

PAÍSES BAJOS

OFENSA A LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS VS. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO HOLANDÉS, DE 10 DE MARZO DE 2009

Yolanda García Ruiz

Profesora de Derecho Eclesiástico del Estado
Universitat de València

Cualquier observador de la actualidad jurídico-social europea conoce la incidencia de la multiculturalidad en el ámbito jurídico. En dicho contexto, los desafíos son muchos.

La crónica jurisprudencial de los Países Bajos del año 2009, nos permite aproximarnos a uno de dichos desafíos. En concreto, al establecimiento de límites jurídicos entre la libertad de expresión y el delito de ofensa de los sentimientos religiosos. Esta temática ha sido objeto de una reciente Sentencia del Tribunal Supremo holandés, de 10 de marzo de 2009¹, que ha resuelto un recurso de casación en el que los hechos que se le imputaban al acusado eran considerados constitutivos de un delito de ofensa a los sentimientos religiosos por el Tribunal inferior. Dicho delito se encuentra actualmente tipificado en el artículo 137c del Código Penal holandés (en adelante, CP).

¹Fuente:http://zoeken.rechtspraak.nl/resultpage.aspx?snelzoeken=true&searchtype=ljn&ljn=BF0655&u_ljn=BF0655

El conflicto planteado obligó al Tribunal Supremo a definir con claridad la conducta delictiva, cuestión no exenta de complejidad si tenemos en cuenta su difícil delimitación con el ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido, baste recordar las reacciones que se suscitaron tras la publicación de unas caricaturas de Mahoma en septiembre de 2005 en un diario danés².

Los hechos, en el caso que nos ocupa, se produjeron poco tiempo después del asesinato del cineasta Theo van Gogh a manos de un fundamentalista islámico³. La conmoción popular tras dicho suceso supuso un revulsivo para la sociedad holandesa que comenzó a cuestionarse el modelo social multicultural. En dicho contexto de agitación social y política, el acusado colgó, en el balcón de su casa, un cartel en el que se leía:

"Parad el tumor llamado Islam. Theo murió por nosotros, ¿quién será el próximo? Sublevémonos AHORA. Alianza Nacional, no nos inclinamos ante Alá. ¡Affiliate! Apartado de Correos [001], [localidad], <http://www.nationalealliantie.com>".

Ante tales hechos, se le imputó, en primer lugar, un delito de sedición, que está tipificado en el artículo 131 del CP y, subsidiariamente, un delito de ofensa contra los sentimientos religiosos, tipificado en el artículo 137c del CP. De ambas acusaciones conoció la Corte de apelación de 's-Hertogenbosch que dictó Sentencia el 10 de noviembre de 2006. Dicha sentencia, absolvió al acusado del delito que se le imputaba en primer lugar -sedición- y le condenó por el delito que se le había imputado subsidiariamente, esto es: por un delito de ofensa contra los sentimientos religiosos.

El recurso de casación se presentó, posteriormente, al entender la defensa que la Corte de apelación había realizado una interpretación demasiado amplia del delito de ofensa contra los

² <http://jp.dk/udland/article177787.ece>

³ El asesinato del cineasta holandés Theo van Gogh se produjo el 2 de noviembre de 2004 en Amsterdam.

sentimientos religiosos. Dicho delito -como sostuvo el abogado del acusado- tiene un alcance limitado, que se puede deducir de los trabajos parlamentarios previos a su inclusión en el Código Penal. Y, del tenor de aquellos, no resulta aplicable al supuesto de hecho juzgado. En opinión de la defensa, el delito de ofensa a los sentimientos religiosos no es imputable al acusado porque las afirmaciones que hizo las realizó contra el Islam como religión y no contra los fieles de dicha religión. El artículo 137c -como matiza el propio abogado de la defensa- tan sólo penaliza aquellas manifestaciones que afectan a la autoestima o que desprestigian a un grupo por pertenecer a una determinada raza o religión. En este sentido, la mera crítica contra las convicciones o contra determinados comportamientos queda fuera del alcance de la sanción penal. La ofensa a un grupo sólo se penaliza si se dirige contra un colectivo de personas pertenecientes a ese grupo y siempre que dicha ofensa les afecte en lo que les caracteriza, es decir, su pertenencia a una determinada religión. Cualquier otra forma de crítica sobre las convicciones del grupo o sobre su comportamiento, aunque resulte feroz, queda fuera del ámbito de aplicación del Código Penal holandés.

En un sentido similar, se manifestó el Fiscal que solicitó al Tribunal Supremo la devolución de la causa a la Corte de apelación para que modificara la calificación jurídica de los hechos y volviera a juzgarlos. El Tribunal Supremo, por razones prácticas de economía procesal, no remitió la causa sino que entró a conocer, calificó jurídicamente el supuesto de hecho y dictó Sentencia, absolviendo al acusado del delito de ofensa contra los sentimientos religiosos que le había sido imputado.

La absolución del acusado posibilitó que el Tribunal Supremo eludiera abordar la cuestión de los límites de la libertad de expresión en estos supuestos. No obstante, tras el fallo del Tribunal, la Sentencia lleva anexo el escrito del Fiscal en el que solicita que la causa sea devuelta a la Corte de apelación. En dicho escrito, el Fiscal sintetiza los principales argumentos que justifican el recurso de casación e intentar dilucidar los límites de la libertad de expresión en estos casos. Para ello, hace referencia

a otro supuesto similar que tuvo gran relevancia jurídica y mediática en Holanda: el caso del político Geert Wilders. En relación con este último supuesto, el Fiscal menciona los argumentos que esgrimió, en su día, el Ministerio Fiscal cuando decidió no procesar a Wilders por sus ataques públicos contra el Islam.

Las referencias al caso de Geert Wilders permiten que el Fiscal introduzca algunos matices que le ayudan a reforzar sus argumentos. En este sentido, destaca el hecho de que la publicación del cartel se realizara en el contexto de un debate social y político de carácter público sobre la sociedad multicultural holandesa. Dicha circunstancia tiene una gran relevancia -a su juicio- porque la manifestación pública de las ideas políticas constituye una acción legítima en los sistemas democráticos que, además, resulta necesaria para garantizar el pluralismo característico de todo sistema democrático. Al respecto, cita la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los límites de la libertad de expresión. Libertad que está garantizada en el artículo 10 del *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950⁴.

En opinión del Fiscal, la libertad de expresión tiene una relevancia y un significado especial en el seno del debate político de una sociedad democrática. Por ello, aunque esté sujeta a límites, éstos deben interpretarse de manera estricta y responder a criterios convincentes.

El Tribunal Supremo holandés, al eludir entrar en la cuestión de fondo que subyace en este caso, ha perdido la oportunidad de delimitar, en este aspecto, el marco jurídico de convivencia de una sociedad democrática y multicultural como es la holandesa. En todo caso, las reflexiones del Fiscal, que se adjuntan a la Sentencia, arrojan algo de luz a este complejo e interesante conflicto jurídico.

⁴<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/SpanishEspagnol.pdf>

ANEXO

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO HOLANDÉS,
DE 10 DE MARZO DE 2009⁵**

Fecha sentencia: 10-03-2009

Fecha publicación: 10-03-2009

Rama jurídica: Penal

Tipo de procedimiento: Recurso de casación

(...)

Nº 01509/07

Tribunal Supremo de los Países Bajos

Sentencia sobre el recurso en casación interpuesto contra una sentencia de la Corte de Apelación de 's-Hertogenbosch del 10 de noviembre de 2006, número 20/010210-05, en el caso penal contra:

[Acusado], nacido el [fecha de nacimiento] de 1986 en [lugar de nacimiento], con domicilio en [domicilio].

1. Litigio en casación

Don A.A. Franken, abogado de Ámsterdam, interpuso un recurso por escrito, en nombre del acusado, (...).

⁵ Traducción al castellano realizada por Magriet Janet Oostenbrink del texto original en holandés.

El Fiscal General, Machielse, ha propuesto que se anule la sentencia recurrida y que se remita el asunto ante la Corte de apelación de 's-Hertogenbosch, con el fin de que se vuelva a juzgar y se califique en base al recurso existente.

2. Apreciación del recurso

2.1. La queja formulada en el recurso se fundamenta en que la Corte de apelación juzgó indebidamente que el hecho probado era constitutivo del delito referido en el art. 137c, apartado primero, del Código Penal.

2.2.1. Al acusado se le imputa, en primer lugar, sedición (art. 131 CP), de lo cual fue absuelto.

2.2.2. Subsidiariamente se le acusa de:

“que el día 7 de noviembre de 2004, o alrededor de esta fecha, en la localidad de Valkenswaard, (el acusado) ofendió pública y deliberadamente, por escrito o mediante imagen, a un grupo de personas, a saber seguidores del Islam, por motivo de su religión, colgando o, en todo caso, mostrando, en una vivienda sita en [calle] en la fachada a la calle, un cartel de tamaño Din A3 con el texto: "Parad el tumor llamado Islam. Theo murió por nosotros, ¿quién será el próximo? Sublevémonos AHORA. Nationale Alliantie (Alianza nacional), no nos inclinamos ante Alá. ¡Afiliate! Apartado de Correos [001], [localidad], [Http://www.nationalealliantie.com](http://www.nationalealliantie.com)", con el fin de ofenderles deliberadamente”.

2.2.3. La Corte de apelación consideró probado:

“que el día 7 de noviembre de 2004, en la localidad de Valkenswaard, (el acusado) ofendió pública y deliberadamente,

por escrito o mediante imagen, a un grupo de personas, a saber seguidores del Islam, por motivo de su religión, colgando en una vivienda sita en la [calle] en la fachada a la calle, un cartel de tamaño Din A3 que incluía en el texto la frase: "Parad el tumor llamado Islam", con el fin de ofenderles deliberadamente"

2.2.4. Las "Consideraciones especiales acerca de la prueba", de la sentencia de la Corte de apelación contienen los siguientes elementos:

"La resolución acerca de que el hecho probado fue cometido por el acusado, se basa en los hechos y las circunstancias contenidas en los medios de prueba arriba mencionados (...).

Durante la vista del recurso, el letrado del acusado argumentó que su defendido debía ser absuelto del hecho que se le había imputado subsidiariamente, alegando fundamentalmente que su defendido, con su manifestación en el panfleto "Parad el tumor llamado Islam", se refirió al Islam como grupo social, y no a los fieles de dicha religión, ni a los miembros de la comunidad religiosa, lo que también es aplicable al texto añadido en el panfleto "¡No nos inclinamos ante Alá!". Según el letrado, de ello resulta que no queda probado que el acusado haya ofendido a un grupo de personas por motivo de su religión, a saber a los seguidores del Islam.

Subsidiariamente, en caso de que la Corte de apelación juzgara de otra manera sobre este punto, el letrado del acusado alegaba, fundamentalmente, que el acusado hizo la manifestación "Parad el tumor llamado Islam" desde una opinión política, a saber la resistencia contra la sociedad multicultural. Según el letrado, ante este contexto social, el carácter ofensivo, merecedor de castigo, de una declaración no tiene fundamento. Alegó además que dentro del contexto social también era relevante que, en la época en la que el acusado hizo la manifestación en cuestión, se produjo una ola de espanto y protesta por todo el país a causa del asesinato de Theo van Gogh, el 2 de noviembre de 2004, y que

también por este motivo el carácter punible de la ofensa no resultaba aceptable.

A este respecto, la Corte de apelación consideró:

(...) que la manifestación contenida en el cartel, "Parad el tumor llamado Islam", tanto apreciada individualmente como en el contexto en el que se hizo, podía considerarse ofensiva para las personas que pertenecen a la comunidad religiosa islámica. Al denominar al Islam como un tumor, y con ello expresar que se trata de una cosa maligna que debería ser eliminada o bien expulsada, el acusado se manifestó de manera innecesariamente ofensiva sobre el Islam a través del texto del cartel, y, vista la vinculación entre el Islam y sus fieles, también con respecto a este grupo de personas que profesan la religión islámica.

Aunque se considerara la circunstancia de que el texto del cartel en cuestión provenía de la Alianza Nacional y que el hecho se produjo poco después del asesinato de Theo van Gogh, el acusado traspasó los límites de lo permisible en cuanto al derecho a la libre expresión. Ni el origen del cartel, ni el asesinato de Theo van Gogh anulan el carácter ofensivo de la expresión "Parad el tumor llamado Islam". Por otra parte, durante la exposición de motivos en la vista, no quedaron probado hechos ni circunstancias que pudieran justificar que se trataba de una manifestación al servicio del debate público, lo cual hubiera podido soslayar el carácter ofensivo de tal expresión.

Por consiguiente, la Corte de apelación desestimó las alegaciones de la defensa del letrado en su conjunto.

2.3.1. La acusación y la relación de los hechos se ajustan al art. 137c, primer apartado, del Código Penal, que establece lo siguiente:

"Aquel que públicamente, sea de forma oral, por escrito o mediante imagen, haga manifestaciones deliberadamente ofensivas a un grupo de personas por motivo de su raza, religión

o sus convicciones, su orientación heterosexual u homosexual o discapacidad física, psíquica o mental, será penalizado con una pena de prisión de hasta un año o una multa de la tercera categoría."

2.3.2. Los trabajos parlamentarios sobre la elaboración del citado precepto ponen de manifiesto, entre otros aspectos que:

"(...) la afirmación de que el proyecto de ley pretendía penalizar cualquier ofensa a los citados grupos, tanto en cuanto a la forma como al contenido, no es cierta. Con esta afirmación no se tiene en cuenta que el precepto tan sólo penaliza las ofensas (deliberadas y públicas) a aquellos grupos por su raza, religión o sus convicciones. Esta precisión no sólo implica una restricción en cuanto a los grupos protegidos, sino también, considerablemente, respecto a la penalidad de la ofensa a dichos grupos.

(...)

Sin embargo, el artículo 137c (...) Tan solo penaliza aquello que afecta a la autoestima o que desprestigia a un grupo por pertenecer a cierta raza, practicar cierta religión o compartir ciertas convicciones. La crítica contra las convicciones y los comportamientos -cualquiera que sea la forma- queda fuera del alcance de la sanción penal."

Documentos parlamentarios II 1969-1970, 9724, Respuesta razonada del gobierno, n.º. 6, p. 4.

"Por lo tanto (...) ofender a un grupo tan sólo será penalizado si las ofensas van dirigidas a un colectivo de personas pertenecientes a ese grupo y, dichas ofensas les afectan en lo que les caracteriza, es decir, su religión y, precisamente, por ser seguidores de aquella religión. Cualquier forma de crítica, aunque resulte feroz, sobre las convicciones existentes dentro del grupo o el comportamiento de los que pertenecen a él, queda fuera del ámbito del Código Penal."

Actas I 1970-1971, p. 555.

2.4.1. Ante todo, cabe destacar que, en este caso, se trata de un delito penal por ofender a un grupo de personas con motivo de su religión (art. 137c CP) y no -dicho brevemente- de un delito de sedición, discriminación o violencia contra una persona o contra un bien de una persona por motivo de su religión (art. 137d CP), ni tampoco del delito de blasfemia por expresarse, de manera ofensiva, respecto de los sentimientos religiosos (art. 147 CP). Estos tres tipos son penalizados como delitos contra el orden público.

2.4.2. En la casación, se trata, además, en primer lugar, del significado específico de la expresión recogida en el art. 137c CP 'ofensa a un grupo de personas por su religión o sus convicciones'. No se trata aquí de los demás casos ofensivos mencionados en el artículo, es decir, la ofensa a un grupo de personas por su raza, orientación heterosexual u homosexual o su discapacidad física, psíquica o mental.

Si las declaraciones no pueden considerarse como 'ofensa a un grupo de personas por su religión' y, por consiguiente, quedan fuera del alcance del art. 137c CP en cuanto a este aspecto, no procede discutir los límites de la libertad de expresión y resulta innecesario abordar la pregunta de si resulta justificado restringir el derecho a la libertad de expresión, legalmente previsto en el art. 137c CP en concreto.

2.5.1. El art. 137c CP penaliza las declaraciones ofensivas "a un grupo de personas por su religión", pero no así las declaraciones ofensivas acerca de una religión, ni siquiera si éstas son de tal índole que los seguidores se sienten heridos en sus sentimientos religiosos.

Tan sólo se penalizan las declaraciones innecesariamente menospreciativas acerca de un grupo de personas por ser seguidores de cierta religión. No cabe olvidar que estas

declaraciones ofensivas a personas por motivo de su religión únicamente quedan sujetas al art. 137c CP si van dirigidas a un colectivo de personas pertenecientes a ese grupo y les afecta en lo que les caracteriza, es decir, su religión y, precisamente, por ser seguidores de aquella religión. Cualquier forma de crítica, aunque resulte feroz, sobre las convicciones existentes dentro del grupo o el comportamiento de los que pertenecen a él, queda fuera del contenido del art. 137c CP.

2.5.2. Visto el alcance limitado del art. 137c CP, según lo pretendido por el legislador, dicho precepto requiere que la manifestación haga referencia, indiscutiblemente, a cierto grupo de personas que se caracterizan por su religión y que, por ello, se distinguen de otras. La mera circunstancia de que las manifestaciones ofensivas acerca de una religión también hieren a un seguidor de la misma, no es suficiente como para igualarlas a las declaraciones ofensivas a los seguidores, es decir, a un grupo de personas por su religión (art. 137c CP).

2.6. La Corte juzgó que el acusado, mediante el cartel con el texto "Parad el tumor llamado Islam", se había pronunciado de forma innecesariamente ofensiva sobre el Islam. De ello, el Tribunal dedujo que, "vista la conexión entre el Islam y sus fieles" esta declaración también resultaba ofensiva para "el grupo de personas que profesan el Islam". De las consideraciones anteriores se deduce que la Corte de apelación realizó una interpretación demasiado amplia – y por ello errónea –, de la expresión "un grupo de personas por su religión" enunciada en el art. 137c, apartado primero del Código Penal;

2.7. El recurso tiene fundamento.

2.8. El Tribunal Supremo, por motivos prácticos, resuelve definitivamente el litigio y absuelve al acusado de los hechos que le fueron imputados.

3. Conclusión

De los razonamientos que preceden resulta que la sentencia impugnada no puede mantenerse (...) y que se debe decidir:

4. Resolución

El Tribunal Supremo:

Anula la sentencia impugnada (...); declara no probadas las imputaciones realizadas al acusado y le absuelve de las mismas.

Sentencia pronunciada por el vice-presidente Don A.J.A. van Dorst como presidente, y los letrados J.P. Balkema, B.C. de Savornin Lohman, W.A.M. van Schendel y J.W. IJssink, en presencia del secretario don S.P. Bakker, y dictada el 10 de marzo de 2009.

Conclusión

Nº 01509/07

Mr. Machielse

Vista 9 de septiembre de 2008

Conclusión en el caso:

(...)

1. El 10 de noviembre de 2006, el Tribunal de 's-Hertogenbosch condenó al acusado a una pena de prisión condicional de dos semanas por ofender en público, por escrito, a un grupo de personas por su religión.

2. Don W.T.G. Hegge, abogado de Eindhoven interpuso un recurso de casación. Don A. Franken, abogado de Ámsterdam, remitió un escrito conteniendo un sólo motivo de casación.

3.1. El motivo se basa en que la defensa rechaza que el contenido del cartel tuviera carácter ofensivo y defiende que estaba amparado por la libertad de expresión.

3.2. La Corte de apelación consideró probado:

"que el día 7 de noviembre de 2004, en la localidad de Valkenswaard, (el acusado) ofendió pública y deliberadamente, por escrito o mediante imagen, a un grupo de personas, a saber seguidores del Islam, por motivo de su religión, colgando en una vivienda sita en la [calle], en la fachada a calle, un cartel de

tamaño Din A3 con un texto que incluía la frase: "Parad el tumor llamado Islam", con el fin de ofenderles deliberadamente"

En relación a los hechos probados, la Corte consideró además que:

"La consideración de que el hecho probado fue cometido por el acusado, se basa en los hechos y las circunstancias contenidos en los medios de prueba arriba mencionados (...)"

Durante la vista del recurso, el letrado del acusado argumentó que su defendido debía ser absuelto del delito que se le había imputado subsidiariamente, alegando fundamentalmente que su defendido, con su manifestación en el panfleto "Parad el tumor llamado Islam", se refirió al Islam como grupo social, y no a los fieles de dicha religión, ni a los miembros de la comunidad religiosa, lo que también es aplicable al texto añadido en el panfleto "No nos inclinamos ante Alá!". Según el letrado, de ello resulta que no quedaba probado que el acusado hubiera ofendido a un grupo de personas por motivo de su religión, a saber a los seguidores del Islam.

Subsidiariamente, en caso de que la Corte de apelación sobre este punto juzgara de otra manera, el letrado del acusado alegó (...) que el acusado hizo la manifestación "Parad el tumor llamado Islam" desde una opinión política, a saber, la resistencia contra la sociedad multicultural. Según el letrado, ante este contexto social, el carácter ofensivo, merecedor de castigo, de una declaración no tiene fundamento. Alegó además que, dentro del contexto social, también era relevante que, en la época en la que el acusado hizo la manifestación en cuestión, se produjo una ola de espanto y protesta por todo el país a causa del asesinato de Theo van Gogh, el 2 de noviembre de 2004, y que también por este motivo el carácter punible de la ofensa no resultaba aceptable.

A este respecto la Corte de apelación consideró:

“La Corte de apelación opina que la manifestación en el cartel, "Parad el tumor llamado Islam" tanto estimada individualmente como dentro del contexto en que se hizo, puede considerarse ofensiva para las personas que pertenecen a la comunidad religiosa islámica. Al designar al Islam como un tumor, y con ello expresar que se trata de una cosa maligna que debería ser eliminada o bien expulsada, el acusado, mediante el texto en el cartel, se manifestó de manera innecesariamente ofensiva sobre el Islam, y vista la vinculación entre el Islam y sus fieles, también con respecto a este grupo de personas que profesan el Islam.

Al considerar también la circunstancia de que el texto del cartel en cuestión notoriamente provenía de la Alianza Nacional y que el hecho se produjo poco después del asesinato de Theo van Gogh, el acusado traspasó los límites de lo que se considera permisible en cuanto al derecho a la libre expresión. Ni el origen del cartel, ni el asesinato de Theo van Gogh quitan el carácter ofensivo de la expresión "Parad el tumor llamado Islam". Por otra parte, durante la exposición de motivos en la vista, no quedaron probado hechos y circunstancias que permitieran llegar a la conclusión de que se trataba de una manifestación al servicio del debate público que soslayaba el carácter ofensivo de tal expresión.

Por consiguiente, la Corte de apelación desestima las alegaciones del letrado de la defensa en su conjunto."

3.3. El recurrente señala que el acusado declaró haber colgado el cartel en respuesta al asesinato de Theo van Gogh y que el abogado del acusado alegó que los hechos probados debían ser evaluados dentro del contexto del debate social sobre la sociedad multicultural. Según el recurrente, la Corte de apelación pasó por alto, indebidamente, dicho contexto. El cartel iba orientado al Islam radical. (...) la Corte de apelación utilizó un criterio

excesivamente limitado y erróneo, al amparar, en el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), tan sólo las expresiones "útiles al debate público", mientras que las declaraciones que no nutren el debate público también pueden agruparse bajo el amparo del artículo 10 del CEDH. No sólo los políticos, sino también los seguidores de movimientos políticos deben disponer de espacio para expresar libremente sus ideas políticas.

3.4. Antes de juzgar el presente caso, primero quiero introducir en el mismo la decisión del Ministerio Fiscal de no perseguir al político Geert Wilders. El Ministerio Fiscal realizó un estudio a fondo de las posibilidades de condenar a Wilders por infringir el precepto de no discriminación, con motivo de las declaraciones que hizo sobre el Islam. Cito algunas de dichas declaraciones:

"El núcleo del problema es el islam fascista, la ideología enfermiza de Alá y de Mahoma, tal y como queda fijada en el Mein Kampf islamista: el Corán."

"Y el Corán equivale al Mein Kampf de una religión que pretende eliminar a las demás [...]"

"Estoy harto del islam en Holanda: que no entren más inmigrantes musulmanes. [...] Estoy harto del Corán en Holanda: que se prohíba ese libro fascista."

"Si los musulmanes quieren quedarse aquí, deben arrancar y tirar la mitad del Corán."

"Que se cierren las fronteras y no se dejen entrar más islamistas en Holanda, que salgan muchos musulmanes de Holanda; desnaturalización de los criminales islamistas."

"El islam es una religión violenta. Si Mahoma viviera aquí hoy en día, propondría expulsarle del país como un extremista (...)." (1)

Tras consultar con los expertos externos y con el propio Centro neerlandés sobre Discriminación, el Ministerio Fiscal decidió no proceder a la persecución. Los fundamentos en los que el Ministerio Fiscal basa dicha decisión, tal vez puedan contribuir a esbozar el contexto dentro del cual se hicieron semejantes declaraciones y los parámetros de referencia que deben mantenerse en el presente caso. El comunicado de prensa publicado por el Ministerio Fiscal con motivo de la decisión de no perseguir judicialmente a Wilders incluye, entre otros argumentos:

"En la evaluación de la punibilidad de una declaración, sobre los artículos de no discriminación, el Ministerio Fiscal se fija en las declaraciones textuales, la declaración dentro de su contexto y en la medida en que ésta resulta ofensiva. Una declaración tan sólo es punible si, considerándola objetivamente, resulta discriminatoria. Por lo tanto, las declaraciones no serán automáticamente punibles aunque sean consideradas por los interesados como ofensivas o hirientes.

Aunque una declaración resulte ofensiva o discriminatoria, no por ello es necesariamente punible si se produce dentro del marco de un debate social. (...) las declaraciones pueden resultar chocantes, severas o hirientes, pero meramente por eso no son punibles.

El señor Wilders es un político y formuló sus declaraciones dentro del debate político sobre el islam. Tal y como decidió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), dentro del debate social debe quedar mucho espacio para formular declaraciones duras. En una sociedad democrática, la libertad de expresión desempeña un papel esencial en el debate político. Eso significa que, en un debate político, se debe permitir formular declaraciones ofensivas que resultan hirientes y chocantes para ciertos grupos, sin que estas declaraciones sean punibles. Las manifestaciones de Wilders se hicieron dentro del marco de un debate político, un contexto que, en este caso, elimina la punibilidad de las manifestaciones.

Sin embargo, incluso dentro del debate social, una declaración no puede ser innecesariamente hiriente, es decir hiriente en mayor medida que lo justificado por el contenido del debate. En la opinión del Ministerio Fiscal, este no es el caso, tanto respecto a la película como en las declaraciones en la prensa.

Wilders, con las declaraciones en cuestión y la película, crítica al islam. La crítica a una religión no está comprendida en la prohibición a la discriminación, a no ser que con la crítica se saquen conclusiones ofensivas acerca de los seguidores de la religión. En opinión del Ministerio Fiscal, no es el caso ni en las declaraciones de Wilders, ni en la película Fitna.

El Ministerio Fiscal también ha evaluado si las declaraciones y la película de Wilders incitan al odio contra los musulmanes. Esto puede ocurrir si con las manifestaciones se crea, de manera subversiva, una bipartición conflictiva entre los musulmanes y la sociedad neerlandesa. Quizá Wilders esboza una bipartición entre la religión islamista y la sociedad neerlandesa, pero no automáticamente entre los musulmanes y la sociedad neerlandesa. Con ello, el Ministerio Fiscal considera que ni las declaraciones

de Wilders ni la película Fitna incitan al odio contra los musulmanes."(2)

Según el Ministerio Fiscal, tienen importancia la declaración en sí, la declaración dentro de su contexto y la medida en que ésta resulta ofensiva, objetivamente. Si el contexto de la declaración es un debate político, se debe permitir un espacio para la libertad de expresión, incluso si da ocasión a formulaciones ofensivas y chocantes. Se distingue entre la crítica a una religión y la discriminación de los seguidores de esta religión. Según el Ministerio Fiscal, en las declaraciones de Wilders no se da este último caso.

3.5. La acusación incluye el contenido íntegro del cartel que el acusado colgó, y este contenido se reproduce también íntegramente en el resumen escrito del alegato oral en primera instancia. El texto en el cartel dice así:

"Parad el tumor llamado Islam. Theo murió por nosotros, ¿quién será el próximo? Sublevémonos AHORA. N.A., no nos inclinamos ante Alá. ¡Afiliate! N.A. Apartado de Correos [001], [localidad], [Http://www.nationalealliantie.com](http://www.nationalealliantie.com)"

3.6. El Tribunal Supremo consideró importante que el juez encargado de examinar la acusación de discriminación u ofensa, en su evaluación, hubiera tenido en cuenta el contexto de las palabras expresadas o escritas (3). (...) Además, el Tribunal Supremo señaló que era relevante que las declaraciones en cuestión guardaran una relación directa con la manifestación, por ejemplo, de una convicción religiosa (5).

El control que aplica el TEDH en las infracciones de la libertad de expresión, también tiene en cuenta el contexto de la expresión

sancionada (6). En sus diferentes sentencias, el TEDH ha destacado la importancia que tiene la libertad de expresión para un orden jurídico democrático.

“Según jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, la libertad de expresión representa uno de los fundamentos esenciales de las sociedades democráticas, una de las condiciones primordiales para su progreso y para la autorrealización de cada individuo. Con respecto al segundo apartado del artículo 10, éste es aplicable no solamente a las “informaciones” o “ideas” favorablemente recibidas o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a las que chocan, inquietan u ofenden. Tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una «sociedad democrática». Como establece el artículo 10, esta libertad está sujeta a excepciones. Dichas excepciones deben, sin embargo, interpretarse de manera estricta y la necesidad de cualquier restricción debe quedar establecida convincentemente.”(7)

El artículo 10 del CEDH protege la libertad de expresión y con ella también el derecho de las personas a publicar sus ideas. Sin embargo, el Estado puede restringir esta libertad, de acuerdo con el segundo apartado del artículo 10 del CEDH. Lawson señala que el TEDH tiene en cuenta la posición de la persona que expresa su opinión y los medios de los que se vale. El impacto que puede tener la manifestación es relevante (8). Cuanto mayores sean las consecuencias que pueden derivarse de una declaración, más prudencia se puede exigir. Una declaración no puede ser juzgada sin su trasfondo. Podría “encender la mecha”. El deber del Estado es actuar contra la discriminación y la estigmatización. Por una parte, los políticos gozan de mayor libertad de acción, pero, por otra, también tienen mayor responsabilidad (9). Lawson señala que el TEDH ha decidido, en repetidas ocasiones, que es aceptable que el Estado tome medidas con el fin de proteger una religión, o bien a los fieles de una

religión, contra las declaraciones hirientes (10). La crítica feroz a una religión puede conducir a una ofensa a los creyentes.

En su ensayo, Lawson cita el artículo 17 del CEDH. Afirma que, en casos extremos, al invocar el artículo 10 del CEDH se puede vulnerar el artículo 17 del mismo Convenio (...) Como ejemplo de la aplicación del artículo 17 del CEDH, el autor cita el caso *Norwood*, que muestra un parecido considerable con el presente caso. El acusado, un miembro activo del partido británico de extrema derecha, el *British National Party (BNP)*, entre noviembre de 2001 y el 9 de enero de 2002, tuvo colgado, en la ventana de su apartamento, en la primera planta un cartel, que le fue proporcionado por el BNP y que mostraba una foto de las Torres Gemelas en llamas, una señal de prohibición, dentro de la cual figuraba una media luna y una estrella, junto al texto "Islam out of Britain - Protect the British People".

A raíz de una queja, el cartel fue retirado por la policía. Finalmente, el acusado fue condenado por el equivalente inglés del artículo 137d del CP. Invocar al art.10 del CEDH no sirvió de nada. El TEDH tomó en consideración el artículo 17 CEDH:

"La intención general del Artículo 17 es prevenir que individuos o grupos con una finalidad totalitaria exploten, en su propio interés, los principios enunciados en la Convención. El Tribunal y, previamente, la Comisión Europea de Derechos Humanos, consideró en particular que la libertad de expresión garantizada por el Artículo 10 de la Convención no puede ser invocada en un sentido contrario al Artículo 17 (véase, entre otros, *W.P. y Otros contra Poland*, (dic.), nº 42264/98, 2 de septiembre de 2004; *Garaudy contra Francia*, (dec.), nº 65831/01, 24 de junio de 2003; *Schimanek contra Austria*, (dec.) nº 32307/96, 1 de febrero de 2000; y también *Glimmerveen y Hagenbeek contra los Países Bajos*, nº 8348/78 y 8406/78, decisión de la Comisión del 11 de octubre de 1979, *Decisions and Reports* 18, p. 187).

El cartel en cuestión, en el presente caso, contenía una fotografía de las Torres Gemelas en llamas, las palabras "Islam fuera de

Gran Bretaña – Proteger a los británicos" y un símbolo de una media luna y una estrella dentro de una señal de prohibición. El Tribunal coincide con la valoración de los 'tribunales nacionales', al considerar que las palabras e imágenes del cartel vienen a ser una expresión pública de ataque a todos los musulmanes del Reino Unido. Dicho ataque general y vehemente contra un grupo religioso, vinculando el grupo a un grave acto de terrorismo, es incompatible con los valores proclamados y garantizados por la Convención, especialmente la tolerancia, la paz social y la no-discriminación. La exposición del cartel en la ventana del acusado constituyó un acto en el sentido del Artículo 17 que, por lo tanto, no está protegido por los Artículos 10 o 14 (véase los casos citados arriba y también *Jersild contra Dinamarca*, juicio del 23 de septiembre de 1994, Serie A nº 298, § 35)." (11)

3.7. El contexto en el que surge la frase que fue considerada por la Corte de apelación como ofensiva, incluye, por una parte, el asesinato de Theo van Gogh y, por otra, la difusión de las ideas de un movimiento político, la Alianza Nacional de la derecha nacionalista. En lo que a esto concierne, la similitud con el caso *Norwood* es notable. Pero considero que también existen diferencias relevantes. El texto, en el caso contra *Norwood*, no puede entenderse de otra manera que interpretando que los musulmanes deben ser expulsados de Inglaterra para proteger a los propios ingleses. Mediante la fotografía de las Torres Gemelas en llamas, este texto va relacionado al terrorismo. La foto, las imágenes y el texto evocan la asociación de que, para la protección del pueblo inglés contra el terrorismo, es necesario expulsar a los musulmanes del país. Sin embargo, el cartel en el presente caso contiene además la oración "¡No nos inclinamos ante Alá!" y hace un llamamiento para afiliarse al movimiento del que proviene el cartel. En la apelación, el abogado del acusado expresó, de manera extensa, en qué consiste la visión del acusado, el cual se manifiesta contra la sociedad multicultural y contra la posibilidad que brinda dicha sociedad a la expansión del

Islam o variantes de esta religión. El abogado subrayó que el acusado se refería a la religión y no a los fieles de la misma.

3.7. Si se considera la frase en relación con las demás frases que figuran en el cartel, considero que el juicio de la Corte de apelación, en cuanto a la ofensa a los fieles, requiere una mayor explicación. No puedo interpretar el contexto de la primera frase de otra manera que como una afirmación política -como mínimo indicadora de poco gusto-, que viene a decir que no se debe ceder ante un Islam expansionista. Las frases entre medio de ambas pueden interpretarse de manera que Theo van Gogh fue víctima de su resistencia a la expansión de (una variante de) esta religión. El cartel no hace un llamamiento a la expulsión de todos los musulmanes del país, tal y como el TEDH interpretó del texto en el cartel en el caso Norwood, sino que llama a unir las fuerzas de la resistencia contra la expansión del Islam, afiliándose al movimiento. A primera vista, la asociación del Islam con el terrorismo parece estar ahí, pero, al mismo tiempo, es atenuada mediante el llamamiento de no inclinarse ante Alá y de afiliarse al movimiento político. La Corte de apelación no tuvo en cuenta estos dos elementos, mientras que, a mi modo de ver, son precisamente aquellos en los que el presente cartel se distingue del cartel del caso Norwood.

3.8. La Corte de apelación estimó además que cualquier crítica sobre una religión implica, al mismo tiempo, una crítica a los creyentes. Sin mayor motivación, esta conclusión me parece precipitada. En el comunicado de prensa que se publicó con motivo de la decisión del Ministerio Fiscal de no perseguir a Wilders, también se considera la posibilidad de una separación entre las calificaciones de una religión y las de sus creyentes. Por otra parte observo, dicho sea de paso, que las declaraciones de Wilders sobre el Islam me parecen más graves que el contenido del cartel que el acusado colgó. En mi opinión, existen más

motivos para que los creyentes se sientan heridos por las declaraciones del político que por el contenido del cartel.

Resumiendo, considero el recurso con fundamento, en la medida en que se queja de que la Corte de apelación no consideró el contexto de la frase en cuestión y que explicitó sus razonamientos de manera insuficiente.

(...)

3.10. La objeción formulada por el recurrente (...) viene a decir que la Corte de apelación había restringido, indebidamente, la protección del artículo 10 del CEDH respecto de aquellas expresiones que contribuyen al debate público. El punto de vista del recurrente, de que el artículo 10 del CEDH también protege a aquellos que tan sólo expresan su opinión, me parece adecuado. Bien es cierto que, en el debate público, con mucha frecuencia se expresan opiniones con la intención de contribuir al debate, pero no siempre. Uno también puede hacer afirmaciones políticas con otra intención; por ejemplo, mostrar sus ideas o captar el interés de otras personas para el propio movimiento político. En mi opinión, (...) las consideraciones de la Corte de apelación demuestran una interpretación demasiado limitada del contenido del derecho a la libertad de expresión (...).

4. El recurso me parece con fundamento. De oficio no he encontrado motivo para su desestimación.

5. Esta conclusión lleva a solicitar la anulación de la sentencia impugnada y la remisión del asunto ante la Corte de apelación de 's-Hertogenbosch, con el fin de que se vuelva a juzgar y se califique en base al recurso existente.

El Fiscal General del Tribunal Supremo de los Países Bajos

[NOTAS]

1. http://www.nrc.nl/binnenland/article1891507.ece/Vervolgen_Wilders_politiek_mijnenveld.

2. Fuente: http://www.om.nl/dossier/soorten_misdrijven/discriminatie/discriminatie_comunicado_de_prensaen/33558/. Véase también la página web de Nederland Bekent Kleur (<http://www.nederlandbekentkleur.nl/>) en la que se citan 78 expresiones de miembros del partido PVV, entre las que figuran muchas de Wilders, que fueron motivo de una denuncia.

3 Véase H.J.B. Sackers, Wat je zegt ben je zelf [Lo que dices es lo que eres], DD 2005, 35, p. 511-533. El autor, sin embargo, apunta que, por una parte, la verificación contextual no conoce límites claros y fijos, pero que, por otra, ofrece suficiente un espacio que resulta relevante para considerar si proceder o no a la persecución (p. 531).

(...)

5 HR 9 de enero de 2001, NJ 2001, 203 y 204 m.nt. De Hullu.

6 TEDH 8 de julio de 1986, NJ 1987, 901 (Lingens) § 40 m.nt. EAA

7 TEDH 21 de marzo de 2000, nº. 26958/95, ECHR 2001-II, (Jerusalén) § 32; TEDH 17 de diciembre de 2004, NJ 2005, 369, (Pedersen/Baadsgaard) § 71; TEDH 7 de diciembre de 1976, A 24, (Handyman) § 49.

8 Rick Lawson, Wild, wilder, wildst. Sobre el ámbito que deja el CEDH para la persecución de los políticos, en el NJCM-Bulletin 2008, p. 472.

9 Lawson, p. 473.

10 Lawson, p. 474.

11 TEDH 16 de noviembre de 2004, nr. 23131/03.

