



LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS EN INTERNET

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN FRENTE AL DISCURSO DEL ODIO

The legal protection of religious sentiments on the Internet. Freedom of speech vs hate speech

FRANCISCO J. ARANDA SERNA

Universidad Católica San Antonio de Murcia, España

KEYWORDS

Hate speech
Blasphemy
Derision
Insult
Freedom of speech
Internet
Religious sentiments

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the legal conflict that exists between the fundamental right to express opinions and ideas, and the fundamental right that religious beliefs are protected from offenses in the social context of the Internet. Through the analysis of scientific articles, legislation and judicial sentences, the most relevant typical criminal figures will be determined, and through a study of European and North American comparative law, the keys will be extracted for a better delimitation of these rights.

PALABRAS CLAVE

Discurso de odio
Blasfemia
Escarnio
Ofensa
Libertad de expresión
Internet
Sentimientos religiosos

RESUMEN

El objetivo de este artículo es analizar el conflicto jurídico que existe entre el derecho fundamental a expresar opiniones e ideas, y el derecho fundamental a que las creencias religiosas estén protegidas de las ofensas en el contexto social de Internet. Por medio del análisis de artículos científicos, legislación y sentencias judiciales, se determinarán las figuras típicas penales más relevantes, y a través de un estudio de derecho comparado europeo y norteamericano se extraerán las claves para una mejor delimitación de estos derechos.

Recibido: 18/ 09 / 2022

Aceptado: 21/ 11 / 2022

1. Introducción

Los conflictos entre los sentimientos religiosos y otros derechos fundamentales como la libertad de expresión no afectan únicamente al ámbito jurídico, sino que también se relacionan con otros ámbitos como el político, el sociológico o el periodístico. La llegada de las Nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, junto con la utilización de las redes sociales y otras aplicaciones de mensajería instantánea, han provocado que la expresión de ideas, opiniones, o incluso creaciones artísticas, se propaguen globalmente y los usuarios tengan conocimiento de ellas de forma inmediata (Palomino, 2009).

Existe un choque identitario y cultural en Internet, por un lado, se observa como ciertos usuarios propagan virtualmente mensajes o expresiones artísticas que no sólo no están en consonancia con ningún dogma religioso, sino que pertenecen a una filosofía de Internet “desarraigada”, es decir, que están asentados en la cultura de la irreverencia, y en algunos casos más extremos en la desobediencia y la transgresión. Y, por otro lado, las comunidades de creyentes de diverso signo, que poseen ideas y dogmas religiosos que ya estaban asentadas mucho antes de la utilización de Internet, y que actualmente participan en las redes sociales, viéndose afectados sus sentimientos de pertenencia religiosa y de identidad cultural (Ferrari, 2007).

El efecto globalizador de Internet otorga a la palabra un efecto de cercanía muy poderoso, los mensajes que se publican amparados por la libertad de expresión pueden utilizarse para inspirar o para generar sentimientos de cariño, aprecio o amor, pero igualmente pueden emplearse para denigrar o propagar el odio (Piñuel Raigada *et al.*, 2022; Barrientos-Báez *et al.*, 2021). Este equilibrio entre la protección de los sentimientos religiosos y el uso del derecho a la libertad de expresión será justamente el que se analizará puesto que, en las sociedades consideradas democráticas la libertad de expresión es el termómetro que mide el grado de libertad u opresión que existe en un Estado (Carrillo, 2015).

La libertad de expresión está garantizada en el artículo 20 de la Constitución española, además la propia doctrina del Tribunal Constitucional le otorga un interés notorio respecto a otros derechos debido a que su ejercicio es fundamental para la existencia misma de la democracia (Carbonell, 1994-1995)¹.

Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, y, por tanto, cuando entra en conflicto con otros derechos fundamentales puede resultar necesario que en su caso ceda en su ejercicio para asegurar dichos derechos, entre los que se encuentra la libertad religiosa. Dentro de las excepciones que ha destacado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, encontramos los siguientes principios:

- La libertad de expresión posee muy pocas restricciones, por lo que las excepciones deben estar sujetas a una interpretación muy estricta y de manera convincente.
- Si las opiniones o ideas están dirigidas a grandes colectivos de diferente signo (racial, religioso, etc) en el sentido del discurso del odio o la difusión de la violencia, estas estarán excluidas del ámbito de la libertad de expresión. Estos discursos pervierten el sentido del uso de la libertad de expresión y atentan contra la paz social y la estabilidad política (Souto, 2015)².

Aunque en principio los dos derechos que contienden entre sí, entendiéndose uno el de libertad de religión o libertad religiosa, y el otro, libertad de opinión y expresión, no son ni mucho menos antagónicos, sino que en su base se refuerzan mutuamente, la realidad es que debido a que la diversidad social es cada vez mayor a medida que transcurre el siglo XXI, estos derechos se encuentran en la práctica cada vez más enfrentados. El legislador tiene la tarea de delimitar el alcance de ambos derechos, puesto que en la actualidad, no solo se están extendiendo nuevas figuras como el discurso de odio religioso o el falsamente reivindicado derecho de ofensa, sino que con el uso de las herramientas digitales de comunicación está también adquiriendo diversas formas (rechazo religioso, intolerancia, xenofobia, etc.) (Leal-Adorna & Valencia, 2020).

2. Metodología y objetivos

Este artículo de revisión contiene un análisis documental de artículos de investigación, legislación y jurisprudencia. La información que se va a analizar tiene como objetivo situar en su contexto jurídico actual las conductas típicas que entran en relación con la protección de los sentimientos religiosos y que se encuentran en conflicto con otros derechos fundamentales, señalando específicamente el de libertad de expresión.

También se van a situar estos derechos en el marco de las Nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, con el fin de mostrar como el uso de las redes sociales y otras aplicaciones influyen en el ordenamiento jurídico, destacando de todas las conductas la aparición del ciberodio.

En este sentido, se realizará un breve análisis de derecho comparado en cuanto a la protección de los sentimientos religiosos, que mostrará dos enfoques diferentes que abordan la delimitación del derecho a la libertad de expresión. Obtenidos los resultados de este análisis, se extraerá una síntesis de ambos modelos con las claves generales para una mejor delimitación de estos derechos.

Se discutirá la necesidad de un nuevo planteamiento jurídico cuyo fin sea el de poseer una legislación más

1 Véase las SSTC 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio y 63/1994, de 28 de febrero.

2 Véase el Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 10.2.

armonizada con nuestro entorno, y se realizarán una serie de indicaciones para lograr un mejor equilibrio de derechos fundamentales.

3. La protección de los sentimientos religiosos en el ordenamiento jurídico español

Las normas que protegen los sentimientos religiosos de aquellas expresiones que puedan ser entendidas como una vejación, ofensa o simplemente de difusión del odio tienen su origen en la mitad del siglo XX. A raíz de los sucesos acaecidos en la Segunda Guerra Mundial en la Alemania Nazi, los países del entorno europeo comprendieron la necesidad de frenar cualquier tipo de expresión que difundiese la violencia y el odio contra ciertos colectivos (Souto, 2015).

Si bien en el ámbito de la Unión Europea la legislación es heterogénea y afronta la cuestión desde diferentes puntos de vista, tampoco históricamente se ha abordado el problema con demasiada profundidad. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su artículo 20 ya prohibía, y se cita textualmente “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”. Los países europeos a lo largo de las décadas han ido ampliando esta regulación incorporando también otros supuestos, como el odio por motivos de género.

En el caso de España, que es el que se analizará, se va a distinguir en primer lugar el delito de escarnio, que es específico en cuanto a la protección de los sentimientos de ámbito religioso, y también el delito de incitación al odio, que si bien recoge supuestos más amplios y está referido no a individuos sino a colectivos, es más frecuente en el ámbito de las redes sociales, ambos delitos se encuentran recogidos en la legislación penal española, del artículo 522 al 526 y el artículo 510, respectivamente.

La coyuntura jurídica destaca la legislación penal como la más severa en cuanto a sanciones, ya que esta tiene como función más importante la de proteger los bienes jurídicos de los ciudadanos, por tanto, para que exista una sanción penal debe existir también un daño, y en este caso el merecimiento de la protección viene fundamentado en que los sentimientos religiosos son necesarios para el funcionamiento social, y también para el libre desarrollo de los ciudadanos. Aunque España sea un Estado aconfesional, esto no implica que la normativa española sea indiferente a todo lo acontecido respecto de la religión, de hecho, los Estados considerados como auténticamente democráticos deben afirmar la libertad religiosa (Tamarit, 1989).

En España, por tanto, el factor religioso es tenido en cuenta por las leyes, y, de hecho, la libertad religiosa como bien jurídico está protegida penalmente, tanto en su vertiente individual como colectiva. Los sentimientos religiosos están reconocidos, pero no de forma precisa, sino más bien de forma indeterminada, así el Tribunal Supremo Español señala que los sentimientos religiosos suponen unos valores colectivos de tipo social de primer nivel, significando por tanto que los sentimientos religiosos no se contemplan solo a nivel individual, sino que también se contemplan a nivel colectivo (Roca de Agapito, 2017)³.

Señala por otra parte el Tribunal Constitucional Español que los sentimientos religiosos son un estado de ánimo emocional que tiene una persona frente a sus creencias sobre lo divino, y este estado emocional puede verse afectado por las ideas u opiniones de otras personas⁴.

Si bien es cierto que de facto es imposible que los sentimientos religiosos sean considerados como sociales, pues en ese caso no se podría determinar la conducta punible, ya que como resulta obvio cada individuo vive su fe de una forma diferente a la del resto de creyentes. Por ello, la protección que tutela este derecho se establece desde el punto de vista individual.

De hecho, varios autores consideran que la protección de los sentimientos religiosos está vinculada en cierta forma con la protección que concede el artículo 18 de la CE al honor, considerando estos sentimientos como dentro de la esfera personal del individuo y merecedores de respeto y protección, asemejando los sentimientos religiosos a otro tipo de emociones como es la defensa de la patria o los valores deportivos, que se entroncan con el derecho al honor. (Roca de Agapito, 2017).

Expone Alcacer Guirao un ejemplo de la burla en redes sociales de la figura del profeta Mahoma que puede ilustrar como serían todos los supuestos que pueden constituir una ofensa religiosa, y que se analizan a continuación:

- La blasfemia, si se considera según la creencia islámica que es un insulto contra la figura sagrada de Mahoma, y, por tanto, encajaría en un supuesto de blasfemia.
- El escarnio, si se considera como una burla de la tradición religiosa, y también de las personas que profesen o practiquen esa religión.
- La incitación al odio, que a diferencia de los dos supuestos anteriores se podría considerar que se dirige antes contra el colectivo musulmán que contra la religión islámica en sí misma.

La complejidad reside en que no es fácil delimitar que supuesto corresponde con qué caso, hay conductas que afectan a todos los miembros de un grupo religioso, mientras que otras son ofensas que afectan a sus representaciones o afecciones culturales, y otras afectan a la reputación, pero no impiden la participación social.

3 Véase la STS 495/1981 de 8 de abril de 1981.

4 Véase la STC 46/2001 de 15 de febrero de 2001.

Algunas conductas supondrán un menosprecio simplemente a los sentimientos religiosos, mientras que en otros casos podrá considerarse como la asunción de un estereotipo dañino o la propagación de ideas de odio de un colectivo (Alcacer, 2021).

3.1. La blasfemia como el origen de la protección de los sentimientos religiosos y su presencia en la actualidad

El tratamiento que ha tenido la cuestión religiosa en España en los códigos penales hay que situarlo a principios de siglo XIX, son de sobra conocidos los cambios constitucionales que tuvieron lugar a lo largo de este siglo desde que se gestó la primer Constitución en 1812, la cual era de carácter confesional, y, en cuanto a la protección de los sentimientos únicamente se centraba en la religión católica, esta impronta tuvo su reflejo en el Código Penal de 1822 (castigo de apostasía, conspiración para establecer una religión distinta, propagación de doctrinas contrarias, etc).

En la Constitución de 1869 se da un punto de inflexión, ya que, aunque la religión católica seguía teniendo primacía, se otorgaba y garantizaba el ejercicio de los cultos extranjeros, y por tanto la tolerancia de religiones distintas a la católica. Este evento supuso el reconocimiento de la aconfesionalidad de España, si bien la protección del bien jurídico no quedaba alterada, ya que simplemente se ampliaba hacia el resto de religiones (Castillo, 2021).

Si se centra la cuestión al contexto europeo y para situar en la actualidad la figura de la blasfemia, Carrillo Donaire establece una clasificación en tres grupos diferenciados:

- El primero lo conforman una serie de países, entre los cuales podemos ubicar a España y también a Italia, que, aunque históricamente han tenido un largo recorrido constitucional confesional, su legislación penal se ha desconfesionalizado y ha eliminado el tipo penal de la blasfemia, orientando la protección de los sentimientos hacia el delito de escarnio (en el caso de España), y el de vilipendio (en el caso de Italia). Merece la pena señalar el caso del Reino Unido, país del contexto europeo que sigue manteniendo su condición confesional, pero que suprime el delito de blasfemia en el año 2008 por considerarlo discriminatorio respecto de las religiones que son distintas de la anglicana.
- El segundo grupo lo conforman los países “luteranos”, es decir, aquellos países europeos que siguen siendo confesionales, como podrían ser Finlandia y Dinamarca, que siguen contemplando la blasfemia como delito, pero actualizada a los valores modernos del siglo XXI, e incluye otra clase de ofensas que no son estrictamente religiosas. Se incluye en este grupo el caso de Grecia, en el que además la blasfemia está vinculada no sólo a la protección de los sentimientos religiosos, sino también a la protección del Estado griego-ortodoxo.
- El tercer grupo está representado por Alemania, es decir, un país europeo en el que las ofensas contra la religión están tipificadas, pero la protección no está considerada para proteger los sentimientos religiosos sino para garantizar el orden público (Carrillo, 2015).

Desde el punto de vista de los Derechos humanos hay que distinguir lo que es vejatorio para la religión considerada como creencia y la ofensa que se dirige contra un colectivo que posee una posición social debido a sus creencias. Desde este punto de vista, reflexiones o preguntas trascendentales tales como ¿Dios existe?, no son consideradas como ofensivas en Occidente, pero el debate que supone la afirmación de superioridad moral de una creencia sobre otra en cambio no tendría cabida (Evans, 2010).

Por otro lado, hay que considerar también el factor cultural, ya que en la sociedad cultural europea ya no se contempla la blasfemia, o se contempla de forma “actualizada”, en cambio en el mundo oriental musulmán sigue estando contemplada como delito. Aunque en Occidente esta consideración de la blasfemia de los musulmanes se asemeja a una medida control, en los países musulmanes la consideran como una medida de protección frente a sus creencias, y por ello no permiten estos ataques a su religión (Mihajlova, 2019)⁵.

Actualmente la blasfemia no debe ser considerada al mismo nivel que el delito de odio, y tampoco como una ofensa a un colectivo o grupo religioso, en todo caso hay que entenderla como un ataque a la religión o al credo religioso. La diferencia, aunque compleja es muy importante, pues la legislación tiende a proteger a las personas como individuo y no tanto a los colectivos. En todo caso, la blasfemia de ser considerada jurídicamente, debería serlo desde el punto de vista individual como un ataque a la dignidad (Waldron, 2012).

3.2. De la blasfemia al escarnio: la ofensa “moderna” de los sentimientos religiosos

Una vez se ha superado del delito de blasfemia, se puede encuadrar la protección penal en la forma de escarnio y el delito de odio, pero siempre asumiendo que la blasfemia contra la divinidad ya no se contempla. En esta línea, el Tribunal Constitucional español va a exigir un ánimo injuriador y la presencia del efectivo daño para limitar de forma contenida la libertad de expresión (Rey, 2015)⁶.

En España el delito de escarnio se recoge en el artículo 525 del Código Penal, este sanciona aquella conducta

5 Estas afrontas han supuesto la respuesta en ocasiones con violencia de estos grupos religiosos, tal y como ha sucedido en los polémicos sucesos de las caricaturas de Mahoma o los de Charlie Hebdo.

6 Véase la STC 287/2000, 27 de marzo de 2000.

que ofenda los sentimientos de los creyentes de una confesión religiosa, con la reforma de 1995 se incluye en esta protección también a aquellos que no sean creyentes, de modo que esta protección se amplía a otro tipo de creencias (de tipo agnóstico o ateo). Para que concurra el delito de escarnio es necesario que se presenten tres requisitos.

- Que la conducta de escarnio afecte al dogma, a la creencia, ritos o ceremonias,
- También las vejaciones a quienes lo profesen o practiquen
- Y con el ánimo de ofender los sentimientos de dicha confesión.

Aclara Alvarez-García, que la vejación debe ser entendida como una forma de injuria grave, humillación o trato degradante que produzca un hecho lesivo (Álvarez-García, 2011).

El escarnio se produce cuando de algún modo se altera el estado emocional del sujeto generando una serie de sensaciones de rechazo, indignación o repulsa, si bien es cierto, que esta alteración se puede producir de varios modos, por ejemplo, a través de un insulto a un símbolo que provoca un efecto en un creyente (Alcacer, 2021).

La vinculación que existe entre la protección de los sentimientos religiosos y la protección de la libertad religiosa se ha establecido por varias vías, en primer lugar porque ambos derechos pertenecen en cierto modo a la misma vertiente del derecho fundamental, esto es, que la profesión de una religión y unas creencias evoca una serie de sentimientos y emociones, por lo que la ofensa a estas creencias supondría un debilitamiento del vínculo del individuo con sus creencias, limitándose así la libertad religiosa.

Partiendo de esta premisa los sentimientos religiosos han de formar parte de los derechos fundamentales, pero no porque su vulneración suponga una alteración de la paz o el orden público, sino porque esto supondría también una lesión a la dignidad de la persona (Bages, 2019).

El mayor obstáculo en la determinación del escarnio es precisamente el componente subjetivo y emocional que evocan los sentimientos religiosos, no es posible configurar un modelo objetivo en cuanto a la ofensa, por lo que relevancia penal descansa en la “sensibilidad” de las víctimas o la propia idiosincrasia de la comunidad de creyentes.

Algunos parámetros que podrían ayudar en la determinación del escarnio sería analizar el grado de intensidad en la reacción de repulsa del ofendido, siempre teniendo en cuenta la perspectiva cultural de la confesión religiosa. Pero la clave en el criterio sigue siendo la susceptibilidad del ofendido, al cual hay que añadir más variables del tipo de dogma religioso, el grado de sacralidad de los símbolos de la fe, entre otros. Por ello destaca a diferencia de la antigua conducta típica blasfemia, ese ánimo de ofender (García, 2014).

Sin embargo, y pese a todo, el delito de escarnio posee menor sanción comparado con otros tipos penales tales como la incitación al odio o el enaltecimiento del terrorismo, esto es debido a que la atribución de las ofensas y el efectivo daño que se pueda producir en los sentimientos no deja de situarse en un arco de atribución subjetivo. El derecho a ofender queda situado en contraposición al derecho de no sentirse ofendido, situándose de fondo la delicada tarea de delimitar el derecho de libertad de expresión (Alcacer Guirao, 2021).

3.3. El discurso de odio en su modalidad antirreligiosa

El discurso de odio o “hate speech” comporta un mensaje cuyo objetivo es la promoción y justificación del odio contra un colectivo determinado, este colectivo puede poseer diferentes características (etnia, raza, religión, colectivo LGTBI, etc.). La incitación del odio se realiza estigmatizando al colectivo y denigrándolo con expresiones hostiles y de desprecio, uno de los problemas para la delimitación del discurso del odio es la línea que lo separa del discurso crítico, irreverente o provocador que si estuviera amparado por el derecho de libertad de expresión (Carrillo, 2015).

El discurso del odio pertenece a una categoría específica encuadrado en los delitos de odio o “hate crimes”, para que se produzca un delito de odio es necesario que exista una acción delictiva que incluya acciones contra las personas o contra la propiedad, y que la razón de escoger a la víctima sea por una razón en relación con un colectivo, el cual tiene que poseer ciertas características en cuanto al origen nacional o la etnia, el sexo, la religión, orientación sexual, entre otros.

En el caso de España, la incitación al odio no es tan fácil de detectar como los actos físicos de violencia, está claro que la incitación produce discriminación y hostilidad, y en algunos casos también promueve la violencia. En el caso de la incitación al odio por motivos religiosos se identifica las características de la religión como algo indeseable, a veces también se generan estereotipos, achacando a las víctimas que pertenecen a un colectivo unos dogmas que son inaceptables (Palomino, 2009).

La diferencia entre el ataque a los creyentes y el ataque a la religión es relevante para delimitar cual es la conducta, en el segundo caso la del escarnio, está recogida en España en el artículo 525 del Código Penal, y en el primero sería la incitación al odio y a la discriminación del artículo 510 del Código Penal. Si bien el discurso de odio tipifica conductas de tipo más genérico esto no implica que se pueda legitimar el ataque a la religión, y, por tanto, conviene separar y delimitar cual es un supuesto y cuál es el otro (Vázquez, 2016).

- El discurso de odio tiene como principal destinatario a los miembros de determinados colectivos en virtud de sus características.

- La incitación al odio religioso se dirige contra los creyentes, no contra las creencias. La característica esencial del discurso de odio radica en la manifestación pública de esta discriminación (por ejemplo, en redes sociales).
- Para que los mensajes vertidos puedan equipararse a la conducta típica no sólo deben ser expresiones que generen rechazo, sino que estas expresiones deben contener un componente discriminatorio (Alcacer Guirao, 2019).

Como se analizará más adelante, el discurso de odio ha encontrado su perfecto caldo de cultivo en el marco de las Nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, las expresiones de tipo antirreligioso habitualmente van en contra del cristianismo, el islam o la religión hindú. Como la religión se compone de un colectivo, el discurso del odio es mucho más dañino y efectivo al dirigirse contra un individuo. Este acoso suele ser más frecuente en redes sociales, donde en los últimos años los musulmanes suelen ser los más demonizados y atacados en base a discriminaciones, estereotipos e intención de crear violencia (Chetty & Alathur, 2018).

Tres de las características que debe contener el discurso del odio son:

- El discurso ha de estar dirigido a un individuo o a un grupo de individuos, por ejemplo, si un individuo envía un mensaje diciendo que odia a toda la humanidad este sería difícilmente calificable como discurso del odio. Por tanto, el mensaje debe ir dirigido a un colectivo concreto, este tampoco debe ser abstracto o indeterminado.
- El discurso debe estigmatizar al individuo o al colectivo adjudicando una serie de cualidades que son repudiadas por el ciudadano medio.
- El discurso debe desplazar a este individuo o al colectivo fuera de las relaciones normales de la sociedad, asumiendo que la existencia misma de ese grupo es algo inaceptable (Pérez, 2009).

La frontera entre el insulto a los sentimientos religiosos y el discurso del odio está muy difuminada, en la legislación española no se requiere el elemento intencional para considerar que existe delito de odio, como sí ocurre con el delito de escarnio, simplemente se sanciona el hecho delictivo al margen de la intencionalidad. También es cierto, que es complicado en este caso que se realice una acción que promueva el odio sin intención de provocarlo (Carrillo, 2015).

4. La delimitación del derecho a la libertad de expresión y la búsqueda de la conciliación de derechos

La libertad de expresión es un derecho que tradicionalmente ha tenido ciertos límites para proteger los sentimientos religiosos, sin embargo, en la sociedad plural actual estos límites han quedado desdibujados, principalmente porque la percepción de los sentimientos religiosos ha cambiado, y no se tiene la misma sensibilidad según sea la confesión (por ejemplo, si es minoritaria), y el grupo al cual se pertenece (Martínez, 2001).

Ciertos valores que imperan como son la tolerancia y la transigencia, comportan la reconversión de un respeto activo a un respeto pasivo. Como se ha establecido a veces es complicado distinguir el mero insulto religioso del delito de escarnio, sin embargo, queda claro que estas ofensas a las creencias que merecen protección penal no son acciones que socialmente sean consideradas graves o de mayor entidad comparadas con mensajes encuadrados en el discurso del odio, que si requiere mayor protección pues altera la paz social (Vázquez, 2016).

El principal objetivo debe ser la búsqueda de una verdadera conciliación del derecho de libertad de expresión, por un lado, y de los sentimientos religiosos o libertad religiosa por otro. El equilibrio debe consistir en un uso responsable y en la armonía del ejercicio de ambos derechos, quedando el Derecho penal como una solución de emergencia. Si sería necesario que el Estado permaneciese en una posición de neutralidad e imparcialidad, para que de ningún modo se favorezcan mensajes que dentro del ejercicio de la libertad de expresión pudieran lesionar los sentimientos religiosos (Palomino, 2009).

Hay que entender que existe un cambio de paradigma, en primer lugar, que la protección de los sentimientos y el derecho de ejercicio de la libertad religiosa no deben depender de si una persona asiste a una ceremonia religiosa, ni de que pertenezca o no formalmente a una confesión religiosa. Estos derechos deben ser mantenidos pacíficamente por el Derecho Penal, y, como se verá, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dará algunas claves respecto a la delimitación del derecho de libertad de expresión para asegurar el ejercicio de estos derechos (Carrillo, 2015).

Se situará el equilibrio de derechos en el marco de Internet y al albor de nuevas figuras delictivas que actúan en las redes sociales (cómo el discurso del odio se transforma en ciberodio), una vez extraídas las claves más relevantes del análisis en el contexto español, se va a abordar y ampliar este reto de la delimitación situando el análisis en dos enfoques cuasi-antagónicos, la tradición liberal norteamericana más centrada en la protección del derecho de libertad de expresión por encima de otros derechos, y la perspectiva europea encuadrada en la tutela efectiva de la dignidad, en la cual no se puede abusar de un derecho para provocar un daño en el resto de la sociedad.

4.1. La aparición del ciberodio y la armonización jurídica internacional

Las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones han difuminado cualquier tipo de frontera física, si una persona quiere hacer llegar su mensaje lo hará y además de manera anónima y con una alta probabilidad de impunidad, por esto las redes sociales son el instrumento favorito para incitar al odio (Marabel, 2021).

Los modelos clásicos de comunicación llevaban implícitos una limitación respecto de la transmisión de los mensajes ofensivos, esta limitación con las redes sociales actualmente se encuentra ausente. La incitación del odio encuentra su perfecto medio de difusión en redes sociales y de manera cuasi perpetua, el mensaje no sólo llega a su destinatario, sino que su impacto y alcance es mucho mayor (Goyena, 2018).

En los últimos años los delitos de odio han aumentado en España, constituyendo los realizados a través de un medio digital más de la mitad, muy por encima de otros medios tradicionales como el teléfono u otros medios analógicos. El ciberodio se difunde por foros, redes sociales y páginas específicas de Internet, pero también encuentra su hueco en los videojuegos, montajes audiovisuales y canciones (Cereceda, 2018).

Una de las novedades más interesantes en la reforma penal del año 2015 es el reconocimiento del ciberodio, en el cual se establece un aumento de la pena en su mitad superior cuando se realice el acto delictivo a través de Internet o mediante el uso de tecnologías de la información.

La persecución del ciberodio por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado implica el rastreo de protocolos de información, direcciones electrónicas y la propuesta a los jueces de cierre de servidores para cortar de raíz la difusión de estos mensajes. El grado de impunidad que conceden las redes sociales sigue siendo elevado, alrededor de la cuarta parte de estos mensajes quedan impunes (Cereceda, 2018).

Señala Cereceda (2018), que en base a los criterios del Tribunal Supremo el odio incita por sí mismo a la comisión de delitos de odio a través de las redes, pues genera una base de resentimiento. Los mensajes de ciberodio pueden detectarse en base a los siguientes criterios:

- El comitente debe dirigir su mensaje a una víctima en base a la intolerancia que le genera, y también que esta víctima esté dentro del colectivo vulnerable que alude el Código penal.
- El mensaje debe atemorizar a la víctima, pero también a todo el colectivo que pertenece, en base a un daño a su dignidad.
- Los mensajes de odio no deben solo transgredir a la víctima, sino que deben ser considerados por el resto de la sociedad como una agresión a las normas de respeto y tolerancia que imperan en la sociedad.
- Si estos mensajes, incitan además a la comisión de actos terroristas, tendrán una calificación penal más grave.
- Puesto que el ánimo del comitente es la agresión, esto podría descartar aquellas expresiones que no buscan el perjuicio sino simplemente el humor (Cereceda, 2018)⁷.

La regulación del ciberodio, así como toda limitación de la libertad de opinión, implica un debate complejo en el cual el mantenimiento del equilibrio es ciertamente complicado, más cuando es fácil caer en la tentación de la limitación de derechos fundamentales en base a una protección de las víctimas. Las corrientes que propugnan una defensa férrea de la libertad de expresión jamás aceptarían una limitación de la misma, incluso podrían valorar desde cierta perspectiva los mensajes calificables como delitos de odio, pues permiten mostrar ciertos puntos de vista sociales que de ser censurados quedarían ocultos, y esto impediría conocer los síntomas de este odio (Delgado, 2018).

Con carácter general se entiende que la libertad de expresión podría ser limitada en los siguientes casos:

- Si la restricción está establecida por ley, debe ser clara y precisa, y que los ciudadanos comprendan con exactitud el alcance y contenido de la restricción.
- La limitación de la libertad de expresión y sus excepciones requiere texto expreso y una interpretación estricta.
- La intervención de la libertad de expresión debe responder a razones imperiosas, considerando la libertad religiosa una de ellas.
- La limitación debe justificarse en pos del desarrollo de la sociedad democrática. En ningún caso puede implicar la censura previa.
- La restricción debe ponderarse con el daño y el grado de intensidad producido.

En el caso de la incitación al odio por motivos religiosos, el contenido por sí mismo no es suficiente, debe considerarse al incitador, al grupo víctima y a terceras personas. De este modo una obra artística no debería ser objeto de censura, tampoco una referencia histórica (Risso, 2020).

4.2. Dos aproximaciones para la delimitación de la libertad de expresión: la tolerancia norteamericana y el proteccionismo europeo

Estados Unidos es un país con un arraigo histórico de corte liberal, ya la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense de 1787 establecía que el Congreso no podía aprobar medidas que limitasen el derecho de libertad

7 Véase la STS 646/2018, de 14 de diciembre de 2018.

de expresión. La extensa jurisprudencia norteamericana que ha tratado el contenido de la Primera enmienda ha evitado restringir este derecho y dejar fluir el torrente de opiniones e ideas de los ciudadanos, por muy molestos u ofensivos que pudieran ser para los creyentes de una confesión religiosa (Post, 2009).

Sin entrar en un estudio detenido de la evolución jurisprudencial estadounidense, se pueden destacar a dos jueces representativos (Holmes y Brandeis) que ejemplifican el modelo de la tolerancia frente a los intolerantes con el parámetro vital de la neutralidad frente a las diferentes variantes religiosas, morales y política sin entrar al contenido del discurso. Este modelo ha sido el predominante en Estados Unidos, con la salvedad del breve período del “Macartismo” y en la actualidad, con la corriente surgida desde el mundo universitario que acepta progresivamente la idea de limitar la libertad de expresión para intentar frenar los discursos de odio (Riso, 2020).

En Europa se ha seguido un modelo tradicionalmente más restrictivo respecto del derecho de libertad de expresión, se le ha dado preferencia a otros derechos como son el honor, o en el caso que nos ocupa, el de libertad religiosa. Esta diferenciación tiene lugar especialmente por los sucesos históricos ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial y los discursos de odio que se propiciaron contra el pueblo judío. En el caso de la protección de los sentimientos religiosos también hay que considerar la larga tradición confesional de los países europeos, las figuras típicas de blasfemia o escarnio son mucho más persistentes en Europa que en Estados Unidos (Vázquez, 2016).

Para el modelo europeo el pluralismo que impera en la sociedad no es un simple reconocimiento histórico, sino que es un valor que entraña una serie de obligaciones y se entronca con la defensa de la democracia, por lo que el odio no puede estar por encima de la dignidad, hace años sería impensable que se prohibieran insultos en un campo de fútbol. La clave está en combinar la libertad personal con el grado necesario para que exista convivencia, y por ello el modelo europeo exige una serie de límites, el odio y la igualdad son conceptos completamente antagónicos (Ruiz, 2015).

Merece la pena destacar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la protección de la libertad religiosa y la delimitación de la libertad de expresión, se parte de la base de que en una sociedad democrática los grupos de creyentes deben tolerar la crítica dentro del debate público, excluyendo por supuesto los insultos y las ofensas, también la violencia o discriminación que pueda sufrir un creyente.

Establecida esta premisa, el Tribunal justifica restricciones del derecho de libertad de expresión porque la provocación gratuita y ofensiva no es aceptable, se contempla incluso el secuestro de publicaciones si es necesario proteger la libertad religiosa, si bien recordemos que el Tribunal Europeo deja en manos de los Estados miembros la aplicación de las leyes y de estas medidas, por lo que es difícil que se establezca un criterio general y que sea uniforme en toda Europa (Martínez, 2017)⁸.

Para el Tribunal Europeo de Derechos humanos el alcance de la libertad de expresión no llega sólo lógicamente a las ideas que son favorables, o inofensivas, sino también aquellas que pueden ser ofensivas a los ciudadanos, en esta sociedad considerada como tolerante y plural la libertad de expresión no debe ser considerada como ilimitada, siendo legítimo la protección de las creencias religiosas, en este marco, los criterios para su limitación deben tener en cuenta:

- La distinción entre una opinión y una información, pues la información recoge hechos y se la presupone con mayor rigor y objetividad, en cambio las ideas se basan en juicios de valor y más propicias a fundamentarse en hechos falsos o inexistentes.
- Distinguir las expresiones que son gratuitamente ofensivas de aquellas que simplemente pretenden suscitar el debate social a la opinión pública, en este aspecto el contexto y el canal donde se transmiten las ideas tiene mucha relevancia.
- La distinción de expresiones que son ofensivas de manera gratuita, y que constituyen sin duda su encaje dentro de la incitación al odio o a la violencia, en las cuales estaría justificado su persecución penal (Palomino, 2009).

Comparando ambos modelos, resulta claro que la visión europea difiere claramente de la norteamericana, mientras que la segunda se centra el derecho a no sufrir intromisiones y la defensa de la privacidad, la primera se centra más en la protección de la víctima y la defensa de la dignidad de la persona (Aba, 2015).

La mayoría de los debates estadounidenses suelen plantearse en torno al todo o nada, es decir, o libertad absoluta de expresión o restricción total (siendo el segundo caso muy poco frecuente). El discurso de odio provoca un impacto nocivo en las sociedades, convirtiéndolas en ecosistemas hostiles hacia los grupos minoritarios, en las tesis norteamericanas el mensaje discriminatorio también está condicionado a que el mensaje no sólo incite al odio sino también a la violencia (Díaz, 2015).

No obstante, ambos modelos en los últimos tiempos están acercando posturas, en Estado Unidos debido a la influencia que tiene el terrorismo internacional en los últimos años, al margen de los eventos del 11 de septiembre, señala COLE que el punto de inflexión jurídico en Estados Unidos hacia una restricción del derecho de libertad de expresión fue la sentencia Holder Humanitarian Law Project, donde por primera vez el Tribunal Supremo de EEUU admite que hay ciertas expresiones y manifestaciones que pueden quedar sujetas a revisión y control, en

base a parámetros que tienen que ver con el terrorismo yihadista (Cole, 2012)⁹.

En Europa, curiosamente, han sucedido eventos que han actuado a la inversa, con la matanza en la redacción de Charlie Hebdo, debido a sus habituales caricaturas sobre Mahoma, se ha dado un paso hacia la americanización y reivindicación del derecho a la libertad de expresión, por lo que vemos como el miedo se está constituyendo como un factor fundamental en toda esta delimitación (Marabel, 2021).

En síntesis, y tomando de partida las dos aproximaciones anteriores, se pueden establecer los siguientes criterios que son compartidos:

- Siempre usar el principio de proporcionalidad para el análisis del mensaje que es supuestamente ofensivo.
- La prohibición de la censura previa y, en cualquier caso, que las limitaciones deben ser compatibles con los fines que persigue un sistema democrático.
- El daño o peligro provocado debe estar totalmente probado.

5. Conclusiones

La tolerancia sobre las ideas y las creencias religiosas es uno de los pilares fundamentales de las sociedades democráticas, sin embargo, determinar cuando existe un daño sobre los sentimientos de una persona es algo muy difícil, en primer lugar porque la determinación jurídica de qué son los sentimientos religiosos ya es bastante complicado, esto es debido a que existen confesiones religiosas de diverso signo, y a que dentro de estas confesiones existen grupos e individuos que tienen diferente percepción de cómo vivir la fe.

En este artículo se han tratado las diferencias que existen entre las diferentes figuras típicas penales que tratan las ofensas a los sentimientos religiosos, entre ellas se ha destacado a la blasfemia como una figura en desuso, mientras que el escarnio y la incitación al odio son las más prevalentes actualmente, también hay que desligar estas conductas de los insultos, las mofas y las burlas que no merecen una reprobación penal.

No se pone en duda la necesidad de que esta protección penal exista, especialmente en casos que son muy discriminatorios o también en casos en los que se incite al odio o se haga apología del terrorismo. El mantenimiento pacífico de la libertad religiosa es algo que debe estar protegido y, por tanto, sería un error desvincular la protección de los sentimientos religiosos del derecho fundamental de libertad religiosa.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que el derecho de libertad de expresión no sólo es un derecho fundamental, sino que también se constituye como una obligación que en cierto modo complementa la expresión de las creencias de los ciudadanos, y que no ampara las expresiones que sean gratuitamente ofensivas y discriminatorias.

Aunque es cierto que el enfoque que se utiliza para esta delimitación es diverso, así, por ejemplo hasta en la aproximación norteamericana (la más tolerante y permisiva) los derechos de los ciudadanos no pueden quedar sin tutela, e incluso esta protección de las creencias se ha vinculado en ocasiones a una protección de la dignidad de la persona.

Otro de los factores entre este equilibrio entre libertad de expresión y libertad religiosa descansa en una contemplación desigual de estos derechos, para la mentalidad occidental existirá un predominio de la libertad de expresión, mientras que para el mundo islámico existirá un predominio de las creencias, el grado de secularización y religiosidad también debe ser tenido en cuenta. Una de las soluciones para incidentes que tengan repercusión internacional, sería armonizar directrices que fueran compartidas.

A la hora de regular el delito de escarnio y la incitación al odio debería tenerse en cuenta la posición que ocupa el grupo religioso en cuestión, normalmente la incitación al odio se dirige a grupos minoritarios, mientras que el escarnio suele dirigirse a las religiones definidas como mayoritarias y hegemónicas.

La aparición de nuevos fenómenos delictivos como es el ciberodio se ha convertido precisamente en un problema internacional, pues la legislación nacional sólo puede paliar los conflictos, pero no solucionarlos. En España, tras la reforma del año 2015, los delitos de odio que operan a través de las TICs alcanzaron su sustanciación en el artículo 510.3 del Código Penal, debido a que las redes sociales son ya la principal herramienta de difusión del odio y la discriminación.

Además, en la mayoría de los casos, el ciberodio actúa de forma impune debido a la encriptación de datos y a que los usuarios actúan de forma anónima, así, en España el principal desafío de los tribunales de justicia es la determinación del tipo injusto y la determinación de la libertad de expresión.

No sólo el ámbito jurídico debe luchar contra el delito de odio, sino que también hay que ejercer labores educativas, sanciones de tipo político y ético, que sin duda resultan más efectivas a largo plazo. Las sanciones penales en ocasiones tampoco dan sus frutos, las limitaciones que se establezcan para la libertad de expresión deben ser compatibles con los principios democráticos, deben ajustarse a un criterio proporcional, ser idóneas, necesarias y ponderadas en sentido estricto.

Cualquier cambio legislativo que se haga en un futuro debe no obstante reconocer y proteger el ejercicio de la libertad religiosa, sin distinción del credo y la fe. Los sentimientos religiosos deben ser protegidos, y la libertad de expresión no es absoluta ni el único derecho a garantizar.

9 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Holder, attorney general, et al. v. Humanitarian Law Project et al.* No. 08-1948, de 21 de junio de 2010.

Referencias

- Aba, A. (2015). Protección de las libertades de expresión y sanción del discurso del odio en las democracias occidentales. *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 19, 199-222.
- Alcacer, R. (2019). Símbolos y ofensas: crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 21, 1-38.
- Alcacer, R. (2021). Protección de sentimientos religiosos y discurso de odio. *Azafea: revista de filosofía*, 23, 107-134.
- Álvarez, F.J. (2011). Delito de injurias: lección 26ª. En Álvarez García, F.J. (dir). *Derecho penal español* (847-870). Tirant lo Blanch.
- Bages, J. (2019). *La protección penal de los sentimientos religiosos*. Tirant lo Blanch.
- Barrientos-Báez A., Martínez-Sala A. M., Altamirano V. P. y Caldevilla Domínguez D. (2021). Fake News: La pandemia de la COVID-19 y su cronología en el sector turístico. *Historia y Comunicación Social*, 26(Especial), 135-148. <https://doi.org/10.5209/hics.74248>
- Carbonell, J.C. (1994-1995). Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal. *Revista de Estudios penales y criminológicos*, 18, 7-44.
- Carrillo, J.A. (2015). Libertad de expresión y “discurso del odio” religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular. *Revista de Fomento Social*, 70, 205-243.
- Castillo, E. (2021). La protección penal de los sentimientos religiosos. *Noticias Jurídicas* <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/16049-la-proteccion-penal-de-los-sentimientos-religiosos/>
- Cereceda, J. (2018). *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España*, Ministerio del Interior del Gobierno de España.
- Chetty, N. & Alathur, S. (2018). Hate speech review in the context of online social networks. *Aggression and Violent Behavior*, 40, 108-118.
- Cole, D. (2012). The First Amendment Borders: The Place of Holder c. Humanitarian Law Project in Frist Amendment Doctrine. *Harvard Law and Policy Review*, 6, 147-177.
- Delgado, R. & Stefancic, J. (2018). *Must we Defend Nazis?: Why the First Amendment Should Not Protect Hate Speech and White Supremacy*. New York University Press.
- Díaz, J.M., (2015). Una aproximación al concepto de discurso del odio. *Revista Derecho del Estado*, 34, 77-101.
- Evans, M. (2010). From Cartoons to Crucifixes: Current Controversies Concerning the Freedom of Religion and the Freedom of Expression before the European Court of Human Rights. *Journal of Law and Religion*, 26(1), 345-370.
- Ferrari, S. (2007). Religioni, Diritto e Conflitti Sociali. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXIII, 44-46.
- García, M. P. (2014). Arte, religión y Derechos Fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe). *Anuario de Derecho Civil*, 67, 397-453.
- Goyena, J. (2018). Algunas cuestiones penales sobre el discurso del odio. *Revista Aranzadi de Derecho Y Proceso Penal* 49, 79-94.
- Leal-Adorna, M. y Valencia Candalija, R. (2020). Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos. *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, 36, 814-818.
- Marabel, J.J. (2021). Delitos de odio y redes sociales: el Derecho frente al reto de las nuevas tecnologías. *Revista de Derecho Uned*, 27, 137-172.
- Martínez, J. (2021). *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*. Tecnos.
- Martínez, J. (2017) Hate speech, libertad de expresión y sentimientos religiosos. *Estudios eclesiásticos: Revista de investigación e información teológica y canónica*, 92(363), 749-767.
- Mihajlova, E. (2019). Is blasphemy hate speech?. *Iustinianus Primus Law Review*, 24, 93-106.
- Palomino, R. (2009). Libertad religiosa y libertad de expresión. *Ius Canonicum*, 49(98), 509-548.
- Pérez, F. (2009). Incitación al odio religioso o ¿“hate speech”? y libertad de expresión. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 19.
- Piñuel Raigada, J. L., Martínez Solana, M. Y., & Martín García, T. (2022). Una exploración del capital cognitivo ante discursos del odio por racismo. *Perspectivas de la comunicación*, 15(2), 59-98.
- Post, R. (2009). Hate Speech. En Hare, I. y Weinstein, J., *Extreme Speech and Democracy*. Oxford University Press
- Rey, F. (2015). Discurso del odio y racismo líquido. En Revenga Sánchez, M. (dir.). *Libertad de expresión y discursos del odio*. Editorial Universidad de Alcalá.
- Risso, M., (2020), La libertad de expresión y el combate al discurso del odio. *Estudios constitucionales*, 18, 51-89.
- Roca de Agapito, L. (2017). El delito de escarnio de los sentimientos religiosos. *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, 33, 557-597.
- Ruiz, J.M. (2015) No blasfemen por favor. *Claves de razón práctica*, 240, 8-15.
- Souto, B. (2015). Discurso del odio: género y libertad religiosa. *Revista General de Derecho Penal*, 23, 1-41.
- Tamarit, J.M. (1989). *La libertad ideológica en el Derecho penal*. Promociones y Publicaciones Universitarias.

Vázquez, V.J. (2016). Libertad de expresión y religión en la cultura liberal de la moralidad cristiana al miedo postsecular. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 146, 305-341.

Waldron, J. (2012). *The Harm in Hate Speech*. Harvard University Press,

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional Español. STC 19/1985, de 13 de febrero de 1985.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español. STC 120/1990, de 27 de junio de 1990.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español. STC 63/1994, de 28 de febrero de 1994.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español. STC 287/2000, 27 de marzo de 2000.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español. STC 46/2001 de 15 de febrero de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo Español. STS 495/1981 de 8 de abril de 1981.

Sentencia del Tribunal Supremo Español. STS 646/2018, de 14 de diciembre de 2018.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. TEDH 35071/1993, de 4 de diciembre de 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos. Holder, attorney general, et al. v. Humanitarian Law Project et al. No. 08-1948, de 21 de junio de 2010.