio de los derechos fundamentales debe privilegiarse el ejercicio de estas libertades, en lugar de restringirlas.

4. Conclusiones

Podemos señalar que el debate entre libertad de expresión y libertad religiosa en México ha oscilado entre la inactividad del Estado en algunos casos, y acciones por conveniencia política, en otros.

La libertad de expresión y la libertad religiosa deben ejercerse de la forma más amplia posible, las restricciones a las mismas deben estar justificadas y dentro de los límites razonables analizados en este artículo.

Aunque México ha firmado y ratificado diversas convenciones y tratados en derechos humanos que tratan sobre la libertad religiosa y la libertad de expresión todavía le quedan muchos aspectos por regular para proteger la libertad religiosa. Es importante que el legislador y los jueces tomen en cuenta los derechos fundamentales de los líderes religiosos quienes sufren una vulneración constante por la inquisición realizada por las autoridades electorales.

También es importante el respeto a los sentimientos y símbolos religiosos de todos los individuos, como parte de este ejercicio de la libertad religiosa. En una sociedad democrática debe haber respeto a todas las opiniones y expresiones religiosas «tratando a los demás como uno quisiera ser tratado», como señala la máxima de derecho natural presente en todas las religiones.

La libertad de expresión y la libertad religiosa plenas deben ser protegidas por el Estado y por los ciudadanos. Esto no es fácil cuando se vive en una situación de confrontación y enfrentamiento permanente.

La sana convivencia en sociedad requiere respeto mutuo de las partes. La tolerancia implica respeto a la opinión del otro, aunque no se comparta su opinión; esto se logra mediante el diálogo.

En México se debe pasar de una confrontación entre lo político y lo religioso, a un respeto y colaboración entre todos los actores de la sociedad para beneficio común.

Ejemplo de diálogo entre el Estado y las iglesias es el encuentro bajo el tema «Laicidad positiva y la libertad religiosa», realizado el 26 de abril 2022, donde participaron el canciller mexicano Marcelo Ebrard Casaubón, el cardenal Pietro

Parolin, Secretario de Estado de la Santa Sede, junto con el cardenal Carlos Aguiar Retes, arzobispo primado de México y monseñor Rogelio Cabrera López, arzobispo de Monterrey y presidente de la Conferencia del episcopado mexicano (CEM) y el director de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). En dicho evento realizado en la Antigua Escuela de Medicina de la UNAM en la Ciudad de México, se enfatizó en el diálogo y la colaboración posible entre el Estado y las Iglesias.

El cardenal Parolín señaló que tanto el Estado como la Iglesia deben contribuir a la promoción de la sociedad, de los valores democráticos, y, para ello, deben ver los retos del futuro «no como una ocasión de división», sino como una oportunidad para trabajar juntos, para «dar esperanza a quien se resigna a la lógica del conflicto, a quien sigue cínicamente la búsqueda de la ganancia a cualquier precio, a quien se entrega desesperado a los métodos inicuos de la violencia»¹⁷. El secretario de Relaciones Exteriores de México por su parte comentó la importante colaboración en temas como la paz, la reducción de armas en el mundo, la protección de los derechos de los migrantes, de los de la mujer, la superación de la pobreza y otras «causas afines entre México y la Santa Sede»¹⁸.

De igual manera, como ejemplo de diálogo interreligioso y del Estado con las Iglesias se realizó el 28 de abril de 2022 en el Senado de la República en la Ciudad de México el 2.º *Foro Interamericano de Colaboración y Diálogo Interreligioso*, bajo el tema «Libertad de Expresión: Un derecho inseparable de la Libertad Religiosa», evento que reunió a participantes provenientes de países como Colombia, Panamá, Uruguay, República Dominicana, Argentina, Estados Unidos, Perú, Guatemala y México.

En dicho evento inédito en México, realizado en el salón donde sesiona la Comisión Permanente (diputación permanente) del Congreso General, se presentaron líderes religiosos, autoridades, legisladores, académicos y miembros de la sociedad civil de Latinoamérica para realizar un diálogo respetuoso y propositivo para el ejercicio pleno de la libertad religiosa y colaboración entre los diversos entes de la sociedad.

Como señala la memoria del evento se «abrió un espacio de diálogo para fortalecer y difundir las garantías y derechos relacionados con el respeto a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; al mismo tiempo que identificó los retos políticos y sociales que enfrentan las diferentes denominaciones religiosas al profesar sus creencias religiosas en la vida pública»¹⁹.

¹⁷ TUFANI DÍAZ, Alina, «Parolin en México. Abrir nuevos espacios de diálogo entre Iglesia y Estado», *Vatican News*, 27 abril 2022. Disponible en: <https://www.vaticannews.va/es/vaticano/news/2022-04/parolin-mexico-nuevos-espacios-dialogo-entre-iglesia-estado.html>.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Conciencia Nacional por la Libertad Religiosa, 2.º *Foro Interamericano de Colaboración y Diálogo Interreligioso; Libertad de Expresión: Un derecho inseparable de la Libertad Religiosa. Memoria 28*

Estos eventos muestran la posibilidad de diálogo y colaboración entre lo público y lo privado; entre lo religioso y lo secular; entre lo político y lo espiritual; entre la academia y la *praxis* política; entre las distintas denominaciones religiosas entre sí y con otros entes; todo ello, para construir una mejor sociedad donde todos podamos ejercer a plenitud nuestros derechos fundamentales. Una sociedad donde a través del diálogo podamos llegar a acuerdos que beneficien a todos, para el bien común. Sin duda, ¡esto es posible!

Como lo señala el Papa Francisco: «*Acercarse, expresarse, escucharse, mirarse, conocerse, tratar de comprenderse, buscar puntos de contacto, todo eso se resume en el verbo “dialogar”. Para encontrarnos y ayudarnos mutuamente necesitamos dialogar*»²⁰.

de abril de 2022, Disponible en: https://www.forointerreligioso.org/wp-content/uploads/2022/09/MEMORIA-FORO-ABRIL-2022_ESPAN%CC%83OL.pdf.

²⁰ Papa Francisco, *Carta Encíclica Fratelli Tutti del Santo Padre Francisco sobre la fraternidad y la amistad social*, Librería Editrice Vaticana, 2020, núm. 198. Disponible en: https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html.

Capítulo 10

Libertad de expresión en Uruguay: sus límites y su sinergia con el derecho a la libertad religiosa

Sofía Maruri Armand Ugon

Universidad de Montevideo

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. MARCO JURÍDICO NACIONAL: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN URUGUAY. 2.1. *Marco constitucional*. 2.2. *Marco legislativo*.— 3. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL: TRATADOS RATIFICADOS POR URUGUAY QUE REGULAN EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.— 4. SOBRE LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SI SE CONSIDERA QUE LA OFENSA A LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS CONSTITUYE UN LÍMITE LEGÍTIMO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.— 5. CASOS RELEVANTES SOBRE CONFLICTOS ENTRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD RELIGIOSA EN URUGUAY.— 6. CONCLUSIÓN.

1. Introducción

La libertad de expresión está reconocida como una de las libertades fundamentales y uno de los pilares en los que se basan las democracias liberales. Se supone que la capacidad de ejercer esta libertad garantiza que toda sociedad participe en un debate abierto sobre cuestiones de interés público y se beneficie del acceso a la información. Con ello se pretende que las personas puedan tomar decisiones bien informadas en todas las esferas de la vida privada y pública. Sin una libertad de expresión efectiva la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a romperse y los mecanismos de control y denuncia de los ciudadanos empiezan a ser inoperantes.

Sin embargo, este derecho debe convivir con otros derechos, como el de la libertad religiosa. Podemos preguntarnos: ¿qué hacer cuando el ejercicio de la libertad de expresión deriva en una ofensa para personas, instituciones o doctrinas religiosas? ¿Y cuando la situación se da a la inversa y es el lenguaje religioso el que hiere otras sensibilidades? ¿Cómo actuar en casos en los que, la expresión de ideas religiosas o morales pueda entenderse lesiva para otras personas, instituciones o creencias?

Este trabajo estudiará la regulación, los límites y el alcance del derecho a la libertad de expresión en el Derecho uruguayo y en los tratados internacionales

de Derechos Humanos ratificados por Uruguay. Además, analizará situaciones de conflicto entre libertad de expresión y libertad religiosa en Uruguay.

2. Marco jurídico nacional: la libertad de expresión en Uruguay

2.1. Marco constitucional

El marco constitucional del derecho a la libertad de expresión está dado por los artículos 7 y 29 de la Constitución de la República.

El Artículo 7 consagra el derecho a la libertad de forma general, al establecer que: «*[l]os habitantes de la República tienen el derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general*».

Por su parte, el Artículo 29 se refiere específicamente a la libertad de expresión al decir que: «*[e]s enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren*».

El adverbio «enteramente» agregado al adjetivo «libre», subraya el valor que tiene para la Constitución uruguaya la libertad de comunicar los pensamientos. Tal como señala Horacio Cassinelli Muñoz, esta es la única vez en que la Carta Magna califica a una libertad de «entera»¹. Esto puede llevar a deducir que, en caso de duda acerca de si hay que dar cabida a la libertad de expresión o no, la respuesta siempre tiene que ser a favor de la libertad.

Esta libertad se refiere a los derechos de: hablar; escribir; difundir expresiones orales o escritas por diferentes medios; expresión artística o simbólica; buscar, recibir y acceder a expresiones, ideas, opiniones e informaciones de todo tipo; disponer de información sobre uno mismo en bases de datos; y poseer información y transportarla.

Al hablar de «comunicación de pensamientos», y no solamente de «expresión», el artículo 29 está protegiendo a los dos polos de la relación comunicativa: a quien expresa y a quien recibe el pensamiento comunicado. De esta forma, regula de forma implícita las dos dimensiones de la libertad de expresión. Por un lado, la esfera individual que garantiza la libre expresión de ideas, informaciones y opiniones a todas las personas. Por otro lado, la dimensión social que garantiza el derecho de toda la sociedad a estar informada y a recibir ideas y pensamientos de todo tipo. Para toda persona, el conocimiento de las opiniones de los demás o la información de que disponen los demás es tan importante como el

¹ Horacio CASINELLI MUÑOZ, *Derecho a la información, derecho al honor y la Constitución de la República*, p. 75.

derecho a difundir la propia opinión o información. Por eso, la Constitución valora y le da una misma jerarquía tanto a la libertad de comunicar como a la de recibir ideas.

Este Artículo 29 no se limita a la libertad de prensa, como sucede en otros documentos constitucionales, sino que están amparadas por esta disposición también las formas de transmitir el pensamiento que son distintas de la prensa. Es más, el texto constitucional uruguayo no sólo extiende el reconocimiento de esta libertad a medios distintos de la prensa hoy existentes, sino que «utiliza una fórmula abstracta que permite encuadrar en la previsión constitucional a los futuros medios de comunicación que puedan irse creando, cosa que en este momento histórico tiene una importancia notable en virtud de los procesos de la tecnología de las comunicaciones»².

2.2. Marco legislativo

Conocido el marco constitucional uruguayo que reconoce y protege el derecho a la libertad de expresión, se verá cuál es el límite que marca la ley a este derecho. Para eso, la normativa interna uruguaya tipifica los delitos de ofensa al culto, difamación, injurias y de incitación pública a un discurso de odio o desprecio. Con esto, marca que no toda expresión de pensamiento es lícita.

Los delitos de ofensa al culto son tres y están regulados en los artículos 304, 305 y 306 del Código Penal uruguayo. El primero de estos artículos se refiere a la ofensa al culto por el impedimento o la perturbación de una ceremonia religiosa o de un rito religioso³. El segundo es el relativo a la ofensa al culto por el ultraje de los lugares o de los objetos a él destinados, y dice: «el que, de cualquier manera, con palabras o con actos, incluso de deterioro o la destrucción, ofendiere alguna de las religiones toleradas en el país, ultrajando las cosas que son objeto de culto, o que sirven para su ejercicio, en los lugares destinados al culto, siempre que la ofensa se efectuare públicamente o revistiese por su notoriedad, un carácter público, será castigado [...]». Puede verse como una de las formas en que se consuma el delito es a través de las palabras, por lo que tiene una relación directa con el derecho a la libertad de expresión. El tercero es el delito de ofensa al culto por el ultraje público a las personas que lo profesan o a los ministros de culto, y establece que «el que de cualquier manera ofendiere alguno de los cultos tolerados en el país, ultrajando públicamente a sus ministros o a las personas que profesan dicho culto, será castigado [...]».

² Horacio CASINELLI MUÑOZ, p. 75.

³ El artículo 304 del Código Penal Uruguayo reza: «(Ofensa al culto por el impedimento o la perturbación de la ceremonia) El que impidiere o perturbare, de cualquier manera, una ceremonia religiosa, el cumplimiento de un rito o un acto cualquiera de alguno de los cultos tolerados en el país, en los templos, en los lugares abiertos al público o en privado, pero en este último caso con la asistencia de un ministro del culto, será castigado con tres a dieciocho meses de prisión».

Tal como entiende el reconocido autor penalista Miguel Langón, el bien jurídico protegido detrás de estos tres artículos es la libertad en su dimensión religiosa, garantizada como está la libertad de pensamiento, de conciencia y por lo tanto de cultos y de pertenencia a una u otra religión en el territorio nacional⁴. De este modo, la ley protege no solo el «culto» en sí mismo, sino también el «sentimiento religioso» de los demás, «esa conciencia íntima que se tiene respecto de una cosa, en el caso valiosísima para cada uno, es sagrado, y es ese sentimiento el que protege la ley, que no lo juzga, ni valora sino que simplemente resguarda de toda ofensa que lo vulnere»⁵.

El artículo 333 del Código Penal tipifica el delito de difamación y establece que *«[e]l que ante varias personas reunidas o separadas, pero de tal manera que pueda difundirse la versión, le atribuyere a una persona un hecho determinado, que si fuere cierto, pudiera dar lugar contra ella a un procedimiento penal o disciplinario, o exponerla al odio o al desprecio público, será castigado [...]»*. Lo hace de forma general sin establecer cuáles son las razones que pueden llevar al odio o desprecio público, como pueden ser condiciones de raza, sexo, religión o etnia.

Por su parte, el artículo 334 tipifica el delito de injurias y dispone que: *«[e]l que fuera de los casos previstos en el artículo precedente, ofendiere de cualquier manera, con palabras, escritos o hechos, el honor, la rectitud o el decoro de una persona, será castigado con pena de tres a dieciocho meses de prisión o [...] multa»*⁶. En este artículo tampoco aparecen razones específicas.

Tal como entiende Rafael Palomino, la legislación que combate los delitos de odio puede adoptar diferentes formas, pero hay tres modos fundamentales de tratamiento: estableciendo tipos penales específicos (precisamente en razón de la intención del agente), circunstancias agravantes (establecidas por la propia ley penal o estimadas para el caso singular por el juez) o exigiendo a las agencias del Poder Ejecutivo que reúnan y estudien datos estadísticos acerca de los crímenes o delitos de odio⁷. En el caso de Uruguay, los delitos de incitación al odio, desprecio o violencia o comisión de estos actos contra determinadas personas aparecen regulados en la Ley n.º 17.677 de 2003 que tipifica como una conducta reprochable penalmente la incitación pública a un discurso de odio o desprecio. Esta ley modifica el Código Penal al incorporar el artículo 149 bis que dispone: *«[e]l que públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública incitare al odio, al desprecio, o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, será castigado con tres a dieciocho meses de prisión»*. Se aprecia cómo se tipifica el delito de odio antirreligioso. A diferencia de los delitos de difamación e injuria, en este caso sí aparecen las razones que

⁴ Miguel LANGÓN, *Código Penal uruguayo y leyes complementarias comentadas*, p. 772.

⁵ Miguel LANGÓN, p. 773.

⁶ Esta redacción la estableció la Ley n.º 15.903 de 1987.

⁷ Rafael PALOMINO, *Libertad Religiosa y Libertad de Expresión*, p. 529.

dan lugar a la incitación al odio, desprecio o violencia, entre las cuales se encuentra la religión.

Un año más tarde de promulgada esta norma, se sancionó la Ley n.º 17.817 de 2004 que declaró de interés nacional la lucha contra el racismo, la xenofobia y toda forma de discriminación. Dicha norma establece en su artículo 2 que *«[a] los efectos de la presente ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción, preferencia o ejercicio de violencia física y moral, basada en motivos de raza, color de piel, religión, origen nacional o étnico, discapacidad, aspecto estético, género, orientación e identidad sexual, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública»*. Se aprecia cómo vuelven a aparecer las razones que provocan la discriminación, entre ellas la religión.

Esta normativa interna uruguaya tiene que leerse e interpretarse a la luz de lo establecido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), tal como lo establece la ley n.º 18.515 de 2009⁸ en su artículo 3 cuando reza que *«constituyen principios rectores para la interpretación, aplicación e integración de las normas civiles, procesales y penales sobre expresión, opinión y difusión, relativas a comunicaciones e informaciones, las disposiciones consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, se tomarán en cuenta muy especialmente los criterios recogidos en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Americana de Derechos Humanos y en las resoluciones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, siempre que ello no implique disminuir los estándares de protección establecidos en la legislación nacional o reconocidos por la jurisprudencia nacional»*.

3. Marco jurídico internacional: tratados ratificados por Uruguay que regulan el derecho a la libertad de expresión

Uruguay ha ratificado importantes instrumentos internacionales del sistema universal como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del sistema americano la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que tienen una consagración expresa del derecho a la libertad de expresión; estos instrumentos fueron aprobados por las Leyes n.º 13.751 y 15.737 respectivamente.

El PIDCP es uno de los tratados internacionales de derechos humanos con mayor número de ratificaciones y uno de los tratados fundamentales del DIDH. La primera parte de su artículo 19 constituye una declaración del derecho a la

⁸ Ley que realizó una reforma a la ley de prensa.

libertad de expresión y, de forma similar a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, establece que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión: a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, oralmente, por escrito, en forma impresa y por cualquier medio artístico o de otro tipo. El ejercicio del derecho conlleva deberes y responsabilidades. Por ello, la segunda parte del artículo describe los contextos en los que se puede limitar. Establece que las restricciones deben estar definidas por la ley y ser necesarias para el respeto de los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

El derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 19 tiene su contrapartida en la obligación del Estado de respetar el derecho y asegurar que los individuos puedan ejercer las garantías que proclama. Por ello, el artículo 20 define los deberes positivos de los Estados en materia de libertad de expresión: deben prohibir por ley toda propaganda en favor de la guerra o toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. Este artículo es diferente de otros artículos del PIDCP, ya que no reconoce un derecho, sino que impone la obligación de tomar medidas afirmativas para garantizar la protección de los derechos: adoptar leyes u otras medidas que puedan ser necesarias para hacer efectivo el derecho. Ha sido objeto de un intenso debate en el DIDH, ya que no existe una definición universalmente reconocida de lo que significa la propaganda o la incitación al odio. Plantea una cuestión importante, que se analizará más adelante, sobre dónde trazar la línea entre el discurso aceptable y el inaceptable.

Por su parte, la CADH trata la libertad de pensamiento y de expresión en su artículo 13. Se destaca porque establece más restricciones al derecho a la libertad de expresión que otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos. A diferencia de otros, incluye la posibilidad de la censura estatal ya que establece que «los espectáculos públicos pueden ser sometidos por ley a censura previa con el único fin de regular el acceso a los mismos para la protección moral de la infancia y la adolescencia» (artículo 13.4). Además, establece que «estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional» (artículo 13.5). De este modo, aparece de forma explícita la prohibición del discurso de odio antirreligioso.

Aparte de estos instrumentos, Uruguay ha ratificado otros tratados internacionales que también se refieren a la libertad de expresión. Entre ellos se encuentran: la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención de los derechos del niño, la Convención de protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares, y

la Convención Interamericana contra toda forma de intolerancia y discriminación.

La Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, consagra en su artículo 5 las obligaciones de los Estados «a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: vii) el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; viii) el derecho a la libertad de opinión y de expresión».

La Convención de los derechos del niño regula expresamente el derecho a la libertad de expresión en el artículo 13, al disponer que todo niño tendrá el derecho a la libertad de expresión, lo que implica la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras «ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño».

La Convención de protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares, reconoce el derecho a la libertad de expresión en su artículo 13 y establece que «1. El derecho de opinión de los trabajadores migratorios y sus familiares no será objeto de injerencia alguna. 2. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de recabar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin limitaciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio de su elección».

Por último, está la Convención Interamericana contra toda forma de intolerancia y discriminación⁹. Se trata del primer pacto internacional jurídicamente vinculante que reconoce explícitamente a la orientación sexual, la identidad y la expresión de género como motivo de discriminación. Establece que todo Estado debe prevenir, eliminar, prohibir y sancionar los actos de intolerancia y discriminación. El texto ha sido criticado porque otorga al término «intolerancia» tal amplitud y vaguedad que su implementación puede llevar a que se anule la opinión de quien piense distinto y que su discurso sea catalogado como intolerante, discriminador o de odio, poniendo en riesgo el pleno ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Al día de la fecha, solo México y Uruguay han ratificado el instrumento y efectuado el depósito correspondiente.

Todos los tratados y convenciones citados en este apartado son normas vinculantes de Derecho Internacional, que se caracterizan por ser autoejecutables. Esto implica que pueden aplicarse directamente por los jueces nacionales, sin

⁹ A-69 de 2013, Guatemala. El texto completo de la Convención puede encontrarse en el siguiente link: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp.

necesidad de reglamentación legal ni administrativa para su implementación o exigibilidad.

4. Sobre los límites de la libertad de expresión y si se considera que la ofensa a los sentimientos religiosos constituye un límite legítimo a la libertad de expresión

El derecho a la libertad de expresión debe garantizar no sólo la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también las ideas que ofenden, chocan, son desagradables o molestan al Estado o a cualquier sector de la población. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no hay democracia.

Existen dos formas de entender e interpretar la libertad de expresión y sus límites. Por un lado, está el enfoque estadounidense (o enfoque de la Primera Enmienda) basado en la tradición cultural y política del liberalismo. Entiende que debe prevalecer un principio de neutralidad del Estado respecto a las diferentes opiniones religiosas, morales y políticas de los ciudadanos, independientemente del contenido del discurso. Así, el Estado no tiene derecho a restringir las ideas en función de su contenido. Sin embargo, opta por el mal menor de permitir la presencia de discursos extremistas o discriminatorios, por lo que da prioridad a la libertad de los individuos para transmitir esas ideas. Opta por la tolerancia hacia los intolerantes. El enfoque estadounidense se basa en la noción del «libre mercado de ideas» o *«free market of ideas»*, una idea que apareció por primera vez en la opinión disidente del juez de la Corte Suprema norteamericana Oliver Wendell Holmes en el caso *Abrams v. United States* (1919)¹⁰ y que luego acuñó el juez Joseph Brennan en su voto concurrente en el caso *Lamont v. Postmaster General* (1965). Esta noción se basa en la idea de que el debate sin restricciones sería el vehículo más apropiado para alcanzar la verdad y que la cura para el mal discurso es más discurso.

Por otro lado, está el enfoque europeo que, más que priorizar el principio de libertad, da especial importancia a la igualdad, la dignidad y el honor de los ciudadanos. Se basa en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que admite la restricción de la libertad de expresión por razones como la seguridad nacional, la defensa del orden, la prevención del delito, la protección de la reputación o los derechos de los demás. A diferencia del enfoque estadounidense, la concepción europea habla de la intolerancia hacia los intolerantes.

Sea cual sea el enfoque que se adopte, hay discursos que causan daño por su contenido o por los efectos negativos que podrían causar. En consecuencia, tanto

¹⁰ 250 US 616 (1919).

el marco jurídico uruguayo como el DIDH entienden que hay algunas categorías de discurso que no deben ser protegidas, sino prohibidas.

El DIDH establece que no todas las formas de expresión son lícitas y están protegidas. Estas formas de discurso son:

- a) la propaganda de guerra y la apología del odio por motivos de raza, color, religión, lengua u origen nacional que puedan suscitar violencia, hostilidad o discriminación, prohibidas por el artículo 20 del PIDCP y el artículo 13 de la CADH;
- b) la incitación directa y pública al genocidio, prohibida tanto por el derecho internacional de los tratados —por el artículo III (c) de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio— como por el derecho internacional consuetudinario; y
- c) la pornografía infantil, prohibida en términos absolutos por la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 34.c), el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y el Convenio n.º 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre las peores formas de trabajo infantil (artículo 3.b).

A estas formas de discurso consideradas inaceptables se les suman las dos reguladas por el derecho interno uruguayo que fueron antes mencionadas: por un lado, la de incitar al odio, al desprecio, o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual (Ley n.º 17.677 de 2003); y por otro lado, las expresiones que tengan como fin: perturbar una ceremonia religiosa (artículo 304 del Código Penal), ofender alguna de las religiones toleradas en el país (artículo 305 del Código Penal), o ultrajar públicamente a los ministros de culto o a las personas que profesan dicho culto (artículo 305 del Código Penal).

De esto se concluye que, en general, sentirse ofendido no constituye un límite legítimo a la libertad de expresión (sería un límite sólo cuando se agravian sentimientos religiosos y se cumplen las condiciones estipuladas por la ley penal). El verdadero límite, que aplica a cualquier caso, sería el de la incitación a la violencia, al desprecio o al odio y a la discriminación. El problema está en que muchas veces, parece que no se entiende la diferencia que existe entre el discurso que ofende y la incitación a la discriminación. Hay personas que creen que son lo mismo, pero no lo son. Es importante marcar una distinción entre la libertad de decir cosas que pueden ofender (que es lícita) y la «libertad de ofender» (es decir, de intencionalmente insultar, agraviar e injuriar, que es ilegítima).

Actualmente, no existe una definición legal de lo que es el discurso de odio o la incitación a la discriminación en el DIDH. Jeremy Waldron, en su libro *The Harm in Hate Speech*, pretende dar una diciendo que implica el uso de palabras

abusivas, insultantes o amenazantes hacia miembros de minorías vulnerables para suscitar el odio contra ellos¹¹. Por su parte, Rafael Alcácer Guirao entiende que el discurso de odio es el mensaje cuya finalidad es incitar directamente a cometer actos de violencia contra los miembros de un grupo. Para que esa incitación sea tal, debe ser intencionada, de carácter público y debe constituir una amenaza creíble¹².

Sin embargo, hay otros autores que ven el discurso de odio simplemente como un discurso que hiere y ofende. Waldron, sin embargo, expone que el discurso de odio es diferente del discurso que simplemente ofende. El objetivo de las leyes sobre el discurso del odio no es evitar que la gente se sienta ofendida¹³. La ofensa es una reacción subjetiva, ya que las personas pueden ser más o menos susceptibles de ser ofendidas. Es inviable determinar un estándar intersubjetivo de ofensa y no es un objeto adecuado de preocupación legislativa. Es más, ¿existe el derecho a «no ser ofendido»? No hay derecho a exigir la supresión de las manifestaciones por las que uno se siente ofendido. La expresión debe restringirse no cuando ofende o hiere, sino sólo cuando constituye una incitación a la violencia.

En esta misma línea, Javier Martínez-Torrón plantea que «la libertad de expresión *no es la libertad de ofender*, sino la *libertad de decir cosas que pueden ser ofensivas* para otros o que pueden ser entendidas por otros como ofensivas»¹⁴, debiéndose poner el acento en el contenido de la información o de las ideas y no en la ofensa en cuanto tal. Así, es distinguible el lenguaje contundente o incluso el claramente ofensivo del lenguaje abusivo, aunque la línea divisoria no sea siempre nítida.

Tal como expresa Carmen Asiaín, «no es deseable una protección jurídica de los sentimientos —no los derechos— religiosos tan blindada que acabe siendo una mordaza de la libre expresión, también de la libre expresión del discurso religioso. Tampoco una protección de la libertad de expresión a modo de derecho absoluto y autónomo, que deba primar en todo caso sin medir consecuencias dañinas»¹⁵.

Es necesario equilibrar los derechos, y también evitar que las personas utilicen sus derechos (de expresión) como armas para atacar el derecho (como el de expresión o de religión) de los demás. La ponderación sólo puede hacerse

¹¹ Jeremy WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, p. 8.

¹² Rafael ALCÁCER GUIRAO, *La Libertad de Odio: Discurso Intolerante y Protección Penal de Minorías*, p. 227.

¹³ Jeremy WALDRON, p. 107.

¹⁴ Javier MARTÍNEZ TORRÓN, «¿Libertad de expresión amordazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo», en *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, p. 119.

¹⁵ Carmen ASIAÍN PEREIRA, «Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa una perspectiva latinoamericana ¿Fronteras en disputa, armonización o interpretación?», p. 374.

caso por caso, considerando las circunstancias e implicaciones particulares de cada uno de ellos: qué se dijo, quién lo dijo, cómo se dijo, cuándo y dónde, qué intención tenía el orador y qué impacto tuvo su declaración¹⁶. Estas ideas se expresan en el Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye una incitación a la discriminación¹⁷, adoptado por los expertos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Rabat los días 4 y 5 de octubre de 2012.

El Plan de Acción de Rabat sugiere que el artículo 20 del PIDCP requiere un umbral alto porque la limitación de la libertad de expresión debe seguir siendo una excepción. Por ello, esboza una prueba de seis partes que puede utilizarse para comprobar si una declaración o expresión constituye una incitación al odio o no: (1) el contexto social y político de la declaración; (2) la posición o estatus del orador; (3) la intención de incitar a la audiencia contra un grupo objetivo; (4) el contenido y la forma del discurso; (5) el alcance de su difusión; y (6) la probabilidad de daño.

En los casos en que una comunidad de creyentes de alguna confesión religiosa se vea agraviado por ofensa por medio del discurso de individuos de la sociedad que desafían sus postulados, Carmen Asiaín entiende que «habrá de evaluarse si tal ofensa llega a menoscabar los verbos nucleares del derecho de libertad religiosa de que son titulares»¹⁸. Tal como expresa esta autora, «el Derecho no provee una garantía contra las críticas ni tampoco obra de profilaxis de la mera ofensa, más allá de compartirse o no el buen gusto de algunos recursos. Distinto será el caso si mediante el discurso se llega a menoscabar uno de los contenidos esenciales del derecho. En definitiva, la titularidad de derechos no hace a su portador inmune a la crítica (que constituye para el ofensor un derecho), sino permeable a la misma. El límite (filtro) estará dado por la causación de daño»¹⁹.

5. Casos relevantes sobre conflictos entre el derecho a la libertad de expresión y la libertad religiosa en Uruguay

En lo que se refiere a casos relevantes sobre conflictos entre el derecho a la libertad de expresión y la libertad religiosa en Uruguay, son muy pocos los que han llegado a una instancia judicial. Más que sentencias penales o civiles que condenen a quienes han cometido delitos o ilícitos al abusar del ejercicio de su derecho a la libertad de expresión y en detrimento de la libertad religiosa, hay

¹⁶ Amal CLOONEY y Philippa WEBB, «The Right to Insult in International Law», *Columbia Human Rights Law Review* 48 (2017), p. 25.

¹⁷ A/HRC/22/17/Add.4.

¹⁸ Carmen ASIAÍN PEREIRA, «Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa una perspectiva latinoamericana ¿Fronteras en disputa, armonización o interpretación?», cit., p. 367.

¹⁹ *Ibidem*.

una autocensura del hecho religioso que lleva a que no se quiera iniciar reclamo de ningún tipo.

A continuación algunos casos que se han producido en los últimos años:

Caso 1: Julio 2018. La Directora de Desarrollo Social de la Intendencia Municipal de Montevideo, Fabiana Goyeneche, promovió en su cuenta de Twitter la realización de test gratuitos de VIH con el siguiente mensaje: «Menos rosarios en los ovarios y más salud sexual y reproductiva en serio». Las autoridades municipales le solicitaron que eliminara el tuit y que emitiera una disculpa pública, lo cual hizo²⁰.

Caso 2: Octubre 2018. Pablo Cabrera, representante de los trabajadores dentro del Directorio de la Administración de Servicios de Salud del Estado, asistió a la Marcha de la Diversidad disfrazado con una vestimenta de las que son usadas por altas jerarquías de la Iglesia Católica. Según manifestó a la prensa, su vestimenta no fue ni por parodia ni por burla, sino para «invitar a la reflexión» sobre los abusos que ha cometido la Iglesia Católica a lo largo de la historia²¹. Si bien la comunidad católica se vio amenazada, ofendida y discriminada, no hubo ningún proceso de reclamo en contra del mandatario.

Caso 3: Noviembre de 2018. La Ministra de Educación y Cultura, María Julia Muñoz, trató de «plaga que aumenta» a las iglesias pentecostales, en una conversación de Whatsapp con miembros de su partido político y que se hizo pública. Un Diputado Nacional evangélico le pidió que se retractara pero ella se negó y hasta dejó en claro que no pediría disculpas²².

Caso 4: Noviembre de 2018. Líderes protestantes evangélicos asistieron al Congreso Regional Sudamericano por la Vida y la Familia en Punta del Este. Según los medios de prensa, una iglesia en Montevideo que apoyaba al Congreso fue vandalizada con lo que la iglesia dijo que eran símbolos satánicos y carteles pro-LGBTI, así como pintadas que decían «no al congreso fascista»²³.

Caso 5: Marzo de 2019. Manifestantes feministas vandalizaron el templo de una iglesia con bombas de pintura, indicando su desacuerdo con la postura de la Iglesia Católica sobre el aborto y el control de la natalidad. «Iglesia, basura, vos sos la dictadura» fue una de las frases que cantaron algunas de las manifes-

²⁰ Véase: <https://www.elobservador.com.uy/nota/-menos-rosarios-en-los-ovarios-y-mas-salud-sexual-goyeneche-se-metio-con-los-creyentes-y-tuvo-que-retractarse-20187278420>.

²¹ Véase <https://www.elobservador.com.uy/nota/el-disfraz-del-director-de-asse-en-la-marcha-por-la-diversidad-y-la-respuesta-de-sturla-2018101125246> y <https://www.elpais.com.uy/informacion/director-asse-utilizo-vestimenta-episcopal-marcha-diversidad.html>.

²² Véase <https://www.elpais.com.uy/informacion/politica/piden-vazquez-remocion-ministra-maria-julia-munoz.html> y <https://www.laprensa.com.uy/index.php/informacion/252525C3%252525B3n/nacionales/102579--plaga-que-aumenta-defini-mar-a-j-mu-oz-en-what-sapp>.

²³ Véase Uruguay: Informe de 2018 sobre la Libertad de Culto publicado por la Embajada de Estados Unidos en Uruguay, p. 8.

tantes durante la marcha del 8 de Marzo, en conmemoración del Día Internacional de la Mujer²⁴.

Caso 6: Noviembre de 2020. Una mujer compró un libro escrito por un autor judío a través de una plataforma digital. El vendedor solicitó el número de teléfono celular de la mujer para completar la transacción pero, en lugar de entregar el objeto comprado, ella dijo que le envió mensajes «de odio» en los que hizo referencia al Zyklon B, el gas letal utilizado en los campos de concentración nazi. Cuando el esposo de la mujer llamó al vendedor, este lo amenazó, haciendo afirmaciones tales como «Hitler se quedó corto» y «Voy a ir a tu casa y los voy a matar a ustedes y a todo el resto». La pareja, asustada porque el hombre tenía su dirección, denunció las amenazas a las autoridades. El fiscal que llevaba el caso acusó al hombre de «actos de violencia moral o física de odio o de desprecio contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual». A fin de año, el hombre estaba sujeto a 60 días de arresto domiciliario y a una orden de restricción mientras seguía la investigación²⁵.

Caso 7: Diciembre de 2021. Un profesor de secundaria que negó el holocausto. Se expresó en su página de Facebook a través de un vídeo asegurando tener pruebas de que el Holocausto no había ocurrido ni existió tampoco «un plan de exterminio». Esa y otras publicaciones escritas y audiovisuales fueron denunciadas por el Comité Central Israelita del Uruguay ante la Institución Nacional de Derechos Humanos, que a su vez puso en conocimiento del caso al Consejo de Educación Secundaria y a la Fiscalía de la Nación. El Consejo de Secundaria evaluó que las expresiones del docente «se contextualizan en el ámbito de la libertad de expresión y pensamiento», por lo que no tomó medidas. En la Justicia, en cambio, el asunto tomó otro rumbo: el profesor fue imputado por un delito de incitación al odio. Finalmente, la Fiscalía llegó a un acuerdo con el imputado. Le exigió que pidiera disculpas en sus redes sociales y que concurreniera al Museo Recordatorio del Holocausto para interiorizarse sobre los eventos históricos que cuestionó. A cambio, el profesor consiguió la extinción de la causa penal.

Cada uno de estos casos tiene hechos y consecuencias diversas. En todos, la defensa (sea judicial o social) se basa en la libertad de expresar ideas. El problema está en que, quienes ejercieron ese derecho a la libertad de expresión no tomaron en cuenta que su expresión podía tener repercusiones en el sentimiento religioso de otros individuos, que también tienen derechos y uno de ellos es el de la libertad religiosa.

²⁴ Véase <https://www.elobservador.com.uy/nota/fiscalia-investigara-de-oficio-los-danos-a-la-iglesia-del-cordon-201939181737>.

²⁵ Véase Uruguay: Informe de 2022 sobre la Libertad Religiosa publicado por la Embajada de Estados Unidos en Uruguay, p. 8.

Es imposible tener una misma solución para todos estos casos. Hay que analizarlos de forma individual, teniendo en cuenta el contexto, el contenido y la forma del discurso, cuándo y dónde se emitió, el estatus de orador y la intención que tenía de dañar, el alcance tuvo y la inminencia del daño real. Tal como expresa Asiaín, «no es lo mismo que personas anónimas se disfraces en un baile de carnaval, a que lo haga un jerarca estatal en el día de la diversidad sexual, o que quien critica a grupos religiosos sea un Ministro de Estado encargado de la Educación y la Cultura»²⁶.

Algunos de estos casos (muy pocos) alcanzaron los tribunales. Sin embargo, la gran mayoría fueron «ajusticiados» por los jefes administrativos de turno o condenados en juicios sumarísimos por la sociedad²⁷.

El filósofo Miguel Pastorino entiende que Uruguay es una singularidad dentro del continente con respecto al lugar que le da a la religión en la esfera pública. «La tradición laicista, que no solo ha separado hace cien años a la Iglesia del Estado, sino que ha confundido la laicidad con una privatización e invisibilización de la religión en el espacio público, configuró un proceso de laicización de la sociedad que, imitando el modelo francés, lo llevó a una mayor radicalidad en la exclusión de lo religioso»²⁸. No solo las personas no religiosas excluyen a la religión del ámbito público sino que son también las personas religiosas las que se auto excluyen y no reclaman cuando su derecho a la libertad religiosa se ve vulnerado.

6. Conclusión

El ejercicio de la libertad de expresión implica deberes y responsabilidades para quien se expresa. El deber básico que de allí se deriva es el de no violar los derechos de los demás al ejercer esta libertad fundamental. Es por esto que la libertad de expresión no debería usarse para la injuria, la discriminación, la violencia, el odio o la ofensa de nadie, pero en especial de personas o grupos religiosos, que además están protegidos por su derecho a vivir su religión libremente y sin violencia.

En Uruguay parece haber una preponderancia del derecho a la libertad de expresión por sobre la libertad religiosa. Cuando la libertad de expresión deriva en una incitación al odio, a la discriminación o a la violencia o ofensa para personas, instituciones o doctrinas religiosas, esas mismas personas o instituciones

²⁶ Carmen ASIAÍN PEREIRA, «Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa una perspectiva latinoamericana ¿Fronteras en disputa, armonización o interpretación?», cit., p. 351.

²⁷ Carmen ASIAÍN PEREIRA, «Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa una perspectiva latinoamericana ¿Fronteras en disputa, armonización o interpretación?», cit., p. 353.

²⁸ Miguel PASTORINO, *Uruguay: La sociedad de la religión invisible. Evangélicos, política y religión en una cultura laica*, p. 407.

religiosas que se ven afectadas, se auto excluyen, evitan realizar reclamos y prefieren quedarse calladas. Esto no es porque haya un abuso en lo que es la regulación de la libertad de expresión o una falta de protección de la libertad religiosa. El problema no es jurídico sino sociológico, se debe a la laicidad negativa presente en la sociedad uruguaya, que hace que no se reconozca la libertad religiosa y por tanto no se luche por defenderla.



La libertad de expresión y la libertad religiosa son dos derechos esenciales en una sociedad que aspire a ser civilizada. Por eso, es de la mayor importancia no trivializar el significado o el contenido de estas dos libertades fundamentales, que están llamadas a relacionarse entre sí y en cierta medida se necesitan mutuamente. Aunque libertad de expresión y libertad religiosa normalmente se refuerzan una a la otra, en la práctica pueden surgir tensiones o conflictos entre ellas, sobre todo cuando son ejercidas por algunos ciudadanos de manera poco respetuosa con las ideas o creencias de los demás, perdiendo de vista que las libertades fundamentales son consecuencia de la dignidad que ha de reconocerse a todo ser humano.

Este libro reúne un conjunto de trabajos de diversos autores, con el intento de abordar las principales cuestiones que plantea la relación entre esas dos libertades, no siempre pacífica, desde una perspectiva de derecho comparado. Más concretamente, se centra en algunos países de los dos lados del Atlántico, sobre la base de que Europa y América son las dos piezas clave de la cultura jurídica occidental, que ofrecen muy interesantes similitudes y diferencias entre ellas. Los diez capítulos que componen este libro ponen de relieve la necesidad de continuar trabajando en esta materia partiendo de una atenta observación de la realidad histórica, social y política de cada país; y asumiendo que libertad de expresión y libertad religiosa pertenecen a la misma categoría, y por tanto los conflictos entre ellas no pueden resolverse desde la equivocada perspectiva de la subordinación de una a la otra.

El origen de este libro se encuentra en ponencias presentadas en el XXI Coloquio Anual del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, celebrado en Córdoba (España) del 22 al 24 de septiembre de 2022, organizado por LIRCE – Instituto para el Análisis de la Libertad y la Identidad Religiosa, Cultural y Ética, en colaboración con el Grupo de Investigación REDESOC de la Universidad Complutense y el Proyecto HUDISOC (PID2019-106005GB-I00) del Ministerio de Ciencia e Innovación.

ISBN 978-84-9890-470-3



9 788498 989047 03