

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

**LA ESPECIAL
TRASCENDENCIA
CONSTITUCIONAL**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Contenido

CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>Presentación</i>	17
-------------------------------------------	----

Especial trascendencia constitucional

ÓSCAR URVIOLA HANI <i>Los conceptos de «contenido constitucionalmente relevante» y «especial trascendencia constitucional» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i>	25
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA <i>La «especial trascendencia constitucional» como causal para el rechazo liminar de recursos de agravio en el Perú</i>	41
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA <i>Razones para comprender la «especial trascendencia constitucional» en el precedente vinculante del Tribunal Constitucional</i>	57
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

ANÍBAL QUIROGA LEÓN <i>El régimen del recurso de agravio constitucional, los precedentes y las sentencias interlocutorias</i>	75
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

CÉSAR LANDA ARROYO <i>Límites y alcances de la «especial trascendencia constitucional»</i>	89
-----------------------------------------------------------------------------------------------	----

EDWIN FIGUEROA GUTARRA <i>La exigencia de «especial trascendencia constitucional» en el ordenamiento constitucional peruano. Indeterminación y reconstrucción del precedente vinculante 0987-2014-PA/TC</i>	111
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

EDGAR CARPIO MARCOS <i>El rol del Tribunal Constitucional: balances, problemas y perspectivas a partir de un precedente</i>	133
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

BERLY JAVIER FERNANDO LÓPEZ FLORES
*La «especial trascendencia constitucional» del RAC y su relación
con las causales de improcedencia de los procesos constitucionales* 181

JUAN MANUEL SOSA SACIO
*El requisito «especial trascendencia constitucional» como rechazo
in limine exigido por la Constitución* 191

RAÚL GUTIÉRREZ CANALES
*La «especial trascendencia constitucional»: un análisis desde el
derecho comparado y la legitimidad del derecho constitucional* 213

Discursos

ÓSCAR URVIOLA HANI
Presidente del Tribunal Constitucional 241

MANUEL MIRANDA CANALES
Vicepresidente del Tribunal Constitucional 249

JOSÉ LUIS SARDÓN DE TABOADA
Magistrado del Tribunal Constitucional 251

Miscelánea

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA
Poesía y derecho constitucional 257

ÓSCAR DÍAZ MUÑOZ
*El derecho fundamental de libertad religiosa en la
Constitución del Perú y su desarrollo jurisprudencial* 265

JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN
La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico 313

MARCO OLIVETTI

El dilema del prisionero. Reflexiones críticas sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de voto de los condenados

335

Jurisprudencia comentada

JIMMY MARROQUÍN LAZO

El caso Rosalía Huatuco. Comentario a la STC N° 05057-2013-PI/TC, de fecha 16 de abril de 2015

381

SUSANA TÁVARA ESPINOZA

Demanda de amparo laboral sobre restitución del cargo. Comentario a la STC N° 02383-2013-PA/TC, de fecha 12 de mayo de 2015

385

Reseñas

NADIA IRIARTE PAMO

El control constitucional del poder

391

JIMMY MARROQUÍN LAZO

Cuestiones constitucionales

395

JERJES LOAYZA JAVIER

Justicia, derecho y sociedad. Debates interdisciplinarios para el análisis de la justicia en el Perú

397

ROGER VILCA APAZA

Historia y evolución de la actividad jurisdiccional

401

La tragedia de *Charlie Hebdo*: algunas claves para un análisis jurídico*

JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN**

Sumario:

1. El islam en las democracias occidentales; 2. Acomodar la pluralidad de valores éticos; 3. Libertad de expresión y ofensas a los sentimientos religiosos: la jurisprudencia de Estrasburgo; 4. Tratar el *hate speech* antirreligioso como cualquier otro discurso del odio; 5. En búsqueda de un equilibrio entre libertades fundamentales; 6. Diferenciar entre legitimidad moral y legalidad; 7. Erradicar el fanatismo sin glorificar el insulto.

El reciente atentado contra el semanario francés *Charlie Hebdo*, perpetrado por unos fanáticos que se describen como islamistas y dicen actuar en defensa del islam, ha conmocionado al mundo occidental, como ya había sucedido en otras ocasiones en estos primeros años del siglo XXI: desde el ataque a las Torres Gemelas de Nueva York en 2001, a los trenes de cercanías en Madrid en 2004 o al metro de Londres en 2005, entre otros. En estas semanas se han multiplicado las reacciones frente al atentado, tanto en el ámbito mediático como en el político y en el de las iniciativas sociales; con tintes, a menudo, más emocionales que racionales, y adoptando perfiles muy diferentes dependiendo de las áreas geográficas y del personal posicionamiento en ciertas materias.

Lo apasionado de algunas de esas reacciones es comprensible, por la gravedad y por las circunstancias del atentado, pero al mismo tiempo suscita en los juristas cierta inquietud, porque este asunto pone sobre la mesa varios temas que son de relevancia jurídica directa o indirecta. Y, cuando se trata de derecho, y de derechos, es más que arriesgado lanzarse a la acción –política, social o mediática– sin un previo proceso de reflexión. La precipitación, por

* Artículo originalmente publicado en «El Cronista del Estado social y democrático de derecho», núm. 50, febrero 2015. Disponible en: <http://www.elcronista.es>.

** Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.

muy conveniente que resulte para algunos un aumento rápido –y normalmente efímero– de popularidad, no es buena consejera en estos casos.

Tampoco lo es la simplificación de problemas de suyo complejos, que en este caso ha llevado a no pocas personas a incurrir en cierto maniqueísmo fácil, exigiendo implícitamente autoidentificarse en términos de «Yo soy Charlie» o «Yo no soy Charlie». Una actitud que recuerda al personaje de Valle-Inclán, para quien los españoles se dividían en dos bandos: «uno, el Marqués de Bradomín, y el otro todos los demás».¹ Vale la pena, por eso, analizar estos temas con cuidado.

1. El islam en las democracias occidentales

Una de las cosas que más ha llamado la atención en estos días es el abundante número de personas –y de medios de comunicación– que incurrir en afirmaciones descalificadoras del islam, insistiendo en repetir, a modo de mantra o de conjuro contra las amenazas para la democracia, que el islam es incompatible con nuestra cultura política y en general con nuestro sistema de valores. Esto es un completo desacierto, basado en una mezcla de ignorancia, equívoco y prejuicio.

314

No es la primera vez que sucede. De hecho, manifestaciones análogas se producen cada vez que alguien, diciendo operar en nombre del islam, lleva a cabo actos de violencia. Cuando tales actos tienen lugar en países de mayoría musulmana, nadie en esos países suele echar la culpa al islam: se sobreentiende que se trata de ataques contra la vida y la integridad de las personas cuyo origen está en el fanatismo y la intolerancia, y no, de suyo, en la religión de Mahoma; entre otras cosas porque no pocas veces se trata de enfrentamientos entre personas adscritas a distintas versiones del islam. En cambio, cuando la violencia que se atribuye inspiración religiosa se produce en países occidentales donde la población musulmana es minoría, es frecuente atribuir la responsabilidad no tanto a personas o grupos concretos, sino genéricamente a la religión que esgrimen como causa de su conducta criminal. Es ya sabida la retahíla en la que vienen simplistamente a identificarse islam, intolerancia, violencia, discriminación y anquilosamiento intelectual.

¹ Ramón del Valle-Inclán, *Sonata de estío*.

Lo preocupante es que ese modo de pensar no ha quedado reducido al ámbito de la morbosidad mediática o del discurso político oportunista (o populista). Instituciones tan respetables como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –la máxima autoridad judicial en materia de libertades públicas en Europa– no han sido impermeables a ese prejuicio, que ha influido en algunas de sus sentencias. Entiéndaseme bien. No pretendo sugerir que el Tribunal de Estrasburgo haya emprendido una suerte de ‘cruzada laica’ contra el islam en Europa; de hecho, en general la jurisprudencia del TEDH ha tratado a la religión musulmana como a cualquier otra. Pero algunos de sus pronunciamientos no serían fácilmente imaginables si los hechos se hubiesen referido a una religión distinta, especialmente cuando estaban en cuestión políticas legislativas de países que, como Francia o Turquía, hacen gala de una laicidad estricta: en un caso como principio esencial de identidad nacional, y en el otro como factor que se afirma como imprescindible para defender el sistema democrático frente al potencial aumento de posiciones islámicas radicales².

Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo ha encontrado argumentos –a veces de manera forzada o con un análisis deficiente de los hechos– para justificar la legitimidad de ‘purgas ideológicas’ en el ejército turco (caso *Kalaç* y sus secuelas³); la disolución del mayor partido político por parte de la Corte Constitucional turca, por su inspiración islamista (caso *Refah Partisi*⁴); la prohibición del *hijab* o velo islámico parcial tanto en la Universidad turca (caso *Leyla Şahin*⁵) como en los colegios públicos franceses (casos *Dogru* y *Kervanci*, entre otros⁶), aunque hubiera clara evidencia que las mujeres en

² Me he ocupado con más detalle de esta cuestión en J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Islam in Strasbourg: Can Politics Substitute for Law?*, en el volumen colectivo *Islam, Europe and Emerging Legal Issues* (ed. por W.C. DURHAM JR., D.M. KIRKHAM, C. SCOTT AND R. TORFS), Ashgate, Aldershot 2012, pp. 19-61.

³ *Kalaç c. Turquía*, 1 julio 1997.

⁴ *Refah Partisi y otros c. Turquía*, 31 julio 2001 (sentencia de sala), y 13 febrero 2003 (sentencia de Gran Sala).

⁵ *Leyla Şahin c. Turquía*, 29 de junio de 2004 (sentencia de sala), y 10 noviembre 2005, (sentencia de Gran Sala).

⁶ *Dogru c. Francia*, y *Kervanci c. Francia*, ambas dictadas por la misma sala del TEDH, en la misma fecha, 4 diciembre 2008, y con texto casi idéntico. También *Aktas c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la Appl. No. 43563/08; *Bayrak c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la Appl. No. 14308/08; *Gamaleddyn c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la Appl. No. 18527/08; *Ghazal c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la Appl. No. 29134/08; todas ellas de 30 junio 2009.

cuestión vestían el velo con plena libertad; o la reciente legislación francesa que criminaliza el uso del velo islámico integral (*burka* o *niqab*), aunque sea libremente, en todo espacio público, incluida la vía pública (caso S.A.S.⁷). La mayor parte de esas sentencias han tenido notable importancia política, y a veces también mediática, y han declarado legítimos ciertos límites a diversas libertades públicas, no solo la libertad religiosa.

Cuando se analizan pormenorizadamente esos casos, y se los pone en su respectivo contexto político, no es difícil conjeturar que *muchos de ellos, si no todos, hubieran recibido una solución diferente de haberse tratado de una religión que no fuera la islámica*. Además, en alguna de esas sentencias, el Tribunal hacía algunas simplistas alusiones al islam, con implícitos juicios de valor peyorativos sobre el carácter discriminatorio, e incluso violento, de su ley religiosa, que fácilmente podían ser interpretadas como transmitiendo el mensaje de que es imposible ser, al mismo tiempo, un creyente musulmán y un verdadero demócrata⁸. Lo cual implicaría, en última instancia, que Europa debería tratar al islam como una potencial amenaza para la democracia y las libertades; o al menos que la religión musulmana, y sus seguidores, carecen de la capacidad de integrarse plenamente en la tradición política occidental de la democracia liberal⁹.

⁷ S.A.S. c. Francia (Gran Sala), 1 julio 2014.

⁸ Vid. *Refah Partisi* (2001), § 72, confirmado expresamente en *Refah Partisi* (2003), § 123. Esta no era la primera vez que el Tribunal hacía esta clase de alusiones. En un caso relativo al uso del velo islámico por parte de una maestra musulmana de escuela primaria (*Dahlab c. Suiza*, decisión sobre la admisibilidad de la Appl. No. 42393/98, 15 febrero 2001), el TEDH sostuvo que vestir el pañuelo islámico “parece ser impuesto a las mujeres por un precepto que se encuentra en el Corán y que [...] es difícil de compatibilizar con el principio de igualdad de género. Parece por tanto difícil conciliar el uso de un velo islámico con el mensaje de tolerancia, respeto por los demás y, sobre todo, igualdad y no discriminación que todos los profesores deben transmitir a sus alumnos en una sociedad democrática” (The Law, § 1).

⁹ No es extraño, por ello, que uno de los jueces mostrase, en un voto particular a la sentencia *Refah Partisi* de Gran Sala, su preocupación por el hecho de que algunas de las declaraciones del Tribunal fueran “carentes de matices, especialmente por lo que se refiere a cuestiones extremadamente sensibles suscitadas por la religión y sus valores”. El mismo juez lamentaba el uso trivial de “términos tomados del discurso político-ideológico”, como “fundamentalismo islámico”, que consideraba inapropiado en un tribunal internacional. También se lamentaba de la superficialidad que mostraba el TEDH al realizar una caricatura de la poligamia –que es una forma de organización familiar– reduciéndola a “discriminación fundada sobre el género de las partes afectadas”.

Frente a esa visión deformada, es preciso recordar que la religión islámica no es de suyo una religión violenta o inconciliable con los valores y modo de vida occidentales (entre otras cosas, hay muchas y muy diversas interpretaciones del islam, como de casi cualquier otra religión). Cada uno compartirá o no los puntos de vista morales del islam, y podrá considerar que algunos son discutibles, trasnochados o retrógrados, pero quien tiene amigos musulmanes que toman en serio su religión sabe que normalmente son personas de un elevado nivel moral.

2. Acomodar la pluralidad de valores éticos

De hecho, parte de la desconfianza con que algunas personas de nuestro ámbito geográfico contemplan el islam proviene de que buena parte de sus fieles mantienen una firmeza en sus valores morales que es hoy desusada en el occidente cristiano (muchos de cuyos ciudadanos han terminado por ser bastante acomodaticios en lo tocante a reglas éticas que no vienen refrendadas –e impuestas– por la fuerza de la norma jurídica). Esa firmeza explica que muchos musulmanes estén en desacuerdo con parte del estilo de vida occidental, lo cual tiene que ver con una serie de cuestiones muy heterogéneas que incluyen, a menudo, la falta de respeto a la vida humana, la pérdida de peso de la institución familiar en la organización social y política, o una obsesión por el consumo y las comodidades materiales a costa de la dimensión espiritual del ser humano. Sus argumentos convencerán a unos y no a otros, pero –como todo ciudadano– están en su pleno derecho de discrepar; y *si por algo han de distinguirse nuestras democracias es por su capacidad de acomodar la pluralidad de concepciones religiosas y éticas*, sin imponer un pensamiento uniforme. En eso consiste justamente su principal fortaleza.

Hacer de cada musulmán un sospechoso es tan necio como injusto, a pesar de la terminología religiosa utilizada por terroristas sin escrúpulos que se presentan como defensores del islam. Es verdad que hay quienes utilizan la bandera del islam para justificar actos violentos o intimidatorios, o para tergiversar la realidad y presentarse como víctimas en lugar de agresores (la legítima defensa de sus creencias y tradiciones contra la imposición autoritaria de las democracias occidentales basadas en el descreimiento, se argumenta). Pero eso no hace mala a la religión islámica, como el uso de una retórica protestante, en su día, por parte del Ku Klux Klan no hace malo al

protestantismo. Además, la instrumentalización de causas de suyo legítimas para fines perversos no solo tiene lugar en el ámbito de la religión. En España lo sabemos bien: hemos sufrido la violencia de ETA y de posiciones políticas afines, disfrazada de defensa del nacionalismo vasco (que es de suyo una opción legítima, se esté o no de acuerdo con ella). Identificar el terrorismo que se presenta como islámico con el propio islam sería tan absurdo como hacer equivalentes el terrorismo abertzale y la identidad vasca. En el fondo, además, eso es lo que persiguen los violentos: propagar el odio como un modo de subvertir la vida social.

La preocupación por la seguridad nacional es tan comprensible como necesaria, y los atentados terroristas suelen generar inquietud acerca de sus flancos débiles. Sin una seguridad adecuadamente garantizada por el Estado no puede haber libertad ni, por tanto, democracia real. Pero un hipotético intento de justificar medidas de control que, de hecho, redunden en discriminación del islam sobre la base de estos atentados, o de otros similares, no solamente no tendría fundamento jurídico alguno, sino que iría contra el derecho fundamental de libertad religiosa.

318

En todo caso, si se quiere garantizar que la convivencia democrática no queda corrompida por la sombra de la sospecha y el prejuicio —que terminan por devenir fuentes de discriminación en la práctica— *es esencial que la población islámica, y aún más sus líderes espirituales, adopten una posición activa y de vanguardia para deslegitimar el terrorismo que se disfraza de religión.* Esto es de la mayor importancia para el futuro del propio islam, dentro y fuera de España: para evitar que sus señas de identidad les sean robadas por unos delincuentes, y que eso distorsione la percepción social que las sociedades occidentales tienen sobre la religión islámica.

Los no musulmanes tenemos el deber de defender las libertades de quienes lo son (incluida su libertad de religión y de conciencia); pero los musulmanes tienen el deber de reprobado específicamente a quienes mistifican su religión y atacan las libertades de otros, y también de colaborar con las autoridades en su lucha contra la violencia que se escuda en una parafernalia religiosa. Por eso son tan apreciables —y tan necesarias— las numerosas reacciones de condena que han tenido autoridades islámicas o teólogos musulmanes en los días que siguieron al atentado contra *Charlie Hebdo*, afirmando que esa

masacre injustificable carece de cualquier fundamento religioso objetivo¹⁰. Es una pena que, en nuestro país, no se les haya dado mayor resonancia por parte de los medios de comunicación.

3. Libertad de expresión y ofensas a los sentimientos religiosos: la jurisprudencia de Estrasburgo

No se entienda cuanto se ha dicho en los párrafos anteriores como un alegato a favor de la prohibición, ni de iure ni de facto, de expresiones críticas contra el islam, mientras éstas no franqueen el umbral de la incitación a la violencia o discriminación. Veamos esta cuestión con algún detalle, pues en el trasfondo de esta tragedia se encuentra también un tema de notable relevancia jurídica: cómo abordar los conflictos entre libertad de expresión y sentimientos religiosos. No olvidemos que el atentado tuvo lugar contra el semanario que difundió en 2006 las llamadas «caricaturas de Mahoma», previamente publicadas por el diario danés *Jyllands-Posten*, consideradas por muchos musulmanes como seriamente blasfemas, y por muchas otras personas como una invitación a la discriminación de los ciudadanos de origen islámico.

319

Naturalmente, en este tema, además de las peculiaridades de cada ordenamiento jurídico nacional, un punto de referencia imprescindible es el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la jurisprudencia del órgano encargado de su interpretación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que se ha pronunciado en reiteradas ocasiones al respecto desde principios de la década de los 1990¹¹.

Hay un primer punto indiscutible en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, recogido en su artículo 17º: ninguna de las disposiciones del Convenio podrá ser entendida en el sentido de implicar «para un Estado, grupo o individuo, derecho alguno a dedicarse a una actividad o a realizar

¹⁰ Vid., por ejemplo, en España, www.webislam.com.

¹¹ Me remito, para un análisis más pormenorizado, a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «¿Libertad de expresión amordazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo», en J. MARTÍNEZ-TORRÓN y S. CAÑAMARES, *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa* (coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia 2014, pp. 83-120.

un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo». Es lo que habitualmente se conoce bajo el dicho *no hay libertad para los enemigos de la libertad*. Una de las claras consecuencias de ese principio es que la libertad religiosa no puede utilizarse para destruir o limitar indebidamente otras libertades. Lo que, en nuestro caso, significa que *la violencia física nunca puede ser considerada una reacción legítima frente a una ofensa verbal o escrita a una religión*, a sus dogmas o personas sagradas, o a sus fieles. Por eso, no hay sombra de justificación posible para los atentados de París, como de ningún otro cuyos autores presenten como castigo merecido para un lenguaje blasfemo.

Sentado esto, la cuestión que requiere más matices es la que se refiere a qué limitaciones puede imponer el ordenamiento jurídico a expresiones que tienen por finalidad ofender a una religión y a sus fieles. De nuevo aquí encontramos una afirmación neta, esta vez por parte de la jurisprudencia de Estrasburgo: el derecho fundamental a *la libertad de expresión no protege la calumnia deliberada, ni tampoco el «hate speech», ya sea antirreligioso o de cualquier otro tipo*; es decir, el discurso encaminado a provocar odio o discriminación (sentencias *Jersild* y *Gündüz*, entre otras¹²). Es más, independientemente de la censura moral y social de que puedan ser objeto, esas conductas pueden ser, y son a menudo, penalmente sancionables. De ahí que el art. 510 del Código Penal español, razonablemente y siguiendo una tendencia común en Europa, criminalice la provocación «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», entre otros; y castigue también la difusión de informaciones injuriosas en los mismos términos, cuando existe «conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad».

Menos claras, en cambio, resultan las respuestas posibles frente a otras situaciones de ofensa a la religión que no son calificables ni de *hate speech* ni de calumnia (en este último caso porque tienen, al menos parcialmente,

¹² *Jersild v. Denmark*, 23 septiembre 1994, § 35; *Gündüz c. Turquía*, 4 diciembre 2003, §§ 40-41.

algún fundamento de hecho¹³). En el fondo, *la cuestión central consiste en dilucidar si la protección de los sentimientos religiosos –de la mayoría o de una minoría– forma parte de la garantía de la libertad de religión y de creencias.*

Aquí, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado una posición más ambigua, desde dos sentencias importantes de 1994 y 1996, respectivamente (casos *Otto-Preminger-Institut* y *Wingrove*¹⁴). Por un lado, ha afirmado que las religiones no pueden esperar permanecer libres de crítica, puesto que la libertad de expresión incluye el derecho a difundir ideas que «ofenden, escandalizan o molestan»;¹⁵ es más, el artículo 10 CEDH protege la elección deliberada no solo de contenido ofensivo, sino de una forma ofensiva para transmitirlo¹⁶, así como el recurso a cierta exageración e incluso provocación¹⁷. Por otro lado, sin embargo, el TEDH ha mantenido que el Convenio Europeo no impone una política uniforme al respecto, y que los ordenamientos jurídicos de cada país tienen cierta discrecionalidad para sancionar las expresiones «gratuitamente ofensivas» contra una religión o sus símbolos sagrados¹⁸. De hecho, en España, el art. 525 del Código Penal criminaliza el escarnio público, de palabra o por escrito, de los «dogmas, creencias, ritos o ceremonias» de una confesión religiosa con intención de ofender los sentimientos de sus miembros; y aplica la misma pena a una conducta análoga respecto de quienes no profesan religión alguna.

La doctrina de Estrasburgo parece estar dominada por el hecho de que el ejercicio de la libertad de religión y creencia –ya sea por parte de personas religiosas o no religiosas– requiere un clima de tolerancia y de respeto, libre de ataques que puedan de hecho retraer a los ciudadanos de manifestar sus creencias sin intimidación. Esto es, por lo demás, un rasgo común a todas las libertades fundamentales. *Un entorno social de libre discusión y de libre expresión, incluida*

¹³ El Tribunal Europeo ha hecho notar que es razonable exigir un mínimo de base fáctica para los juicios de valor de carácter ofensivo, pues de otra manera tales juicios podrían ser considerados “excesivos” (cfr. *Patuvel c. Francia*, 22 diciembre 2005, § 36, en relación con ofensas a una determinada iglesia, con una doctrina que data de *Lingens c. Austria*, 8 julio 1986, § 46).

¹⁴ *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, 20 septiembre 1994, y *Wingrove c. Reino Unido*, 25 noviembre 1996.

¹⁵ Esta afirmación se remonta a la sentencia *Handyside c. Reino Unido*, 7 diciembre 1976, § 49.

¹⁶ Vid. *Oberschlick c. Austria*, 23 mayo 1991, § 57.

¹⁷ Vid. *Prager and Oberschlick c. Austria*, 26 abril 1995, § 38.

¹⁸ Vid. *Otto-Preminger-Institut*, §§ 47 y 49. En parecidos términos, *Wingrove*, § 52.

la libre expresión de las creencias, es esencial para la democracia. Y viceversa, un ambiente de agresividad verbal o de violencia no constituye ciertamente el hábitat más adecuado para el ejercicio de las libertades. Desde esta perspectiva, las agresiones a la religión no son intrínsecamente diversas de las agresiones por razón del sexo, la raza o el origen nacional; y recordemos que todos esos factores son mencionados por el artículo 14 CEDH, que prohíbe la discriminación¹⁹.

Aun así, no debemos perder de vista que toda restricción de la libertad de expresión, además de perseguir una finalidad legítima, debe ser justificada como «necesaria en una sociedad democrática» a tenor del art. 10.2 CEDH. Lo cual significa que –en palabras del TEDH– debe responder a «una necesidad social imperiosa». ²⁰ Por eso, muchos pensamos que, en su formulación actual, el artículo 525 del Código Penal es de dudosa justificación –afortunadamente no se aplica– porque la tutela de los sentimientos religiosos no forma parte, de suyo, de la garantía de la libertad religiosa.

A mi entender, las expresiones ofensivas para la religión, incluso las *gratuitamente ofensivas*, solo pueden restringirse o sancionarse en casos extremos. En concreto, cuando el lenguaje injurioso, aun no constituyendo en rigor *hate speech*, puede traducirse de hecho, por las circunstancias y el contexto, en una limitación al derecho de libertad religiosa de las personas. Por ejemplo, y sobre todo, cuando la ofensa proferida no se limita a herir los sentimientos de determinados fieles, sino que dañan seriamente la reputación de una confesión religiosa o de sus miembros, produciendo así situaciones de discriminación o dificultando que algunos ciudadanos practiquen libremente su religión. Esto es más fácil que suceda con minorías religiosas, por lo general más vulnerables a las consecuencias de la difamación, que con la religión mayoritaria.

¹⁹ De hecho, la posibilidad de considerar la religión como una causa legítima para restringir la libertad de expresión fue reconocida incluso por los tres jueces que, en *Otto-Preminger-Institut*, escribieron una opinión discrepante y rehusaron aceptar que de la libertad religiosa consagrada en el art. 9 CEDH pueda derivarse un pretendido derecho a la tutela de los sentimientos religiosos. En sus palabras exactas, “la tolerancia se aplica a todos, y el carácter democrático de una sociedad resultará afectado si se permiten ataques abusivos a la reputación de un grupo religioso” (*Otto-Preminger-Institut c. Austria*, opinión discrepante conjunta de los jueces Palm, Pekkanen y Makarczyk, § 6).

²⁰ *Handyside c. Reino Unido*, § 48.

4. Tratar el hate speech antirreligioso como cualquier otro discurso del odio

Parte de los problemas que surgen en este ámbito provienen de que, en la práctica, *no siempre es fácil discernir cuándo estamos en presencia de una incitación al odio o discriminación, y cuándo se trata simplemente de una ofensa grosera* (pero no por ello necesariamente sancionable penalmente). A lo cual ha de añadirse que, *no raras veces, los tribunales –indebidamente– aplican a las expresiones injuriosas contra la religión criterios distintos de los que son comúnmente aceptados en relación con otras circunstancias personales que no pueden ser causa de discriminación*, como el sexo, la raza o la orientación sexual. Además, la circunstancia de que la ofensa se dirija a grupos minoritarios o a la iglesia mayoritaria –independientemente de la mayor vulnerabilidad de los primeros– no es un factor definitivo de diferenciación. Téngase en cuenta que la justificación de que se criminalice el *hate speech* no está en la presunción de que esas expresiones provocativas vayan a producir, directa y necesariamente, situaciones de hecho de violencia o discriminación; de otro modo, esa figura se aplicaría en principio solo a las minorías y rara vez a los grupos mayoritarios. Su razón de ser se encuentra, más bien, en que cierto tipo de lenguaje es inaceptable en una sociedad democrática porque implica una descalificación de seres humanos a los que se considera inferiores –indignos– por tener una concreta raza o sexo, o por mantener determinadas ideas o creencias.

323

Un ejemplo de las consecuencias indeseables que pueden producir las incertidumbres en esta materia lo encontramos en los hechos que dieron lugar a un pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Madrid, de 2013, a mi juicio desacertado, y sustentado sobre una evaluación de las circunstancias verdaderamente peculiar. Me refiero al auto de inadmisión de la querella criminal presentada contra el sindicato de inspiración anarquista CNT por razón de ciertas campañas mediáticas y de internet contra la visita del Papa con ocasión de la Jornada Mundial de la Juventud en 2011²¹. Las imágenes usadas en la campaña de CNT –algunas de las cuales son citadas por la propia sentencia– incluían un dibujo con un obispo ahorcado, una iglesia

²¹ AAP Madrid, sección 30, Auto N° 73/2013, 24 enero 2013. El texto de la querella puede encontrarse en: http://laicismo.org/data/docs/archivo_774.pdf (visitado el 26 enero 2015).

ardiendo con el slogan «la única iglesia que ilumina es la iglesia que arde», o un montaje fotográfico en el que se ve la silueta del Papa dentro de una mira telescópica y con la frase «totus muertos» (jugando con las palabras latinas del conocido lema de Juan Pablo II, *totus tuus*).

La Audiencia Provincial entendió, sorprendentemente, que se trataba de meras críticas hacia la Iglesia Católica y sus instituciones, que entraban dentro del legítimo ejercicio de la libertad de expresión, que en ningún caso constituían escarnio público (artículo 525°.1 CP) ni, aún menos, provocación «a la discriminación, al odio o a la violencia» (artículo 510°.1 CP). Desde luego, hay que empeñarse mucho para no apreciar en ese caso la existencia de escarnio o de intención de ofender; pero, aun así, puedo entender la reticencia de la Audiencia Provincial a aplicar el artículo 525° CP. Sin embargo, lo que resulta menos comprensible es que no se vea en esas imágenes una provocación al odio o la discriminación en un país como España, en cuya historia la violencia religiosa, de uno u otro signo, está por desgracia lejos de ser una ficción.

Es, como decía, significativo de una actitud, relativamente extendida, que tiende a tratar con mayor lenidad el *hate speech* antirreligioso en comparación con otras expresiones de incitación al odio. Es decir, una actitud que tiende a aplicar a la discriminación religiosa, en la práctica, criterios diversos de los que aplica a otras clases de discriminación. Habría sido ilustrativo observar cuál hubiera sido la decisión del mismo tribunal en caso de, por ejemplo, expresiones equivalentes referidas a judíos, mujeres o personas de orientación homosexual. ¿Se hubiera entendido que una sinagoga ardiendo era un ejercicio de crítica jurídicamente aceptable hacia la religión judía? ¿O que una mujer ahorcada o una persona homosexual en el centro de una mira telescópica, con la consigna «totus muertos», constituían una legítima discrepancia e intercambio de ideas en relación con presuntos excesos de los movimientos feministas o impulsores de los derechos de los homosexuales? No parece que fuera esa la actitud de otro tribunal español cuando, con toda razón, condenaba, sobre la base del mismo artículo 510° CP, al imán que explicaba asépticamente en un libro cómo debía efectuarse el castigo físico a las mujeres cuando era necesario «para corregirlas» y sin dejar huella en su cuerpo²².

²² Me refiero a la sentencia condenatoria del imán de Fuengirola dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona, con fecha 12 enero 2004 (procedimiento abreviado N° 276/2003).

Insisto: para apreciar la existencia de *bate speech* no hace falta tener la certeza de que habrá una relación de causa-efecto entre las expresiones vertidas y sus efectos inmediatos en la vida de las personas. El discurso de incitación al odio por motivos religiosos no es tolerable porque implica, por parte de quien lo profiere, una consideración de ciertas personas como inferiores, o incluso despreciables, por razón de sus creencias. Lo cual enrarece la vida social, y es tan dañino para el ejercicio de las libertades, a medio y largo plazo, como la descalificación de seres humanos por su raza, su sexo, sus incapacidades físicas, o su orientación sexual.

5. En búsqueda de un equilibrio entre libertades fundamentales

Cuando se intenta encontrar un equilibrio razonable en los conflictos que pueden surgir entre libertad religiosa y libertad de expresión, puede ser útil preguntarnos acerca de cuál es la razón de ser de esas dos libertades fundamentales, tomando como punto de referencia, de nuevo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, según ha sido interpretado por la jurisprudencia de Estrasburgo, y tratando de identificar la lógica inherente a los principios que el TEDH ha ido aplicando en sus sentencias.

325

A ese propósito, parece que la finalidad esencial de la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 8º CEDH) consiste en la tutela de la autonomía individual en dos ámbitos de particular significado para la persona humana: la libertad de *creer* y la libertad de *actuar* en consecuencia. Es decir, proteger la libertad del individuo para proporcionar una respuesta personal a las cuestiones cruciales a las que todo ser humano ha de enfrentarse (quiénes somos, de dónde venimos, adónde vamos); y, paralelamente, la libertad para comportarse en la propia vida de acuerdo con esas respuestas. Toda respuesta a esas cuestiones es considerada igualmente válida desde la perspectiva del Convenio Europeo: ya sean religiosas o no religiosas (agnósticas o ateas)²³.

²³ En palabras literales del TEDH: “[...] la libertad de pensamiento, conciencia y religión es uno de los fundamentos de una ‘sociedad democrática’ en el significado que le atribuye el Convenio. Es, en su dimensión religiosa, uno de los elementos más vitales que definen la identidad de los creyentes y su concepción de la vida, pero es también un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos y los indiferentes” (*Kokkinakis c. Grecia*, 25 mayo 1993, § 31). *Kokkinakis* –un caso relativo al derecho al proselitismo– fue la primera sentencia del TEDH con fundamento en el art. 9, y el punto de partida para una serie progresiva de posteriores decisiones sobre cuestiones relacionadas con la libertad de religión y de creencias.

Porque, en realidad, cualquier respuesta a esas cuestiones es, en algún sentido, una *creencia*, a pesar de que el término ‘creyente’ suele reservarse para las personas que poseen creencias de signo religioso.

Implícitamente se asume que ninguna de esas cuestiones cruciales tiene una sola respuesta que sea absoluta y racionalmente indiscutible –por eso son creencias–, lo cual justifica el derecho inalienable de cada persona a buscar sus propias soluciones. *Ni las creencias religiosas ni las creencias no religiosas son susceptibles de prueba objetiva desde una perspectiva racional*, y en consecuencia su contenido concreto y su validez no pueden ser enjuiciados con criterios ‘objetivos’ por el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de los límites que puedan imponerse legítimamente a su práctica en aplicación del art. 9.2 CEDH. Toda religión o creencia es aceptada como igualmente válida y protegible en principio, no porque suponga una respuesta ‘razonable’ o ‘verdadera’ a cuestiones vitales, sino porque es el resultado de una legítima opción personal, que nadie puede sustituir. La protección de la libertad religiosa y de creencia en esos términos es esencial para el pluralismo, el cual a su vez es inseparable de la noción de democracia²⁴.

326

Por otro lado, no cabe duda de que el ejercicio de la libertad de religión y creencias implica con frecuencia el ejercicio de otras libertades fundamentales protegidas por el Convenio Europeo, especialmente la libertad de reunión y asociación, así como la libertad de expresión. Esto, sin embargo, no debe movernos a confusión sobre la clase de ideas tuteladas respectivamente por esas libertades. Por eso, el Tribunal de Estrasburgo ha subrayado que, en el sentido en que lo utiliza el artículo 9 CEDH, el término ‘creencias’ –religiosas o no– denota aquellas «convicciones que poseen un cierto nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia», y no es sinónimo de palabras como ‘opiniones’ o ‘ideas’ tal como son utilizadas por el artículo 10 CEDH, que garantiza la libertad de expresión²⁵.

Si dirigimos ahora la mirada hacia esta última libertad, tal como la concibe la jurisprudencia del TEDH, su finalidad esencial parece ser también

²⁴ Vid. *Kokkinakis*, § 31.

²⁵ *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, 25 febrero 1982, § 36.

garantizar el pluralismo como un elemento indispensable de la democracia, en particular mediante la tutela del derecho de toda persona a difundir libremente información o ideas. Su fundamento implícito es que las personas no solo tienen el derecho de formar libremente su opinión sobre cualquier tema, sino también el derecho de efectuar sus propias contribuciones al debate público sobre cuestiones diversas en sus respectivas sociedades. Por esa razón, como indiqué antes, el Tribunal Europeo ha resaltado que los límites a la libertad de expresión han de ser interpretados de manera restrictiva, incluso cuando se trata de ideas que «ofenden, escandalizan o molestan», por su contenido o por la forma en que se transmiten²⁶. Esto ha de aplicarse de manera particularmente rigurosa a las opiniones relativas a temas de interés general: mientras mayor es la importancia del asunto que se discute, más amplia ha de ser la protección de la libertad de expresión y más estricta la interpretación de las limitaciones que es legítimo imponerle²⁷.

Dicho de otra manera: para el TEDH, la protección de la libertad de expresión es inseparable de una referencia al *contenido* de la información o de las ideas que se difunden. Lo que merece ser tutelado no es la ‘expresión’ entendida como concepto meramente formal o abstracto, sino más bien la expresión de un contenido sustantivo: información (hechos) u opiniones (ideas, juicios de valor). De ese modo, la libertad de palabra desempeña una importante función respecto a la formación de un debate plural, social e intelectual, sobre una diversidad indefinida de temas, así como respecto a la búsqueda de la verdad histórica²⁸, y deviene condición necesaria para el progreso social²⁹.

Es fácil entender, en consecuencia, que, por lo que concierne a la información sustantiva o a las opiniones que se difunden, la libertad de ex-

²⁶ Cfr. *Handyside c. Reino Unido*, 7 diciembre 1976, § 49; *Oberschlick c. Austria*, 23 mayo 1991, § 57; *Prager and Oberschlick c. Austria*, 26 abril 1995, § 38.

²⁷ Cfr. *Jersild c. Dinamarca*, 23 septiembre 1994, § 35; *Gündüz c. Turquía*, 4 diciembre 2003, §§ 43-44; *Paturel c. Francia*, 22 diciembre 2005, §§ 32, 37, 42 y 46; *Giniewski c. Francia*, 31 enero 2006, §§ 50-51 y 54.

²⁸ Cfr. *Chauvy y otros c. Francia*, 29 junio 2004, § 69; y *Giniewski c. Francia*, 31 enero 2006, § 51.

²⁹ Cfr. *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, 20 septiembre 1994, § 49.

presión del art. 10° CEDH abarca un espectro mucho más amplio de temas que la libertad de pensamiento, conciencia y religión del art. 9° CEDH. Además, y al contrario de lo que sucede en el caso de la religión o las creencias, *la veracidad de los datos o el rigor de las opiniones —es decir, su conexión lógica con los datos de hecho— pueden y deben ser enjuiciados de acuerdo con criterios objetivos*, como se infiere de la doctrina del TEDH acerca de la distinción entre declaraciones de hecho y juicios de valor³⁰.

A la vista de lo anterior se comprende mejor la doctrina de Estrasburgo en materia de conflictos entre libertad de expresión y libertad religiosa, a la que antes me refería, y que gira, recordémoslo, en torno a tres ejes principales. En primer lugar, el *hate speech* antirreligioso no es protegido por el artículo 10° CEDH, y su criminalización es legítima³¹. No obstante, el Tribunal Europeo ha sido en general reticente a reconocer la existencia de ‘discurso del odio’, ya sea en expresiones de carácter antirreligioso o en declaraciones de líderes religiosos contra ideas o personas ateas³².

En segundo lugar, los ordenamientos jurídicos nacionales pueden restringir o sancionar las *ofensas gratuitas* a la religión, aunque el TEDH se

³⁰ Vid. supra, nota 13.

³¹ La criminalización del *hate speech*, de hecho, tiende a convertirse en la regla y no en la excepción. Además del art. 510°.1 del Código Penal español, puede citarse, a título de ejemplo, el art. 130.2 del Código Penal alemán, que establece una pena similar a la del código español para aquellas personas responsables de la producción o difusión de escritos “que inciten al odio contra sectores de la población de un determinado grupo nacional, racial o religioso, o de un grupo caracterizado por sus costumbres tradicionales, o que promuevan medidas violentas o arbitrarias contra esos grupos, o que lesionen la dignidad humana de otros mediante el insulto o la calumnia o difamación maliciosa contra ciertos sectores de la población de los grupos antes mencionados”. En Irlanda, la *Prohibition of Incitement to Hatred Act* de 1989 establece penas ligeramente inferiores para las personas culpables de incitación al odio, y define el *hate speech* de manera que comprende “el odio contra un grupo de personas... por razón de su raza, color, nacionalidad, religión, origen nacional o étnico, pertenencia a una comunidad nómada, u orientación sexual” (art. 1°).

³² Cfr., por ejemplo, *Gündüz c. Turquía*, 4 diciembre 2003; *Erbakan c. Turquía*, 6 julio 2006; *Güzel c. Turquía*, 27 julio 2006; *Kutlular c. Turquía*, 29 abril 2008. Una excepción es *Soulas c. Francia*, 10 julio 2008, relativa a la condena del autor y editores de un libro titulado “La colonización de Europa. Discurso verdadero sobre la inmigración y el Islam”. Hay que hacer notar que el autor del libro cargaba las tintas no tanto sobre cuestiones religiosas cuanto sobre la procedencia geográfica y étnica de los musulmanes residentes en Francia. De ahí precisamente la condena de los tribunales franceses, sobre la base de una actitud racista del autor, ratificada por el TEDH.

reserva el derecho de supervisar, en el caso concreto, si la limitación a la libertad de expresión del ofensor puede considerarse «necesaria en una sociedad democrática»; lo cual sucedería si ese lenguaje ofensivo pudiera de hecho ir en detrimento de la libertad religiosa de ciertas personas, que podrían sentirse inhibidas para manifestar sus creencias en público. En la práctica, sin embargo, no es fácil dictaminar que la gravedad de la ofensa en cuestión está abocada a producir consecuencias tan serias. De ahí que la tendencia del Tribunal haya sido, desde hace tiempo, permisiva de las expresiones de carácter injurioso hacia una religión o sus miembros³³.

En tercer lugar, resulta preciso distinguir entre *juicios de valor* y *declaraciones de hecho*, lo cual matiza el margen de apreciación estatal para limitar o penalizar la libertad de expresión en cada uno de esos supuestos. Mientras que la exactitud o la verdad de las afirmaciones que se refieren a hechos puede ser sometida a un examen objetivo, los juicios de valor son, por su naturaleza, subjetivos y menos susceptibles de prueba, y por tanto también de sanción o control. En todo caso, como casi siempre el lenguaje ofensivo contiene una mezcla de afirmaciones de hecho y juicios de valor, la libre expresión de los segundos, según el TEDH, solo puede ser restringida por la ley nacional cuando carecen de todo fundamento de hecho real. El Tribunal ha aplicado esta idea con especial firmeza en relación con la falsificación de hechos históricos relativos al Holocausto judío por el régimen nazi, que ha considerado constitutiva de *hate speech*³⁴.

6. Diferenciar entre legitimidad moral y legalidad

A mi juicio, los principios sentados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son útiles y válidos, a pesar de las dificultades inherentes a su aplicación práctica, porque intentan alcanzar un equilibrio entre diversos intereses jurídicos con la finalidad de propiciar un clima jurídico en el que puedan ejercerse de hecho todas las libertades fundamentales por parte de todos.

³³ Así, por ejemplo, *Paturel c. Francia*, 22 diciembre 2005, *Giniewski c. Francia*, 31 enero 2006, y *Aydin Tatlav c. Turquía*, 2 mayo 2006.

³⁴ Vid. *Roger Garaudy c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la Appl. No. 65831/01, 24 junio 2003.

Permítaseme aclarar un punto importante. Cuando hago notar que, a mi juicio, la tutela de los sentimientos religiosos no forma parte, per se, de la garantía de la libertad religiosa, y que solo en casos extremos pueden penalizarse las expresiones ofensivas para la religión, no es que considere que el lenguaje difamatorio es encomiable o que merezca un juicio social, moral o políticamente positivo. Al contrario: creo que ofender sin motivo, en este y en cualquier otro ámbito, es algo a evitar. Pero el respeto a la libertad de expresión, que es una de las libertades clave de un sistema democrático, solo puede restringirse en casos de estricta necesidad. La censura no es en absoluto amiga de la democracia.

Y sobre todo no se olvide que, en contra de lo que mucha gente piensa, el derecho no sirve para todo, ni es el único punto de referencia para calificar un comportamiento humano como legítimo. *Identificar legalidad y legitimidad moral es un error notable.* Hay expresiones ofensivas que el derecho debe permitir, pero que no por ello se hacen acreedoras a un juicio moral positivo por parte de la sociedad. Actuaciones que justificarían un claro rechazo social manifestado de distintas formas –por ejemplo mediante el boicot organizado, haciendo uso de la propia libertad de expresión– no necesariamente reclaman represión jurídica, y aún menos jurídico-penal.

330

El derecho es un instrumento de organización social que tiene sus limitaciones, y estoy convencido de que en esta área está llamado a desempeñar una función modesta. A fin de cuentas, la coerción jurídica es un instrumento que puede funcionar cuando otros medios de solución de conflictos sociales han fallado. *El derecho no debe intervenir en cada caso de lenguaje antirreligioso, sino únicamente en casos de particular gravedad por sus consecuencias perjudiciales para la libertad religiosa.* En caso de duda, es preferible que el derecho se abstenga de interferir en la libertad de palabra, independientemente de lo deplorable que puedan resultar algunas expresiones ofensivas contra la religión. Un posible abuso del poder para restringir la libertad de expresión es más peligroso para la democracia y el pluralismo que el perjuicio para las creencias religiosas que podrían causar ciertas formas abusivas de expresión.

El deber de abstención del ordenamiento jurídico frente a expresiones ofensivas que entren dentro de la legalidad, sin embargo, no significa que quie-

nes profieren dichas expresiones tengan derecho a servirse de los medios públicos que el Estado pone a disposición de los ciudadanos para aquellas actividades que considera socialmente positivas. Por la misma razón que no pueden confundirse legalidad y legitimidad moral, tampoco la legalidad de una conducta hace que, de suyo, tenga carácter beneficioso para la sociedad y que sea merecedora del apoyo de los poderes públicos. Al contrario, siendo partidario de una concepción amplia de la libertad de expresión y contrario a la censura, entiendo que *las ofensas gratuitas y deliberadas a los sentimientos religiosos de los ciudadanos no pueden gozar de ninguna clase de apoyo público* (por ejemplo, en forma de financiación, o de utilización de espacios públicos de uso común). Por las mismas razones que ese apoyo ha de negarse a quienes, en uso de su libertad de palabra, ofenden los sentimientos de personas de determinada etnia o raza, origen nacional, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

7. Erradicar el fanatismo sin glorificar el insulto

En definitiva, el atentado contra la vida de los redactores de *Charlie Hebdo* nos enfrenta a la necesidad de tomar posición respecto a dos cuestiones: el hecho en sí, y el problema de fondo subyacente.

331

En relación con el segundo aspecto, los conflictos entre libertad de expresión y libertad religiosa, he intentado explicar los principios –que creo adecuados– elaborados por la jurisprudencia de Estrasburgo. Pero no debemos perder de vista que se trata de principios que requieren una interpretación cuidadosa en su aplicación a hechos concretos. Son situaciones que *no tienen respuesta fácil*, como suele suceder, por lo demás, en los problemas relativos a la delimitación de fronteras entre el legítimo ejercicio de diversas libertades fundamentales. Sería muy poco realista afirmar que estamos ante cuestiones ‘sencillas’ que pueden resolverse de manera simple y categórica recurriendo a una interpretación extensiva de la libertad de expresión o de la libertad religiosa. La simplificación nunca es planteamiento apropiado para resolver cuestiones complejas.

Ciertamente, una comprensión ‘relajada’ o conformista del margen de apreciación estatal en la aplicación de los límites a la libertad de expresión (art. 10º.2 CEDH) pondría en peligro la salvaguarda real de esa libertad, indispensable para una democracia pluralista, y la dejaría en manos de las

ideas religiosas predominantes (y también, lo que es incluso más frecuente, en manos de la ‘corrección política’). Por otra parte, sin embargo, una posición a favor de manera absoluta y sin matices de la libertad de expresión, entendida como mera libertad de ofender, comportaría en la práctica una patente de corso para llevar a cabo actos de agresión contra otros, aunque se trate de una agresión verbal y no física. Permitir el desarrollo de un ambiente de agresividad social posibilitaría que se pudiera en peligro fácilmente la real libertad de muchas personas para expresar sus ideas, incluyendo la manifestación de sus creencias religiosas. En algunos casos, podría incluso resultar afectada la reputación, y por tanto la credibilidad, de determinadas comunidades religiosas, lo cual incidiría negativamente en la real libertad de que realmente disponen.

Además, la experiencia enseña que los efectos de las agresiones verbales muchas veces trascienden el ámbito de la mera verbalidad. El respeto por los demás, aunque rechazemos o incluso despreciemos sus ideas, es un componente esencial de una sociedad plural y libre. La libertad de expresión *no es la libertad de ofender*, sino la *libertad de decir cosas que pueden ser ofensivas* para otros o que pueden ser entendidas por otros como ofensivas. El *acento se ha de poner en el contenido* de la información o de las ideas que se transmiten, y *no en la ofensa en cuanto tal*. El lenguaje contundente o incluso claramente ofensivo –la ofensa puede ser un modo de comunicar una idea– son conceptualmente distintos del lenguaje *abusivo*, aunque la línea divisoria entre ellos no siempre se muestra nítida cuando se analizan los casos concretos.

Por lo que concierne al atentado en sí, no hay duda de que es execrable, y debe ser condenado sin ambages. Pero la violencia ejercida contra los periodistas –que afectó colateralmente también a otras personas– no hace necesariamente de los asesinados unos héroes. La aludida distinción entre legalidad y legitimidad moral hace que resulte comprensible la actitud de quienes en los días siguientes a los hechos, en diversos países y de manera más o menos oportuna, se pronunciaron bajo el lema «yo no soy Charlie», en contra de la corriente mayoritaria. Y lo hicieron no por apoyo a los terroristas, sino por dejar claro que no compartían el modo en que los fallecidos concebían la libertad de expresión. No podemos confundir la compasión por las personas con el juicio que nos merezcan sus hechos; si en lo primero es

de esperar la unanimidad, en lo segundo es de esperar que las opiniones sean divergentes. Para muchos, el semanario francés nunca se ha distinguido ni por su buen gusto, ni por lo sofisticado de su humor, ni por su contribución positiva a un clima de convivencia social impregnada de respeto por quienes piensan diferente. Al contrario, su línea ha sido más bien optar por la ofensa, en ocasiones grosera, aun a costa de la buena fama de personas o de grupos minoritarios. No es esa la mejor manera de promover un ambiente de debate intelectual sobre cuestiones de importancia, o sobre aspectos sustanciales que definen la identidad de los ciudadanos. La reproducción de las «caricaturas de Mahoma» del *Jyllands-Posten* fue solo una de sus desafortunadas *boutades*, más aireada que otras por las consecuencias, entonces y ahora. Su labor periodística era tan jurídicamente legítima como, a juicio de muchos, moral y socialmente reprochable.

Ese es un matiz que creo ha faltado en no pocas de las manifestaciones que han utilizado el lema *Je suis Charlie*, y que han podido ser entendidas por muchos como una suerte de ‘beatificación’ de periodistas cuya actividad se asemejaba, más que a la lucha por las libertades, a un negocio –por lo demás fallido– basado en el humor grotesco y en el escándalo. Poner el acento en la concreta actitud de *Charlie Hebdo*, presentando a sus redactores como héroes, en lugar de subrayar la importancia de tutelar la libertad de expresión y de conciliarla con el respeto por las libertades y la fama de los demás, es probablemente un error de perspectiva, que impide llegar al fondo del problema. La de *Charlie Hebdo* es una tragedia en la que abundan las víctimas pero se echan de menos los héroes (exceptuando a los agentes de seguridad caídos).

Erradicar el fanatismo religioso –y de cualquier otra clase– es esencial en las sociedades libres. Por ello, es razonable aprovechar esta penosa circunstancia para recordar la importancia de la libertad de expresión y que no es legítimo responder a la palabra con la metrallera. Pero sería también deseable que los responsables de la cosa pública reafirmasen la importancia de que quienes usan su libertad de expresión sean capaces de respetar las opciones éticas de quienes piensan diferente, por chocantes que resulten en un determinado contexto cultural. Para impulsar una sociedad verdaderamente abierta, el camino no pasa por glorificar el insulto –a los musulmanes o a quien sea– sino por generar espacios y posibilidades reales de diver-

idad. En eso, más allá de la tarea que compete a los instrumentos jurídicos y a las instancias de gobierno, será inestimable la actitud de un periodismo, y en general de una clase intelectual, más consciente de su responsabilidad social y más sensible hacia los valores que definen a las minorías.