

LOS CONFLICTOS ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y RELIGIÓN: TRATAMIENTO JURÍDICO DEL DISCURSO DEL ODIIO

Zoila Combalía
Universidad de Zaragoza

Abstract: Recently, expressions offensive to religion have increased in Europe, sometimes with a provocative intent, whose message seems to be: “You can say everything, nothing is sacred“. In other cases, statements are not only provocative, but also manifest hatred or contempt toward those who profess certain beliefs. Even these facts are, without a doubt, unfortunate and they do not help to protect rights and freedoms, but encourage confrontation and conflict, a question arise: Is it the mission of the Law limiting expressions that hurt religious feelings or incite to hatred? And if so, to what extent? This paper deals with the answer to these questions, both in the Council of Europe and the EU Law, and in the Spanish legal system.

Keywords: Hate speech. Freedom of expression. Religious freedom. Equality and non-discrimination.

Resumen: En los últimos años se han incrementado en Europa las expresiones ofensivas hacia la religión, en algunos casos con una intención provocadora, cuyo mensaje parece ser: “se puede decir todo, no hay nada sagrado“. En otros supuestos, se trata de declaraciones no únicamente provocadoras sino que manifiestan odio o desprecio hacia quienes profesan determinadas creencias. Es indudable que estos supuestos son lamentables y no ayudan a proteger los derechos y libertades, sino que avivan el enfrentamiento y el conflicto. Ahora bien, ¿es misión del Derecho limitar las expresiones que hieren sentimientos religiosos o incitan al odio? En caso afirmativo, ¿en qué medida? De la respuesta a estos interrogantes, tanto en la normativa emanada de la Unión Europea y del Consejo de Europa, como en el ordenamiento estatal, se ocupa este trabajo.

Palabras clave: discurso del odio (*hate speech*). Libertad de expresión. Libertad religiosa. Igualdad y no discriminación.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. El conflicto entre libertad de expresión y religión en Naciones Unidas.- 3. La postura europea ante el conflicto.- 3.1. El Consejo de Europa.- 3.2. El Derecho de la Unión Europea.- 4. Libertad de expresión y religión en el Derecho español.- 4.1. El escarnio o insulto religioso.- 4.2. La incitación al odio. Situación actual.- 4.3. La reforma.- 5. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se han incrementado en Europa las expresiones ofensivas hacia la religión, en algunos casos con una intención provocadora, cuyo mensaje parece ser: “se puede decir todo, no hay nada sagrado”. Uno de los casos más significativos de las últimas décadas, por el impacto internacional que tuvo debido a los disturbios ocasionados, fue el de la publicación en un periódico danés de unas caricaturas de Mahoma¹. Pero no sólo el Islam es objeto de burlas o escarnio; son igualmente frecuentes expresiones antisemitas² o que hieren sentimientos cristianos³.

En otros supuestos, se trata de declaraciones no únicamente provocadoras sino que manifiestan odio o desprecio hacia quienes profesan determinadas creencias⁴. Estas expresiones, y su tratamiento jurídico, no se circunscriben a las

¹ Sobre este conflicto ver: Z. Combalía, *Libertad de expresión y difamación de las religiones: el debate en Naciones Unidas a propósito del conflicto de las caricaturas de Mahoma*, en “Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado”, nº 16, enero 2009. El día que enviaba este trabajo para su publicación, ocurría el atentado terrorista en París contra el semanario satírico Charlie Hebdo, triste reflejo de la actualidad y conflictividad del tema.

² Así, por ejemplo, la reciente prohibición de 9 de enero de 2014 del Consejo de Estado Francés del espectáculo “Le Mur” del cómico Dieudonné por su carácter antisemita.

³ Ver, por ejemplo, el caso suscitado por la emisión televisiva del corto “Cómo cocinar un crucifijo” –si bien se entendió que no concurría delito–: Sentencia nº 235/2012, de 8 de junio, del Juzgado de lo Penal nº 8 de Madrid, confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia nº 224/2013, de 2 de abril

⁴ En nuestro país, así como los supuestos de burla o escarnio religioso en su mayor parte van dirigidos contra el cristianismo, religión mayoritaria en España, sin embargo, los de incitación al odio religioso o racial van dirigidos sobre todo hacia las minorías: discursos de carácter antisemita, contra el Islam, la raza negra, la etnia gitana, la inmigración rumana, etc.

La Memoria del Servicio de Delitos de Odio y discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona de 2013 señala que, aunque nuestro sistema policial y judicial carece de los recursos informáticos necesarios para poder aportar estadísticas sobre delitos de odio y discriminación –y ello a pesar de las recomendaciones en este sentido de diversos organismos internacionales–, el protocolo de Mossos d’Esquadra “Procedimiento de hechos delictivos motivados por el odio o la discriminación”, aprobado por orden de servicio de delitos de odio y discriminación de la Fiscalía de Barcelona, de 10 de marzo de 2010, ha permitido obtener los siguientes datos en cuanto a los motivos de las faltas y delitos por motivo de discriminación, referidos a Cataluña. Respecto al año 2013:

- Motivos de carácter étnico, origen nacional, racial: 41,2%

que se dirigen contra grupos por razones religiosas, sino que incluyen los motivos de raza, origen nacional, orientación sexual, etc.

El llamado “discurso del odio”⁵ suscita especial preocupación cuando proviene de plataformas políticamente legitimadas; esto es, de partidos que concurren a las elecciones y que llegan a ocupar escaños en el Parlamento o a tener representación en corporaciones públicas⁶.

Es indudable que estos supuestos de burla, desprecio u odio son lamentables y no ayudan a proteger los derechos y libertades, sino que avivan las divisiones, la cultura del enfrentamiento y el conflicto. Ahora bien, la pregunta que subyace y de la que quería ocuparme en este trabajo es: ¿cuál ha de ser la actitud del ordenamiento jurídico? Es decir, ¿es misión del Derecho limitar las expresiones que hieren sentimientos religiosos o incitan al odio? En caso afirmativo, ¿en qué medida?

-
- Orientación política: 28,0%
 - Homofobia: 18,5%
 - Religioso: 7,0%
 - Discapacidad física o sensorial: 2,9%
 - Antisemita: 1,2%
 - Discapacidad mental: 0,8%
 - Sexismo: 0,4%
 - Aporofobia: 0,0%

Los motivos religiosos figuran en cuarto lugar, si bien, con frecuencia, son difícilmente deslindables de los de origen racial y de los de antisemitismo.

⁵ En cuanto al concepto de discurso de odio, el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación 97 (20), de 30 de octubre de 1997, sobre “Discurso del odio”, señala que a los efectos de la aplicación de los principios establecidos en la Recomendación, el término “hate speech” comprenderá “cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia manifestada mediante un nacionalismo y etnocentrismo agresivos, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”.

⁶ Así, en las últimas elecciones europeas de 2014, el ascenso de los partidos de corte xenófobo ha sido una de las notas más destacadas. En cuanto a los resultados obtenidos por partidos con propuestas xenófobas, populistas o nacionalistas (<http://www.europarl.europa.eu/portal/es>):

Partido de la Independencia (UKIP), Reino Unido: 26,77%

Partido Popular Danés (O. DF): Dinamarca: 26,60%

Frente Nacional (FN) de Francia: 24,95%

Partido de la Libertad (FPÖ) de Austria: 19,70%

Movimiento por una Hungría Mejor (JOBBIK) de Hungría: 14,67%

Partido por la Libertad (PVV) de Holanda: 13,32%

Partido de los Finlandeses (PS) de Finlandia: 12,90%

Amanecer Dorado (XA) de Grecia: 9,36%

Liga Norte (LN) de Italia: 6,15%

Vlaams Belang (VB) de Bélgica: 4,14%

Unión Nacional Ataque (ATAKA) de Bulgaria: 2,96%

Partido Nacional Democrático (NPD) de Alemania: 1%

Sobre la islamofobia: ver los informes del Observatorio para la islamofobia de la OCI en: <http://www.oic-oci.org/oicv2/page/?pid=182&pref=61&lan=en>.

2. EL CONFLICTO ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y RELIGIÓN EN NACIONES UNIDAS

Ante el interrogante formulado son dos las respuestas que han confluído en los foros internacionales, concretamente en Naciones Unidas, y que responden a dos sensibilidades en parte distintas.

En primer lugar, la postura impulsada por la Organización para la Cooperación Islámica –OCI–, parte de considerar que, cuando la libertad de expresión redunde, no en manifestación sino en difamación de la religión, deja de merecer la protección del Derecho.

Junto a la anterior y liderada por Occidente, se defiende la tesis de que, en palabras del representante de la Unión Europea ante la Asamblea General de Naciones Unidas: “la ‘difamación de las religiones’ no es un concepto válido en un discurso sobre derechos humanos”⁷.

De un modo algo esquemático, podría señalarse que, mientras que Occidente es reacio a la restricción de unas libertades que defiende como su mayor logro y que tanto esfuerzo le ha costado conseguir, por lo que, cualquier censura, le produce rechazo, al Islam, sin embargo, le pesa especialmente el desprecio de Occidente hacia unas creencias que son la esencia de su identidad, desprecio amparado en lo que ellos consideran un ejercicio “frívolo” de la libertad.

Apuntadas estas dos posturas nos centraremos, a continuación, en la situación y el debate europeos en la materia⁸.

⁷ Palabras pronunciadas para justificar su voto en contra de la Resolución contra la Difamación de las Religiones aprobada en diciembre de 2007.

Unas interesantes reflexiones sobre el concepto de difamación de las religiones en: F. Pérez-Madrid, *Incidencia al odio religioso o “hate speech” y libertad de expresión*, en “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, n.º 19, 2009, apartado VI; R. Palomino, *Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto*, en “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, n.º 29, 2012; G. Puppínck, *Lucha contra la difamación de religiones. Informe en respuesta a la consulta de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el seguimiento de Francia en la Resolución 7/19 del Consejo de Derechos Humanos del 27 de marzo de 2008 (Informe presentado por el European Centre for Law and Justice en junio de 2008 y actualizado en junio de 2010)*, en: <<http://eclj.org/PDF/ECLJ-Memo-Lucha-contra-la-difamaci%C3%B3n-de-religiones-Puppínck.pdf>>.

⁸ De la comparación entre la postura islámica y la europea en los conflictos apuntados me ocupé en: Z. Combalía, *El derecho de libertad de expresión en el Islam: perspectiva comparada*, en VVAA. (coord. Z. Combalía, P. Diago y A. González-Varas), “Derecho islámico e interculturalidad”, Ed. Iustel, Madrid 2011, pp. 217-261. Sobre la postura islámica, ver también: A. López-Sidro, *Libertad de expresión y libertad religiosa en el mundo islámico*, en “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, n.º 30, 2012.

3. LA POSTURA EUROPEA ANTE EL CONFLICTO

3.1. EL CONSEJO DE EUROPA

Como he señalado, la posición europea ante Naciones Unidas parte de que el concepto de difamación de las religiones no es válido para ser acogido en los documentos jurídicos de protección de los derechos humanos⁹. Ello porque lo que se busca proteger no son las creencias en sí mismas, sino a las personas que las profesan.

El Consejo de Europa ha prestado una importante atención en los últimos años al tema de la colisión entre libertad de expresión y libertad de religión¹⁰. Ya en 2006, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa formuló la cuestión y decidió volver sobre el asunto después de recabar información de los Estados miembros y de acometer un estudio más detallado¹¹. El 29 de junio de 2007

⁹ Afirma textualmente el representante de la Unión Europea: “Desde el punto de vista de los derechos humanos, los miembros de comunidades religiosas o de creencias no deben verse como partes de entidades homogéneas. El Derecho internacional sobre derechos humanos protege principalmente a las personas en el ejercicio de su libertad de religión o de creencias, no a las religiones en sí”. En Naciones Unidas se ha destacado un progresivo descenso en el apoyo al concepto de difamación de la religión. Esto quedó especialmente de manifiesto durante la sesión de marzo de 2010 del Consejo de Derechos Humanos, donde menos Estados que anteriormente votaron a favor de una resolución sobre difamación de la religión. Por otra parte, hechos como las amenazas de un Pastor de Florida de quemar el Corán el 11-S, las prohibiciones en Europa del velo, la prohibición de construcción de minaretes en Suiza, etc., evidencian que hay una presión para que el concepto permanezca activo en el Derecho internacional. Lo anterior, acompañado de persistentes incidentes de violencia y discriminación hacia minorías religiosas en Nigeria, Pakistán, Irán, Egipto, etc., sitúa a la comunidad internacional en una encrucijada crítica: encontrar mecanismos más efectivos para enfrentarse a la intolerancia y discriminación religiosa, pero sin servirse del concepto de difamación de las religiones que parece inadecuado. Ni las leyes anti-blasfemia ni el concepto de difamación de las religiones protegen a los individuos contra el daño: protegen sólo ideas, símbolos u objetos del insulto o ataque. Es más, las leyes anti-blasfemia se han utilizado, en ocasiones, para encarcelar o perseguir a las minorías religiosas. Así, el relator de libertad religiosa y de creencias ha expresado su preocupación por estas leyes y ha sugerido el desarrollo del artículo 20 del PIDCP (ver: Article 19, Freedom of Expression and Defamation of Religion: a Critical Juncture, 16 September 2010, at: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4cad79892.html>> –a 2 de febrero de 2011–).

¹⁰ Sobre esta cuestión ver: I. Briones, Dignidad humana y libertad de expresión en una sociedad plural, en “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, n° 32, 2013, apartado V; J. Ferreira, Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial, en “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, n° 35, 2014, apartado 4; I. Martín Sánchez, El discurso del odio en el ámbito del Consejo de Europa, en “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, n° 28, 2012; J. Martínez-Torrón, Libertad de expresión y libertad de religión. Comentarios en torno a algunas recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, n. 11, mayo 2006; R. Palomino, Libertad religiosa y libertad de expresión, en “Ius Canonicum”, vol. XLIX, n° 98, 2009, pp. 535-539; F. Pérez-Madrid, Incitación al odio religioso o “hate speech” y libertad de expresión, en “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, n° 19, 2009, apartado V.

¹¹ Resolución 1510 (2006) sobre Libertad de expresión y respeto a las creencias religiosas.

adoptó la Recomendación 1805/2007 sobre “Blasfemia, insulto religioso y discurso del odio contra personas por razones religiosas”¹². A continuación, la Comisión de Venecia discutió y ratificó un informe pormenorizado sobre el tema¹³.

La primera parte del informe, tras referirse a los documentos internacionales en la materia¹⁴, recoge la legislación de los Estados miembros sobre esta cuestión¹⁵. Los datos obtenidos fueron los siguientes:

- a) La mayor parte de los Estados penalizan la interrupción de prácticas religiosas.
- b) En cuanto a la blasfemia, únicamente es delito en unos pocos Estados –Austria, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Italia, Liechtenstein, Países Bajos y San Marino– y, aún en estos países, en raras ocasiones se persigue el delito¹⁶.
- c) El insulto u ofensa a los sentimientos religiosos constituye delito en aproximadamente la mitad de los Estados miembros; concretamente, en Andorra, Chipre, Croacia, Chequia, Dinamarca, España, Finlandia, Alemania, Grecia, Islandia, Italia, Lituania, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rusia, Eslovaquia, Turquía y Ucrania.

¹² La Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 29 de junio de 2007, ya precisó que la blasfemia, en cuanto mero insulto a una religión, no debería considerarse delito y recomendó al Comité de Ministros que se asegurase de que los Derechos internos de los Estados miembros se revisen para despenalizar la blasfemia en el sentido apuntado (puntos 4, 5 y 17.2.4). La Recomendación entendió que los Derechos internos de los Estados miembros únicamente deberían penalizar expresiones sobre asuntos religiosos cuando, de modo intencionado y grave se alterase el orden público o se incitase a la violencia (punto 15). Distinto es el caso del hate speech o discurso del odio que, a juicio de la Asamblea, sí debería penalizarse (p. 12).

¹³ Comisión de Venecia, Sesión Plenaria 76, 17-18 de octubre 2008 (CDL-AD(2008)026). Sobre este informe ver R. Palomino, Libertad religiosa y libertad de expresión, en “Ius Canonicum”, n. 98, 2009, pp. 533-535

¹⁴ Se refiere a: El Convenio Europeo de Derechos Humanos (arts. 9, 10, 14, 1 del protocolo 12); el protocolo adicional al Convenio sobre Ciberdelitos, relativo a la criminalización de actos de naturaleza racista y xenófoba cometidos mediante sistemas informáticos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 20); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 (art. 4); la Recomendación n° R(97)20 sobre “Discurso del odio” del Comité de Ministros del Consejo de Europa; la Declaración del Comité de Ministros sobre libertad del debate político en los medios de febrero de 2004; la Recomendación sobre política general n° 7 de la Comisión Europea del Consejo de Europa contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI); y la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1805/2007 sobre “Blasfemia, insulto religioso y discurso del odio contra personas por razones religiosas.

¹⁵ Cfr. la legislación nacional de los Estados miembros en CDL-AD (2008) 026 add. La Comisión solicitó información adicional a determinados países recogida en CDL-AD (2008) 026 add 2

¹⁶ Por ejemplo, en Dinamarca, en el momento en que se suscitó el conflicto de las caricaturas de Mahoma, el Código penal tipificaba la blasfemia señalando que “toda persona que en público ridiculice o insulte los dogmas o la fe de una comunidad religiosa legalmente existente en este país podrá ser condenada a una pena de cárcel de cuatro meses como máximo o, si existen circunstancias atenuantes, a una multa” (art. 140); sin embargo, la última condena por blasfemia en Dinamarca data de 1938.

d) Respecto al negacionismo es delito en muy pocos países –Austria, Bélgica, Francia, Suiza–, aunque en otros, como Alemania, puede entrar en la definición de incitación al odio¹⁷.

e) La discriminación por motivos religiosos está constitucionalmente prohibida en todos los Estados miembros y algunos tienen, además, leyes específicas en la materia. En determinados países se contempla como circunstancia agravante en la comisión de un delito.

f) Todos los Estados miembros –salvo Andorra y San Marino– tipifican como delito la incitación al odio, aunque algunos –Austria, Chipre, Grecia, Italia y Portugal– penalizan únicamente la incitación a actos que puedan crear discriminación o violencia pero no la mera incitación al odio.

Al valorar la legislación de los Estados miembros, la Comisión de Venecia llegó a las siguientes conclusiones:

El punto de partida indiscutible es que, en el marco de una sociedad democrática, el debate público y abierto en cuestiones religiosas merece protección y no restricción. Ahora bien, eso no significa que la libertad de expresión sea absoluta; su ejercicio entraña deberes y responsabilidades, especialmente en los casos en que pueda verse dañada la paz religiosa de la sociedad, indispensable para la convivencia democrática. La Comisión consideró que la ponderación acerca de la necesidad de restringir la libertad de expresión requiere valorar el contexto, el lugar, las circunstancias, etc., en las que la declaración se ha emitido y que, para acometer esta ponderación, las autoridades estatales están mejor preparadas que el juez internacional. De ahí que se sostenga que debe concederse a los Estados tienen un margen de apreciación aunque éste no sea ilimitado.

En cuanto a las responsabilidades que pueden derivar del ejercicio abusivo de la libertad de expresión, la Comisión se cuestionó la idoneidad de las sanciones penales, entendiéndose que, en los casos en que concurra incitación al odio, sí estaría justificado el recurso al ámbito penal. De hecho, la Comisión recomendó a los dos únicos Estados miembros que no prevenían tales sanciones –Andorra y San Marino– que las incluyeran en sus legislaciones. Señaló también que la incitación al odio debería aplicarse de modo no discriminatorio; esto es, que la mayor sensibilidad de algunos grupos religiosos ante la ofensa, no debería justificar un tratamiento diferente.

Mientras que las sanciones penales son idóneas ante el discurso del odio, más controvertida es, a juicio de la Comisión, la necesidad de recurrir a la legislación penal para luchar contra los insultos religiosos o la blasfemia. En-

¹⁷ Ver: M. J. Roca, Régimen jurídico del derecho a la libertad de expresión en Alemania, en P. J. Tenorio, “La libertad de expresión. Su posición preferente en un contexto multicultural”, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp. 239-243.

tiende que la blasfemia debería abolirse donde aún persiste y que no parece tampoco deseable mantener un delito de insulto religioso si no concurre el elemento de incitación al odio. Otro asunto sería la aplicación de medidas no penales, como exigir responsabilidad civil por daños y perjuicios o recurrir a sanciones administrativas.

En el seno de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante, TEDH– se percibe cierta evolución en la ponderación de los conflictos entre libertad de expresión y de religión.

Desde la jurisprudencia inicial en la que el tribunal de Estrasburgo otorgaba un amplio margen de apreciación a los Estados considerando justificadas las restricciones a la libertad de expresión que ofendían sentimientos religiosos, aun cuando no hubiera incitación al odio o a la violencia¹⁸, se ha tendido a una progresiva reducción del margen de apreciación nacional a favor de la necesidad de tutelar la libertad de expresión¹⁹.

¹⁸ Ver, por ejemplo, TEDH, caso Otto Preminger-Institut contra Austria, Sentencia de 20 de septiembre 1994 y caso Wingrove contra Reino Unido, Sentencia de 22 de octubre 1996. Ambos casos se ocupan de películas (“El Concilio del amor” y “Visiones del éxtasis”) con un tratamiento ofensivo –en ocasiones pornográfico– de las figuras de Jesucristo, la Virgen o los Santos –Santa Teresa–. El TEDH consideró justificado el secuestro de las películas. Sostuvo que la restricción de la libertad de expresión estaría justificada en aras de la protección de la libertad de religión si fuera “necesaria en una sociedad democrática”. Y, “puesto que no es posible –afirmó el TEDH– discernir en el conjunto de Europa una concepción uniforme de la importancia de la religión en la sociedad”, para valorar la necesidad o no de la limitación debe dejarse margen de apreciación a los Estados que tienen mayor proximidad con la sociedad en la que se vierten las expresiones cuestionadas. Ver un análisis más detallado en este sentido en: I. Briones, Dignidad humana y libertad de expresión en una sociedad plural, en “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, n° 32, 2013; J. Ferreira, Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial, en “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, n° 35, 2014; I. Martín Sánchez, El discurso del odio en el ámbito del Consejo de Europa, en “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, n° 28, 2012; J. Martínez-Torrón, Libertad de expresión y libertad de religión. Comentarios en torno a algunas recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, n. 11, mayo 2006; R. Palomino, Libertad religiosa y libertad de expresión, en “Ius Canonicum”, vol. XLIX, n° 98, 2009, pp. 535-539; F. Pérez-Madrid, Incitación al odio religioso o “hate speech” y libertad de expresión, en “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, n° 19, 2009.

¹⁹ Ver, por ejemplo, TEDH, caso Giniewski contra Francia, Sentencia de 31 de enero 2006, o caso Klein contra Eslovaquia, Sentencia de 31 de octubre 2006. Para algunos autores, en realidad, “entre unos y otros casos el Tribunal Europeo no ha modificado aparentemente sus criterios fundamentales de decisión: se trataría solamente de diferentes situaciones de hechos decididas conforme a los mismos principios” (J. Martínez-Torrón, Libertad de expresión y libertad de religión. Comentarios en torno a algunas recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, n. 11, 2006). A juicio de este autor, los criterios del TEDH en esta materia son: a) la distinción entre la información que proporciona datos de hechos y la que contiene juicios de valor, estando la primera sujeta a un más estricto control de objetividad por lo que se refiere a su verdad o falsedad; b) la distinción entre expresiones gratuitamente ofensivas y las que contienen información o ideas que contribuyen al debate social sobre

Al igual que en las Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en la jurisprudencia del TEDH se observa una diferenciación entre el tratamiento jurídico que corresponde ante una expresión ofensiva hacia los sentimientos religiosos y aquella expresión que no sólo ofende, sino que incita al odio. En el primer supuesto, y cada vez en mayor medida, el Tribunal de Estrasburgo se inclina hacia la protección de la libertad de expresión²⁰; en el segundo, sin embargo, el TEDH otorga mayor margen a la legitimidad de las restricciones, adoptando los siguientes principios.

a) En primer lugar, para que las limitaciones a la libertad de expresión sean legítimas, deberá tratarse, conforme al artículo 10,2 del CEDH, de restricciones “previstas por la ley” para proteger “la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

b) Además de que la restricción esté prevista por ley y persiga un objetivo legítimo –en el caso de la sanción del discurso del odio, la protección de los derechos de un grupo especialmente vulnerable–, debe valorarse si la injerencia en la libertad de expresión era “necesaria en una sociedad democrática”²¹.

A juicio del TEDH, “la prueba de ‘necesidad en una sociedad democrática’ requiere que el Tribunal determine si la injerencia obedecía a una ‘necesidad social acuciante’. A este respecto, los Estados contratantes gozan de un margen de apreciación para valorar si existía dicha necesidad, pero va parejo con la supervisión europea (...). Al revisar, en virtud del artículo 10, las sen-

temas de interés general, siendo éstas menos limitables; c) la distinción entre expresiones que se limitan a ser gratuitamente ofensivas y las que incitan al odio, a la violencia o a la discriminación afirmando expresamente el TEDH que “las expresiones que buscan difundir, incitar o justificar el odio basado en la intolerancia, incluida la intolerancia religiosa, no gozan de la protección otorgada por el artículo 10 del Convenio” (TEDH, caso *Günduz contra Turquía*, Sentencia de 4 de diciembre 2003)

²⁰ Ver, en este sentido: J. Martínez-Torrón, *Libertad de expresión y libertad de religión*. Comentarios en torno a algunas recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en “*Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*”, n. 11, 2006, y Martín Sánchez quien sostiene que, quizás, la causa de esta evolución hacia una mayor tutela de la libertad de expresión cuando no concurre incitación al odio o a la violencia u ofensas gratuitas es que, entre los países miembros del Consejo de Europa, “aunque hay un consenso común sobre el significado de la libertad de expresión, el amplio margen de apreciación nacional existente en materia de religión acabaría por difuminar el contenido de esta libertad en beneficio de las confesiones dominantes y de los intereses políticos” (I. Martín Sánchez, *El discurso del odio en el ámbito del Consejo de Europa*, en “*Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*”, n.º 28, 2012).

²¹ Ver, por todas, TEDH, caso *Norwood contra el Reino Unido*, Sentencia de 16 de noviembre de 2004; caso *Soulas y otros contra Francia*, Sentencia de 10 de julio de 2008.

tencias dictadas por las autoridades nacionales con arreglo a su margen de apreciación, el Tribunal debe determinar, a la luz del caso en su totalidad, incluyendo el contenido de los comentarios vertidos contra los demandantes y el contexto en que fueron realizados, si la injerencia en cuestión era ‘proporcional’ al objetivo legítimo perseguido y si los motivos aducidos por ellos para justificar la injerencia eran ‘pertinentes y suficientes’”. Esto teniendo en cuenta que la protección del artículo 10 se extiende también a aquellas ideas que “ofenden, sorprenden o molestan”²².

c) El Tribunal de Estrasburgo valora, obviamente, la gravedad del contenido del mensaje, pero aclara que no es necesario que éste incite directamente a cometer actos de violencia o delictivos: “El Tribunal reitera que la incitación al odio no necesariamente entraña la llamada a un acto de violencia, u otros delitos. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o calumniar a grupos específicos de la población son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión ejercida de una forma irresponsable”²³.

d) El TEDH no sólo tiene en cuenta el contenido, sino también el contexto en el que el discurso de odio se ha pronunciado. Factores como el entorno social –de convivencia normalizada o de tensión–, la autoridad de quien pronuncia el discurso, el medio de difusión, etc., aportan indicios en este sentido.

Así lo señaló, entre otros, en un caso suscitado por la propaganda depositada en un instituto sosteniendo que “el Tribunal también tiene en consi-

²² TEDH (Sección 5ª), Caso Vejdeland y otros contra Suecia, Sentencia de 9 febrero 2012. Se trata de una sentencia que justifica la sanción penal impuesta por la distribución de unos panfletos contra las personas homosexuales en las taquillas de los estudiantes de un instituto.

Ver también, en el mismo sentido, TEDH (Sección 2ª), Caso Féret contra Bélgica. Sentencia de 16 julio 2009, entendiendo que no vulnera el artículo 10 del CEDH la sanción impuesta por la distribución de propaganda electoral de carácter xenófobo. Refiriéndose a las restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político afirma: “el Tribunal puntualiza que es fundamental, en una sociedad democrática, defender el libre juego del debate político. Concede la mayor importancia a la libertad de expresión en el contexto del debate político y considera que no se puede restringir el discurso político sin la existencia de razones imperiosas. Permitir amplias restricciones en tal o cual caso afectaría, sin duda alguna, al respeto de la libertad de expresión en general en el Estado en cuestión. Sin embargo, la libertad de discusión política no reviste, desde luego, un carácter absoluto. Un Estado contratante puede someterla a determinadas ‘restricciones’ o ‘sanciones’, pero le corresponde al Tribunal decidir en último lugar sobre su compatibilidad con la libertad de expresión tal y como la consagra el artículo 10”. Ver en el mismo sentido: TEDH, caso Castells contra España, Sentencia de 23 de abril de 1992; caso Incal contra Turquía, Sentencia de 9 de junio de 1998; caso Erbakan contra Turquía, Sentencia de 6 de julio de 2006.

²³ TEDH (Sección 5ª), Caso Vejdeland y otros contra Suecia, Sentencia de 9 febrero 2012. La misma precisión se recoge en las sentencias anteriores, concretamente en el caso Féret contra Bélgica, Sentencia de 16 julio 2009, tras señalar que “el Tribunal estima que la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo”, precisa que “los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos”.

deración que los panfletos se dejaron en las taquillas de gente joven que están en una edad impresionable y sensible y que no tuvieron la posibilidad de no aceptarlos (...). Por otra parte, el reparto de los panfletos tuvo lugar en una escuela a la que ninguno de los demandantes acudía y en la que no tenían libre acceso (...). El Tribunal Supremo... hizo hincapié en que los demandantes habían dejado los folletos en o sobre las taquillas de los alumnos, por tanto, imponiéndoselos a los alumnos”²⁴.

e) Finalmente, entiende el TEDH, un factor a tener en cuenta al valorar la legitimidad de una injerencia en la libertad de expresión, es la naturaleza y la proporcionalidad de las penas impuestas.

3.2. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

En el ámbito de la Unión Europea es especialmente relevante la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal²⁵.

El objeto de la Decisión es la necesidad, en este tema, “de una mayor aproximación en las legislaciones penales de los Estados miembros para garantizar así la aplicación de una legislación clara y completa con el fin de combatir eficazmente el racismo y la xenofobia”²⁶, a la luz de las dificultades –derivadas de esa diversidad– en el ámbito de la cooperación judicial. Esto es, “dado que el ob-

²⁴ TEDH (Sección 5ª), Caso Vejdeland y otros contra Suecia. Sentencia de 9 febrero 2012.

También se tomó en consideración el contexto, en este caso de campaña electoral, en el caso Féret contra Bélgica, afirmando que “el Tribunal concede una importancia particular al soporte utilizado y el contexto en el que se difundieron en este caso las palabras incriminadas y, por consiguiente, al impacto potencial en la alteración del orden público y en la cohesión del grupo social. Ahora bien, se trataría aquí de unas octavillas de un partido político distribuidas en un contexto de campaña electoral, lo que constituye una forma de expresión que persigue acceder al electorado en un sentido amplio y, por lo tanto, al conjunto de la población. Si, en un contexto electoral, los partidos políticos han de gozar de una amplia libertad de expresión al objeto de tratar de convencer a sus electores, en el caso de un discurso racista o xenófobo, tal contexto contribuye a avivar el odio y la intolerancia ya que, por la fuerza de las cosas, la posición de los candidatos a las elecciones tiende a fortalecerse y los eslóganes o fórmulas estereotipadas tienden a imponerse sobre los argumentos razonables. El impacto de un discurso racista y xenófobo es entonces mayor y más dañino”.

²⁵ Diario Oficial nº L 328 de 6-12-2008 p. 55-58.

La Decisión marco fue adoptada por unanimidad el 28 de noviembre de 2008, tras siete años de negociaciones. Según se señala en el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Decisión marco, la dificultad de las negociaciones se debió principalmente a la disparidad de los sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros por lo que se refiere a la protección y límites del derecho a la libertad de expresión, aunque finalmente se alcanzó el suficiente consenso para definir a nivel de la Unión un tratamiento penal común del racismo y la xenofobia que garantice que, el mismo comportamiento, constituya un delito en todos los Estados miembros y que se establezcan penas efectivas, proporcionadas y disuasorias contra las personas físicas y jurídicas que cometan tales delitos o sean responsables de los mismos.

²⁶ Considerando 4.

jetivo de la presente Decisión Marco, a saber, que se castiguen los delitos de carácter racista y xenófobo en todos los Estados miembros con al menos un nivel mínimo de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias no puede ser alcanzado adecuadamente de manera individual por los Estados miembros, ya que las normas deben ser comunes y compatibles, y por consiguiente, dado que dicho objetivo puede lograrse mejor a nivel de la Unión Europea, esta podrá adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad²⁷.

La Decisión Marco dispuso que “1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas: a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico; b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales” (artículo 1, 1,a y b)²⁸.

La Decisión Marco fijó un plazo de dos años para que los Estados miembros adoptaran las medidas necesarias para el cumplimiento de sus disposiciones. Transcurrido el plazo, la Comisión debía presentar un Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Decisión²⁹. En el informe la Comisión concluyó que “la mayoría de los Estados miembros cuentan con disposiciones sobre incitación a la violencia y el odio racistas y xenófobos, pero dichas disposiciones no siempre parecen transponer plenamente los delitos cubiertos por la Decisión marco. También se han detectado algunas lagunas en relación con la motivación racista y xenófoba de los delitos, la responsabilidad de las personas jurídicas y la jurisdicción. Por consiguiente, la Comisión considera que la plena y correcta transposición a los ordenamientos jurídicos nacionales de la Decisión marco existente constituye un primer paso hacia la lucha eficaz contra el racismo y xenofobia a través del Derecho penal de manera coherente en toda la Unión Europea. La Comisión emprenderá diálogos bilaterales con los Estados miembros en 2014 con el fin de garantizar la total y correcta transposición de la Decisión marco teniendo debidamente en cuenta la Carta

²⁷ Considerando 13.

²⁸ Además, la Decisión Marco establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para castigar la complicidad en la comisión de los delitos descritos en el artículo 1 (artículo 2); que, tanto las conductas del artículo 1 como las del 2, serán sancionadas con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias; concretamente dispone que “se castiguen, con una pena máxima de uno a tres años de prisión como mínimo” (artículo 3). Se establece que, para los delitos distintos de los que son objeto de la Decisión, la motivación racista y xenófoba será circunstancia agravante (artículo 4). Asimismo se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas por las conductas contempladas en los artículos 1 y 2 (artículo 5). Se dispone también la adopción de medidas para que las investigaciones y actuaciones judiciales respecto de las conductas referidas, no estén supeditadas a la presentación de declaraciones o de cargos por parte de la víctima (artículo 8).

²⁹ COM (2014) 27 final (de 27 de enero).

de los Derechos Fundamentales y, en particular, la libertad de expresión y asociación”³⁰.

4. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y RELIGIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

Nuestro ordenamiento jurídico contempla como delito tanto el escarnio o burla de las creencias, como la incitación al odio, la discriminación o la violencia.

4.1. EL ESCARNIO O INSULTO RELIGIOSO

Respecto al primer tipo delictivo, señala el artículo 525 que incurrir en este delito “quienes, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican”. La misma pena se aplica a quien hace escarnio de quienes no practican ninguna religión.

Pese a la existencia del tipo delictivo, apenas existen condenas en aplicación de éste. Nuestra jurisprudencia ha venido considerando que no es suficiente para el delito la existencia de expresiones satíricas, críticas o provocadoras; el escarnio requiere algo más que la mera burla. Así, por ejemplo, los órganos judiciales han interpretado que en el contexto de una creación artística, en el que es habitual una cierta dosis de provocación, es difícil entender que hay escarnio³¹. Desde un planteamiento similar, la jurisprudencia ha sido reacia a estimar que concurre escarnio cuando las expresiones ofensivas tienen una intención crítica o de manifestación de unas ideas³².

Además, para que concurra el delito, no basta con que la expresión haya generado ofensa, sino que se exige en quien la profiere intención de ofender.

³⁰ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre la aplicación de la Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal: COM (2014) 27 final (de 27 de enero).

³¹ Así se señaló, por ejemplo, en la Sentencia 235/2012, de 8 junio, del Juzgado de lo Penal nº 8 de Madrid, confirmada por la Sentencia 224/2013, de 2 de abril, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16ª), que absolvió de un delito contra los sentimientos religiosos por la emisión de un programa en el que se reproducía parcialmente el vídeo promocional “Cómo cocinar un crucifijo”, realizado en los años setenta por un cantautor al que se entrevista en el programa.

Sobre la relación entre arte y respeto a la sensibilidad religiosa ver R. Palomino, *Libertad religiosa y libertad de expresión*, en “*Ius Canonicum*”, vol. XLIX, nº 98, 2009, pp. 514-517.

³² Cfr. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sec. 2ª) nº 251/11, de 9 de junio, que archivó la querrela presentada contra un intérprete que en una actuación humorística parodió al Papa y a la curia, puso en duda ciertos dogmas de la religión católica y repartió preservativos. La Sala argumentó que “los hechos... en los que se pretende fundar dicho comportamiento delictivo, lo que ponen de relieve es un posicionamiento laico y, si se quiere, anticlerical del conferenciante sin que ello constituya realmente escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de la religión católica, ni vejación de quienes los profesan o practican...” (f.j. 3).

De este modo, en la emisión de un programa televisivo que reproducía parte de un video “ofensivo”³³, los órganos judiciales estimaron que no concurría intención de ofender, ni en la directora del programa, que únicamente pretendía realizar una entrevista a una persona de relevancia pública, ni en el entrevistado, autor del polémico corto, que ni siquiera conocía que en la entrevista se iba a reproducir ese video grabado años atrás³⁴.

También ha valorado la jurisprudencia si los destinatarios de la expresión ofensiva son o no los fieles de una determinada confesión. En el caso de los programas televisivos, al ir destinados al público en general, se consideró que era más difícil entender que concurría una específica intención de ofender sentimientos religiosos ajenos³⁵. Para reforzar estos razonamientos se ha invocado la aplicación, en cuanto a la prueba del ánimo de ofender, del principio *in dubio pro reo*³⁶.

En los casos referidos de actuaciones o emisiones de programas, la valoración de los hechos que hacen los órganos judiciales resulta ajustada. Mayores dudas suscitan, en mi opinión, otros supuestos de potencialidad ofensiva mayor en los que, sin poner en duda el escarnio, y no concurriendo intención artística ni de transmisión de unas ideas, los tribunales no aprecian, sin embargo, la específica intención de ofender.

Así lo estimó una sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla que absolvió del delito pese a considerar que, efectivamente, los hechos eran constitutivos de escarnio, por no apreciar intención de ofender en el acusado³⁷. Alegó el tribunal que “no basta con que se ofendan los sentimientos religiosos de otros, lo que en el caso de autos ocurre inequívocamente, sino que se requiere que esa conducta haga escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa y, además, se realice con la expresa e inequívoca intención de ofender esos sentimientos religiosos. En caso contrario, si para integrar el tipo delictivo sólo se exigiera, no ya el efecto subjetivo en determinados desti-

³³ Vid supra nota 31 a pie de página.

³⁴ Cfr. las sentencias referidas en la anterior nota al pie de página. La falta de intención de ofender se alegó en un caso muy semejante del que se ocupó la STS nº 668/93 de 25 de marzo, sobre la emisión en un programa de televisión dedicado a la información musical, de un video grabado por un grupo, en el que aparecía la figura de un crucificado con la cabeza de un carnero. Se enjuició a la presentadora del programa. El Tribunal Supremo absolvió alegando la falta de intención de ofender: “El elemento intencional de la procesada no fue el antijurídico exigido en el precepto penal que se cita como infringido, cual es el ánimo de ofender los sentimientos religiosos (...), en cuanto que la proyección del vídeo se hallaba enmarcada en la actuación de un grupo musical que intervenía en un programa realizado con la finalidad (...) de dar a conocer las tendencias musicales de vanguardia”.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Juzgado de lo Penal nº 8 de Madrid, Sentencia 235/2012, de 8 junio.

³⁷ Audiencia Provincial de Sevilla (Sec. 4), Sentencia 553/04, de 7 de junio, que absolvió al autor de una publicación que asociaba fotografías de inequívoco contenido sexual con una imagen de la Virgen.

natarios (...), sino, incluso, la mera idoneidad objetiva de la conducta para herir los sentimientos religiosos de la generalidad de los miembros de determinada confesión, prescindiendo de que esa acción constituya, precisamente, un escarnio y se realice justamente para ofender, el catálogo de posibles conductas típicas sería tan amplio como extenso lo es el de las confesiones religiosas y sus distintas corrientes, de modo que dejaríamos en manos de cada creyente la existencia o no del delito, atentado, sin lugar a dudas, los principios de legalidad y seguridad jurídica; de tal suerte que, por ejemplo, podría ser delito el sacrificio público de algunos animales, el consumo de alguna de sus variedades o el sacerdocio femenino para aquellos que, conforme a su religión o creencia, lo tienen prohibido”.

A mi modo de ver, es cuestionable la afirmación de que no basta la idoneidad objetiva de la conducta para herir los sentimientos religiosos de la generalidad de los miembros de una confesión. Entiendo que, si la conducta o expresión es “objetivamente” idónea para herir, y no consta que en el acusado concurriera otra intención —no se trata de una expresión artística, de una reflexión crítica, etc.—, es difícil entender que no hay ánimo de ofender. Cuestión distinta es la oportunidad de que exista un delito que penalice el insulto religioso³⁸.

4.2. LA INCITACIÓN AL ODIOS. SITUACIÓN ACTUAL

En España, desde 1995, la legislación penal contempla como delito el discurso del odio castigando a “los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”³⁹ (artículo 510,1).

³⁸ Cfr. también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sec. 4ª), 367/05, de 21 de octubre, que absolvió al acusado que había exhibido en Semana Santa y en el recorrido de la procesión, una pancarta con la imagen de la Virgen María y de Jesús con la leyenda “Adúltera con su bastardo”. En este caso se concluyó que la conducta “no estaba dirigida a lesionar los sentimientos religiosos ajenos, sino a su deseo de expresar y exteriorizar opiniones discrepantes” (f.j. 2). En este supuesto queda justificada la absolución pues, aunque el tribunal entendió que “poner en duda la virginidad de María en los términos que fueron expresados por el acusado..., en un lugar público y donde se iban a producir eventos religiosos como son el paso de procesiones de Semana Santa, sin duda constituye una afrenta a sus dogmas y a sus creencias religiosas”, en el caso no concurre el elemento subjetivo del injusto pues el acusado había fundado una ONG denominada «Movimiento Social Ciudadano sin Fronteras» de la cual era el único integrante, y padece un trastorno paranoide de la personalidad con repercusiones conductuales que le llevan a sentirse perseguido por opinar de manera distinta al resto de personas. En este caso alega que su conducta no estaba dirigida a lesionar sentimientos religiosos ajenos sino a expresar sus opiniones discrepantes en cuanto al dogma de la virginidad de María. El hecho de que concorra una intención crítica, ligado a la personalidad paranoide del acusado, justificaban el fallo absoluto.

³⁹ El segundo párrafo del artículo castiga a “los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en re-

La interpretación de este precepto por los órganos judiciales no ha sido unánime concurriendo posturas divergentes.

a) Algunas sentencias parten de que no cualquier expresión de odio, aún cuando quede fuera del ámbito de protección de la libertad de expresión por colisionar con la dignidad de la persona y sus derechos, debe ser objeto de sanción penal⁴⁰.

Desde esta consideración acometen una interpretación restrictiva del artículo 510 entendiéndolo que la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia, para ser punible, debería reunir los requisitos que el artículo 18 del Código penal fija estableciendo, con carácter general, que “la provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito”.

Precisa este sector de la jurisprudencia que, en el caso del artículo 510, no es necesario que aquello a lo que se provoca sea a un delito pues el precepto contempla la provocación al odio que, obviamente, no es una conducta delictiva sino un sentimiento. Ahora bien, entiende que sí ha de tratarse de una incitación directa y dirigida a la comisión de hechos concretos. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo en la única sentencia en la que se ha pronunciado sobre este delito para desestimarla. Se trataba de un recurso de casación contra una sentencia que condenaba a los responsables de la librería Kalki de Barcelona especializada en la difusión de material filonazi, de contenido altamente agresivo contra los judíos y otros grupos.

Afirmó el Tribunal Supremo: “El artículo 510, sanciona a quienes provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia. La utilización del término provocación ha conducido a sostener que es preciso que se cumplan los requisitos del artículo 18, salvo el relativo a que el hecho al que se pro-

lación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”.

⁴⁰ Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª), Sentencia num. 787/2012 de 29 junio, revocando la sentencia de instancia que condenaba al recurrente por un delito de odio a consecuencia de la distribución de unos panfletos electorales contra la población musulmana, señala que, aunque es deber de los poderes públicos adoptar medidas dirigidas a prevenir cualquier tipo de actitud discriminatoria, “las medidas preventivas deben a su vez evitar caer en la llamada ‘huida hacia el Derecho Penal’. Este Derecho debe circunscribir su intervención a aquel campo que acota sus principios básicos y particularmente los principios de lesividad, intervención mínima y responsabilidad por el hecho. Cuando no se respeten estos principios, y el Derecho penal interviene, estaremos en presencia de un uso indebido de las normas penales, para ocultar las omisiones de los poderes públicos en la adopción de otro tipo de medidas de orden económico, social educativo etc.”.

voca sea constitutivo de delito, ya que al incluir la provocación al odio se hace referencia a un sentimiento o emoción cuya mera existencia no es delictiva. En cualquier caso, es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo. (...) Como se ha dicho, los recurrentes se quejan de lo que consideran indebida aplicación del artículo 510. El motivo (...), debe ser estimado, pues en la descripción contenida en el relato fáctico no se contienen actos ejecutados por aquellos que puedan considerarse como incitaciones directas a la comisión de actos mínimamente concretados, de los que pudiera afirmarse que se caracterizan por su contenido discriminatorio, presididos por el odio o violentos contra los integrantes de los grupos protegidos"⁴¹.

⁴¹ Tribunal Supremo.

(Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia nº 259/2011, de 12 abril, f.j. 1. Este criterio, en términos aún más estrictos, lo sigue la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª), en la Sentencia nº 787/2012, de 29 junio, revocando la sentencia de instancia que condenaba al recurrente por un delito de odio a consecuencia de la distribución de unos panfletos electorales contra la población musulmana. Señala la Audiencia que no concurrían en el caso los requisitos del 510 pues "la conducta a la que se refiere el artículo 510 esta expresamente descrita y formulada en el artículo 18.1 del CP, la provocación existe cuando directamente se incita... a la perpetración de un delito. Dicho concepto de provocación en el tipo penal que ahora examinamos debe ser directa, concreta, amenazante, definitiva y grave para desplegar la eficacia de la conducta de provocación... La intención... debe ser directa y explícita; la provocación debe dirigirse expresa e inequívocamente a conseguir los resultados que el provocador se propone, a saber crear en otros la voluntad de realizar actos de violencia, discriminación, odio, hostiles hacia los extranjeros. Este requisito excluye las meras descalificaciones o juicios de valor negativos".

Ver también en el mismo sentido: Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª), Sentencia num.104/2013 de 1 febrero que mantiene la condena de instancia al director de una revista de ideología nazi de difusión de ideas que justifican el genocidio del artículo 607 pero no estima el recurso del Ministerio Fiscal solicitando la condena por delito de incitación al odio del artículo 510. Entiende que la provocación del 510 debe entenderse con los requisitos del artículo 18 del CPe y, "en consecuencia, la provocación ha de ser directa y ante un colectivo de personas o por procedimiento que facilite su publicidad y debe incitar a la comisión de un delito, es decir a la realización de un acto discriminatorio o violento constitutivo de delito. Aunque se ha dicho que (...) no cabe la provocación al odio constitutivo de delito, lo cierto es que podría interpretarse la provocación como incitación a la realización de actos de odio que pudieran ser constitutivos de delito (...). En todo caso, lo que parece claro (...), es que (...) la provocación prevista en el art. 510 del Código Penal en la que la incitación a la discriminación, al odio y a la violencia es necesariamente directa y desde esta perspectiva nosotros consideramos que en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia tan solo se refleja una labor de difusión de las doctrinas mencionadas, pero no se menciona ningún dato que permita atribuir al acusado una conducta de incitación directa a la realización de las conductas antes mencionadas, por lo que no concurren los requisitos necesarios para apreciar la comisión de un delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos del art. 510 del Código Penal".

También en este sentido: Juzgado de lo Penal de Vigo, Sentencia num. 22/2012 de 24 enero. Ante unas manifestaciones de odio, fundamentalmente hacia los judíos y latinoamericanos, el juez aplica el criterio de que la discriminación ha de ser directa a hechos que, aunque no fueran delictivos,

b) Otro sector de la jurisprudencia se aparta de la postura expuesta y entiende que, la exigencia de que la provocación sea directa y a actos concretos, supondría, en la práctica, condenar al ostracismo al artículo 510. La propia sentencia referida del Tribunal Supremo se acompaña de un voto particular que sostiene que la provocación del artículo 510 “no es una provocación a la acción (...), sino una provocación al odio, es decir, a un sentimiento. Quizás, si se espera a que los destinatarios pasen a la acción, el Derecho penal habrá llegado muy tarde. Lo que se pretende es que ese tipo de mensajes de odio, sean cortados de raíz, desde la mera difusión; primero para proteger a la sociedad de mensajes de esta naturaleza, en sí mismos lesivos e hirientes y perturbadores de una adecuada convivencia, además, para preservar la memoria de las víctimas de horribles crímenes o a los colectivos en riesgo de discriminación, de situaciones provocadoras de discriminación y de odio”.

En el supuesto enjuiciado –entiende el Magistrado que formula el voto particular–, “las expresiones se enmarcan dentro de ese discurso del odio. Se trata de expresiones de odio porque van más allá de la mera exposición de una idea o de una opinión, por chocante u ofensiva que pueda resultar... Se trata, por el contrario, de expresiones..., que..., por la contundencia del contenido agresivo que se emplea, tienen unos efectos concretos, porque anudan, vinculan, persuasión y acción en el auditorio o público al que se dirigen. El efecto concreto que producen es independiente... del emisor del discurso, porque el clima de odio, discriminación y violencia hacia ciudadanos que se vierte a un público, en ocasiones dispuesto a oír ese mensaje, crea espacios de impunidad para las conductas violentas. De este modo, implican una legitimación de la violencia y de aquellos que realizaron conductas violentas. Ese es, precisamente, el contenido de la incitación al odio, la provocación al odio que exige la tipicidad del art. 510 del Código penal... Es por ello que esos discursos quedan extramuros del ámbito de protección de la libertad de expresión, que no puede servir de cobertura porque suponen una incitación directa o indirecta a la violencia”⁴².

estén mínimamente concretados y que supongan un peligro “real y próximo” y no sólo “remoto o posible”. Afirma que la incitación “debe ser directa, es decir, clara y explícita, y que conlleve un peligro real y probable y ello no puede predicarse de los hechos llevados a cabo... que, como ya se ha señalado, constituyen una incitación indirecta y no un llamamiento o incitación directa a cometer genocidio o a discriminar a ningún grupo, por mucho que utilice términos claramente ofensivos. Tampoco la conducta de X es idónea para generar el exigido peligro real, cierto y próximo (...). Ello determina la absolución de X como autor de un delito del art. 510 del CP” (f.j. 4).

⁴² Voto particular del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta a la Sentencia del Tribunal Supremo num. 259/2011 de 12 abril.

Por otra parte, estamos ante un delito contra los derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que es especialmente importante tener en cuenta en su aplicación los Convenios internacionales en la materia y éstos, como ya hemos señalado, cuando propugnan la punición del discurso del odio, no exigen que sea un discurso de incitación directa a actos concretos.

En esta línea, la interpretación del Tribunal Supremo fue criticada en un fallo posterior de la Audiencia Provincial de Barcelona que hizo hincapié en que se trataba de la primera resolución del Tribunal Supremo, que, además, no había sido unánime⁴³ y que “las convenciones, recomendaciones y directivas supranacionales, vinculantes para España, exigen sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para aquellas personas responsables de conductas de incitación a la discriminación y al odio, que habrían de satisfacerse con la difusión de mensajes que contengan expresiones que inciten directamente a la discriminación, al odio o a la violencia..., sin otras exigencias que reclamen una concreción mayor en la incitación a la realización de conductas de contenido discriminatorio, odioso o violento no requeridas en la descripción típica. La estructura del tipo penal descrito en el artículo 510.1 del Código Penal, como delito de peligro, no requeriría por tanto para su aparición más que la constatación de haber elaborado y difundido un mensaje que contenga expresiones objetivamente capaces de alimentar la discriminación, el odio o la violencia frente a determinados grupos o asociaciones aludidas en el precepto...”⁴⁴.

En cuanto al peligro, el criterio del Tribunal Supremo era, como hemos señalado, que, “para que el bien jurídico protegido pudiera verse afectado a causa de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, sería preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitaran la publicidad y el acceso de terceros, sino que, además, pudieran, por las características de la difusión o del contenido

⁴³ Sostiene que “a pesar... de que la sentencia del Tribunal Supremo... efectúa una interpretación del tipo penal sancionado en el artículo 510.1 del Código penal desde la que se relaciona el término provocación empleado por el legislador con el concepto de provocación que se ofrece en el artículo 18 del Código Penal al tiempo de regular los actos preparatorios, con la única salvedad de no exigir para la aparición del delito del 510.1 que el hecho al que se provoca sea constitutivo de delito, aunque sí, en todo caso, que ‘se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo’; a pesar de ello, decimos, debe advertirse que se trata de la primera resolución del Tribunal Supremo en que es abordada la caracterización de este concreto tipo penal, que la opción interpretativa seguida en esta resolución no es la única, ni siquiera la mayoritariamente seguida por la doctrina que ha analizado el precepto, y que tampoco la decisión ha sido pacífica entre los miembros del Tribunal firmante de dicha resolución, consignándose un voto particular a la decisión de la mayoría que encuentra sólido sustento en la redacción del precepto -que en el plano objetivo no exige más que se constate una conducta de ‘provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones’”.

⁴⁴ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8ª), Auto num. 388/2012, de 5 septiembre, que se pronuncia sobre unas declaraciones fundamentalmente dirigidas contra el colectivo gitano y el rumano.

del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes. No se trata, pues, solo de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege⁴⁵. A este criterio se oponen algunos fallos judiciales que sostienen que “este delito no exige la peligrosidad de la acción o lo que es lo mismo, de la aptitud de la conducta para originar un peligro para el bien tutelado”⁴⁶. La sentencia referida se apoya en otra de la Audiencia Provincial de Madrid que supuso la primera condena en España por delito de asociación ilícita del artículo 515,5. Ésta sostuvo que “para que la asociación sea considerada ilícita y punible (...) es suficiente con que la finalidad de la misma sea tomar la iniciativa para que se produzca la discriminación, el odio o la violencia contra las personas y por los motivos expresados (...), realizando conductas orientadas a dicha discriminación, odio o violencia y estimulando a otras personas para que compartan dicho odio o violencia o practiquen la discriminación, sin que resulte preciso que efectivamente consigan tal resultado”⁴⁷.

En cuanto a la valoración de la peligrosidad del discurso de odio atendiendo al contexto en el que se produce, algunos fallos judiciales pecan, a mi modo de ver, de cierta ingenuidad. Así, en una de las sentencias sobre la materia, el juez, al valorar los hechos, sostiene que “en el presente caso, las expresiones contenidas en el blog y difundidas por internet tienen un contenido vejatorio hacia los judíos y hacia otros colectivos identificados por su color o su etnia; las mismas resultan

⁴⁵ Tribunal Supremo, Sentencia nº 259/2011, de 12 abril, f.j. 1.

⁴⁶ Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª), Sentencia num. 107/2014 de 7 marzo. La Sentencia confirma la condena de instancia por un delito del 510 al autor de la publicación en un periódico local de un poema de contenido claramente xenófobo contra la inmigración procedente de África a Canarias.

⁴⁷ La sentencia hace especial referencia a la tercera estrofa del poema: “Como canarios vamos a defendernos/de esta oleada de cigarrones./que nos están llegando a montones/y yo voy hacer el primero./ Comparemos mosquetones/pistolas, fusiles y cañones,/y hasta un barco cañonero/con ellos dispararemos./y estos intrusos invasores/que regresen por donde vinieron”. Señala la Audiencia que, desde ningún prisma estético o temático puede justificarse ni explicarse la plasmación de una exhortación tan palmaria a reaccionar de la manera más violenta para repeler lo que se entiende una agresión inminente a los valores morales y a la supervivencia de los lectores exhortados. Conviene destacar que, con independencia del peligro real, entiende la Audiencia que concurre el delito del 510: “Con independencia del calado potencial de la composición para generar por sí sola un clima de angustia, rechazo y enfrentamiento en la sociedad canaria dentro del contexto de los movimientos migratorios característicos de esta época, no cabe duda de las intenciones del autor de los versos de dirigirse a través de un medio de comunicación de gran difusión en la provincia a sus conciudadanos para hacerles partícipes de la necesidad de reaccionar ante dicha supuesta situación de emergencia, por lo que va más allá de la mera expresión de opiniones despectivas o humillantes respecto de un grupo social al que entiende debe repelerse para impedir una invasión de trascendentales y nefastas consecuencias. En consecuencia, se comparte el criterio adoptado por la juzgadora de instancia, confirmando la sentencia apelada, por entender que la confección y remisión de la composición comentada integra la conducta típica descrita en el artículo 510 del Código Penal” (f.j. 4).

ridículas por absurdas, falsas e inveraces. Afortunadamente, son ideas o doctrinas superadas y claramente minoritarias en nuestra sociedad”⁴⁸.

Ya no ingenua, sino osada, resulta, en mi opinión, la valoración de la Audiencia Provincial de Barcelona, calificando una propaganda política claramente xenófoba y despreciativa hacia la población musulmana, como unos panfletos “que deben ser tomados por la población en general como un ejercicio de reflexión según la convicción particular de cada ciudadano con opinión hacia los extranjeros y que denota un alto grado de madurez democrática”⁴⁹.

En sentido contrario, se pronunció sobre la peligrosidad de este tipo de conductas en la sociedad actual el Magistrado Vidal i Marsal en su comparecencia ante el Congreso de los Diputados para informar sobre el proyecto de reforma del Código penal. Refiriéndose a los delitos de incitación al odio afirmó: “Pueden estar seguros, señores parlamentarios, de que es uno de los peores delitos que se pueden cometer, el delito de incitación al odio racial, porque genera sentimientos en la sociedad que son muy perjudiciales. Creo que esto sí que es realmente peligroso. Por tanto, estoy totalmente a favor de todo lo que sea tipificar este tipo de conductas, todo lo que sea sancionar desde el punto de vista penal la exaltación al nazismo, a cualquier forma de fanatismo que conculque gravemente derechos fundamentales de otros ciudadanos por razón de raza, etnia, religión, sexo, etcétera. Entiendo que ser partidario del principio de intervención mínima no es incompatible con pedir al legislador, al Poder Legislativo, que sancione gravemente determinado tipo de conductas como estas”⁵⁰.

4.3. LA REFORMA

Entre las modificaciones que la reforma del Código penal ha introducido se incluye la de los delitos de odio y apología y justificación del genocidio de los artículos 510 y 607⁵¹.

Tal reforma era, a mi modo de ver, necesaria. La inaplicación del artículo 510 no obedecía a que no existieran ese tipo de conductas –por desgracia cada vez más frecuentes no sólo en España sino en toda Europa–, sino a una interpretación poco ajustada del Derecho.

⁴⁸ Juzgado de lo Penal de Vigo, Sentencia num. 22/2012 de 24 enero, f.j. 3.

⁴⁹ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª), Sentencia nº 787/2012, de 29 de junio.

⁵⁰ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2014, 10ª Legislatura, nº 516, Justicia. Comparecencias para informar en relación con el proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Comparecencia del señor magistrado de lo Penal y profesor de Derecho y Criminología (Vidal i Marsal).

⁵¹ Ver el texto del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en: Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie A, nº 66-1, de 4 de octubre de 2013.

Así lo señalaba el Fiscal Coordinador del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, haciendo hincapié en que la sentencia del Tribunal Supremo absolviendo a la librería filonazi de Barcelona –Kalki–, había vaciado de contenido el artículo 510. El Fiscal expresaba su frustración en un comunicado en el que, tras expresar su lógico acatamiento del fallo judicial, expresaba “su firme discrepancia con su contenido y ello por realizar una interpretación de los delitos de provocación al odio, la violencia y la discriminación del art. 510 del Código penal y del delito de difusión de ideas que justifican el genocidio del art. 607.2 del Código penal que clamorosamente se aparta de las previsiones establecidas en los tratados internacionales ratificados por España, de la doctrina del Tribunal Constitucional y del TEDH, así como de los principios marcados por la Comisión Europea en su decisión marco 2008/913 y de las recomendaciones provenientes de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del Consejo de Europa a través de la ECRI –Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia– como la de Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa –OSCE–. Dicha sentencia, si bien constituye por el momento una resolución judicial aislada sin valor jurisprudencial, entorpece y dificulta la persecución de los delitos cuya motivación se basa en el odio y el desprecio hacia las personas por su raza, etnia, origen, orientación sexual o identidad de género, creencias religiosas o discapacidad, entre otros motivos discriminatorios”.

El anteproyecto de Código Penal da un nuevo contenido al artículo 510 castigando “con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

- a) Quienes fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad.
- b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad.

c) Quienes nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos⁵².

La reforma se llevó a cabo con la finalidad de adaptar la regulación de las conductas de incitación al odio y a la violencia, por una parte, a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, que impuso una limitación del delito de negación del genocidio a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías. Por otra parte, resultaba necesario ajustarla a la Decisión Marco 2008/913/JAI, que requería ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico y que impone la tipificación de la negación del genocidio cuando sea una forma de incitación al odio.

La reforma expresamente señala que la incitación al odio puede ser directa o indirecta y no exige que sea a actos concretos. La nueva redacción, al sustituir

⁵² El 510, 2 señala que: “Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución”.

Los hechos serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos”.

Asimismo se prevé una agravación de la pena cuando estos delitos se cometan a través de Internet u otros medios de comunicación de amplio acceso, así como cuando se trate de una conducta idónea para alterar la paz pública o menoscabar gravemente la seguridad de las personas integrantes de los grupos mencionados.

el verbo provocar por los de fomentar, promover o incitar, evita la interpretación reductiva de la acción que un sector de la jurisprudencia venía haciendo. Con ello, el artículo 510 recupera operatividad en un momento en el que, como he señalado, este tipo de conductas son especialmente peligrosas en nuestra sociedad.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Uno de los debates jurídicos más complejos en la actualidad es el de la actitud del Derecho en los supuestos de colisión entre libertad de expresión y religión. La cultura occidental tiende a proteger la libertad de expresión como uno de los pilares fundamentales del sistema democrático. Ahora bien, al mismo tiempo, cada vez es mayor la conciencia de que la paz social y religiosa necesarias para la democracia en un entorno de creciente diversidad en cuanto a identidades y creencias, requiere un clima de respeto y tolerancia. La pregunta es qué papel desempeña el Derecho en el mantenimiento de ese clima. Ciertamente, existen ámbitos de actuación prioritarios, como puede ser el de la educación; ahora bien, el Derecho, en cuanto coactivo, juega un papel insustituible.

Nos encontramos en un terreno minado en el que cualquier paso en falso puede hacer saltar por los aires los cimientos democráticos pues tanto la libertad de expresión como la de religión forman parte de esos cimientos. Se trata de moverse con finura jurídica delimitando con cuidado las fronteras entre una y otra libertad. Tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea han dado importantes pasos en este terreno matizando cada vez más los principios aplicables.

Partiendo del respeto a la libertad de expresión, aun cuando ésta pueda resultar ofensiva, entienden las instancias europeas que la restricción jurídica está justificada en determinados supuestos de peligro para la paz social, incluso a través del recurso a la sanción penal. No se busca proteger las creencias, sino a las personas que las profesan y los grupos a los que pertenecen: eso es lo que exige el orden público. Así, mientras que el Consejo de Europa recomienda la supresión del delito de blasfemia ahí donde aún esté vigente y la matización del de insulto religioso, sin embargo, al mismo tiempo pide que se castigue la incitación al odio, la violencia o la discriminación por distintos motivos, incluyendo los religiosos.

El Derecho español mantiene el delito de burla o insulto religioso, si bien apenas existen condenas por este capítulo. La aplicación del precepto penal en ocasiones se ha acometido con poco rigor jurídico, posiblemente con la intención de no limitar innecesariamente un derecho fundamental como es la libertad de expresión. No obstante, si lo que se busca es la no penalización del escarnio

religioso, más que una deficiente interpretación del precepto, convendría una nueva redacción del mismo, reconduciéndolo a los delitos de incitación al odio, o imponiendo unos requisitos más estrictos para su penalización, como la gratuitidad de la ofensa y su especial gravedad. Más allá de estos supuestos, quizá convendría trasladar estas conductas del ámbito penal al de la responsabilidad civil o administrativa.

En cuanto al precepto que penaliza la incitación al odio en nuestro ordenamiento, hasta el momento no existía una interpretación unánime. Para algunos –incluido el único pronunciamiento del Tribunal Supremo en esta materia–, para que concurra el tipo delictivo, la incitación al odio ha de ser directa y a actos concretos. Otro sector de la doctrina y de la jurisprudencia criticaba esta interpretación que condenaba a la inoperancia al artículo 510 y que, además, se apartaba de las recomendaciones del Derecho internacional y de la normativa de la Unión Europea. La reforma del Código penal que está en marcha, mejora la redacción del precepto mencionado haciendo que éste gane en precisión y recupere operatividad en unos momentos en los que este tipo de conductas son especialmente peligrosas. La reforma debería acompañarse, en mi opinión, de un proceso de formación de los operadores jurídicos y otros profesionales afectados, de modo que tengan una visión de conjunto y un conocimiento de la realidad social en esta materia que les facilite el cumplimiento de su difícil tarea en un terreno, como he señalado, “minado”, en el que el jurista ha de moverse con sumo cuidado teniendo en cuenta que tanto la libertad de expresión como la de creencias, son pilares que sustentan la convivencia democrática, máxime en nuestras sociedades de creciente diversidad cultural.

