

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD RELIGIOSA: LA DIFÍCIL CONCILIACIÓN EN UN ÁMBITO MULTICULTURAL

Ángeles Solanes Corella. Universitat de València*

1. Multiculturalidad y límites a la libertad de expresión

El reto de las sociedades modernas europeas respecto al incremento de la multiculturalidad, visible y reivindicativa, no debe ligarse exclusivamente a la presencia estable de un número importante de inmigrantes. Como apunta De Lucas el desafío al que nos enfrentamos no es tanto una cuestión de conflicto de culturas, “como sobre todo de acceso equitativo al espacio público, de distribución del poder y de los recursos desde un mínimo de igualibertad que está muy lejos de ese otro mínimo al que nos conduce la ideología neoliberal”¹.

Además en las sociedades multiculturales, frente a la teoría de la secularización, lo sagrado no sólo no ha desaparecido, sino que el aspecto religioso ha persistido bajo “formas nuevas que han entrañado un proceso de recomposición-descomposición”². La obligada convivencia de diferentes religiones, desplazando a la mayoritariamente hegemónica aunque conserve resquicios de su preponderancia, ha traído inevitables choques en clave de enfrentamiento, que nacen en lo social y se trasladan a lo jurídico en la búsqueda de una solución impositiva que acabe con el problema. El conflicto social no es necesariamente negativo. Es más, los conflictos vinculados, directa o indirectamente, a la diversidad cultural y religiosa, o más concretamente a fenómenos como la inmigración, en cuanto comportan dicha diversidad, van unidos a la idea de integración si se entiende ésta como un proceso. Como recuerda Cachón³ la ausencia de conflictos podría ser considerada, de forma errónea, como un signo de integración⁴,

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D+I DER2015-65840-R “Diversidad y Convivencia: los derechos humanos como guía de acción”, del Ministerio de Economía y Competitividad, y el proyecto del programa de investigación de excelencia PROMETEO/2014/078 “Justicia social, exigibilidad de los derechos humanos e integración”, de la Generalitat Valenciana.

¹ DE LUCAS, J., “Política y Derecho: la gestión de los conflictos derivados de la diversidad”, en SOLANES CORELLA, A. (Ed.), *Diversidad cultural y conflictos en la Unión Europea. Implicaciones jurídico-políticas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 17-30, p. 19.

² BRIONES GÓMEZ, R., “Significado y funciones de las religiones en el tercer milenio”, LUNA, M. (ed.), *La ciudad en el tercer milenio*, UCAM, Murcia, 2002, pp. 289-310, p. 295; y FERRARI, S. y PASTORELLI, S. (eds.), *Religion in public spaces: A European perspective*, Ashgate, United Kingdom 2012.

³ CACHÓN RODRÍGUEZ, L., *Inmigración y conflictos en Europa. Aprender para una mejor convivencia*, Hacer, Barcelona, 2011, pp. 18-20.

⁴ DE LUCAS, J. y AÑÓN ROIG, M. J., (eds.), *Integración y derechos: A la búsqueda de indicadores*, Icaria, Barcelona, 2014.

pero más bien ha de ser tomada como una señal de segregación y de exclusión radical puesto que, si no hay ninguna interacción, no pueden darse conflictos con aquellos que no forman parte del “nosotros”.

La diversidad cultural y religiosa que comporta la movilidad humana afecta al conjunto de la sociedad, a las instituciones, y está llamada en buena medida a generar fricciones que provocarán tanto reivindicaciones en términos de ciudadanía en sus diversas acepciones cuanto revisiones en el reconocimiento y ejercicio de los derechos⁵. Una cuestión central en el análisis de la noción de ciudadanía y en su vinculación al fenómeno migratorio, es la que tiene que ver con la capacidad de generar pertenencia, en una dimensión simbólica, que impacta en las identidades. Éstas, a su vez, tanto para los individuos cuanto para los grupos⁶, son un factor fundamental en las reivindicaciones, que tienen que ver, entre otras cuestiones, con los códigos de vestimenta, la utilización de símbolos religiosos en el espacio público y la conciliación de las libertades, como la de expresión y la religiosa. Abordar estos aspectos supone concretar y hacer realidad el principio de no discriminación en relación a cuestiones básicas como la justicia social, la participación cívica y el respeto a la diferencia cultural, de tal forma que se puedan ejercer de hecho libertades y derechos como, entre otros, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de expresión, información y manifestación, o el respeto de usos civiles y diversidad de códigos profesionales⁷. Todos estos temas apelan a la (re)configuración de una identidad en los llamados Estados de acogida, pero también a la búsqueda de mecanismos de acomodación e integración que compaginen la inevitable pluralidad social con los principios y valores del Estado democrático de Derecho.

De las distintas fricciones que surgen en la convivencia de diferentes culturas y religiones, este trabajo se centrará en las que se dan a propósito de la libertad de expresión y la libertad religiosa. Aunque el choque entre ambas no es novedoso, la potencial conflictividad aumenta ante la presencia de un mayor número de confesiones

⁵ DE LUCAS, J., “Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración”, en VV. AA. *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*, Eurobask, Bilbao, 2012, pp. 11-92, pp. 35-36

⁶ RUBIO CASTRO, A. y MOYA ESCUDERO, M., “La ciudadanía en Europa y el fenómeno migratorio: nuevas desigualdades y servidumbres voluntarias”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 45, 2011, pp. 183-227, p. 192; y SUSÍN BETRÁN, R., *Fronteras y retos de la ciudadanía. El gobierno democrático de la diversidad*, Perla Ediciones, Logroño, 2012, pp. 64-80.

⁷ GARCÍA CÍVICO, J., “La Unión Europea y la implementación efectiva de los derechos relacionados con la diversidad cultural: entre dos modelos de construcción política y de ciudadanía”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 17, 2014, pp. 5-34, pp. 13-15.

y la proliferación de discursos radicales y extremistas, que insisten en asociar y contraponer valores como religión e igualdad de género, y religión, libertades y laicismo en el espacio público, para evidenciar la manifiesta incompatibilidad. Así, por ejemplo, una percepción social mayoritaria asocia la cultura y religión islámica tanto al crecimiento desbordado de la inmigración como a la obsesión del terrorismo islamista desatada desde los atentados del 11S en Nueva York, el 11M en Madrid, el 7J en Londres⁸, el ataque al semanario satírico francés Charlie Hebdo el 7 de enero de 2015, los atentados del 13N en París y del 22M en Bruselas. En todo caso, no sólo con esta confesión hay conflictos.

En el intento de conciliar ambas libertades es imprescindible buscar los límites de la libertad de expresión que aseguren el respeto de los sentimientos religiosos y a la inversa. No se trata, sin embargo, de someter una libertad a otra, ni de considerarla prioritaria, si no como proponía el informe *Living together*, cofinanciado por la Comisión Europea, desde los principios comunes de convivencia y respeto, procurar combatir aquellas expresiones que en el intento de ampararse en la libertad de expresión acaban construyendo y potenciando discursos racistas y xenófobos. Desde dicho informe se defiende firmemente el derecho a la libertad de expresión considerando que no debe restringirse ni en la legislación ni en la práctica, para aplacar la intimidación violenta. Sin embargo, al mismo tiempo no se puede dejar de responder a las declaraciones públicas que tienden a construir o a reforzar los prejuicios públicos contra los miembros de cualquier grupo, en particular miembros de minorías, inmigrantes o personas de origen migrante reciente. Un mensaje central del informe es reducir al mínimo las exigencias establecidas legalmente y potenciar al máximo la persuasión⁹.

Posiblemente sea cierto que las discusiones sobre los conflictos entre libertad de expresión y religión se han centrado demasiado en la cuestión referida a los límites a la libertad de expresión por parte del Estado y que puede plantearse un segundo plano en el que es importante debatir acerca de la libertad de expresión, que es aquel que alude al uso que hacemos o hacen otros del derecho individual a expresarse libremente¹⁰. Se

⁸ ALÁEZ CORRAL, B. “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo integral en Europa”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011, pp. 483-520. p. 483; SUSÍN BETRÁN, R., *Fronteras y retos de la ciudadanía. El gobierno democrático de la diversidad*, op. cit., 2012, p. 105 y BOWEN, J. R. BERTOSSI, CH., DUYVENDAK, J. W. and KROOK, M. L., *European states and their Muslim citizens: the impact of institutions on perceptions and boundaries*, Cambridge University Press, New York, 2014.

⁹ Report of the Group of Eminent Persons of the Council of Europe, *Living together. Combining diversity and freedom in 21st-century Europe*, 2011, pp. 25-26.

¹⁰ BORAGNO GIL, I., “Libertad de expresión, ofensa y religión”, *Bajo palabra. Revista de Filosofía*, II

trata en definitiva de buscar ajustes democráticos entre ambas libertades. Un límite difícilmente discutible en el cual es más evidente (por la lesión de derechos que conlleva) que el amparo de la libertad de expresión debe ceder, en cada caso puntual, es el del denominado discurso del odio.

En la coexistencia entre culturas diferentes, asentadas en mayor o menor medida sobre religiones, y su ubicación dentro del Estado democrático de Derecho los conflictos que pueden darse entre la libertad de expresión y la religiosa son fruto de su compleja interrelación dentro del firme consenso sobre el hecho de que ambas ostentan una posición privilegiada dentro del sistema de protección de los derechos fundamentales, aunque tanto en la experiencia nacional como en la comparada se advierte que el ejercicio de estas libertades no siempre se ha desarrollado de forma pacífica y armónica¹¹.

Dos casos, acaecidos con una década de diferencia, pero con una base común en cuanto al alcance de la libertad de expresión al enfrentarse a la religiosa, ponen en evidencia que en la búsqueda de límites a la primera no nos encontramos ante una cuestión que pueda considerarse nueva, pero que las dificultades que enfrenta exigen una permanente atención y revisión tanto por parte de los Estados, a la hora de concretar sus leyes, como de los tribunales, al aplicarlas y exigir las garantías necesarias para el ejercicio de ambas libertades. El 30 de diciembre de 2005 se produjo el denominado caso de las caricaturas de Mahoma, ampliamente mediatizado, difundido y analizado desde la perspectiva jurídica. Dichas caricaturas publicadas por el diario danés *Jyllands-Posten*, fueron consideradas como blasfemas por muchos musulmanes, y como una invitación a la discriminación de los franceses de origen islámico por muchos otros¹². El 7 de enero de 2015 el atentado contra el semanario francés *Charlie Hebdo*, provocó la muerte de doce personas e hizo reaparecer como una cuestión de máxima importancia (al menos en el debate público y de forma expresa, puesto que de manera latente persistía) la necesidad de conciliar libertad de expresión y religiosa, puesto que en diez

Época, nº 9, 2014, pp. 113-122, p. 122.

¹¹ CAÑAMARES ARRIBAS, S., “La conciliación entre libertad de expresión y libertad religiosa, un <work in progress>”, en MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y CAÑAMARES ARRIBAS, S., *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 17-29, p. 17.

¹² Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 124; COMBALÍA SOLÍS, Z., “Libertad de expresión y difamación de las religiones: el debate en Naciones Unidas a propósito del conflicto de las caricaturas de Mahoma”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 19, 2009, pp. 1-25; y FERREIRO GALGUERA, J. “Las caricaturas sobre Mahoma y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 12, 2006, 30 pp.

años esa tensión no había hecho más que crecer, no en vano la revista *Charlie Hebdo* había contribuido a difundir las caricaturas publicadas previamente por el mencionado diario danés¹³.

Por la propia importancia y primacía de estas libertades los conflictos que se han generado, acuciados por la creciente multiculturalidad de las sociedades modernas, han tenido que ver bien con el uso extralimitado de la libertad de expresión frente a la religión entendida en un sentido general, o hacia alguna de sus manifestaciones o sentimientos, bien con el discurso de índole religiosa que ha sido considerado como contrario al orden público. En ese recorrido de enfrentamientos y tensiones el recurso a los tribunales ha sido una constante, también como se analizará en el caso español, siendo especialmente significativa la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) que, atendiendo a la especialidad de cada uno de los casos que se le han ido planteando ha ido construyendo pautas para modular ambas libertades.

2. Formas de conciliación entre la libertad de expresión y la libertad religiosa

Como mantiene Atienza¹⁴, a propósito del caso de las caricaturas, pero que resulta extrapolable a otros supuestos semejantes en los que se tensiona la libertad de expresión al afectar a la dimensión religiosa, es posible afrontar estos casos desde cuatro respuestas:

1) Los fundamentalistas religiosos y los comunitaristas extremos que priman el valor de lo sagrado, de la religión, por encima del de la libertad de expresión. Esta postura puede encontrarse tanto en la religión islámica como en la Iglesia católica. Para algunos comunitaristas la religión es un rasgo de la identidad de algunos grupos sociales de tal forma que esos valores comunitarios deben prevalecer sobre la autonomía de los individuos aislados.

2) Los comunitaristas moderados y los creyentes no fundamentalistas que tienden a plantear el problema en términos de la necesidad de conciliar dos valores del mismo rango. Esta posición se encuentra en los escritos que muestran una cierta simpatía o comprensión hacia el Islam.

¹³ Vid. JELMUT ESPINOZA, A., “El derecho a la libertad de expresión contra el derecho a la libertad religiosa ¿Existe un derecho a blasfemar? A propósito del caso de la revista Charlie Hebdo”, *Lex*, vol. 13, nº 15, 2015, pp. 85-110.

¹⁴ ATIENZA, M., “Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión”, *RIFP*, nº 30, 2007, pp. 65-72, pp. 66-67.

3) El liberalismo moderado en el que podría ubicarse, en opinión del mencionado autor, la jurisprudencia del TEDH que cabría esquematizar entendiendo que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y como tal, al igual que ocurre en otros casos, cuando entra en contradicción con otros posibles derechos o valores resulta imprescindible realizar una ponderación para ver cuál tiene un mayor peso atendiendo a las circunstancias. Por su parte, la libertad de expresión goza, en principio, de cierta prioridad pero puede resultar derrotada de forma excepcional.

4) Los liberales más radicales que entienden que las convicciones religiosas por sí mismas no pueden triunfar nunca sobre la libertad de expresión. No se trata de ponderar sino de entender que la libertad de expresión es un valor y las creencias religiosas no pertenecen a la vida privada.

El TEDH, en sus diferentes resoluciones, ha insistido en que en ejercicio de la libertad religiosa hay también que asumir posibles críticas, y al mismo tiempo tolerar y aceptar que otros puedan negar las creencias religiosas e incluso que se propaguen doctrinas hostiles a su fe. El ejercicio de la libertad de expresión se ubica en un contexto amplio en el que la tolerancia y el respeto por la dignidad de los seres humanos constituye el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. Como afirman Martínez-Torrón y Palomino¹⁵, el conjunto de decisiones del TEDH a propósito de la libertad de expresión y su relación con la religiosa podrían encuadrarse en cuatro grupos:

1. Aquellas resoluciones que plantean situaciones en las que la libertad de expresión se materializa en expresiones que son ofensivas para los sentimientos religiosos, como en los casos *Otto Preminger Institut y Wingrove*, y más tarde *Paturel, Giniewski y Aydin Tatlav*¹⁶.

2. Los supuestos en los que se han establecido sanciones por expresar ideas religiosas que han sido consideradas ofensivas contra los ateos, los miembros de otras

¹⁵ MARTÍNEZ-TORRÓN, J. “Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, vol. 16, n° 1, 2008 pp.15-42, pp. 17-19; y PALOMINO LOZANO, R. “Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto” en MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y CAÑAMARES ARRIBAS, S., *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, op. cit., pp. 33-68, p. 63.

¹⁶ Caso *Otto Preminger Institut v. Austria* (Aplicación no. 1347/87), (1995) 19 E.H.R.R. 34; Caso *Wingrove v. the United Kingdom*, 19/1995/525/611, (1997) 24 E.H.R.R. 1; Caso *Paturel c. France* (Requête no 54968/00), 22 décembre 2005; *Affaire Giniewski c. France* (2007) 45 E.H.R.R. 23; Caso *Aydin Tatlav c. Turquie* (Requête no 50692/99), 2 mai 2006. Vid. MARTÍN RETORTILLO, L., *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, Thomson Civitas, Madrid 2007, pp. 125-127.

religiones o contra la democracia laica, como en los casos Gündüz, Erbakan y Güzel, los tres referidos a Turquía¹⁷.

3. En tercer lugar las sentencias relativas a ofensas contra la reputación de eclesiásticos con cierta representatividad como en el caso Albert-Engelmann-Gesellschaft y Klein¹⁸.

4. Las decisiones en relación a la privación de cargo público electivo por las expresiones públicas y los comportamientos a favor de algunas interpretaciones particulares del islam, como en los casos Kavakçı, Ilicak y Silay¹⁹.

El primer grupo de sentencias es el que más claramente evidencia el factor religioso como límite a la libertad de expresión, por ello estas resoluciones pueden ser consideradas como casos paradigmáticos a partir de los cuales el TEDH ha construido los principios básicos en materia de límites de la libertad de expresión en este ámbito²⁰.

Como recuerda Revenga las decisiones que pueden considerarse “fundacionales” de la doctrina del TEDH en esta materia “beben en idéntica fuente y comparten un mismo presupuesto”, la fuente es el Tribunal Supremo norteamericano y el presupuesto es la idea de que la libertad de expresión tiene en las sociedades democráticas una posición privilegiada que, en principio, basta para socavar la legitimidad de lo que vaya contra ella²¹. La interpretación de los artículos 9 y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), resulta indispensable en casos de aparente colisión. Según el Tribunal, la libertad de expresión llega a la información y las ideas que asombran, molestan y ofenden tanto al Estado como a los ciudadanos, puesto que ello es necesario para el pluralismo, la tolerancia y la apertura de mente de una sociedad democrática. Sin embargo, la libertad de expresión no es absoluta, si no que encuentra entre sus límites la libertad religiosa de los otros.

¹⁷ Caso of Gündüz v. Turkey, (2005) 41 E.H.R.R. 5; Erbakan c. Turquie (Requête no 59405/00) 6 juillet 2006; Caso Güzel v. Turquie (Requête no 65849/01) 27 juillet 2006.

¹⁸ Caso Albert-Engelmann-Gesellschaft MBH v. Austria (2009) 49 E.H.R.R. 46; Caso Klein v. Slovakia (2010) 50 E.H.R.R. 15.

¹⁹ Caso Kavakçı c. Turquie (Requête no 71907/01), 5 avril 2007; Caso Ilicak c. Turquie (Requête no 15394/02) 5 avril 2007; Caso Silay c. Turquie (Requête no 8691/02), 5 avril 2007.

²⁰ Un análisis riguroso de estas sentencias, y otras del TEDH relevantes en este materia puede encontrarse en MARTÍNEZ TORRÓN, J., “¿Libertad de expresión amordazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo”, en MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y CAÑAMARES ARRIBAS, S., *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, op. cit., pp. 83-120, pp. 88-107.

²¹ REVENGA SÁNCHEZ, M. “Algunos apuntes sobre la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión”, en REVENGA SÁNCHEZ, M. y VIANA GARCÉS, A: (eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 205-215, p. 208.

Con ello no toda crítica u hostilidad contra la religión han de ser sancionadas, en el amparo a la libertad religiosa, si no que más bien debe entenderse que al Estado le corresponde prevenir o castigar los ataques gratuitos a las creencias religiosas, asegurando que los derechos garantizados en el artículo 9 del CEDH puedan ser ejercidos de forma pacífica y que el espíritu de tolerancia no sea vulnerado por violaciones maliciosas que hacen referencia a objetos de veneración religiosa. La posibilidad de restricción a la libertad de expresión, en aras de la protección de otros bienes jurídicos, procede siempre que la medida se considere necesaria en una sociedad democrática, determinando el impacto de la forma de expresión que se considera antirreligiosa y la proporción de la restricción penal al fin perseguido. Corresponde a las autoridades nacionales la apreciación de dicha injerencia permisible, puesto que no puede establecerse un criterio general y uniforme al respecto. Así, el TEDH deja en manos de los Estados dentro del tan criticado margen de apreciación, el mantenimiento y la aplicación de las normas penales sobre el delito de blasfemia²².

Esa apelación del TEDH al margen de apreciación de los Estados recuerda al aludido en otros casos de conflictos, por ejemplo, a propósito de la utilización del velo integral en el espacio público y de la concreción de la noción de convivencia en el caso S.A.S. contra Francia y los que le precedieron sobre dicha cuestión, permitiendo la posibilidad de múltiples interpretaciones en atención a las legislaciones nacionales y a la forma de interpretarlas²³.

Aunque la doctrina, valora de distintas maneras el alcance de las resoluciones judiciales del TEDH desde las iniciales de los años 1994 y 1996 hasta las más recientes, (entendiendo desde que hay una progresiva primacía de la libertad de expresión hasta que no se modifican los criterios interpretativos mantenidos desde las primera sentencias si no que, tan sólo, se trata de diferentes situación de hecho), lo cierto es que la conciliación de ambas libertades en el ámbito jurídico siguen siendo un trabajo en progreso, puesto que, son muchas las variables que dificultan el poder asegurar el ejercicio de la libertad de expresión y la religiosa²⁴.

Ciertamente, desde el Derecho no se ha ofrecido una solución clarificadora que permita superar la dualidad entre una irrestricta protección de la libertad de expresión,

²² PALOMINO LOZANO, R. “Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto”, op. cit., pp. 64-65.

²³ SOLANES CORELLA, A., “Límites a los derechos en el espacio público: mujeres, velos y convivencia”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 31, 2015, 30 pp.

²⁴ CAÑAMARES ARRIBAS, S., “La conciliación entre libertad de expresión y libertad religiosa, un <work in progress>”, op. cit., p. 29.

puesto que está en juego un debate libre sobre las ideas, y la protección puntual de los sentimientos religiosos que no deja de ser criticada por quienes defienden que tal amparo protege cotos privilegiados a favor de las prácticas vinculadas a religiones y creencias institucionalizadas²⁵. Posiblemente la mayor aportación jurisprudencial es la articulada a través del denominado discurso del odio que permite limitar la utilización abusiva de la libertad de expresión a casos que se consideran especialmente graves tal como se señala en las mencionadas sentencias.

El artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mantiene que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. El Comité de Derechos Humanos en el Comentario General nº 11 a dicho artículo, mantiene que tales prohibiciones son compatibles con la libertad de expresión que reconoce el artículo 19.2 del Pacto.

En esta línea el informe de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (conocida como la Comisión de Venecia)²⁶, apuntó la necesidad de buscar equilibrios entre ambas libertades. En ese sentido la Comisión mantiene que en una sociedad democrática, los grupos religiosos deben, al igual que otros grupos, tolerar la crítica en las declaraciones y el debate público sobre sus actividades, sus enseñanzas y creencias, siempre que estas críticas no constituyan insultos deliberados y gratuitos o un discurso del odio, ni una incitación a la perturbación del orden público o a la violencia y discriminación contra los fieles de una religión. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Comisión de Venecia considera que los Estados tienen una obligación de evitar en lo posible las expresiones gratuitamente ofensivas hacia los otros que vulneren sus derechos y que no contribuyen de forma alguna a un debate público que haga progresar los asuntos públicos. El respeto de los sentimientos religiosos de los creyentes puede verse infringido por representaciones provocativas de objetos de veneración religiosa, por ataques ofensivos a los dogmas o principios religiosos, y en ciertas circunstancias estos actos pueden considerarse una maliciosa infracción del espíritu de tolerancia característico de la sociedad democrática.

²⁵ PALOMINO LOZANO, R. “Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto”, op. cit., p. 67.

²⁶ 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, Adopted by Venice Commission at its 76th Plenary Session (Venice, 17-18 october 2008), Study no. 406/2006, CDL-AD(2008)026.

Para la Comisión las circunstancias en las que la expresión hiriente se difunde, resultan de singular relevancia. Es imprescindible atender al contexto en que las diferentes expresiones se realizan, ponderando si las mismas se han difundido en un ámbito accesible al público. Mientras no se superen esos límites, la libertad de expresión también ampara las críticas y las declaraciones que a ciertos sectores de la sociedad pudieran resultarles polémicas, impopulares, satíricas e incluso ofensivas y rechazables, porque todas esas opiniones forman parte del debate público de un Estado democrático. La Comisión de Venecia no es partidaria de la permanencia del delito de blasfemia, ni del establecimiento de delitos contra los sentimientos religiosos, si no hay una conexión con el discurso de odio.

Mucho antes, en el ámbito del Consejo de Europa²⁷, la Recomendación 97/20, de 30 de octubre de 1997, relativa al discurso del odio, entendió que cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia debe considerarse como discurso del odio. Más tarde en la Recomendación 2007/1805, de 29 de junio de 2007, sobre blasfemia, insultos religiosos y discurso del odio contra personas por razón de su religión, se insistió en definir como discurso del odio a aquellas manifestaciones en las que se pide que una persona o grupo de personas sean objeto de odio, discriminación o violencia²⁸ por motivo de su religión o cualquier otro.

Una amplia doctrina que recoge estos motivos puede sintetizarse, para identificar el discurso del odio, en la propuesta de Parekh²⁹ que señala tres elementos:

1. Se dirige contra un determinado grupo de personas, delimitándolo de forma precisa.
2. Establecido el objetivo del discurso, el sujeto estigmatiza a dicho colectivo asignándole algunos estereotipos indignos.
3. Se considera que por todas esas características dicho grupo no puede integrarse en la sociedad con normalidad, de modo que se les aísla y menosprecia, tratándolos con aversión y hostilidad.

²⁷ Son asimismo importantes las diferentes resoluciones de la Asamblea Parlamentaria, entre ellas, la Resolución 1936 de 1999 sobre religión y democracia; la Resolución 1720 de 2005 sobre educación y religión; y la Resolución 1510 de 2006 sobre libertad de expresión y respeto de las creencias religiosas.

²⁸ Cfr. MORA CASTRO, A., “La institucionalización de la violencia como obstáculo para la convivencia intercultural”, en SOLANES CORELLA, A. (Ed.), *Diversidad cultural y conflictos en la Unión Europea. Implicaciones jurídico-políticas*, op. cit., pp. 139-159.

²⁹ PAREKH, B. *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política*, Istmo, Madrid, 2005, pp. 433-438.

En todo caso, como señala entre otros Waldrom³⁰ hay que reconocer que el concepto de discurso del odio es demasiado impreciso, ya que, la referencia al término “odio” podría sugerir que lo que es objeto de reproche es el sentimiento de animadversión que se expresa hacia los miembros de un grupo minoritario. Sin embargo, el mencionado autor aclara que al abogar por la adopción de medidas legislativas en contra del discurso del odio no basa su postura en consideraciones morales, sino en los efectos perversos que tal forma de discurso tiene en la configuración de una sociedad democrática y en la dignidad de los individuos que integran las colectividades contra las que se dirige. Ese es el rasgo que define el discurso del odio: su capacidad para atentar contra la dignidad humana.

3. Algunos casos problemáticos en España y vías de solución

Los supuestos de colisión entre la libertad de expresión y la religiosa en España han sido reconducidos, en diferentes ocasiones, al ámbito del derecho penal. Siguiendo el límite establecido por la jurisprudencia del TEDH, la prevención y sanción del discurso del odio se enmarca entre los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, en concreto, en el artículo 510 del Código Penal. Por su parte, en la sección segunda se regulan los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos, dedicando el artículo 524 a los actos de profanación y el artículo 525 al delito de escarnio³¹.

En el caso de los actos de profanación se evidencia un desencuentro entre libertad de expresión y sentimientos religiosos a través del discurso simbólico, lo cual se aleja del núcleo habitual de la libertad de expresión y por ello el área de protección es menor. En la concurrencia entre las dos libertades, el centro de atención recae en el escarnio, cuestionando el bien jurídico protegido. Se discute acerca de si, en este caso, se protegen los sentimientos religiosos y si éstos han de ser considerados bien jurídico de carácter colectivo o individual, o si, en cambio, concurre el bien jurídico general del honor o una protección amplia y la libertad religiosa. En el delito de escarnio algunos elementos son imprescindibles: el escarnio hace referencia a una expresión de desprecio grosera e insultante que se hace con el propósito de ofender. El elemento subjetivo del tipo se centra en el hecho de que el autor debe tener intención de ofender los

³⁰ WALDRON, J., *The harm in hate speech*, Harvard University Press, London, 2012, pp. 37-38.

³¹ Debe tenerse en cuenta la última modificación del Código Penal, y con ella la actual redacción del artículo 510 del Código Penal. Vid. BOE 14 de septiembre de 2015. Vid. GASCÓN CUENCA, A., “La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: la modificación del artículo 510 CP”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 32, 2015, 21 pp.

sentimientos de una confesión religiosa, aunque no parece necesario para la consumación del delito que se hayan lesionado efectivamente los sentimientos religiosos de un tercero, la intención es el elemento constitutivo del tipo³². Puede realizarse tanto de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento y se refiere a los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa³³.

Han existido diversos casos en los que se ha apelado especialmente al artículo 525 del Código Penal pero la dificultad de evidenciar la efectiva existencia de escarnio, con los requisitos antes señalados, ha hecho que se absolviera de responsabilidad penal a los implicados³⁴. Como muestra puede citarse el caso del cortometraje titulado “Cómo cocinar un crucifijo”, emitido en 2004, en el que se iba explicando la receta mientras se hacía referencia a diferentes dogmas de la religión católica. El centro jurídico Tomás Moro presentó una querrela criminal por escarnio contra los autores del cortometraje y la directora del programa, que fueron imputados por un delito contra los sentimientos religiosos según lo establecido en el artículo 525.1 del Código Penal. El Juzgado de lo Penal de Madrid, en sentencia de 8 de junio de 2012, entendió que no concurrían los elementos del tipo del delito, puesto que, aunque el crucifijo puede considerarse como un símbolo de una creencia, la elaboración y emisión del video no pretendía hacer escarnio del cristianismo, aunque fuera evidente el sentido satírico, provocador y crítico del mismo. Además, no se apreció el ánimo de ofender, puesto que, en el ánimo de los acusados no existía intención de herir los sentimientos religiosos. Por ello, la conducta

³² Un estudio, previo a la reforma del Código Penal de 2015, sobre el delito de escarnio y los parámetros para su análisis basándose en el enfoque proporcionalista y el enfoque especificacionista de la ponderación, así como el examen de diversos casos judiciales españoles sobre el delito de escarnio, puede encontrarse en PÉREZ DE LA FUENTE, O., “Libertad de expresión y escarnio de los sentimientos religiosos. enfoques sobre la ponderación en algunos casos judiciales españoles”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 18, 2015, pp. 131-158.

³³ PALOMINO LOZANO, R., “Libertad religiosa y libertad de expresión”, *Ius Canonicum*, XLIX, n. 98, 2009, pp. 509-548, pp. 544-545.

³⁴ Esa misma dificultad para que concurren los elementos del delito de escarnio, aparecen también a propósito de otros vinculados con el discurso del odio, por ejemplo en los casos en los que se apela al artículo 578 Código Penal en relación al enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. Así, por ejemplo, en 2006 se divulgaron en un foro en internet unas viñetas realizadas por el ilustrador Gonzalo López Royo. En ellas se ridiculizaba los atentados del 11-S, glorificando a los muyahidines y mostrando una bandera verde islámica clavada en un mapa de España con el lema “¡Hemos vuelto!”. En este caso la Audiencia Nacional (SAN 25/2010, de 21 de junio, fundamentos jurídicos 1º y 4º) no consideró que aquellos hechos declarados probados constituyesen infracción penal alguna. Es más entendió que la consignación pública de la postura ideológica del acusado mediante los mencionados dibujos, no merecía otra calificación que la de su brutalidad expresiva. Así absolvió al acusado de enaltecimiento y menosprecio de víctimas de delitos terroristas (atendiendo al artículo 578 del Código Penal) porque la manifestación pública en términos de elogio o de exaltación, de su apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas no puede confundirse con tales actividades ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos.

es concebida como un legítimo ejercicio y difusión de una expresión artística que realiza una crítica del fenómeno religioso. Aunque contra esta resolución fue interpuesto recurso ante la Audiencia Provincial de Madrid, se confirmó la absolución³⁵.

En la protección de los sentimientos religiosos en el ordenamiento jurídico español el carácter aconfesional del Estado no es un obstáculo para la misma. En ese sentido el Tribunal Constitucional, mantiene que el carácter aconfesional del Estado no implica que las creencias y los sentimientos religiosos de la sociedad no puedan ser objeto de protección. Es más, el propio artículo 16.3 de la Constitución, que afirma que ninguna confesión tendrá carácter estatal, mantiene también que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española. Por otra parte, la pretensión individual o general de respeto a las convicciones religiosas pertenece a las bases de la convivencia democrática que debe ser garantizada³⁶.

La jurisprudencia española ha recurrido al discurso del odio no tanto para relacionarlo con la protección de la libertad religiosa, cuanto con el enaltecimiento terrorista, desacreditando, menospreciando y humillando a sus víctimas, y con el genocidio³⁷. El Tribunal Constitucional en STC 235/2007, de 7 de noviembre, definió el discurso del odio como “la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre”³⁸.

Existen múltiples ejemplos sobre estos supuestos. Para ilustrar el tipo de resoluciones emanadas de los tribunales españoles puede presentarse un ejemplo que, al mismo tiempo, da buena cuenta de hasta qué punto la diversidad cultural se relaciona con el terrorismo islámico. El 7 de octubre de 2010, Telemadrid emitió el reportaje titulado “Los doce imanes de la yihad”, donde se desvelaba el rostro de los doce imanes

³⁵ RJA-ARP 2012/543. Vid. PÉREZ DE LA FUENTE, O., “Libertad de expresión y escarnio de los sentimientos religiosos. enfoques sobre la ponderación en algunos casos judiciales españoles”, op. cit., pp. 156.

³⁶ ATC180/1986 de 21 de febrero, fundamento jurídico II, sobre protección penal de la libertad religiosa.

³⁷ Vid. SAAVEDRA LÓPEZ, M. “El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español”, *Persona y Derecho*, nº 55, 2006, pp. 547-576; y GUTIÉRREZ DAVID, M^a E. y ALCOLEA DÍAZ, G. “El “discurso del odio” y la libertad de expresión en el Estado democrático”, *DERECOM*, Universidad Complutense de Madrid, nº 2, 2010, pp. 1-17.

³⁸ En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en diferentes sentencias, entre otras, SSTS 5176/2011, de 21 de julio (fundamentos jurídicos 1º y 2º); 3338/2011, de 25 de abril (fundamento jurídico 11º) y 1418/2010, de 3 de marzo (fundamento jurídico 3º) sobre enaltecimiento del terrorismo; o STS 3386/2011, de 12 de abril (fundamento jurídico 1º) sobre ideas genocidas. Vid. BILBAO UBILLOS, J. M. “La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, CEPS, Madrid, 2009, nº 85, pp. 299-352.

más peligrosos de España, que en su mayoría profesaban el salafismo, la corriente más violenta del integrismo islamista, desde sus púlpitos apoyaban a Al Qaeda y difundían un mensaje a favor del yihadismo. En este programa se atribuyó al imán de Salt (Girona) la condición de salafista radical y a otro se le vinculó con atentados terroristas. Dichos dirigentes religiosos islámicos denunciaron la existencia de una intromisión ilegítima en su honor ante el Juzgado de Primera Instancia de Girona. Tras la resolución de 7 de diciembre de 2011 la recurrieron ante la Audiencia Provincial. Dicho órgano apelando a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (entre otras a sentencias como las SSTC 107/1988, 105/1990 y 172/1990) recordó que al concurrir en un mismo texto elementos informativos y valorativos es necesario separarlos, y sólo cuando sea imposible hacerlo habrá de atenderse al elemento preponderante. Puesto que en el reportaje se tildaba a los imanes como peligrosos y violentos la Audiencia entendió que la cadena de televisión autonómica madrileña atentó contra el honor de los demandantes³⁹.

Por lo que se refiere al artículo 501.1 del Código Penal encontramos distintos ejemplos de casos, con o sin sanción, que tienen su origen en conflictos provocados por discursos de inspiración religiosa de diversa índole, por ejemplo, contra las mujeres y los homosexuales, por representantes islámicos y de la Iglesia Católica respectivamente. Este tipo de resoluciones son, como en los casos anteriores, una muestra de cómo los conflictos latentes, alimentados por los sentimientos religiosos y en confrontación con la libertad de expresión, pueden comprometer la convivencia pacífica.

El Juzgado de lo Penal de Barcelona, en sentencia de 12 de enero de 2004, condenó al imán de una mezquita de Fuengirola a quince meses de prisión por un delito de provocación a la violencia por razón de sexo como consecuencia de sus explicaciones en el libro “la mujer en el Islam” que, en aplicación del artículo 510.1 del Código penal, fueron consideradas vulneradoras del derecho a la integridad física y moral de la mujer. Es significativo el hecho de que en la sentencia se señale que en un Estado aconfesional, aunque exista un respeto a la ortodoxia doctrinal no se puede justificar la violencia contra la mujer por razón de su sexo, promoviendo conductas que vulneran el derecho fundamental a la integridad física y moral atentado contra la dignidad de aquéllas⁴⁰. En este sentido, en este caso se enfatiza esa conexión con la

³⁹ SAP GI 212/2012, de 27 de abril.

⁴⁰ RJA-ARP 2004/1

dignidad, a propósito del discurso del odio, que se señalaba anteriormente por parte de la doctrina y la jurisprudencia del TEDH.

En cambio, el Juzgado de Alcalá de Henares, en Auto de 10 de julio de 2012, sobreescribió la querrela interpuesta por asociaciones del colectivo LGTB contra el obispo de la diócesis de Alcalá de Henares por entender que el contenido de la homilía en la misa del viernes santo tenía un carácter homófobo. En la resolución se entendió que las palabras del obispo no permitían concluir de forma razonable que se estuviera provocando la discriminación, el odio o la violencia contra los homosexuales de tal forma que no procedía la aplicación del artículo 510.1 del Código Penal. Más bien, se trataba de la manifestación de una opinión crítica contra la homosexualidad, que podría ser mantenida al amparo de la libertad religiosa por parte del obispo⁴¹.

Una última sentencia del Tribunal Supremo puede servir para delimitar la aplicación del artículo 510.1 de Código Penal en su conexión para la protección de la libertad religiosa y la de expresión. La sentencia del Tribunal Supremo (TS) 259/2011, de 12 de abril⁴², enjuició a cuatro personas por los delitos de difusión de ideas genocidas y de asociación ilícita. La Audiencia les encontró culpables de todos ellos, excepto a uno de los encausados. El TS, por su parte, distingue dos ámbitos conectados: la organización de un ente asociativo de ideas nacionalsocialistas, según la propia definición de sus estatutos (fundamento de derecho 2, 2), y por otra, la redacción, edición y distribución de varios textos que atacan a discapacitados, extranjeros, negros y magrebíes, así como a judíos y homosexuales. En consecuencia, los encausados resultaron inicialmente condenados entre otros por el delito del artículo 510.1 del Código Penal. Sin embargo, el TS casó totalmente la sentencia.

En lo que ahora interesa, conviene destacar que el TS mantiene que el artículo 510.1 puede colisionar con otros derechos constitucionalmente reconocidos, como son los de libertad ideológica y libertad de expresión de tal forma que su restricción sólo estará justificada cuando aquéllos colisionen con otros bienes jurídicos acreedores de una mayor protección, realizada la oportuna ponderación correspondiente, y que serían

⁴¹ RJA-ARP 2012/605. Un análisis de esta resolución y la anterior, en contraste con supuestos semejantes en la experiencia comparada, puede encontrarse en CAÑAMARES ARRIBAS, S., “La conciliación entre libertad de expresión y libertad religiosa, un <work in progress>”, op. cit., pp. 21-25.

⁴² En concreto de su Sala Segunda anuló la de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 10ª, rollo 112/07. Vid. CUEVA FERNÁNDEZ, R.. “A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011: discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo. ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del hate speech?”, *Eunomia*, nº 2, pp. 99-108.

el derecho a la dignidad de la persona que consagra el artículo 10.1 CE, sus derechos a la igualdad según el artículo 14 CE y a su honor a tenor del artículo art. 18.1 CE (fundamento jurídico 1º, 5º y 6º). Para el tribunal la superación de los límites de los ámbitos protegidos por las libertades ideológica y de expresión, no implica directamente la tipicidad de las conductas, tan sólo no se da este caso cuando la difusión, atendiendo a la forma y el ámbito en que se lleva a cabo y a lo que se difunde, implique un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes como tales (fundamento jurídico 1º, 7º). Para que el bien jurídico protegido se vea afectado como consecuencia de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, es preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitaran la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, pudieran, por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes (fundamento jurídico 1º, 8º)⁴³.

La jurisprudencia analizada, a modo de ejemplo, muestra la tendencia a compatibilizar la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa acudiendo a la ponderación⁴⁴, tanto respecto a la protección de la minorías religiosas, cuanto a la de la religión mayoritaria en el caso de ofensas. No dejan de proliferar, sin embargo, los casos que apelan a la delimitación de ambas libertades⁴⁵.

4. Algunas reflexiones finales

Como se apuntaba desde la jurisprudencia del TEDH queda al margen de la protección de la libertad de expresión el discurso del odio y en menor medida las

⁴³ CUEVA FERNÁNDEZ, R., “A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo. ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del *hate speech*?”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 2, 2012, pp. 99-108

⁴⁴ Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., “Ponderación y subsunción: ¿son intercambiables y se eligen a conveniencia?”, en ORTEGA GARCÍA, R. (coord.), *Teoría del derecho y argumentación jurídica: ensayos contemporáneos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 363-395; y “¿Ponderación o simples subsunciones? Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Español 72/2007”, *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia*, año 2, nº 08, agosto 2007, Lima, pp. 619-627.

⁴⁵ Dos ejemplos más recientes sirven para ilustrar la necesidad de seguir buscando un equilibrio entre la libertad de expresión y la religiosa. El 26 de noviembre de 2015 tres mujeres de Sevilla fueron imputadas por su participación en una manifestación del 1º de mayo de 2014 portando una imagen del “Santo Coño Insumiso”. El colectivo feminista de Sevilla sacó en procesión una vagina en defensa de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. La denuncia fue presentada por la Asociación de Abogados Cristianos, con sede en Valladolid. Una polémica semejante se suscitó el 15 de febrero de 2016 con la lectura del poema *Mare Nostra*, entendido por algunos sectores católicos como una parodia del Padre Nuestro, en el Saló de Cent del Ayuntamiento de Barcelona en la ceremonia de la entrega de los Premios Ciutat de Barcelona.

expresiones gratuitamente ofensivas, siempre que concurren determinados elementos. Buena parte de la aplicación práctica de estos supuestos encuentran el grave inconveniente de que no existe una concepción uniforme sobre la importancia de la religión en las plurales sociedades actuales, marcadas por la convivencia en la diversidad, que permita delimitar qué tipo de restricciones a la libertad de expresión pueden considerarse admisibles (más allá de los supuestos señalados) cuando lo que está en juego son los sentimientos religiosos. En todo caso, aún en ausencia de consenso, la primacía de la libertad religiosa junto a la de expresión exige la constante supervisión legal y judicial para evitar la lesión de derechos consiguiendo tanto defender la libertad de expresión cuanto proteger de manera eficaz los sentimientos religiosos y la integridad de los grupos confesionales⁴⁶.

Como ha hecho el TEDH, es posible acudir a un liberalismo moderado que permita conciliar ambas. Así la libertad de expresión no sería un derecho absoluto y por tanto, al igual que ocurre en otros casos, cuando entre en contradicción con otros posibles derechos resultaría imprescindible realizar una ponderación para ver cuál tiene un mayor peso atendiendo a las circunstancias.

En esa línea jurisprudencial, en el ámbito español, la libertad de expresión cede cuando la difusión de ideas o de una doctrina, tomando en cuenta la forma y el ámbito en que se lleva a cabo y lo que se difunde. Aunque el horizonte jurídico apunte al discurso del odio o a los delitos de odio para limitar los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión, como mantiene Palomino⁴⁷ no existe una frontera nítida entre aquellas formas de expresión que son ofensivas y las que pueden considerarse abiertamente violentas. La propia experiencia demuestra que los efectos de las agresiones verbales o escritas pueden trascender el ámbito en el que surgen. Pueden existir supuestos claros, pero hay otros en los que una burla o sátira acaba siendo un discurso de odio. Si se atiende a la relevancia del contexto en el que éste se produce, puede ser fácil definir cuando se pueden identificar los elementos del mismo, como el auditorio o el medio en el que se lleva a cabo, pero en los nuevos contextos de la sociedad del conocimiento se amplían significativamente los implicados. La línea de distinción entre el lenguaje del odio y las ofensas gratuitas, a veces, puede ser difícil de delimitar.

⁴⁶ CAÑAMARES ARRIBAS, S., “La conciliación entre libertad de expresión y libertad religiosa, un <work in progress>”, op. cit., p. 29.

⁴⁷ PALOMINO LOZANO, R. “Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto”, op. cit., pp. 64-65.

Por eso, conviene insistir en que la libertad de expresión no es libertad para ofender, pero puede ser libertad para expresar opiniones o pensamientos que pueden ser considerados como ofensivos por terceros y que, en principio, no pueden rechazarse en una sociedad plural, a la inversa la libertad religiosa (y con ella la protección de los sentimientos religiosos) tampoco es absoluta.

Todo ello nos devuelve de nuevo al papel que puede desempeñar en esta tensión el Derecho, y su concreción por la vía jurisprudencial. A pesar de que los principios establecidos por el TEDH para articular estas dos libertades pueden considerarse como útiles y válidos, no están exentos de las dificultades propias de su aplicación práctica, en el intento de alcanzar un equilibrio en el que puedan ejercerse todas las libertades por parte de todos los sujetos. En este contexto una concepción conformista del margen de apreciación estatal, en su aplicación práctica, podría poner en peligro la salvaguarda de la libertad de expresión, de igual manera que una posición siempre favorable a ésta, permitiría agresiones que podrían dañar, entre otras, la libertad religiosa. Ciertamente el acento se ha de poner en el contenido de la información y las ideas que se transmiten, y no tanto en la ofensa como tal.

Se trata de una cuestión de límites que exige respuestas cuidadosas, puesto que, mientras el lenguaje del odio queda fuera de la protección del artículo 10.1 CEDH, las ofensas gratuitas se han de analizar desde la perspectiva del artículo 10.2. Apostar por este tipo de solución, no significa admitir que el recurso al Derecho sea en todo caso necesario, más bien al contrario es preferible que éste se abstenga de intervenir salvo que sea imprescindible⁴⁸.

⁴⁸ MARTÍNEZ TORRÓN, J., “¿Libertad de expresión amordazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo”, op. cit., pp. 118-120.