



Adoración Castro Jover

(catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado en la Universidad del País Vasco, Facultad de Derecho)

**La libertad de enseñanza de las confesiones religiosas
entre libertad de expresión y discurso del odio ***

SUMARIO: 1. Introducción - 2. Libertad de enseñanza de las confesiones religiosas, autonomía y límites - 3. Aproximación general a los delitos de odio. Particular referencia al artículo 510 del Código penal español - 4. Libertad de enseñanza de las confesiones religiosas y delitos de odio. Algunos ejemplos -5. Libertad de expresión y discurso del odio en el Consejo de Europa - 6. Libertad de expresión y discurso del odio. Una perspectiva constitucional -7. Conclusiones.

1 - Introducción

En los últimos tiempos se advierte en el ordenamiento jurídico español un lento pero decidido avance en el desarrollo de los derechos de libertad y un mayor reconocimiento de la diversidad en un sentido amplio. Las normas recogen con un ritmo pausado la pluralidad existente en la sociedad en ámbitos muy diferentes y poco a poco se va atenuando la homogeneidad a la que contribuía, en gran medida, una común tradición cultural-religiosa. De forma paralela se advierten manifestaciones en el seno de algunas confesiones religiosas que indican, en algunos casos, una radicalización. Así ocurre en algunos sectores de la jerarquía eclesiástica española y de asociaciones de ultracatólicos que denuncian comportamientos que merecen, a su juicio, una reprobación moral pero que desde la perspectiva estatal son dignos de protección en cuanto constituyen el ejercicio de derechos fundamentales o constitucionales. En otras ocasiones se trata de manifestaciones, procedentes de otra tradición cultural-religiosa, que se justifican, por parte de quien representa a la confesión, en una interpretación de textos sagrados, pero que colisiona con el ordenamiento estatal en cuanto lesiva de derechos protegidos constitucionalmente.

* Este trabajo, sometido a evaluación, se ha realizado en el marco del Proyecto I+D DER2016-75015-P, *Los límites a la autonomía de las confesiones*, concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO) en la convocatoria de excelencia y se publicará en el libro, que llevará el mismo título que el proyecto mencionado, en el que se recogerán los resultados de la investigación realizada.



Hay que recordar que las confesiones gozan de un ámbito de autonomía que les permite crear un régimen diferenciado, dotarse de sus propias normas, organización, relaciones de personal, excluido de la injerencia del Estado siempre que no se lesionen derechos fundamentales¹.

La distinta valoración del comportamiento de sus ciudadanos/ fieles por parte del Estado y las confesiones religiosas puede comportar, en ocasiones, la vulneración por parte de éstas de derechos fundamentales, bien de sus propios fieles, bien de personas que no forman parte de la confesión de que se trate.

En los últimos años han aumentado el número de denuncias penales presentadas por colectivos vulnerables que se sienten ofendidos por las declaraciones de representantes de las confesiones religiosas. En todas ellas se solicitaba la aplicación del artículo 510 del Código penal, al considerar los hechos denunciados susceptibles de ser calificados como delitos de odio. Especialmente numerosas han sido las denuncias penales dirigidas a algunos Obispos², muy polémicos por las expresiones utilizadas en sus declaraciones homófobas, xenófobas o en la condena del aborto.

Se han seleccionado tres casos que permiten reflexionar acerca de los límites de la libertad de expresión de representantes de confesiones religiosas en el ejercicio de su libertad de enseñanza. Dos de ellos han sido enjuiciados por “delitos de odio” y han dado lugar a pronunciamientos judiciales penales de distinto alcance; sólo uno de ellos ha tenido una decisión condenatoria. El tercer caso, si bien no ha sido objeto de denuncia,

¹ De interés para la perspectiva desde la que se aborda este estudio es la monografía de **P. FLORIS**, *Autonomia confessionale. Principi-limiti fondamentali e ordine pubblico*, Jovene, Napoles, 1992, pp. 89-209; allí se pueden encontrar los principios-límites de la autonomía de las confesiones en el derecho italiano.

² Especialmente polémicas han sido las declaraciones del Obispo de Alcalá de Henares, Juan Antonio Reig Plá, del Arzobispo de Valencia, Santiago Cañizares y del Arzobispo de Granada, Francisco Javier Martínez. En los dos primeros casos ha habido varias denuncias penales, además de la que se examina en el texto, en concreto, se presenta una querrela contra el Obispo de Alcalá de Henares por el escrito publicado en el portal católico de internet *Infovaticana* (<http://infovaticana.com>), con el título “Llamar a las cosas por su nombre. Un verdadero reto para los católicos”, que versaba sobre el aborto; el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Alcalá de Henares de 17 de diciembre de 2015, no admite a trámite la querrela, inadmisión confirmada por el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de julio de 2016. Las declaraciones del Arzobispo de Valencia acerca de los homosexuales y refugiados dieron lugar a dos denuncias penales que por Auto del Juzgado de Instrucción núm. 18 de Valencia, de 9 de junio de 2016 se declaró el sobreseimiento provisional de las actuaciones, el recurso interpuesto contra esta decisión es desestimado por el Auto de la Audiencia Provincial, Sección 4ª, de Valencia de 12 de septiembre de 2016, que confirma el sobreseimiento. Estos casos se encuentran en **A. LOPEZ-SIDRO LÓPEZ**, *La libertad de expresión de la jerarquía eclesiástica y el discurso del odio*, en *Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, n. 42 2016.



interesa ser analizado por las expresiones utilizadas que podrían considerarse “discurso/delito de odio”.

Los supuestos de hecho por orden cronológico son los siguientes:

El primero de ellos³ hace referencia a un libro publicado a principios del año 2000 por Mohamed, imán en la mezquita de Fuengirola desde el año 1992, titulado “La mujer en el Islam”. La parte del libro que da lugar a la condena es aquella en que bajo el título “Cuestiones dudosas” habla entre otros temas de los malos tratos a la mujer. Recuerda el autor que el Profeta desaconsejó a una mujer que se casase con un hombre que era conocido por sus vejaciones a las mujeres y que él nunca pegó a ninguna de sus esposas. Aunque en un versículo coránico se menciona el castigo físico ello no quiere decir que el Islam lo consienta. No obstante estas referencias al libro sagrado, en su calidad de teólogo ha escuchado muchas veces la pregunta ¿tiene el hombre derecho a pegar a su mujer? a la que responde aconsejando cómo se debe proceder si la mujer es rebelde o se niega a cumplir el débito conyugal. La religión islámica ha decretado seguir unos pasos que deben comenzar con el diálogo, las palabras serenas, seguir con el abandono, hasta llegar al castigo físico, indica con qué, cómo y dónde debe golpearse de modo que se haga sufrir psicológicamente sin humillar ni maltratar físicamente.

El segundo caso⁴ se refiere a la homilía del 22 de diciembre de 2009 del Arzobispo de Granada Francisco Javier Martínez en la que comparó el aborto con un “genocidio silencioso” y que en relación con el aborto, decía que

“(…) matar a un niño indefenso y que lo haga su propia madre, que eso les da a los hombres, a los varones la licencia absoluta, sin límites, de abusar del cuerpo de la mujer porque la tragedia se la traga ella, como si fuera un derecho (...)”.

Finalmente, en el tercer caso⁵ se analizará la homilía del oficio del viernes santo acerca del pecado y la misericordia el 6 de abril de 2012 en la

³ Sentencia de 12 de enero de 2004 del Juzgado de lo Penal de Barcelona. Los hechos se toman de la mencionada sentencia.

⁴ <https://www.youtube.com/watch?v=PkwP37qcfYM> en donde no se encuentra toda la homilía 22/12/2009 del Arzobispo de Granada Francisco Javier Martínez, sino el fragmento que se reproduce en el texto. Este fragmento ampliado con otras manifestaciones ha sido difundido por Europa Press y publicado en varios periódicos: Público de 22 de diciembre de 2009 (www.publico.es); Diario El País de 23 de diciembre de 2009 (www.elpais.com); Diario de Sevilla de 13 de enero de 2010 (www.diariodesevilla.es) que además de este texto recoge las declaraciones del Arzobispo de Granada en las que manifiesta que sus palabras se han interpretado mal, añadiendo que está en contra de cualquier tipo de maltrato a la mujer.

⁵ Auto del Juzgado de Instrucción n.6 de Alcalá de Henares de 10 de julio de 2012,



que el Obispo de Alcalá de Henares Juan Antonio Reig Plá manifestaba con respecto a la homosexualidad

“(…) quiero decir una palabra a aquellas personas que llevados por tantas ideologías⁶ que acaban por no orientar bien la sexualidad humana, que piensan desde niños que tienen atracción a personas del mismo sexo y, a veces, para comprobarlo se corrompen y se prostituyen o van a clubs de hombres nocturnos, os aseguro que encuentran el infierno (...)”.

El estudio de estos supuestos tendrá como objetivo reflexionar acerca de si las palabras pronunciadas en el ejercicio de la libertad de enseñanza están amparadas por la autonomía que les reconoce el ordenamiento jurídico o si por el contrario no merecen amparo constitucional por lesionar derechos fundamentales o incluso si tal lesión puede ser constitutiva de un ilícito penal.

Este es el orden que debería seguirse, esto es, en primer lugar, verificar si se actúa bajo el amparo constitucional en el ejercicio de un derecho, en segundo lugar, examinar en caso de conflicto con otros derechos fundamentales cuál debe prevalecer, aplicando el test de proporcionalidad, y en tercer lugar, si los hechos son constitutivos de un ilícito penal, como última ratio. Sin embargo, el hecho de que los casos mencionados se hayan planteado en el ámbito penal obliga a alterar este orden. Se comenzará, pues, haciendo referencia al ámbito que merece protección constitucional, se seguirá con el análisis crítico de las resoluciones judiciales que se han pronunciado acerca de si es procedente la aplicación del artículo 510 del Código penal y finalmente, se abordará la figura del discurso del odio en el nivel constitucional. Este recorrido en los distintos niveles normativos proporcionará los elementos de juicio necesarios para una toma de posición acerca de si los hechos que recogen los casos planteados son susceptibles de situarse en el ámbito del discurso o del delito de odio.

2 - Libertad de enseñanza de las confesiones, autonomía y límites

recurrido el Auto a la Audiencia Provincial de Madrid se desestimó mediante Auto 487/14, de 30 de abril de 2014, la referencia de este Auto se toma de **A. LOPEZ-SIDRO LÓPEZ**, *La libertad de expresión de la jerarquía eclesiástica*, cit., p. 8 y ss.

⁶ Especialmente explicativo de la perspectiva de la Iglesia sobre la ideología de género es el documento “La verdad del amor humano. Orientaciones sobre el amor conyugal, la ideología de género y la legislación familiar” aprobado por la XCIC Asamblea plenaria de la Conferencia Episcopal Española celebrada el 26 de abril de 2012. En él se muestra en qué consiste la ideología de género en los apartados 53 a 57 con una referencia a la homosexualidad en el apartado 56.



El artículo 2.2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (en adelante LOLR), que desarrolla el artículo 16.1 de la Constitución española (en adelante CE), incluye en el contenido del derecho de libertad religiosa el derecho de las confesiones a divulgar y propagar su propio credo, derecho que se refuerza por la autonomía reconocida por el artículo 6.1 que dice así: “las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de personal”.

Asimismo, se encuentra recogido en los acuerdos firmados con las confesiones. Así, el artículo I. 1 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos firmado con la Santa Sede garantiza a la Iglesia católica el libre y público ejercicio del magisterio. El magisterio religioso se reconoce como una de las funciones de culto y asistencia religiosa en el artículo 6 del acuerdo firmado con la Federación de Entidades Religiosas evangélicas (en adelante FEREDE). El artículo 6 de los Acuerdos firmados con las Comunidades Judías y la Comisión islámica remite la determinación de las funciones propias de la religión judía e islámica a las que lo sean de acuerdo con la ley y tradición judía y la ley y tradición islámica emanadas del Corán o de la Sunna.

La función de enseñar, pues, encuentra su fundamento en el derecho de libertad religiosa en su dimensión colectiva y queda amparado por la autonomía reconocida a las confesiones inscritas al mismo tiempo que por el principio de laicidad que las protege frente a las injerencias del Estado⁷, encontrando su límite en el respeto a los derechos y libertades reconocidos por la Constitución.

Es precisamente el respeto de los derechos fundamentales el que servirá como límite externo⁸ a la autonomía de las confesiones y por tanto, también a su función de enseñar. Así se establece en el artículo 6.1 de la LOLR. En el mismo sentido, con carácter más general, el artículo 3.1 del citado texto normativo dice que son elementos constitutivos del orden público protegido por la ley, la protección de los derechos de los demás al

⁷ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia*, vol. I, 4ª ed., Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 359 sostiene que entre los contenidos de la cooperación a la que el Estado está obligado se encuentra atribuir a los grupos religiosos “un amplio marco de autonomía privada”; acerca de la libertad de expresión de la Iglesia católica se puede ver J. OTADUY, *Libertad religiosa y libertad de expresión. Perspectiva de la Iglesia Católica*, en *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Coordinadores, J. Martínez Torrón, S. Cañameres Arribas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 263-283; en el derecho italiano, P. CAVANA, *Libertà di magistero e Stato costituzionale*, en *Sovranità della Chiesa e Giurisdizione dello Stato*, a cura di G. Dalla Torre, P. Lillo, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 189-270, p. 231.

⁸ P. CAVANA, *Libertà di magistero*, cit. p. 256



ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, la salvaguardia de la seguridad⁹, de la salud y de la moralidad pública.

Sucede, a veces, que en el ejercicio de esta función, se condenan comportamientos que desde el punto de vista del ordenamiento estatal pueden considerarse ejercicio de derechos fundamentales o constitucionales.

Esta contradicción entre las enseñanzas de las confesiones religiosas y la garantía del ejercicio de los derechos fundamentales o constitucionales recogidos en el texto constitucional y leyes de desarrollo se ha mostrado con especial intensidad en algunos documentos tanto de la Iglesia de Roma dirigidos a los Obispos como de las Conferencias Episcopales o en las homilías de los Obispos, así como en publicaciones realizadas por algún imán que interpretan textos del Corán.

Con carácter general estas enseñanzas entran dentro del ámbito de la autonomía, sin embargo, en algunas ocasiones, las expresiones utilizadas en el ejercicio de la libertad de enseñanza pueden lesionar derechos fundamentales, bien de sus fieles como ciudadanos¹⁰, bien de ciudadanos que no pertenecen a la comunidad religiosa.

La selección de los documentos se ha realizado en función de los casos estudiados con el objetivo de conocer la doctrina oficial y contrastarla, en su caso, con las palabras que en los supuestos analizados se utilizan. De ahí que se hayan circunscrito los textos elegidos en relación con la Iglesia católica a aquellos en los que se recoge la doctrina oficial acerca de la homosexualidad y el aborto. En relación con el Islam se ha utilizado la Sura 4 versículo 34 del Corán.

La Iglesia católica tiene encomendada la función de predicar el Evangelio, independientemente de cualquier poder humano, así como “proclamar los principios morales, incluso los referentes al orden social, así como dar su juicio sobre cualesquiera asuntos humanos, en la medida en que lo exijan los derechos fundamentales de la persona humana o la salvación de las almas” (canon 747 § 2 del Código de Derecho canónico (en adelante CIC).

⁹ La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección ciudadana en su Preámbulo ha definido la seguridad ciudadana como la garantía de que los derechos y libertades reconocidos en la constitución puedan ser ejercidos libremente por los ciudadanos. Elemento esencial del Estado de Derecho. (Preámbulo ley 2015) que requiere un conjunto de actuaciones orientadas a la misma finalidad que se concreta en la protección de las personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos, entre ellas las que corresponden a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

¹⁰ Vid. sobre esta tensión el estudio en profundidad realizado por **P. FLORIS**, *Autonomia confessionale*, cit., p. 88 y ss.



La Congregación para la Doctrina de la fe¹¹ ha sostenido, desde una perspectiva moral católica, que la enseñanza de la Iglesia de hoy rechaza las doctrinas erróneas respecto a la homosexualidad, la considera pecado y comportamiento inmoral en continuidad con la visión de la Sagrada Escritura y con la constante Tradición (nn. 7 y 8). Sin embargo, añade

“Es de deplorar con firmeza que las personas homosexuales hayan sido y sean todavía objeto de expresiones malévolas y de acciones violentas. Tales comportamientos merecen la condena de los pastores de la Iglesia, dondequiera que se verifiquen. Revelan una falta de respeto por los demás, que lesiona unos principios elementales sobre los que se basa una sana convivencia civil. La dignidad propia de toda persona siempre debe ser respetada en las palabras, en las acciones y en las legislaciones” (n. 10).

Esta forma de expresarse hace compatible la sanción moral de un comportamiento considerado, desde su perspectiva, inmoral y desordenado como es el homosexual y al mismo tiempo la condena, animada de una preocupación pastoral, de expresiones malévolas y acciones violentas contra este colectivo, sobre la base del respeto a los demás y a la dignidad a la que toda persona tiene derecho. Aquí se encuentran las claves del ejercicio de la libertad de expresión-religiosa que merece ser protegido por el ordenamiento canónico y también estatal: la ausencia de palabras que menosprecien, desmerezcan, estigmaticen y lesionen la dignidad y el honor de estas personas.

La posición de la Iglesia de Roma contrasta con las palabras utilizadas por algunos Obispos españoles para referirse a las personas homosexuales. Así, como ya se ha indicado, en la homilía del oficio del viernes santo acerca del pecado y la misericordia, el 6 de abril de 2012, el Obispo de Alcalá de Henares Juan Antonio Reig Plá¹² no se limita a recordar a los católicos que los comportamientos homosexuales son pecado sino que les atribuye conductas que afectan a la dignidad y honor de las personas pertenecientes a estos colectivos, difunde un estereotipo negativo y los estigmatiza, con expresiones como “se corrompen y prostituyen o van a clubs de hombres nocturnos”, parece no haber misericordia para ellos sino que “encuentran

¹¹ Carta a los Obispos de la Iglesia Católica sobre la atención pastoral a las personas homosexuales el 1 de octubre de 1986 (http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/).

¹² <https://gloria.tv/language/P9tZ8xVKoXVn4e3o1NykVavHR/video/yWkBmh1jtwGq6MVp7yn84yVU2> ahí se puede ver la homilía del 6 de abril de 2012 del Obispo de Alcalá, Juan Antonio Reig Pla. Una detallada descripción de la misma se encuentra en **A. LOPEZ-SIDRO LÓPEZ**, *La libertad de expresión de la jerarquía eclesial*, cit., también en **S. CAÑAMARES ARRIBAS**, *La conciliación entre libertad de expresión y libertad religiosa, un “work in progress”*, en *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, cit., pp. 17-29.



el infierno". Las expresiones utilizadas en la misma homilía cuando se refirió a otros ejemplos de comportamientos pecaminosos fueron más genéricas "los sacerdotes que llevan una doble vida" sin entrar a valorar y calificar los comportamientos que implícitamente estaban contenidos en esa expresión.

Asimismo, se pueden encontrar contrastes en relación con el aborto. El aborto es según el magisterio de la Iglesia católica¹³ un "crimen abominable"¹⁴ que une a la condena moral la pena canónica prevista en el canon 1398¹⁵ del CIC: "quien procura el aborto, si éste se produce, incurre en excomunión *latae sententiae*" La excomunión es la pena más severa de la que se puede ser absuelto si hay arrepentimiento. En el año 2016 de la misericordia en varios documentos el Papa Francisco se ha referido al aborto. Así, en la Carta por la que se concede la indulgencia con ocasión del jubileo extraordinario de la misericordia de 1 de septiembre de 2015 ha manifestado que

"También por este motivo he decidido conceder a todos los sacerdotes para el Año jubilar, no obstante cualquier cuestión contraria, la facultad de absolver del pecado del aborto a quienes lo han practicado y arrepentidos de corazón piden por ello perdón. Los sacerdotes se deben preparar para esta gran tarea sabiendo conjugar palabras de genuina acogida con una reflexión que ayude a comprender el pecado cometido, e indicar un itinerario de conversión verdadera para llegar a acoger el auténtico y generoso perdón del Padre que todo lo renueva con su presencia".

Asimismo, en la Carta Apostólica del Papa Francisco *Misericordia et misera* de 20 de noviembre de 2016, se afirma

"quiero enfatizar con todas mis fuerzas que el aborto es un pecado grave, porque pone fin a una vida humana inocente. Con la misma fuerza, sin embargo, puedo y debo afirmar que no existe ningún pecado que la misericordia de Dios no pueda alcanzar y destruir, allí donde se encuentra un corazón arrepentido que pide reconciliarse con el Padre. Por tanto que cada sacerdote sea guía, apoyo y alivio a la hora

¹³ Un estudio muy completo y de referencia imprescindible se encuentra en **D. MILANI**, *L'inizio della vita nel diritto canonico*, en **D. ATIGHETCHI, D. MILANI, A.M. RABELLO**, en *Intorno alla vita che nasce. Diritto ebraico, canonico e islamico a confronto*, Giapichelli, Torino, 2013, pp. 103-192, en concreto sobre el aborto pp. 173-185.

¹⁴ Así lo recuerda la Congregación para la Doctrina de la fe en la Instrucción *Donum Vitae*, Parte I, n.1

¹⁵ Un comentario a este canon se puede encontrar en **F. PÉREZ MADRID**, *Comentario al can. 1398*, en *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. IV/1, coordinado por el Instituto Martín de Azpilcueta, Facultad de Derecho Canónico, Universidad de Navarra, EUNSA, Pamplona, 1997, p. 589 y ss.



de acompañar a los penitentes en este camino de reconciliación especial” (n. 12).

El magisterio del Papa Francisco ante un crimen abominable para la Iglesia como el aborto contrasta con las palabras pronunciadas en la homilía del 22 de diciembre de 2009 por el Arzobispo de Granada Francisco Javier Martínez en las que no hay lugar para el perdón ni para la misericordia, sino la privación a la mujer que aborta de la condición de persona, de su dignidad. En su función de magisterio otorga legitimidad moral al varón para abusar sin límites de la mujer que aborta. La autoridad moral de quien las pronuncia, el hecho de que lo haga con publicidad, dirigiéndose en una homilía a sus fieles para los que su palabra es una guía de su comportamiento moral agrava su conducta.

No parece, pues, que la atención pastoral de estos Obispos sea acorde con el magisterio del Papa Francisco, y más en general, del citado documento de la Congregación para la Doctrina de la fe.

En lo que concierne al Islam, a los efectos legales, el artículo 3 del Acuerdo con la Comisión islámica atribuye a los imanes la dirección de la oración, formación y asistencia religiosa islámica. Entre sus funciones se encuentra, pues, la de transmitir las enseñanzas del Corán o la Sunna.

En el Corán se dedica la Sura 4 a la mujer, en el versículo 34 dice así:

“(…) Las mujeres piadosas e íntegras obedecen a Dios y en ausencia de su marido se mantienen fieles, tal como Dios manda. A aquellas de quienes teman maltrato y animadversión, exhortenlas, tomen distancia no compartiendo el lecho, y por último pongan un límite físico”.¹⁶

Sin embargo, no siempre se encuentra la misma traducción, en otros textos consultados se dice:

“(…) Ellas no deben dejar usar vuestros lechos a nadie distinto de vosotros, ni dejar entrar en vuestras casas sin vuestra autorización, a quienes vosotros no amáis, ni cometer liviandad o impureza. Si ellas lo hacen, entonces Dios os permite reprenderlas, alejarlas de vuestro lecho, y golpearlas(sic), pero no muy duramente (…)”¹⁷.

¹⁶ Vid. *El Corán*, traducción comentada por Lic. M. Isa García, Bogotá 2013, p. 97. En el comentario al significado de límite físico entiende el traductor que hace referencia a que se inicie una separación de hecho por un tiempo, para que ambos tengan la posibilidad de reflexionar.

¹⁷ Vid. *El islam. Historia, Religión, Cultura*, Prof. M. Hamidullah, ed. Asociación Musulmana en España, 4ª ed. Madrid 2011, párrafo 382, p. 192 al hacer un resumen de la enseñanza islámica sobre la mujer reproduce el versículo 34 en entrecorrido el texto sagrado de este modo “Así pues, ¡oh pueblo!, en verdad, vuestras mujeres tienen derechos sobre vosotros, y vosotros tenéis derechos sobre ellas. Ellas no deben dejar usar vuestros lechos a nadie distinto de vosotros, ni dejar entrar en vuestras casas, sin vuestra



Los consejos dados por el imán de Fuengirola de cómo proceder en el caso de que la mujer desobedezca, según sus palabras, encuentran un apoyo en la Sura 4 versículo 34 más acorde con la segunda traducción que con la primera.

Parece claro que debe ser establecido un límite a la libertad de enseñanza y a la autonomía de la confesión islámica para proteger a la mujer, perteneciente a la confesión y al mismo tiempo ciudadana, del maltrato físico o psíquico; ningún comportamiento de la mujer puede justificarlo y, en consecuencia, la injerencia del Estado es obligada en este caso para protegerla. Ninguna religión puede servir de cobertura y amparo a este tipo de comportamientos.

En definitiva, en todos los casos mencionados la utilización de palabras que menosprecian, estigmatizan y lesionan la dignidad y el honor de las personas no pueden ampararse en la protección que el ordenamiento jurídico otorga a la libertad de expresión, como se verá. Su libertad de expresión-religiosa queda limitada por la vulneración de los derechos fundamentales de aquellas personas a las que lesionan sus expresiones¹⁸. Cabe pues la injerencia del Estado para tutelar los derechos fundamentales y reparar, en su caso, el daño causado.

Una vez establecido qué manifestaciones de la libertad de enseñanza de las confesiones quedan amparadas como derechos y en qué casos no merecen el amparo constitucional y, por tanto, deben ser limitadas al entrar en conflicto con otros derechos fundamentales, se centrará la atención, en primer lugar, como se ha dicho, en el análisis de los casos, ya mencionados,

autorización, a quienes vosotros no amáis, ni cometer liviandad o impureza. Si ellas lo hacen, entonces Dios os permite reprenderlas, alejarlas de vuestro lecho, y golpearlas, pero no muy duramente; si ellas se abstienen de hacer lo que no deben y os obedecen, corresponde a vosotros proveer a su alimentación y vestido, según la buena costumbre. Y os mando tratar bien a las mujeres (...). Temed pues a Dios, en lo que concierne a las esposas, y os ordeno tratarlas bien (...)"

¹⁸ Es conocido en Italia el "caso del obispo de Prato" que tiene su origen en un procedimiento de censura del citado obispo dirigido a dos fieles que se habían unido en matrimonio civil. Las expresiones usadas en el procedimiento de censura ("escandaloso concubinato" y "públicos pecadores") y su publicidad en cuanto lesionaban a los destinatarios tanto en su posición religiosa como civil, es especial en su reputación fueron la base para interponer una querrela por difamación contra el mencionado obispo. En primera instancia hubo una sentencia de condena (Trib. Firenze 1º marzo 1958 in *Giust. pen.*, 1958, II, c. 129 ss.), pero fue absuelto en segunda instancia (App. Firenze, 25 ottobre 1958, in *Foro it.*, 1959, II, c. p. 28). Una referencia a este caso se encuentra en **P. FLORIS**, *Autonomia confessionale*, cit., nota 61, p. 109, que lo toma como ejemplo de cómo un procedimiento disciplinar eclesiástico puede incidir no sólo sobre la posición del sujeto en cuanto miembro del grupo religioso si también sobre intereses de relevancia constitucional o incluso protegidos en sede penal. De ahí se han tomado las referencias jurisprudenciales.



objeto de pronunciamientos judiciales en el ámbito penal, estableciendo con carácter previo una aproximación general a los delitos de odio en el ordenamiento jurídico español.

3 - Aproximación general a los delitos de odio. Especial referencia al artículo 510 del Código penal español

El Código penal de 1995, aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre, incorporó por primera vez al elenco de infracciones penales el llamado “delito de odio” en su artículo 510¹⁹ que propiamente es un delito de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia. Dada la indeterminación de su contenido típico y el extremo adelanto de la tutela penal a fases previas a la provocación a un delito, la doctrina penalista ha sido recelosa y crítica con el mencionado precepto. Lo cual explica que se aplicación haya sido escasa²⁰ hasta la repentina y muy reciente proliferación de denuncias por delitos de odio. Su interpretación ha estado condicionada por su relación con el artículo 18 del Código penal en el que se define la provocación como la incitación directa a la perpetración de un delito. La mayor parte de los casos en que se ha aplicado tienen que ver con la xenofobia, excepto la última condena que se produce por provocación a la violencia contra la mujer, de especial interés por ser su autor un imán²¹. Dos de ellas, entre las que se encuentra esta última, consideran que es necesario que la provocación sea directa y dirigida a la comisión de actos delictivos²².

¹⁹ Artículo 510 1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”

²⁰ Vid. **J. LANDA GOROSTIZA**, *Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege data*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, n.7 (2012) pp. 297-346. Muestra como en quince años apenas ha habido cuatro condenas firmes y un pequeño número de absoluciones y archivos, p. 303, **A. GASCÓN CUENCA**, *Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década*, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Número 26 (2012), pp. 310-340.

²¹ Sentencia de 12 de enero de 2004 del Juzgado de los Penal de Barcelona.

²² Vid. **J. LANDA GOROSTIZA**, *Incitación al odio*, cit., p. 315.



Así, el Tribunal Supremo (en adelante TS) en sentencia de 12 de abril de 2011 confirma el criterio interpretativo de que la provocación debe ser directa al afirmar que

“(…) En cualquier caso, es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo”(FD primero, 2).

Sin embargo, se separa del criterio establecido en instancia en lo que se refiere a que no es necesario que sea dirigida a la comisión de actos delictivos.

El debate doctrinal acerca de la interpretación de este precepto ha sido muy intenso. Las posiciones doctrinales han sido diversas²³. Algunos autores han mantenido la necesidad de que la conducta conlleve una incitación directa a la comisión de un delito (discriminación, lesiones, daños, etc), otros, proponen una limitación de su alcance al considerar que la incitación tiene que proyectarse sobre un acto de discriminación penal (aquellos tipos concretos de discriminación) o de violencia pero dejando fuera la mera provocación al odio. El odio, la provocación de un “sentimiento” de odio, no sería susceptible de ser abordado jurídicamente, si no va unido a otras situaciones de peligro aunque sea abstracto. Finalmente, un tercer sector toma del artículo 18.1 del Código penal la incitación directa y la publicidad pero no la provocación a cometer delitos.

Aquel sector de la doctrina que se ha mostrado crítico con la interpretación jurisprudencial de la necesidad de que la provocación sea directa, ha sostenido que una interpretación de este precepto penal desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) y desde la doctrina constitucional establecida en la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 235/2007 es posible mantener que la provocación puede ser indirecta²⁴. Se ha señalado, asimismo, la importancia que en la interpretación de este delito tiene el contexto en que se pronuncia el discurso y su eficacia para crear un contexto de crisis que ponga en riesgo a determinados colectivos²⁵, en la valoración de esta crisis

²³ Las distintas posiciones doctrinales en la interpretación del artículo 510 en su redacción previa a la reforma de 2015 se puede encontrar en **M. ROIG TORRES**, *Los delitos de racismo y discriminación (Arts. 510, 510Bis, 511 y 512)*, en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ªed. Director J. L. González Cusac, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1261.

²⁴ Vid. **J. LANDA GOROSTIZA**, *Incitación al odio*, cit., p. 213.

²⁵ Vid. **J. LANDA GOROSTIZA**, *Incitación al odio*, cit., p. 341. El Autor afirma que una microcrisis “convierte un determinado discurso «indirecto» en una eficaz llamada al odio, a la violencia o la discriminación contra un grupo. Esa eficacia podríamos traducirla en que



se deben tener en cuenta, entre otros, subcriterios como la autoridad del sujeto activo, el tipo de audiencia, el medio de comunicación, la intensidad o frecuencia del mensaje, la forma/contenido del mensaje²⁶. Asimismo, habrá de tenerse en cuenta la percepción de la víctima como indicador de polarización²⁷.

En definitiva, en la provocación, la promoción y la incitación al odio “se dispensa protección a un bien jurídico colectivo vinculado a derechos y garantías constitucionales que se elevan sobre la igual dignidad de todos”²⁸ y que puede ser caracterizado como las “condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables”²⁹. Como se señala por la doctrina³⁰

“(…) así, se puede convenir en la necesidad de proteger el interés supraindividual de grupos o colectivos que se hallan en una situación de especial vulnerabilidad o de desigualdad real que tiene su causa en determinadas patologías sociales y en el no-reconocimiento (...)”;

por lo que el problema para los penalistas reside en la pertinencia político-criminal de incriminar determinadas conductas para proteger tales bienes jurídicos³¹.

Se ha puesto de relieve por la doctrina³² que el ataque a la dignidad es siempre un ataque a la dignidad del otro por tanto, lo importante es la

el resultado es que el colectivo vulnerable «se puede intersubjetivamente tomar en serio» que en su ambiente -su «clima» cotidiano de vida- puede verse interferido por la actuación violenta, amenazante, intimidatoria, discriminatoria del colectivo que evoca el agitador. Si el discurso «hace crisis» el intérprete puede aplicar el tipo sin interferir en el ámbito esencial protegido de la libertad de expresión”.

²⁶ Vid. **J. LANDA GOROSTIZA**, *Incitación al odio*, cit., pp. 342-343.

²⁷ Vid. **OSCE-ODIHR**, *Prosecuting Hate Crimes: A practical Guide “Using bias indicators to identify potential hate crime case”* (<http://www.osce.org/odihr/prosecutorsguide>) p. 46, y *Manual práctico para la investigación y el enjuiciamiento de los delitos de odio y discriminación*, coordinador M.A. Aguilar García, Generalitat de Catalunya. Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2015, p. 319, citado por **M^a.J. OSUNA CEREZO**, *Los delitos de odio. (Análisis del artículo 510 del Código penal: unos tipos penales con imprecisas fronteras)*, en *Jueces para la democracia*, n. 86, 2016, pp. 60-79.

²⁸ En este sentido **M. ALONSO ÁLAMO**, *Sentimientos y derecho penal*, en *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Universidad de Valladolid, 2014, pp. 249-300, especialmente p. 293.

²⁹ Vid. **J. LANDA GOROSTIZA**, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al “delito de provocación” del artículo 510 del Código Penal*, Universidad del País Vasco, Bilbao 2000, p. 346 y ss., En el mismo sentido **M. ALONSO ÁLAMO**, *Sentimientos y derecho penal*, cit. p. 294.

³⁰ **M. ALONSO ÁLAMO**, *Sentimientos y derecho penal*, cit., p. 296.

³¹ **M. ALONSO ÁLAMO**, *Sentimientos y derecho penal*, cit., p. 296.

³² Acerca de la dignidad en el derecho penal se puede ver **M. ALONSO ÁLAMO**, *Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad de los delitos contra*



conducta en relación con el otro lo que permite hablar de humillación, degradación, menosprecio. Asimismo, atendiendo a la naturaleza jurídica se señala que la dignidad es objetiva, esto es, “se reconoce a toda persona por el mero hecho de serlo, con independencia de sus sentimientos, condición personal, estatus, consideración social etc. Con independencia también de la conciencia de la propia identidad”³³.

La reforma del código penal realizada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, modifica de modo significativo el artículo 510. Se amplían las conductas delictivas y se adelantan todavía más las barreras penales. Los cambios a los efectos que aquí interesan inciden en la ampliación de la conducta penal al sustituir la palabra “provocaren” por “quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten”. Además, se resuelve el debate acerca de si debe ser esta actuación directa o indirecta al indicarse de forma expresa que ésta puede ser directa o indirecta y finalmente la protección del sujeto pasivo comprende no sólo a los grupos o asociaciones como en el caso de la redacción anterior sino también a “(...) una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel” adaptándose en este punto en mayor medida que la redacción anterior a la Decisión Marco 2008³⁴ y a la interpretación realizada por una parte de la doctrina señalada. Se incluye la “identidad sexual” y “razones de género” en el elenco de las razones de discriminación. No menos importante es tener en cuenta la modificación del artículo 510.2. en el que se sustituye la frase “(...) los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas (...)” por la redacción vigente que castiga a “quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito (...)” (artículo 510. 2.a).

La nueva redacción no cambia, sin embargo, el bien jurídico protegido que se concreta, como se ha dicho, en el interés supraindividual de grupos o colectivos, aunque, ahora, quedan protegidas también las personas que a ellos pertenezcan, que se hallan en una situación de especial vulnerabilidad o de desigualdad real que tiene su causa en determinadas patologías sociales y en el no-reconocimiento.

Expuesto brevemente el estado de la cuestión en la doctrina penal acerca de la interpretación y aplicación del 510 del Código penal, en su versión anterior a la reforma de 2015, que recoge los llamados “delitos de

la dignidad, en *Bien jurídico penal*, cit., pp. 143-188.

³³ Vid. **M. ALONSO ÁLAMO**, *Derecho penal y dignidad humana*, cit. p. 167.

³⁴ Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.



odio” se abordará, a continuación, algunos ejemplos en que determinados grupos, que se han considerado afectados por las palabras manifestadas por representantes de confesiones religiosas en el ejercicio de su libertad de enseñanza, han presentado denuncias ante las instancias judiciales solicitando la aplicación del artículo 510 del citado texto normativo.

4 - Libertad de enseñanza de las confesiones y delitos de odio. Algunos ejemplos

El discurso del odio en el ejercicio de la libertad de enseñanza de los ministros de culto pertenecientes a confesiones religiosas se ha canalizado en varios casos como delitos de odio, aunque sólo en uno de ellos se ha pronunciado una sentencia condenatoria por aplicación del artículo 510 del Código penal, en su versión anterior a la reforma de 2015. Se analizarán los distintos supuestos.

A principios del año 2000 Mohamed, imán en la mezquita de Fuengirola desde el año 1992, publica un libro titulado “La mujer en el Islam”. La parte del libro que da lugar a la condena es aquella que bajo el título “Cuestiones dudosas” se habla entre otros temas de los malos tratos a la mujer. Recuerda el autor que el Profeta desaconsejó a una mujer que se casase con un hombre que era conocido por sus vejaciones a las mujeres y que él nunca pegó a ninguna de sus esposas. Aunque en un versículo coránico se menciona el castigo físico ello no quiere decir que el Islam lo consiente. No obstante estas referencias al libro sagrado, en su calidad de teólogo ha escuchado muchas veces la pregunta ¿tiene el hombre derecho a pegar a su mujer? a la que responde aconsejando cómo se debe proceder si la mujer es rebelde o se niega a cumplir el débito conyugal. La religión islámica ha decretado seguir unos pasos que deben comenzar con el diálogo, las palabras serenas seguir con el abandono hasta llegar al castigo físico, indica con qué, cómo y dónde debe golpearse de modo de hacer sufrir psicológicamente y no humillar y maltratar físicamente. “El acusado argumentó que ninguna de sus reflexiones era original sino exégesis de la Sura 4 del Corán de la Sunna que recoge los hechos, dichos y silencios del Profeta y de los sabios de los tres primeros siglos” (FJ tercero)³⁵.

Las representantes legales de la Federación de asociaciones de mujeres separadas y divorciadas, del Consejo de la mujer de la Comunidad de Madrid y de la Asociación de asistencia a mujeres agredidas sexualmente interpusieron una querrela por delito de provocación a la violencia contra

³⁵ Sentencia de 12 de enero de 2004 del Juzgado de lo Penal de Barcelona.



grupos por razón de su sexo, delito previsto y penado en el artículo 510.1 del Código penal.

En la argumentación del juez se recogen los siguientes pasajes:

“(...) en el ejercicio de su libertad el acusado diserta sobre la mujer en muy diferentes aspectos, algunos de nula vinculación con la religión en las sociedades con culturas cristianas (...) estando toda la obra presidida por un tono de machismo obsoleto (...)”(FJ 2) o que “la sociedad en la que viven los destinatarios del libro no es la del desierto de Arabia hace catorce siglos (...)”(FJ 4).

Estos comentarios, quizá, deberían haberse evitado por innecesarios para fundamentar una decisión penal. Su inclusión introduce la duda de si el juez actuaba movido por prejuicios y estereotipos, debilitando, así, su fuerza argumentativa y la pertinencia de su decisión.

Centrando la fundamentación de su decisión en aspectos jurídicos el juez tiene en cuenta, de un lado, que las expresiones utilizadas se enmarcan en el ejercicio de su libertad religiosa, reconociendo, así, que su función como imán comprende enseñar los preceptos coránicos tal y como se recoge en el artículo 3.1 del Acuerdo con la Comisión islámica. (FJ 1). De otro lado, sus palabras atentan contra la integridad física y moral protegida en el artículo 15 CE (FJ 4). El conflicto entre estos dos derechos, el derecho de libertad religiosa y el derecho a la integridad moral de la mujer destinataria de su discurso, sólo puede resolverse a favor de este último debiendo ceder el derecho de libertad religiosa (FJ 5).

En cuanto a la concurrencia de los elementos típicos del artículo 510.1 se afirma con una argumentación muy deficiente que

“el tipo recoge una conducta de provocación que el artículo 18.1 define como incitar directamente a la perpetración de un delito, entre otros por medio de la imprenta, siendo sus elementos definidores la incitación para la ejecución de un hecho previsto en la ley como delito (...)”.

Las palabras del imán bendicen actos, aún siendo conocedor de que la legislación penal vigente los considera constitutivos de delito, en vez de transmitir a sus destinatarios que “golpear en las condiciones descritas es constitutivo de delito” (FJ. 5).

Como se ha tenido ocasión de comprobar una de las dificultades de aplicar este tipo penal es su indeterminación. El juez vincula el artículo 18 del código penal con el 510, como es sabido en el artículo 18 se castigan actos preparatorios que deben ir dirigidos de forma directa a la comisión de un delito, esto es, se debe concretar en un peligro cierto.

Pues bien, se echa de menos en su argumentación la concreción de ese peligro cierto, de que sus palabras, las del imán, se traduzcan en la



realización por otros de hechos delictivos. Además, no hay que olvidar que el artículo 510 pretende prevenir conductas que creen un clima de exclusión, de odio, de colectivos que históricamente no han sido aceptados por la sociedad y su tutela penal pretende evitar que se produzcan ataques a su supervivencia. No queda claro que su conducta haya contribuido a crear un clima de exclusión que amenace la supervivencia del colectivo al que se pretende proteger, la mujer. Si bien es cierto que el “sexo” se encuentra entre las causas enumeradas en el artículo 510, y en su reforma de 2015 queda mencionada de forma indubitada “el género”, las mujeres como “colectivo” presentan rasgos distintivos de los colectivos vulnerables ante prácticas de eliminación y exclusión que requerirían un tratamiento diferenciado.

Aunque el supuesto al que me referiré a continuación no ha sido objeto de denuncia penal, no por eso se debe descartar el interés de su análisis desde un punto de vista jurídico. Las palabras utilizadas y el colectivo al que se dirigen permiten establecer cierto paralelismo con el caso mencionado con anterioridad. Recordemos las palabras del Arzobispo de Granada en la homilía del 22 de diciembre de 2009 que versó en torno al aborto: “(...) matar a un niño indefenso y que lo haga su propia madre, que eso les da a los varones la licencia absoluta, sin límites, de abusar del cuerpo de la mujer porque la tragedia se la traga ella, como si fuera un derecho (...)”. Los hechos se produjeron en 2009, por tanto, el artículo 510 aplicable hubiera sido el anterior a la reforma 2015, para superar la limitación del sujeto digno de protección a grupos o asociaciones, hubiera sido necesario interpretar que detrás de las palabras mencionadas había una cuestión de género ya que sólo las mujeres pueden abortar. Dicho lo cual, y superada esta dificultad interpretativa se puede establecer un cierto paralelismo con el caso del imán mencionado, puesto que también en este caso se está respaldando moralmente desde la autoridad que le confiere su puesto en la jerarquía de la Iglesia actuaciones que pueden ser constitutivas de delitos. Su capacidad de influir abarca a un mayor número de personas en este caso puesto que se trata de la confesión mayoritariamente seguida por los españoles. Me pregunto si los mismos argumentos que utilizó en el anterior caso el juez, hubieran servido para aplicar el artículo 510 del Código penal en este caso.

Desde mi punto de vista los mismos argumentos utilizados para sostener mis dudas en el caso anterior acerca de la consideración de estos hechos como un ilícito penal serían aplicables, por las mismas razones, a este supuesto.

El último de los ejemplos concierne a la homilía del oficio del viernes santo acerca del pecado y la misericordia del 6 de abril de 2012, del Obispo de Alcalá de Henares Juan Antonio Reig Plá, retransmitida por TVE, en la



que, como se ha ya mencionado, manifestaba con respecto a la homosexualidad que

“(...) quiero decir una palabra a aquellas personas que llevados por tantas ideologías que acaban por no orientar bien la sexualidad humana, que piensan desde niños que tienen atracción a personas del mismo sexo y, a veces, para comprobarlo se corrompen y se prostituyen o van a clubs de hombres nocturnos, os aseguro que encuentran el infierno (...)”

fue objeto de diversas denuncias interpuestas contra el obispo por la supuesta comisión del delito previsto en el artículo 510 del Código penal. El juez que conoce del caso en primera instancia acuerda el sobreseimiento libre y el archivo de las presentes actuaciones, aún admitiendo que existe una posición crítica a la homosexualidad,

«(...) no se señala que los homosexuales en general se prostituyan corrompan o vayan a “clubes de hombres nocturnos” (...) ello ocurre “a veces” y para comprobar la inclinación sexual (...), tampoco, se señalaba que los homosexuales en general abusen de los menores (...). En cuanto a la referencia al hallazgo del infierno, además de no poderse considerar injuriosa en un sentido mínimamente estricto, ha de enmarcarse en el contexto general de alusión al sufrimiento causado por el pecado que se hace en la indicada homilía. En suma el examen completo de las palabras del obispo no permite entender razonablemente que el mismo estuviese provocando a la discriminación, al odio o a la violencia contra los homosexuales (artículo 510.1 del Código Penal), ni que el mismo estuviese difundiendo informaciones injuriosas sobre los homosexuales en relación a su orientación sexual (artículo 510.2 del Código Penal)» (Razonamiento jurídico segundo).

A través del artículo 510 del Código penal en su redacción previa a la reforma de 2015 y por tanto el aplicado a este supuesto de hecho se protegía a grupos vulnerables de la “provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos (...) de orientación sexual (...)” (510.1) y de la difusión de informaciones injuriosas aún con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio de la verdad (510.2). La utilización de palabras en la homilía como “a veces” o la valoración del juez de que no se refiere “a los homosexuales en general sino a quienes se hallen en el ejemplo expuesto en la homilía” sirven de soporte al juez para afirmar que no cabe la aplicación de este artículo.

Teniendo en cuenta el estado de la cuestión en lo que se refiere a la aplicación de este delito cabría afirmar que la dificultad de la aplicación del 510 a la homilía del Obispo de Alcalá se encuentra en el hecho de que no se dirige al grupo sino a algunos de sus miembros, tampoco les atribuye estos



comportamientos siempre sino, a veces, además, no se puede sostener que exista una provocación directa a la discriminación, odio o violencia y es difícil acreditar que de forma indirecta las palabras hayan generado un clima hostil en el que prenda y se aliente este tipo de comportamientos. Sin embargo, en la argumentación se debería haber tenido en cuenta el contexto en que se produce. La autoridad del sujeto activo - nadie duda de la autoridad moral de un Obispo en el ejercicio de su magisterio -, el tipo de audiencia, va dirigido a sus fieles, para quienes el Obispo es un guía espiritual y cuya autoridad no se cuestiona y en los que el discurso arraiga y se puede convertir en pauta de comportamiento. El medio, ya que la homilía fue retransmitida por televisión, y el contenido del discurso que menosprecia, contrario al honor y la dignidad de quienes tienen una orientación sexual diferente, deberían haberse tenido en cuenta como criterios interpretativos en la aplicación del artículo 510. En la valoración del juez de instancia a la hora de aplicar el 510.2³⁶ sostiene que no se aprecia “informaciones injuriosas sobre los homosexuales”, sin que aporte argumentos en los que basar esta afirmación que muy probablemente habría que buscar en el hecho de que no van dirigidas al colectivo homosexual en su conjunto, ya que la verificación del cumplimiento del tipo hubiera requerido, en otro caso, centrar su atención en “su falsedad o temerario desprecio de la verdad”.

Por el momento no se encuentra en la jurisprudencia una respuesta a si a la luz de la nueva redacción del artículo 510, tras la reforma de 2015, palabras como las pronunciadas en la homilía por el Obispo de Alcalá³⁷ podrían ser consideradas constitutivas del delito recogido en el artículo 510 del Código penal al ser hoy elementos del tipo básico la incitación directa e indirecta, al extender la protección no sólo al grupo sino a una parte del

³⁶ 510.2 Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

³⁷ El 21 de marzo de 2016, el Obispo de Alcalá de Henares, el Obispo de Getafe Joaquín M^a López de Andújar y su Obispo Auxiliar José Rico, firmaron un documento que hicieron público en el que recogían unas reflexiones pastorales sobre la *Ley de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación* de la Comunidad de Autónoma de Madrid aprobada el 17 de marzo de 2016 (www.obispadoalcala.org). El 4 de abril de 2016 se interpone una denuncia contra los tres Obispos firmantes al considerar que puede ser aplicable el artículo 510 del Código penal sin que se tenga noticia de la resolución judicial. Su contenido que recoge la doctrina de la Iglesia, se mueve en un plano general en el que es crítico, desde su perspectiva, con la ley sobre la que reflexiona. Forma parte, por tanto, de la libertad de expresión. Una referencia a este documento se encuentra en **A. LÓPEZ SIDRO**, *La libertad de expresión de la jerarquía eclesiástica*, cit., p. 21.



mismo o de cualquier persona determinada por su pertenencia a ellos. Recordemos las palabras utilizadas que se referían no al colectivo homosexual sino a algunos de ellos, por tanto, a una parte del mismo y sobre todo al castigarse en el 510.2 la “lesión de la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito”, podría sostenerse que en las palabras pronunciadas existe menosprecio a quienes tengan una orientación homosexual y por tanto lesión del honor o de la dignidad pero no se acredita la existencia de “acciones”.

5 - Libertad de expresión y discurso del odio en el Consejo de Europa

Como se ha señalado no siempre las expresiones utilizadas en el ejercicio de la libertad de enseñanza de las confesiones pueden ser constitutivas de un ilícito penal reconducible a los llamados “delitos de odio” que encuentran su origen en el concepto más amplio del discurso del odio elaborado en el Consejo de Europa. De ahí que sea imprescindible hacer una referencia al marco europeo antes de entrar a analizar el marco constitucional español.

La libertad de expresión, protegida por el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), es considerada, como es bien sabido, fundamento esencial de toda sociedad democrática. Su ejercicio tiene una protección reforzada cuando versa sobre asuntos de interés público y encuentra sus límites en la protección de la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, de defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación³⁸ o de los derechos ajenos. Asimismo, el artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce la libertad de expresión como un derecho fundamental. Los límites se recogen en el artículo 52 del mismo texto normativo. No se encuentra ninguna disposición en la que se mencione expresamente el discurso del odio.

El ámbito de protección de estos artículos no se extiende a aquellas actividades que tiendan a destruir los derechos reconocidos en el CEDH, a los enemigos de la democracia. Así pues, tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea parten de una “democracia militante” que se refleja en el artículo 17 del CEDH al establecer que quedan fuera de la protección de los

³⁸ Sobre la protección penal del honor en el Convenio Europeo de Derechos Humanos vid. **A. DE PABLO SERRANO**, *La protección penal del honor y el conflicto con las libertades informativas. Modelos del Common Law, continental y europeo y del Convenio Europeo de DD.HH.* Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 291-324.



derechos aquellas actividades que tiendan a destruir los derechos y libertades reconocidos en el CEDH; la aplicación de este artículo supone que conductas que amenacen el sistema democrático al quedar fuera de la protección del CEDH no pueden ser objeto de ponderación en el conflicto con otros derechos, se desestima, sencillamente, la demanda³⁹. En el mismo sentido se pronuncia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el artículo 54. Se puede decir, por tanto, que Europa es intolerante con los intolerantes.

El reconocimiento de una vulneración del artículo 17 del CEDH se ha aplicado en pocas ocasiones, vinculadas la mayor parte de las veces al ejercicio de la libertad de expresión en el discurso político⁴⁰, que, en alguna ocasión ha tenido como objeto el ataque a la religión islámica⁴¹. En la mayor

³⁹ Una utilización abusiva del art. 17 ha sido puesta de relieve por **R. ALCÁCER GUIRAO**, en *Diversidad cultural, intolerancia y Derecho penal*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, núm.18-11, pp. 1-55, especialmente p. 4. En el mismo sentido **J. GARCÍA ROCA**, en *Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (Art. 17 CEDH)*, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, coordinadores J. García Roca, P. Santolaya, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 727-755, especialmente p. 754, al decir que en “La prohibición del art. 17 (...) debe entenderse que no permite independizar o disociar el enjuiciamiento totalmente del principio de proporcionalidad que es la base del juicio de Estrasburgo-así como de otros tribunales-sobre los límites a los derechos”.

⁴⁰ La Comisión europea de Derechos del Hombre del Consejo de Europa el 20 de julio de 1957 inadmite la demanda presentada por el Partido Comunista de Alemania (KPD) contra la República Federal ante la disolución del mencionado partido por el Tribunal Constitucional Federal (BVG) por ser considerado inconstitucional. Una referencia a esta decisión se encuentra en **J. GARCÍA ROCA**, en *Abuso de los derechos fundamentales*, cit., p. 743.

⁴¹ En *Norwood C. Royaume-Uni, Decision/Court (Second section) 16 November 2004* un ciudadano británico responsable regional del Partido nacional británico (BNP), un partido de extrema derecha, colgó de la ventana de su apartamento situado en un primer piso un gran cartel con una foto de las Torres Gemelas en llamas, diciendo “El Islam fuera! – Protejamos al pueblo británico”, sancionado por el derecho interno, recurrió al considerar que se había vulnerado su libertad de expresión. El TEDH aplica el artículo 17 del CEDH al entender que “Los términos y las imágenes que aparecían en el cartel constituyen la expresión pública de un ataque dirigido contra todos los musulmanes del Reino Unido. Un ataque tan vehemente, con carácter general, contra un grupo religioso, que establece un vínculo entre el conjunto del grupo y un acto terrorista grave, es contrario a los valores proclamados y garantizados por el Convenio, a saber la tolerancia, la paz social y la no discriminación” Y en consecuencia declara que la demanda debe ser desestimada por incompatible “ratione materia” con las disposiciones del Convenio. Una referencia a esta decisión se encuentra en **C. QUESADA ALCALÁ**, en *La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso del odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española*, en *Revista Electrónica de Estudios internacionales*, 2015, pp. 1-33, especialmente p. 11.



parte de los supuestos la jurisprudencia ha adoptado posiciones más garantistas, entrando a enjuiciar los casos que se han presentado⁴².

Es en esta opción por una democracia militante en la que cobra su sentido el que la libertad de expresión sea limitada por el discurso del odio que atenta contra la dignidad de las personas, contra la igualdad y la no discriminación, en definitiva, contra valores de la democracia, poniendo en riesgo la paz social.

Consciente de este riesgo el Consejo de Europa aprueba una Recomendación⁴³ en la que se define a efectos de la aplicación de los principios enumerados del siguiente modo

«...» el término “Discurso del odio” debe ser entendido como toda forma de expresión que difunde, incita, promueve o justifica el odio racial, la xenofobia, el anti-Semitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo: la intolerancia expresada por un nacionalismo y etnocentrismo agresivo, discriminación y hostilidad contra las minorías, migrantes e inmigrantes de origen».

Este tipo de expresiones socavan la democracia, la cohesión cultural y el pluralismo. Aconseja, pues, a los estados que creen un marco legislativo que permita “(...) conciliar la libertad de expresión con el respeto a la dignidad humana y la protección de la reputación o los derechos de otros”⁴⁴. Asimismo, no puede desconocerse la Recomendación general N° 15⁴⁵, por el desarrollo y las definiciones aportadas en esta materia, aunque se centra en el discurso del odio referido al racismo reconoce que su aplicación es mucho más amplia y por tanto las recomendaciones ahí recogidas pueden ser aplicadas a otros supuestos.

Así pues, el discurso del odio implica una expresión⁴⁶ que difunde, incita, promueve o justifica el odio por alguno de los motivos de

⁴² J. GARCÍA ROCA, en *Abuso de los derechos fundamentales*, cit., p. 743-750, ahí se puede encontrar una referencia a los casos y a la evolución de la jurisprudencia existente.

⁴³ Recommendation (97) 20 of the Committee of Ministers to Member States on “Hate speech” of Council of Europe (Adopted by the Committee of Ministers on 30 October 1997).

⁴⁴ Vid. principio 2 de la Recommendation (97) 20, cit.

⁴⁵ Recomendación general N° 15 relativa a lucha contra el Discurso del odio y memorándum explicativo de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa. Adoptada el 8 de diciembre de 2015 y publicada el 21 de marzo de 2016. Un detallado estudio se puede encontrar en M. ELÓSEGUI ITXASO, *Las recomendaciones de la ECRI sobre el discurso del odio y la adecuación del ordenamiento jurídico español a las mismas*, en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 44 (2017), pp. 1-61.

⁴⁶ La citada Recomendación N° 15 al definir (11) “expresión” incluye en ella “(...) el discurso oral y publicaciones en cualquiera de sus formas, incluyendo el uso de medios electrónicos y su difusión y almacenamiento”.



discriminación que no enumera de forma taxativa sino que termina con una formula abierta “otras formas de odio” que encuentren su fundamento en la intolerancia y que creen un clima de hostilidad y riesgo hacia colectivos vulnerables. El bien jurídico protegido se concreta en la protección de grupos vulnerables y personas a ellos pertenecientes.

Es importante no olvidar que los sujetos de protección son colectivos vulnerables⁴⁷. No se podría (debería), por tanto, utilizar esta expresión, discurso del odio, cuando la ofensa va dirigida a grupos o personas que no son vulnerables⁴⁸.

La protección de la democracia ante determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia se ha sostenido que debe ir más allá del ámbito constitucional al considerar delictivos estos comportamientos. Así, en el ámbito de la Unión Europea hay que señalar la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

En el artículo 1.1 se establece que cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen entre otras la del apartado a) que se refiere a “la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico”.

En el artículo 1.3 se aclara que “la referencia a la religión tiene por objeto abarcar, al menos, las conductas que sean un pretexto para dirigir actos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico”. De esta redacción parece desprenderse que el objeto de protección en este tipo de delitos no es tanto la religión como el grupo o la persona perteneciente a grupos cuyas características diferenciadoras sean la raza, color o la ascendencia u origen nacional o étnico.

Así pues, aquellos comportamientos que supongan una incitación pública a la violencia o al odio o conductas que sean un pretexto para dirigir

⁴⁷ La mencionada Recomendación N° 15 recoge entre las definiciones (7gg) la de grupo vulnerable que aunque varían dependiendo de las circunstancias nacionales “(...) probablemente incluyen a solicitantes de asilo y refugiados, otros inmigrantes y migrantes, comunidades Judías y negras, musulmanes, Romaníes/gitanos, al igual que otras minorías étnicas y lingüísticas y personas LGTB, incluirá específicamente a niños y jóvenes pertenecientes a esos grupos”.

⁴⁸ Un ejemplo del abuso de esta expresión se encuentra en España en la STC 177/2015, de 22 de julio, en la que se solicita amparo ante la presunta lesión de la libertad de expresión por la condena por un delito de injurias al Rey y su consorte. En la argumentación el TC introduce el discurso del odio que fue objeto de crítica en los votos particulares.



actos contra un grupo de personas o miembro de tal grupo por algunas de los motivos de discriminación, merecen ser sancionados mediante el derecho penal.

El discurso del odio se ha aplicado por la jurisprudencia del TEDH fundamentalmente en discursos cuyo contenido versa sobre la negación del holocausto, la apología de la violencia terrorista o en discursos políticos que incitan a la xenofobia, gran parte de los casos tienen su base en un procedimiento penal⁴⁹. No se ha utilizado, hasta el momento, el discurso del odio contra un grupo de personas por razón de religión⁵⁰, su protección se ha realizado a través de la ofensa a los sentimientos religiosos y se ha aplicado en estos casos la técnica del margen de apreciación.

Acerca del discurso del odio en el discurso político es central la sentencia del TEDH Féret c. Bélgica de 16 de julio de 2009 por aportar argumentos que ayudan a delimitar la aplicación de este concepto. El supuesto de hecho se sitúa en el discurso político en campaña electoral, en el que se incorpora un discurso xenófobo calificado como discurso de odio, que tiene como consecuencia una restricción de la libertad de expresión.

“La incitación al odio - afirma el Tribunal - no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación, como en el caso de autos, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos”(§ 73).

No menos relevante es el argumento que sostiene esta limitación

“si, en un contexto electoral, los partidos políticos han de gozar de una amplia libertad de expresión al objeto de tratar de convencer a sus electores, en el caso de un discurso racista o xenófobo, tal contexto contribuye a avivar el odio y la intolerancia ya que, por la fuerza de las cosas, la posición de los candidatos a las elecciones tiende a fortalecerse y los eslóganes o fórmulas estereotipadas tienden a imponerse sobre

⁴⁹ Vid. SSTEDH Erdogdu et Ince c. Turquía de 8 de julio de 1999; Gündüz c. Turquía de 16 de junio de 2004; Féret c. Bélgica de 10 de diciembre de 2009.

⁵⁰ Vid. **J. MARTINEZ-TORRON**, *¿Libertad de expresión amordazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo*, en *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, cit., pp. 83-120, especialmente p. 104.



los argumentos razonables. El impacto de un discurso racista y xenófobo es entonces mayor y más dañino”.

De modo que la calidad de parlamentario no podría considerarse como una circunstancia atenuante de su responsabilidad. El Tribunal recuerda la importancia que tiene el que los políticos en sus discursos públicos eviten alimentar la intolerancia. (§ 75) Valoración que contrasta con la sostenida en un caso semejante por algunos jueces en España⁵¹.

Asimismo, destaca la importancia del soporte utilizado y del contexto en el que se han difundido y en consecuencia su impacto potencial sobre el orden público y la cohesión del grupo social. Si bien en el contexto electoral la libertad de expresión de los partidos políticos debe gozar de la más amplia libertad de expresión, la utilización de un discurso del odio racista y xenófobo tiene en este contexto un impacto mucho más dañino. (§ 76).

Así pues, cabe señalar las siguientes afirmaciones: en primer lugar, la incitación al odio o la discriminación no requiere necesariamente que sea directamente dirigida a un acto de violencia u otro delictivo. En segundo lugar, basta que haya un atentado a la dignidad de grupos vulnerables para que se considera que la libertad de expresión se ha ejercido de un modo irresponsable y por tanto no merece protección y en tercer lugar, la importancia del soporte utilizado y del contexto en el que se han difundido y en consecuencia su impacto potencial sobre el orden público y la cohesión del grupo social.

Es cierto que la argumentación sostenida se refiere al discurso del odio en el ámbito del discurso político. No obstante, se pueden extraer algunas valoraciones extrapolables al ejercicio de la libertad de enseñanza de las confesiones que debe encontrar también sus límites en la utilización de palabras que ofendan a la dignidad y el honor de las personas, que las menosprecien, que las excluyan, que las estigmaticen. Su discurso en el contexto del ejercicio de la libertad de enseñanza posee una fuerza enorme porque guía el comportamiento moral de sus fieles que pueden ser

⁵¹ Vid. sentencia 574/2013, de 10 de diciembre, del Juzgado Penal n.18 de Barcelona absolutoria y su confirmación por sentencia 713/2014, de 22 de julio, de la Audiencia Provincial de Barcelona al desestimar el recurso de apelación. Un concejal y Presidente del Grupo municipal del Partido Popular de Cataluña en la ciudad de Badalona (Xabier García Albiol) manifestó que si llegará a ser alcalde de la ciudad no permitiría el empadronamiento de los inmigrantes irregulares, mostrándose contrario a que accedieran a los servicios sociales. En una tertulia televisiva se refirió a los gitanos rumanos como “plaga” y “lacra”, afirmando que muchos de ellos han venido a este país al amparo de leyes permisivas a “robar y ser delincuentes”.



ofendidos por esas palabras -en el caso de pertenecer a colectivos vulnerables- o utilizados como instrumento de difusión del odio.

6 - Libertad de expresión y discurso del odio. Una perspectiva constitucional

En la Constitución española la libertad de expresión es reconocida como un derecho fundamental en el artículo 20.1. a)⁵², libertad que encuentra su límite

“en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia” (artículo 20.4).

A diferencia de los textos europeos, la Constitución española no opta por una “democracia militante”, dicho de otro modo, no exige una adhesión positiva al ordenamiento jurídico⁵³, y, por tanto, sostiene la más amplia garantía de la libertad de expresión. Sin embargo, tampoco puede afirmarse que la libertad de expresión goza de una protección absoluta como en el modelo de USA⁵⁴ en el que su prevalencia está por encima del “honor o la dignidad de quienes pueden verse afectados por el discurso”⁵⁵. Muy al

⁵² Artículo 20.1 Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

⁵³ Así lo afirma de forma expresa la STC 235/2007 al decir que “(...) en nuestro sistema constitucional -a diferencia de otros de nuestro entorno- no tiene cabida un modelo de “democracia militante”, esto es, un modelo en el que se imponga no ya un respeto sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer, lugar, la Constitución” (FJ 4). En la doctrina española se ha considerado que la teoría de los límites inmanentes a los derechos fundamentales en la que habría que situar la teoría del abuso del derecho es ajena a nuestro texto constitucional, ubicándose en el plano infraconstitucional, en este sentido **L. AGUIAR LUQUE**, *Los límites de los derechos fundamentales*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm 14, enero-abril 1993, pp. 9-34; **R. NARANJO DE LA CRUZ**, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 96; también **R. ALCÁCER GUIRAO**, *Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012, núm. 14-02 pp. 02:1-02:32, especialmente p. 8.

⁵⁴ Las distintas posiciones doctrinales acerca de la libertad de expresión en USA se puede ver **A. DE PABLO SERRANO**, *La protección penal del honor*, cit., pp. 36-45.

⁵⁵ Vid. **R. ALCÁCER GUIRAO**, *Víctimas y disidentes. El discurso del odio en EE.UU. y Europa*, en *Revista Española de Derecho constitucional*, núm. 103, enero-abril (2015), pp. 45-86, especialmente p. 15.



contrario, el honor de las personas es límite⁵⁶ de la libertad de expresión, según establece la norma constitucional que garantiza el derecho de libertad de expresión, conflicto que cuando se produzca deberá ser resuelto aplicando el test de proporcionalidad en virtud del cual la prevalencia de la libertad de expresión dependerá del caso concreto. Asimismo, la dignidad de la persona es un principio y fundamento que informa todo el título de los derechos fundamentales y está vinculada al honor como límite a la libertad de expresión⁵⁷.

La libertad de expresión tiene una protección reforzada cuando el objeto del mensaje versa sobre un asunto de interés público, en estos casos añade a su categorización de derecho fundamental la de garantía institucional⁵⁸ y, por tanto, su protección gozará de una “posición preferente”.

Como ha señalado el TC “Consecuencia directa del contenido institucional de la libre difusión de ideas y opiniones es que, según se ha reiterado, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica,

«(...) aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin lo(sic) cuales no existe ‘sociedad democrática’» (por todas, STC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4) (...), “(...) el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringida por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución - y ciertamente las que se difundieron en el asunto que ha dado origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente

⁵⁶ Un estudio acerca de los límites de los derechos fundamentales se puede encontrar en **L. AGUIAR LUQUE**, *Los límites de los derechos fundamentales*, cit., **R. NARANJO DE LA CRUZ**, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, cit., pp. 72-129.

⁵⁷ Aunque no se puede sostener que la Constitución española recoge una democracia militante lo cierto es que la dignidad vinculada al honor como límite de la libertad de expresión se recoge en nuestra constitución. En este sentido **M. REVENGA SÁNCHEZ**, *Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa del ethos democrático en la jurisprudencia constitucional española*, en *Cuadernos de Derecho público*, núm. 21 (enero-abril 2004) p. 34. Asimismo, **R. ALCÁCER GUIRAO**, *Víctimas y disidentes*, cit., en nota 51, afirma que aunque el TC español sostiene que en nuestro sistema no tiene cabida la democracia militante, “tanto la amplia penalización del discurso del odio como la propia Ley de Partidos Políticos permiten, a mi entender, poner en duda esa aseveración”.

⁵⁸ Vid. **D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ**, *Derecho de la Libertad de conciencia*, Vol. II, 4^a ed., ed. THOMSON REUTERS CIVITAS, Madrid 2011, p. 250; también **M^a C. LLAMAZARES CALZADILLA**, *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, ed. Civitas, Madrid, 1999.



garantizada - a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional (...)” FJ 4 STC 235/2007.

Sin embargo, este trato preferencial ha sido negado cuando el mensaje no tiene relevancia suficiente para contribuir a la formación de la opinión pública libre (STC 172/1990. FJ 4). Cuando goza de una protección reforzada tiene una menor capacidad para ser restringido, lo que no significa que no pueda ser limitado en determinados casos. Así el TC en reiterada jurisprudencia ha sostenido que queda fuera de la protección constitucional el “insulto innecesario”, incluso en los casos en que la libertad de expresión está protegida por la posición preferente,

“No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el artículo 10.1 del texto fundamental” (STC 105/1990, FJ 8)⁵⁹. Es más “(...) están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad e inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones de que se trate” (STC 174/2006 FJ. 4).

El derecho al honor se lesiona, pues, cuando se realiza

“La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación” (artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982)⁶⁰,

como límite a la libertad de expresión tiene, como ha señalado el Tribunal Constitucional, “(...)un significado personalista, en el sentido de que el

⁵⁹ En el mismo sentido la STC 214/1995 FJ 6, afirma en relación a la libertad de expresión que “(...) al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas, campo de acción que se amplía aún más en el supuesto de que el ejercicio de la libertad de expresión afecte al ámbito de la libertad ideológica garantizada por el art. 16.1 C.E., según señalamos en nuestra STC 20/1990”.

⁶⁰ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, en la redacción de la modificación que realiza la disposición final 4 de la LO 10/1995, de 27 de diciembre. En la redacción anterior se decía “La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona que la hagan desmerecer en la consideración ajena”.



honor es valor referible a personas individualmente consideradas(...)"⁶¹. Sin embargo, esta afirmación no ha impedido

“(...) apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad. Dicho con otros términos, el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados ad personam, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa” (FJ 6 STC 214/1991).

El discurso del odio como límite a la libertad de expresión lógicamente no está recogido de forma expresa en la CE, ya que surge en el ámbito europeo con posterioridad, solo con dificultad podría quedar incluido en el límite genérico “en el respeto a los derechos reconocidos en este título”, porque es algo más que una falta de respeto a los derechos de los demás, o confundido con el derecho al honor, aunque participa de los elementos esenciales del mismo, en cuanto que con el se protege la dignidad y el honor, pero de grupos vulnerables o personas que los integran frente al menosprecio, humillación o discriminación que acompañan al discurso del odio.

La jurisprudencia constitucional no ayuda demasiado a su delimitación constitucional ya que en las ocasiones en que se menciona el discurso del odio se está pronunciando acerca de la constitucionalidad de un precepto penal y por tanto de un delito de odio, así en la STC 235/2007 que al hilo de la inconstitucionalidad planteada contra el artículo 607 del Código penal en el que se regulaban los delitos de genocidio estima parcialmente la inconstitucionalidad al declarar inconstitucional y nula la

⁶¹Asimismo, en la STC 176/1995 FJ. 3 se ha afirmado que “La titularidad de este derecho subjetivo (el honor) se asigna, en la Ley y en la doctrina legal del Tribunal Supremo, a la persona, en vida o después de su muerte, por transmisión de ese patrimonio moral a sus descendientes. Desde una perspectiva constitucional, los individuos pueden serlo también como parte de los grupos humanos sin personalidad jurídica pero con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rango dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religioso, a título de ejemplos (...)”.



inclusión de la expresión “nieguen o” en el primer inciso artículo 607.2⁶² del Código penal, siendo el resto constitucional. En este contexto penal, cuyo objetivo es interpretar en clave constitucional el alcance del precepto penal, toma como marco del ejercicio de los derechos fundamentales la dignidad humana y sostiene que carecen de cobertura constitucional “los juicios ofensivos al pueblo judío, que emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista”, conectando en lo esencial esta afirmación con el “discurso del odio” que entiende como “aquel desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular” (FJ 5). La descripción del discurso del odio que se realiza coincide con la delimitación del delito de odio y de los elementos necesarios para que el discurso del odio pueda ser punible.

La reciente reforma del artículo 510 del Código penal al ampliar los elementos del tipo dificulta aún más la distinción entre discurso del odio y delito de odio. El ámbito penal se superpone en gran medida al ámbito constitucional ocupando un espacio más allá de lo deseable. Basta para comprobarlo la lectura del mencionado artículo y la descripción que del discurso del odio realiza la ya citada Recomendación 20 del Consejo de Europa.

A pesar de esta dificultad se intentará definir desde el plano constitucional la figura del discurso del odio. Si se atiende a la descripción del discurso del odio que realiza en su Recomendación el Consejo de Europa su contenido se determina por una expresión que difunde, incita, promueve o justifica el odio motivado por algunas de las causas de discriminación (racismo, xenofobia, antisemitismo...). No es necesario que sea pública ni que incite a un acto de violencia o acto delictivo, o lo promueva o justifique lo que llevaría a situarnos en el plano penal. Su ubicación se encuentra en el ámbito de la libertad de expresión, la palabra viene cualificada por una emoción, el odio y motivada por alguna de las causas de discriminación, produciendo un impacto lesivo en el honor y la dignidad de las personas a las que se dirige. Al igual que ocurre con la lesión del derecho al honor se desmerece a la persona frente a los demás, pero se separa de él en la medida en que se exige una carga emocional, el odio, potencialmente capaz de crear un clima de hostilidad y riesgo hacia los

⁶² Artículo 607.2 CP “La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos [de genocidio y afines] tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”. En la reforma del Código penal realizada por la LO 1/2015 desaparece este contenido de este artículo y estas conductas se incluyen, en parte, en la redacción del artículo 510.



colectivos vulnerables, y una motivación basada en alguna de las causas de discriminación.

Dotar de significado jurídico a una emoción no es fácil. La emoción tiene una vertiente subjetiva, variable en función de la intensidad, de las personas y de las circunstancias, incierta por tanto y difícil de aprehender para crear estándares que garanticen cierta seguridad jurídica. El estudio de las emociones y su relación con el derecho ha sido desarrollado en el derecho penal⁶³, donde las emociones pueden jugar un papel decisivo en la fundamentación de la culpabilidad. Se ha buscado, por algunos, su acomodo en la razonabilidad de la emoción, siguiendo la concepción evaluativa, esto es, se parte de que con independencia de que la emoción físicamente sea o no incontrolable, la creencia (el prejuicio, estereotipos...) que provocó el estado emocional durante la comisión del delito sí era controlable⁶⁴. Otros, tratan de detectar el papel que cumplen los sentimientos en la formación de determinados bienes jurídicos⁶⁵, señalando que en aquellos delitos en que los sentimientos forman parte de la acción típica (provocar, promover o incitar al odio hacia terceros o las injurias) “se asiste a una conversión de los sentimientos en “pensamientos sobre sentimientos” mediante la objetivación de los mismos y su transformación en objetos cognitivos”⁶⁶, se protege “(...) no ya el sentimiento sino otra realidad que surge a partir de su objetivación cognitiva”⁶⁷.

El traslado de estas reflexiones al plano constitucional permite afirmar que la objetivación del odio se produce a través de la expresión de discursos que menosprecien, humillen o discriminen a grupos específicos o personas a ellos pertenecientes por su potencialidad para crear un clima de hostilidad y riesgo para ciertos colectivos vulnerables. Cuando esto ocurre, el ejercicio de la libertad de expresión no merece la protección del ordenamiento jurídico y debe ser limitada a favor del honor y la dignidad de las personas que integran grupos vulnerables.

Las causas que motivan el discurso del odio como límite a la libertad de expresión permiten, en mi opinión, situar la figura del discurso del odio en la tutela antidiscriminatoria⁶⁸, al introducir una protección reforzada a

⁶³ Vid. **M. ALONSO ÁLAMO**, *Sentimientos y Derecho penal*, cit., pp. 249-300; también **J.A. DÍAZ LÓPEZ**, *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP.*, ed. CIVITAS THOMSON REUTERS, Madrid 2013, pp. 241-270, allí explica el impacto en el derecho penal de las concepciones mecanicista y evaluativa de las emociones humanas, así como los avances producidos en el ámbito de la neurociencia.

⁶⁴ En este sentido se manifiesta **J.A. DÍAZ LÓPEZ**, *El odio discriminatorio*, cit., p. 259.

⁶⁵ En este sentido **M. ALONSO ÁLAMO**, *Sentimientos y Derecho penal*, cit., p. 251.

⁶⁶ Vid. **M. ALONSO ÁLAMO**, *Sentimientos y Derecho penal*, cit., p. 273.

⁶⁷ **M. ALONSO ÁLAMO**, *Sentimientos y Derecho penal*, cit., p. 299.

⁶⁸ En este sentido vid. **F. REY MARTÍNEZ**, *Discurso del odio y racismo líquido*, en *Libertad*



los grupos vulnerables frente al ejercicio de una libertad de expresión irresponsable cargada de una emoción intensa, el odio, basada en la intolerancia que pueda poner en riesgo la paz social. Se amplía, así, el concepto de discriminación referido a conductas y actos al incluir la expresión y, en consecuencia, se añade un nuevo tipo de discriminación la causada por el discurso del odio.

No existe en el derecho español una ley que regule con carácter general la tutela antidiscriminatoria⁶⁹ sino leyes que se proyectan en ámbitos concretos⁷⁰. Sin embargo, se puede decir que existe una parte general que se encuentra en todas ellas que contiene el concepto y los tipos de discriminación, al que habría que añadir el mencionado, así como los instrumentos de reparación del daño previstos para este tipo de comportamientos como la responsabilidad civil o derecho sancionador

de expresión y discursos del odio, dir. M. Revenga Sánchez, *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, Núm.12, ed. Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2015, pp. 51-88, especialmente pp. 59-60, allí propone que estos comportamientos sean considerados como “acoso discriminatorio” categoría que se contempla en el artículo 2.3. de la Directiva europea sobre la igualdad racial, motivo al que el autor limita su estudio.

⁶⁹ Una oportunidad perdida fue el Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación aprobado por el Gobierno (en el que era presidente Rodríguez Zapatero del Partido socialista) el 27 de mayo de 2011 y publicado en el Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados el 10 de junio de 2011. No llegó a aprobarse en el parlamento. Su objetivo era crear un mínimo común denominador normativo que contuviera las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español, así como extender la protección frente a la discriminación por cualquier motivo y en todos los ámbitos.

⁷⁰ Vid. Ley 62/2003 que transpone la Directiva europea 78/2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (artículos 34 a 43) y la Directiva 43/2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (artículos 29 a 33) o leyes que desarrollan una de las causas de discriminación como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres o la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, o las Leyes autonómicas que regulan la igualdad y no discriminación a colectivos gays, transexuales, bisexuales o intersexuales, con distinto alcance y niveles de protección conocidas en términos generales con el acrónimo LGTBI, algunos ejemplos: Ley 2/2014, de 14 de abril de libertad sexual de Galicia; Ley 11/2014, de 10 de octubre para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia de la Comunidad Autónoma de Cataluña; Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 3/2016, de 22 de julio de Protección Integral contra la LGTBifobia en la Comunidad de Madrid; Ley 8/2016, de 30 de mayo de Libertad Sexual de Illes Balears; Ley 8/2017, de 7 de abril integral del reconocimiento del derecho a la identidad de expresión de género de Valencia.



administrativo o la adopción de medidas de prevención⁷¹ dependiendo de los casos.

En definitiva, en el plano constitucional el conflicto en los casos analizados se produce entre, de un lado, la libertad de expresión-religiosa (artículos 20.1 a) y 16.1) que se concreta en un discurso de odio, por las expresiones utilizadas y por ir dirigidas a colectivos vulnerables o personas que pertenezcan a los mismos, y, de otro lado, la dignidad y el honor de las personas pertenecientes a grupos vulnerables y/o a los grupos vulnerables (artículos 18.1, 10, 14 y 9.2)⁷². En la ponderación de estos derechos en conflicto debe tenerse en cuenta la doctrina constitucional en virtud de la que queda fuera de la protección constitucional de la libertad de expresión el “insulto innecesario”, la “emisión de apelativos formalmente injuriosos”, “los mensajes hostiles y discriminatorios”. Cuando estos se produzcan la balanza se inclinará a favor de la protección de la dignidad y del honor del grupo vulnerable o de la persona que a él pertenezca.

7 - Conclusiones

Los casos planteados han permitido reflexionar acerca de la libertad de enseñanza de las confesiones religiosas y sus límites. Como se ha tenido ocasión de comprobar, las confesiones religiosas en el ámbito de su autonomía transmiten enseñanzas que pueden colisionar con los valores constitucionales, entre ellos el de libertad e igualdad. Así, por ejemplo, el comportamiento homosexual merece la reprobación de la Iglesia católica, pero también de otras confesiones religiosas como el Islam, mientras que este comportamiento es objeto de protección por las normas estatales al ser considerado una manifestación de la autonomía y desarrollo de la personalidad. El aborto es considerado un crimen que merece la pena más grave para el Derecho canónico y también es sancionable por otras confesiones, en cambio, es considerado por las normas estatales una manifestación del derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva, permitida y protegida en determinadas circunstancias siempre que se cumplan los requisitos establecidos por la ley.

⁷¹ Propuesta que realiza **F. REY MARTÍNEZ**, *Discurso del odio*, cit., p. 67.

⁷² Se refiere a los bienes en conflicto en el discurso del odio el *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Dir. M. A. Aguilar García, ed. Centre de Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, 2015, pp 35-44, allí se muestra una conexión entre delitos de odio y de discriminación que se tratan de forma indiferenciada.



La sanción moral que las confesiones hacen de estos comportamientos quedan amparadas por el ámbito de su autonomía en la medida en que van dirigidas a sus fieles que se sienten vinculados a las mismas en virtud de su fe. El Estado tiene vedada cualquier injerencia que vaya en detrimento de su libertad para establecer las reglas que deben guiar el comportamiento moral de acuerdo con sus creencias.

Sin embargo, su libertad no es absoluta. Los casos que han guiado este trabajo, examinados en los distintos ámbitos, confesional, penal y constitucional, ayudan a trazar la fina línea que separa la libertad de expresión-religiosa de sus límites.

En los dos casos citados sobre los que hay pronunciamiento judicial, aunque versaban sobre hechos distintos, en la denuncia penal se solicita la aplicación del artículo 510 del Código penal. Fue condenado el imán de Fuengirola y fue sobreseído el caso del Obispo de Alcalá. En los dos supuestos, los ministros de culto transmitían las enseñanzas de la confesión de pertenencia. En mi opinión en ninguno de los dos casos se daban los elementos del tipo penal.

La nueva redacción del 510, después de la reforma de 2015, amplía el tipo penal al establecer

“quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel (...)” (artículo 510.1 a) Código penal)

por alguna de las causas de discriminación, o

“quienes (...), distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directamente o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia (...)” (510 1. b) Código penal)

“quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de algunos de los grupos a que se refiere el apartado anterior(...)” (artículo 510.2 a) Código penal)⁷³.

De forma especial, la redacción del 510. 2.a) adelanta las barreras de protección penal todavía más acercándose al plano constitucional, obligando a un más atento análisis para diferenciar los dos niveles de protección. En el ámbito penal será necesario que existan “acciones”, no basta la mera expresión que será suficiente en el nivel constitucional.

En el plano constitucional basta la expresión, por tanto la libertad de expresión queda limitada por la utilización de expresiones que atentan a la

⁷³ En la redacción de la LO 1/2015, de 30 de marzo.



dignidad e integridad de las mujeres o a la dignidad y el honor de los homosexuales, la calificación de este conflicto como discurso del odio viene determinada por humillar, menospreciar, discriminar, estigmatizar a colectivos vulnerables o personas por razón de su pertenencia a dichos colectivos, protegidos por la tutela antidiscriminatoria.

Así pues, en atención a los hechos y a la delimitación constitucional de la figura del discurso del odio realizada, se puede decir que ambos casos encajan en el discurso del odio, al difundir a través de la palabra o de una publicación expresiones que lesionan la dignidad, la integridad o el honor de personas pertenecientes a colectivos vulnerables. En un supuesto al dar pautas de cómo se debe golpear a la mujer como último recurso cuando no obedece y, en el otro, al utilizar expresiones injuriosas que menosprecian y estigmatizan a las personas con comportamientos homosexuales. La libertad de expresión-religiosa en estos casos colisiona con la dignidad y el honor de las personas pertenecientes a grupos vulnerables y/o a los grupos vulnerables, debiendo primar este último derecho de acuerdo con la doctrina constitucional, sin perjuicio, en su caso, de la responsabilidad civil que pudiera derivarse.

ABSTRACT: Religious groups exercising their right to freedom of religion under the protection of their autonomy recognized by the Organic Act 7/1980, of 5th July, on Religious Freedom, can occasionally spread doctrines contrary to constitutional values and/or rights like freedom and equality. The moral sanction imposed by these religious groups on some behaviours considered manifestations of freedom or equality according to the State's Law are protected by those groups' autonomy, as long as these sanctions are directed to believers that feel bounded to the rules of the religious group because of their faith.

However, their freedom isn't absolute. The limit lies on the use of expressions that infringe upon human dignity and honor. And when the victim attacked by those expressions belongs to a vulnerable group, hate speech emerges, since they imply humiliation, disdain and discrimination of vulnerable collectives or persons because of their belonging to those groups, which are protected by the antidiscrimination law.

Key words: Religious groups, freedom of speech, hate speech.