

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

- MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia
- ANA CAÑIZARES LASO**
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga
- JORGE A. CERDIO HERRÁN**
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México
- JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**
Ministro de la Suprema Corte de Justicia de México
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**
Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
- OWEN FISS**
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)
- JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED
- LUIS LÓPEZ GUERRA**
Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid
- ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla
- MARTA LORENTE SARIÑENA**
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
- JAVIER DE LUCAS MARTÍN**
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia
- VÍCTOR MORENO CATENA**
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
- ANGELIKA NUSSBERGER**
Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)
- HÉCTOR OLASOLO ALONSO**
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)
- LUCIANO PAREJO ALFONSO**
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid
- TOMÁS SALA FRANCO**
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia
- IGNACIO SANCHO GARGALLO**
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España
- TOMÁS S. VIVES ANTÓN**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia
- RUTH ZIMMERLING**
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

LIBER AMICORUM

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco

A cargo de

PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO
LUIS RAMÓN RUIZ RODRÍGUEZ
MARÍA ACALE SÁNCHEZ
ESTHER HAVA GARCÍA
M^a. JOSÉ RODRÍGUEZ MESA
GLORIA GONZÁLEZ AGUDELO
IVÁN MEINI MÉNDEZ
JOSÉ M. RÍOS CORBACHO

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

tirant lo blanch

Valencia, 2018

*Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados**

PATRICIA LAURENZO COPELLO

*Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Málaga*

I. UN ASUNTO ESPINOSO: LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS COMO OBJETO DE TUTELA PENAL

«Como principio general, no parece aconsejable someter al sistema penal al reto de tutelar estados colectivos de ánimo»¹. Con su acostumbrada precisión, Juan Terradillos nos alerta así sobre los inconvenientes de erigir a los «sentimientos religiosos» en objeto de protección penal, tal como parece derivarse de los delitos de profanación y escarnio recogidos en los arts. 524 y 525 del Código penal español. Y razones no le faltan: ante todo, por la dificultad para subsumir algo tan difuso como los estados emocionales dentro del concepto de bien jurídico; también por el alto riesgo de que el juzgador proyecte sus propios códigos morales en la valoración de la ofensa²; pero, sobre todo, porque la referencia en bloque a los sentimientos religiosos puede hacer pensar que el objeto de protección penal son las confesiones religiosas en sí mismas, sus dogmas y creencias, tal como sucedió durante el largo período de predominio católico en el Derecho histórico español. Una opción político criminal que en general se considera incompatible con el carácter aconfesional del Estado consagrado en el art. 16 de la Constitución, del que no solo se deriva la (obvia) prohibición de utilizar la pena estatal para proteger una confesión religiosa en parti-

* Proyecto «Comportamientos basados en el discurso de odio», DER 2017-84178-P financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España.

¹ J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Ideología y valores religiosos en el Código penal. La reforma (siempre) pendiente», *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, n° 10 (2010), Vol. I, p. 420.

² J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Ideología y valores religiosos en el Código penal», *cit.*, pp. 421 y ss.

cular sino que apunta, de modo mucho más amplio, a la total neutralidad del Estado, de modo tal que debe permanecer «imparcial ante y entre quienes profesan y practican esta o aquella religión y quienes no profesan ni practican ninguna, incluso si su creencia les lleva a criticar a las religiones como no valiosas»³. De ahí que Terradillos concluya que en un Estado laico y democrático la tutela de las convicciones en materia religiosa no ha de enfocarse como un problema asociado al orden político-constitucional sino dentro del marco tuitivo de los derechos individuales, en particular, como parte de la protección de la libertad de conciencia en su vertiente de libertad religiosa (art. 16 CE)⁴. De modo tal que se asegure a todas las personas la libertad para expresar sus convicciones y practicar sus ritos (o no practicar ninguno) sin censura, coacción ni violencia.

Esta postura entronca con el pensamiento liberal contemporáneo de occidente, que rechaza cualquier tipo de tutela estatal de las religiones y sitúa la libertad religiosa en un plano estrictamente individual, como el derecho de todas las personas a adoptar libremente las decisiones que deseen en materia de creencias (sea o no profesar una religión) y a expresar esas convicciones, individual o colectivamente, sin interferencias de terceros ni de la sociedad⁵. Es la misma idea que está presente en el art. 9.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando consagra la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión afirmando que «este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos». Esta perspectiva, derivada también de la tradición occidental en la construcción de los derechos humanos como ordenamiento protector de individuos y no de ideas o filosofías⁶, parece orientarnos a un sistema penal que debería mantener la neutralidad respecto a todas las religiones y al factor religioso en general, concentrando su poder tuitivo en asegurar a cada ciudadano/a un ámbito adecuado para expresar y ejercer libremente sus opciones en materia religiosa, solo

³ A. RUIZ MIGUEL, «Diez tesis sobre la laicidad en la Constitución», *Jueces para la Democracia*, n° 61 (2008), p. 43.

⁴ J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Ideología y valores religiosos en el Código penal», *cit.*, pp. 416 y ss.

⁵ Véase el Informe del EUROPEAN CENTRE FOR LAW AND JUSTICE (ECLJ), *Lucha contra la difamación de religiones, 2008-2010*, accesible en <http://www.eclj.org>.

⁶ L. BENNETT GRAHAM, «Defamation of Religions: The End of Pluralism?», *Emory International Law Review*, Vol. 23 (2009), p. 75.

o en conjunto con otros, dentro de una religión o fuera de ella, adoptando un sentimiento gregario o una visión crítica. En suma, la libertad religiosa entendida en el sentido de «dejar hacer» y no como un derecho promocional⁷ que obligue al Estado a tomar algún tipo de medida para proteger a las confesiones religiosas en sí mismas.

Ahora bien, como es sabido, el principio de neutralidad estatal sólo permite garantizar la libertad plena de todos los ciudadanos si se aplica en un escenario de igualdad real, lo que en el caso del factor religioso exigiría un ambiente comunitario de respeto hacia todas las religiones, sea cual fuere su arraigo y grado de seguimiento social. Pero lo cierto es que ese idílico pluralismo ideológico-religioso está muy lejos de ser una realidad en el convulso mundo de nuestros días. De ahí que el principio liberal de tutela puramente individual de la libertad religiosa comenzara a resquebrajarse a raíz de la fuerte corriente de islamofobia que invadió todo el mundo occidental después de los atentados del 11 de septiembre de 2001. La propagación pública de estereotipos negativos sobre los musulmanes, la vinculación indisimulada del Islam con el terrorismo —incluso desde las instituciones públicas— y el éxito electoral de partidos políticos racistas que atribuyen a los musulmanes muchos de los males de occidente suscitaron la reacción de la poderosa Organización de la Conferencia Islámica que, con el apoyo de los países no alineados, puso sobre la mesa de los foros internacionales el problema de la «difamación de las religiones», con el consecuente replanteamiento del papel de los Estados frente a la cuestión religiosa.

EL CONTEXTO INTERNACIONAL: LA DIFAMACIÓN DE LAS RELIGIONES COMO FORMA DE DISCRIMINACIÓN

El 30 de septiembre de 2005 el periódico danés *Jyllands-Posten* publicó una serie de caricaturas en las que se representaba al profeta Mahoma de forma satírica, incluida una viñeta en la que aparecía tocado con un turbante bomba. La publicación, considerada blasfema por buena parte del mundo islámico, dio lugar a diversas protestas diplomáticas que solo recibieron como respuesta del gobierno danés su reafirmación del compromiso con la libertad de expresión así como una oleada de solidaridad en los medios de prensa europeos y norteamericanos que reprodujeron

⁷ A. RUIZ MIGUEL, «Diez tesis sobre la laicidad en la Constitución», *cit.*, p. 44.

una y otra vez las polémicas viñetas. Todo ello desencadenó graves episodios de violencia contra intereses europeos en los países musulmanes y un tenso conflicto diplomático que obligó a intervenir incluso al Secretario General de Naciones Unidas y otros dirigentes internacionales llamando a hacer un uso responsable de la libertad de expresión y a evitar las provocaciones manifiestas contra determinadas religiones⁸. Varios Relatores Especiales de Naciones Unidas emitieron informes preocupantes llamando la atención sobre el aumento de los estereotipos negativos hacia los fieles de determinadas religiones y el consiguiente resurgir de formas históricas de discriminación, advirtiendo que «el hecho de insultar religiones, creencias profundamente arraigadas e identidades étnicas mediante el uso de estereotipos y de etiquetas no favorece la creación de un entorno propicio a un diálogo constructivo y pacífico entre las distintas comunidades»⁹.

Este clima extremo de desencuentro, en el que era cada vez más evidente el empeño de la prensa por reafirmar el predominio de la libertad de expresión aún a costa de profundizar la herida del mundo islámico, propició que en la primera década del nuevo milenio se sucedieran una serie de pronunciamientos de organismos internacionales haciéndose eco de las denuncias de la Conferencia Islámica sobre los riesgos asociados a la campaña de «difamación de las religiones» que se extendía por occidente. De esta manera, un concepto siempre polémico por su histórica vinculación con el denostado delito de blasfemia —asociado a la tutela de las religiones *per se*—, consiguió renovada aceptación internacional debido a la relación que se estableció entre los ataques a los dogmas de una determinada religión —el Islam— y la discriminación de las minorías musulmanas residentes en Europa y otros países occidentales. Muy clara es en este sentido la Resolución 7/19 del Consejo de Derechos Humanos, de 27 de marzo de 2008¹⁰, donde se advierte que «la difamación de las religiones se convierte en un factor agravante que contribuye a la denegación de los derechos y las libertades fundamentales de los grupos tomados como objetivo, así como

⁸ Un excelente relato de los hechos véase en J. FERREIRO GALGUERA, «Las caricaturas sobre Mahoma y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 12 (2006), pp. 1 y ss.

⁹ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (2007), citado por 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 Navarro-Valls/Mantecón Sancho/ Martínez-Torrón (coords.), *Libertad religiosa y su regulación legal*, Madrid, Iustel, 2009, p. 441.

¹⁰ Resolución 7/19 de «lucha contra la difamación de las religiones»: A/HRC/7/L.11.

a su exclusión económica y social». Este vínculo directo entre difamación de las religiones y discriminación abría las puertas a la posibilidad de establecer límites a la difusión pública de ideas o doctrinas que ridiculicen o se mofen de determinados principios religiosos o de quienes los practican. La clave de este planteamiento se encuentra en la idea de que determinadas manifestaciones públicas que toman como diana los dogmas de una religión pueden constituir incitación al odio racial o religioso, rebasando de este modo los límites legítimos de la libertad de expresión. Así lo expresa la mencionada Resolución cuando exige a los Estados «que libren una lucha sistemática contra la incitación al odio racial y religioso, mediante un equilibrio ponderado entre la defensa del laicismo y el respeto de la libertad de religión...», al tiempo que les insta «a tomar medidas para prohibir la difusión, incluso por conducto de instituciones y organizaciones políticas, de ideas y documentación racista y xenófoba que estén dirigidas contra cualquier religión o contra sus seguidores y que constituya incitación al odio, la hostilidad o la violencia raciales o religiosas».

Pero el protagonismo internacional de «la lucha contra la difamación de las religiones» duró poco. Porque los países occidentales (en particular los europeos) interpretaron estos movimientos como una táctica del mundo islámico para cambiar radicalmente la concepción liberal del derecho a la libertad religiosa y sustituirla por una defensa global de las religiones, con el consiguiente peligro para la libertad de expresión¹¹. Se sostuvo, en efecto, que al situar el objeto de tutela en las propias confesiones religiosas quedaba abierto el camino para identificar cualquier crítica a sus dogmas y ritos con incitación al odio o la hostilidad¹², al tiempo que permitía justificar delitos como la blasfemia o el crimen de apostasía para reprimir a las minorías religiosas. También recibió fuertes críticas el intento de establecer un vínculo intrínseco entre difamación de las religiones y racismo porque al presentarse la religión como un factor identitario inamovible —consustancial a la procedencia étnica de cada persona— se elimina el «derecho a cambiar de religión» propio de la concepción liberal de la libertad de conciencia¹³.

¹¹ ECLJ, *Lucha contra la difamación de religiones*, cit., p. 10.

¹² P. STURGES, «Blasfemia y difamación de las leyes religiosas. Implicaciones para los medios y los bibliotecarios», *El profesional de la información*, vol. 24, n.º 3 (2015), p. 341.

¹³ Así L. BENNET GRAHAM, «Defamation of Religions: The End of Pluralism?», cit., p. 78.

Una mirada superficial sobre este tenso debate en el ámbito internacional podría llevar a pensar en el triunfo sin reservas del principio occidental de supremacía absoluta de la libertad de expresión aún a costa de la difamación de las religiones. Sin embargo, basta una revisión somera de los documentos internacionales de los últimos años para comprobar que la crisis de las viñetas puso al descubierto un problema que hasta entonces había sido totalmente ignorado en los países hegemónicos: que en un contexto social donde determinadas minorías se encuentran en situación de marginación o subordinación social, los discursos cargados de estereotipos negativos y despectivos hacia sus creencias religiosas —y aún más si se vinculan con inseguridad y terrorismo— pueden dar lugar a actos de discriminación, hostilidad e incluso violencia contra sus miembros. Por eso, aunque ciertamente la idea de difamación de las religiones fue derrotada en el debate internacional, en su lugar se impuso un nuevo criterio llamado a modular de forma significativa el espacio de la libertad de expresión: la necesidad de evitar y controlar el llamado «discurso del odio religioso».

En resumen, tres son los criterios político-criminales que caracterizan la posición internacional sobre gestión de los sentimientos religiosos en esta segunda década del siglo XXI: (1) los dogmas, creencias y ritos de las confesiones religiosas no pueden ser objeto directo de tutela penal porque un Estado democrático ha de permanecer neutral frente al factor religioso para garantizar la plena libertad de conciencias a todas las personas; (2) como principio general, no es legítimo prohibir directa o indirectamente las manifestaciones críticas hacia una religión —sea en forma de discurso, obra de arte o acto de protesta—, por muy cáusticas e incluso ofensivas que estas sean, porque pertenece a la esencia misma de la democracia garantizar el debate público de todas las ideas, cualquiera sea su grado de aceptación social; (3) pero un Estado democrático tampoco puede admitir que se utilice la crítica religiosa para denigrar y estigmatizar a determinados grupos sociales con el objetivo de incitar a la violencia, la hostilidad o el «odio» hacia ellos. De esta manera, el punto de mira se traslada de la siempre polémica idea de difamación de las religiones al no menos confuso escenario de los delitos de odio.

III. ATAQUE A LAS CREENCIAS RELIGIOSAS Y DELITOS DE ODIOS

Si algo puso de manifiesto la crisis de las viñetas es la facilidad con que la difamación y el desprecio hacia ciertas convicciones religiosas puede ser parte de una estrategia de exclusión de los colectivos que las practican. Esto

sucede cuando determinadas religiones se estigmatizan por resultar extrañas a los valores sobre los que se construye el prototipo de ciudadano/a occidental o por representar una amenaza para el modelo social hegemónico, como pasa desde hace varias décadas con el Islam al vincularlo con la inmigración, la «invasión» de Europa y el terrorismo. Por eso no es de extrañar que la difamación de las religiones se haya relacionado con los delitos de odio, una categoría en la que habitualmente se incluye una multiplicidad de comportamientos agresivos o violentos —o que incitan a la violencia— basados en el rechazo frontal o el menosprecio hacia un colectivo señalado por alguna característica identitaria que se considera indeseable o peligrosa para el bienestar y la estabilidad de la sociedad¹⁴.

Desde sus orígenes, y en todo el proceso de construcción internacional, la categoría de delitos de odio —incluidas las distintas formas de «discurso de odio»— aparece relacionada con la lucha contra el racismo, la xenofobia, la transfobia y otras formas de discriminación, orientándose así a la protección de colectivos que se encuentran expuestos de modo especialmente significativo a sufrir actos de menosprecio, humillación o vejación sin otro motivo que su raza, etnia, nacionalidad, orientación sexual, religión u otras circunstancias semejantes que los distinguen del modelo social dominante. Esa vertiente tuitiva, claramente centrada en la protección de las minorías, se percibe ya en el art. 4 de la *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* (1965) cuando establece que los Estados partes «declararán como acto punible... toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico». Y recientemente lo reconoció de forma expresa la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) en su Recomendación General n° 15 al recordar que «la obligación conforme al derecho internacional de tipificar determinadas formas de discurso de odio, aun siendo de aplicación general, se estableció para proteger a los colectivos vulnerables...»¹⁵. También en la doctrina se ha destacado que el

¹⁴ En esta línea, B. PAREKH, «Is There a Case for Banning Hate Speech?», en Herz/Molnar, *The Content and Context of Hate Speech*, New York, Cambridge University Press, 2012, p. 41.

¹⁵ ECRI, Resolución General n° 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso de odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015.

discurso de odio es un «discurso discriminador»¹⁶ o, como dice de Pablo citando a Waldron, «el pasado histórico discriminatorio forma un *background* que revive una y otra vez con el discurso del odio, y que trae a la mente de las minorías victimizadas y al recuerdo de la sociedad los peores pasajes de la humanidad»¹⁷. Por lo que se refiere específicamente al tema religioso, el *Comité para la eliminación de la discriminación racial* recuerda en su Recomendación General n° 35 que el discurso de odio se dirige generalmente «contra las personas pertenecientes a determinados grupos étnicos que profesan o practican una religión distinta de la mayoría, por ejemplo las expresiones de islamofobia, antisemitismo y otras formas de manifestación de odio similares contra grupos etnoreligiosos»¹⁸.

Por lo tanto, la esencia de los delitos de odio, su carácter diferencial, no está en un sentimiento perverso sin más, en un estado anímico de aversión hacia un grupo cualquiera de personas. Lo que les da sentido como categoría jurídica y permite justificar la intervención penal —o, en su caso, la agravación de la respuesta punitiva— son las características del grupo social al que se dirige la conducta, el hecho de que se trate de colectivos que por algún elemento identitario tienen un déficit de reconocimiento que debilita sus posibilidades de ejercicio pleno de los derechos fundamentales. Esta situación de vulnerabilidad de partida —generada por una sociedad que los marca con el estigma de la «diferencia»— es la que concede gravedad a los ataques hacia esos grupos o hacia sus integrantes. Ante todo, porque atentan directamente contra la dignidad de las víctimas, al plasmar estereotipos y prejuicios que ahondan en el menosprecio de sus señas de identidad —etnia, nacionalidad, creencias religiosas, etc.—; pero, además, por su efecto amenazante sobre todo el colectivo, que ve reducidas sus expectativas de seguridad (como sucede con los discursos racistas o xenófobos que incitan a la violencia) o directamente cercenado el ejercicio de un derecho fundamental (por ejemplo, cuando se quema un local que cumple las funciones de mezquita o se despiden a una mujer de su centro de trabajo por usar el velo islámico). La esencia de los delitos de odio se

¹⁶ F. REY MARTÍNEZ, «Discurso del odio y racismo líquido», en Revenga Sánchez (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2015, p. 54.

¹⁷ A. L. DE PABLO SERRANO, *Límites jurídico-penales del discurso (puro) del odio. Sociedad del desprecio y discurso del odio*, en prensa. Original consultado por amabilidad del autor.

¹⁸ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, Recomendación General n° 35, 26 de septiembre 2013. CEDR/C/GC/35.

encuentra, pues, en el rechazo hacia el diferente, hacia esos «otros» cuya construcción cultural tan bien describe Sophie Bessis¹⁹. Y también aquí reside la razón de su tipificación penal, sea como delitos específicos —así, la incitación al odio del art. 510 CP— o en la forma de circunstancia agravante aplicable a cualquier infracción penal que suponga un acto de menosprecio hacia un colectivo discriminado, como se recoge en el art. 22.4ª CP. Lo que justifica estas figuras es la necesidad de protección reforzada de ciertos grupos que, por la minusvaloración social de alguna circunstancia que les distingue del modelo normativo aceptado, están especialmente expuestos a sufrir violencia u otros actos de discriminación.

El problema es que no pocas veces los objetivos razonables pierden su sensatez cuando son manipulados por quienes tienen el poder de definir espacios y asignar significados, tanto en el plano político como en el judicial. Y ese riesgo se multiplica si se parte de un concepto que por sí mismo llama a la confusión, como sucede con el término «delitos de odio». Pero el éxito internacional de esta denominación es de tal magnitud que resulta inútil resistirse a su uso²⁰. Más importante es reservar las fuerzas para denunciar su apropiación por quienes ostentan el poder y hacen un uso torticero de esta categoría para reprimir la crítica política o las legítimas manifestaciones de descontento social o de protesta. No es casual que en la ya citada Recomendación General n° 15, la ECRI inste a los Estados a tomar medidas para asegurar que la persecución penal del discurso de odio «no se emplee para reprimir la crítica a las políticas oficiales, la oposición política o las creencias religiosas»²¹; o que el *Comité para la eliminación de la discriminación racial* subraye que «las medidas encaminadas a vigilar y combatir el discurso racista no deben emplearse como pretexto para restringir las expresiones de protesta contra la injusticia, ni las de descontento social o de oposición»²².

Y esto sucede si a la hora de aplicar unos delitos concebidos para proteger a las minorías se prescinde de la base objetiva que les da sentido —el trasfondo discriminatorio— y se atiende únicamente al componente anímico de la conducta, al sentimiento de aversión que refleja la palabra «odio». Esa visión descontextualizada y puramente subjetiva puede llevar

¹⁹ S. BESSIS, *Occidente y los otros. Historia de una supremacía*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

²⁰ Así también B. PAREKH, «Is There a Case for Banning Hate Speech?», *cit.*, p. 40.

²¹ Véase el apartado n° 10 de la Recomendación.

²² Recomendación General n° 35, *cit.*, apartado 20.

a que se califique como delito de odio —con la carga de reprobación que ello implica— prácticamente cualquier expresión pública de rechazo frontal o de crítica cáustica u ofensiva hacia un grupo social cualquiera, incluidas las instituciones con mayor arraigo y aprecio comunitario, como de hecho está sucediendo en España con los intentos reiterados de ciertos sectores políticos de poner la etiqueta de conductas de odio a los actos de hostilidad o violencia contra la guardia civil, la policía nacional o los propios gobernantes. Una peligrosa tendencia expansiva de la que no se han librado las expresiones satíricas y las críticas más radicales hacia la religión mayoritaria, que a fuerza de interpretarse como conductas de odio están dando nueva vida a los olvidados delitos de profanación y escarnio.

IV. EL RESURGIR DE LOS DELITOS CONTRA LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS

Los delitos contra los sentimientos religiosos surgieron históricamente con el fin específico —y único— de asegurar la indemnidad de la religión católica en su carácter de confesión oficial del Estado. Por tanto, el objeto de protección era la confesión religiosa mayoritaria y nada tenía que ver con la libertad religiosa ni mucho menos con la discriminación. De ahí que una vez aprobada la Constitución de 1978 y declarado el carácter aconfesional del Estado (art. 16 CE), buena parte de la doctrina abogara por la supresión de estos preceptos al considerarlos meros resabios del derecho penal preconstitucional totalmente prescindibles en un contexto político en el que el factor religioso pasaba a ser un asunto privado de los ciudadanos. Sin embargo, lejos de suprimirse, estas figuras han sobrevivido a infinidad de reformas penales, aunque ligeramente modificadas para dar cabida primero a todas las confesiones religiosas y extenderse más tarde a «quienes no profesan religión o creencia alguna» (art. 525.2 CP).

Pero basta un rápido repaso a la jurisprudencia posterior al 78 para comprobar el declive paulatino de aquellas figuras en la práctica judicial, seguramente por el protagonismo que fue adquiriendo la libertad de expresión como presupuesto esencial del sistema democrático y el consecuente reconocimiento de la crítica religiosa, incluso en sus manifestaciones más extremas, como parte de aquel derecho. El recurso que encontró la jurisprudencia para llevar a la práctica esta línea restrictiva fue la exigencia de un elemento subjetivo específico en los delitos de profanación y escarnio (arts. 524 y 525 CP) —la finalidad directa de ofender los sentimientos religiosos— que se considera contrarrestado cuando la supuesta

ofensa se inscribe en el contexto de una representación artística, de un acto de protesta o, en general, de cualquier forma legítima de crítica hacia los principios, dogmas o ritos de una confesión religiosa. Muy significativa en este sentido es la STS de 25/3/1993, sobre la emisión televisiva de un videoclip musical en el que aparecía una figura humana crucificada con cabeza de carnero. A pesar de admitir que cualquier falta de respeto a una cosa sagrada (y no sólo «la burla, mofa o escarnio») puede ser constitutiva de profanación, el tribunal confirmó la absolución por entender que al emitirse el video en un programa dedicado a las vanguardias musicales, faltaba «el dolo específico», consistente en «el ánimo deliberado de ofender los sentimientos religiosos legalmente tutelados». Y la misma línea siguió el alto tribunal para ordenar el archivo de una querrela contra dos políticos catalanes por un delito de escarnio de los símbolos católicos con motivo de una fotografía en la que uno de ellos aparecía posando con una corona de espinas en plena vía dolorosa de Jerusalén. El Supremo entendió que ninguno de esos actos suponía «una insultante expresión de desprecio» que exigiera tratamiento penal²³. Otro ejemplo similar lo encontramos en la Sentencia 353/2004, de 7 de junio, de la Audiencia Provincial de Sevilla, que revocó una condena por delito de escarnio del art. 525 en el caso de una persona que publicó en internet una composición de la virgen María junto a unos órganos genitales masculinos, acompañada de un texto ofensivo contra una hermandad de semana santa. Advierte la sentencia que «no basta con que se ofendan los sentimientos religiosos de otros» para realizar el tipo sino que hace falta «la expresa e inequívoca intención de ofender esos sentimientos», porque de lo contrario se dejaría «en manos de cada creyente la existencia o no del delito, atentando, sin lugar a dudas, (contra) los principios de legalidad y seguridad jurídica»²⁴.

Una línea aún más nítida —y adecuada— de cara a establecer el papel intenso que juega la libertad de expresión en la delimitación del delito de escarnio la encontramos en el conocido caso de «la Cristofagia», un cortometraje ideado por Javier Krahe en el que se desarrollaba una receta para cocinar un cristo crucificado y que se emitió por televisión en 2004 con motivo de la presentación de un disco del cantautor. El Juzgado de lo Penal nº 8 de Madrid absolvió a todos los imputados sobre la base de que «la sátira y el recurso a lo irreverente» son herramientas frecuentes en las expresiones artísticas de contenido crítico, sobre todo cuando la crítica

²³ Auto del TS de 10/10/2005. Los políticos eran Pascual Maragall y Carod Rovira.

²⁴ El mismo argumento en el caso del padrenuestro feminista: SAP Barcelona, Secc. 10ª, 14/2/2017.

se dirige a los ámbitos más poderosos de la sociedad, como sucede con la religión católica: «la religión —dice la Sentencia—, especialmente por cuanto se refiere a la mayoritaria en España, la Iglesia como institución, ha estado asociada en la historia al poder y ha sido por tanto también objeto de crítica legítima»²⁵. En segunda instancia, la Audiencia Provincial de Madrid confirmó el fallo apelando a la ausencia del elemento subjetivo de lo injusto²⁶.

Esta línea de interpretación restrictiva llevó al paulatino arrinconamiento de los delitos contra los sentimientos religiosos, cuya aplicación fue muy limitada en la última década del siglo XX y comienzos del actual. Sin embargo, en los últimos tiempos se percibe un cambio de tendencia que no es ajeno al efecto expansivo de la categoría de «delitos de odio». Son cada vez más frecuentes las querellas impulsadas por personas o asociaciones vinculadas a la iglesia católica que introducen ahora la idea de odio o discriminación por motivos religiosos como elemento constitutivo de las conductas denunciadas. Es el caso, por ejemplo, de la querella presentada por la asociación de abogados cristianos y hazteoir.org con motivo de un espectáculo organizado en la Universidad de Valladolid en la que un humorista presentaba una visión sarcástica y anticlerical de algunos dogmas de la religión católica, mezclada con críticas al sector más poderoso del pueblo judío. Lo interesante es que la querella no se limitó al delito de escarnio (art. 525 CP), sino que incluyó también la figura de provocación al odio del art. 510 CP. Si bien la Audiencia de Valladolid ordenó finalmente su archivo, lo cierto es que inicialmente fue admitida a trámite por el juzgado de instancia²⁷. Un paso más dio el Juzgado de Instrucción nº 6 de Madrid²⁸ al condenar por un delito de profanación (art. 524) a varias personas que irrumpieron en una capilla situada en un Campus universitario para leer un manifiesto en el que se denunciaba el «evidente sesgo patriarcal y homofóbico» de la iglesia católica, tras lo cual algunas mujeres se quedaron con el torso desnudo y luego abandonaron el lugar al grito de «vamos a quemar la conferencia episcopal». Lo novedoso del caso es que el juez consideró implícito en el delito de profanación el móvil discriminatorio propio de la agravante genérica del art. 22.4ª, estableciendo así un claro punto de conexión con la categoría de delitos de odio. Finalmente la Audiencia de Madrid revocó esta sentencia por entender que el art. 524

²⁵ Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Madrid, de 8 de junio de 2012.

²⁶ SAP Madrid, Sección 16ª, de 2 de abril de 2013.

²⁷ Véase Auto 251/2011, de 9 de junio de la AP Valladolid, Sección 2ª.

²⁸ Sentencia nº 69/2016, de 18 de marzo.

requiere «un acto de profanación claro, directo, evidente y, por supuesto, físico, y no derivado del simple hecho de incumplir determinadas normas sociales, por mucho que ello pueda herir sentimientos religiosos de quienes profesan determinada religión»²⁹.

En sentido inverso, recientemente la Audiencia de Sevilla ha reabierto el caso conocido como «coño insumiso» que había sido archivado en instrucción³⁰. Varias mujeres salieron en procesión portando una gran vagina de plástico cubierta con una mantilla simulando un paso de semana santa al tiempo que proferían consignas contra la conferencia episcopal y rezaban oraciones de contenido sexual. Lo preocupante del caso es que el tribunal recurre a la paradigmática STC 214/1991 —donde se establecen límites a la libertad de expresión relacionados con actos hostiles contra minorías étnicas, nacionales o religiosas (entre otras)— para llegar a la asombrosa conclusión de que «bajo la libertad de expresión no se puede dar cobijo a conductas de ofensa, burla, menosprecio, amenazas e insultos contra personas o grupos o miembros de confesiones religiosas». Así, sin más. Prescindiendo totalmente de la referencia a las minorías que da sentido a la Sentencia del TC. Una conclusión a todas luces abusiva que pone de manifiesto los despropósitos a los que conduce la identificación de los delitos de odio con cualquier acto más o menos ofensivo que esté motivado por un sentimiento de aversión o repulsa hacia un colectivo cualquiera. Como ya se comentó, esta versión expansiva sirve como herramienta para censurar la crítica ideológica de las religiones, favoreciendo, en especial, a la religión preponderante. Así lo advertía ya la Comisión de Venecia en 2008: «la aplicación de la legislación sobre odio debe hacerse con mesura para evitar un resultado en el que unas restricciones que se dirigen potencialmente a proteger a las minorías contra abusos, extremismos o racismo tengan el efecto perverso de acallar las voces opositoras y disidentes, silenciar a las minorías y reforzar el discurso y la ideología dominante en materia política, social y moral»³¹. El caso de la Drag Queen Sethlas, que apareció en el escenario del carnaval representando a la virgen y a un cristo crucificado, así lo corrobora. La asociación de abogados cristianos presentó una querella admitida a trámite por un juzgado de instrucción de Las Palmas

²⁹ SAP Madrid, Sección 16, de 16 de diciembre de 2016.

³⁰ Auto de la AP de Sevilla nº 297/17, de 28 de marzo de 2017.

³¹ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Report on the relationship between freedom of expression and freedom of religion: The issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred*, 17-18/10/2008., apdo. 58.

(actualmente en fase de investigación) por los delitos de los arts. 510 y 525 CP. La abogada de la acusación manifestó públicamente que espera que Sethlas sea condenada «para que sepa que si se mete con los católicos esto lleva una consecuencia»³².

Nada de lo dicho significa negar que todas las personas tienen derecho a manifestar libremente sus convicciones religiosas, a participar en sus ritos sin interferencia de terceros y también a no ser objeto de vejaciones o insultos por la religión que practican. Pero eso no justifica la supervivencia de los delitos de profanación y escarnio. Con razón sostiene la doctrina mayoritaria que hay suficientes figuras en el Código penal para dar respuesta a la posible lesión de bienes jurídicos asociados a estos hechos, como los delitos contra el honor o el delito de daños³³.

Sólo cuando la religión se asocia a estereotipos negativos que sitúan a sus creyentes en una posición de marginación o rechazo social surge la necesidad de una tutela adicional del Derecho penal para prevenir agresiones (físicas o no) a sus derechos fundamentales. Unas agresiones que tienen su origen en el menosprecio hacia el colectivo discriminado y poseen, por ello, un potencial lesivo que no existe o es incomparablemente menor cuando se trata de las religiones mayoritarias. Así, no es lo mismo romper un crucifijo en una iglesia católica que prender fuego a una mezquita. El segundo hecho tiene unas connotaciones de rechazo a la propia existencia de la colectividad musulmana que no existen en el primero. Pero tampoco esto justifica unos delitos específicos sobre sentimientos religiosos porque ya contamos con un amplio espectro de figuras antidiscriminatorias para responder a estas situaciones (vg. art. 510 o agravante del art. 22.4ª CP). Por eso, como bien concluye Terradillos, lo único razonable es derogarlos.

9. TERRORISMO Y DERECHO

³² Noticia de la Cadena Ser de 12 de septiembre de 2017. Consultada en http://cadenaser.com/emisora/2017/09/12/ser_las_palmas/1505220151_159081.html.

³³ J. TERRADILLOS, «Ideología y valores religiosos en el Código penal», *cit.*, pp. 431 y ss.; J. M. TAMARIT, *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1989, pp. 198 y ss.; M. CUGAT, «Acerca de la protección penal de los sentimientos religiosos en los medios de comunicación», en *Medios de comunicación y pluralismo religioso*, Consejo Audiovisual de Cataluña, 2010, p. 43.