

# EL DISCURSO RELIGIOSO CONTRA LA HOMOSEXUALIDAD. ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA<sup>1</sup>

Por

ENRIQUE HERRERA CEBALLOS  
Profesor Ayudante Doctor  
Universidad de Cantabria

enrique.herrera@unican.es

*Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 47 (2018)

**RESUMEN:** El presente trabajo trata de analizar cuáles son los límites de la libertad de expresión como derecho de las confesiones religiosas, en el marco de su autonomía, a la hora de difundir un mensaje contrario a la homosexualidad vistas las numerosas denuncias interpuestas en países de nuestro entorno por organizaciones de homosexuales que han entendido que los sermones contra su opción sexual atentan contra su dignidad personal y han de ser sancionadas penalmente como “discurso del odio”.

**PALABRAS CLAVE:** Homosexualidad, discurso del odio, libertad religiosa, libertad de expresión, autonomía confesional.

**SUMARIO:** I. Introducción; II. Llegó el escándalo: los casos que saltan a los medios de comunicación; III. Status quaestionis: el conflicto entre la libertad religiosa y otros valores constitucionales; IV. El discurso del odio: límites a la libertad de expresión según el TEDH; V. Un estadio previo al discurso del odio: la incitación a la violencia contra los homosexuales en el caso “Harry Hammond”; VI. El discurso del odio en Suecia: el caso “Åke Green”; VII. El discurso del odio en España: homilías de Mons. Reig Plá y Mons. Cañizares; VIII. El “mensaje religioso” en el contexto de la libertad religiosa; IX. El derecho a la predicación como exigencia de la autonomía de las confesiones religiosas; X. Síntesis conclusiva.

**ABSTRACT:** The present paper tries to analyze what are the limits of freedom of expression when the religious entities try to spread a message against homosexuality within the framework of their autonomy. Around Europe, there has been a lot of complaints against religious preachers because of these sermons, considering that its contain could be qualify as “hate speech” against LGBTi organizations.

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el seno del proyecto “*Libertad de expresión y prevención de la violencia y discriminación por razón de religión*”, 76913-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad cuyo investigador principal es la Prof<sup>ta</sup>. Dra. Dña. Zoila Combalía Solís, catedrática de Derecho eclesiástico del Estado en la Universidad de Zaragoza.

KEYWORDS: Homosexuality, hate speech, religious liberty, liberty of expression, confessional autonomy.

SUMMARY: I. Introduction; II. The scandal: cases in the mass-media; III. Status quaestionis: conflict between religious freedom and other constitutional values; IV. Hate speech: limits to religious freedom in the ECHR; V. A previous situation to hate speech: incitement to violence against homosexuals in the Harry Hammond case; VI. Hate speech in Swedish: Åke Green case; VII. Hate speech in Spain: homilies of Mgr. Reig Plá y Mgr. Cañizares; VIII. The “religious message” in the context of religious freedom; IX. The right to preaching as requirement of the autonomy of religious entities; X. Conclusive synthesis.

## I. INTRODUCCIÓN

El día 20 de febrero de 2017 el diario “ABC” publicaba la noticia de que la Audiencia de Barcelona había desestimado la querrela interpuesta contra el “padrenuestro blasfemo”<sup>2</sup>, un poema recitado por la escritora Dolors Miquel en los Premios Ciudad de Barcelona en su edición de 2016 y calificado, a la sazón por el tribunal, como “sátira amparada por la libertad de expresión” que los católicos han de tolerar al constituir una crítica pública que contribuye al debate sobre sus creencias.

Según el propio diario, la sala sostiene que el poema, que contiene expresiones tales como “*Madre nuestra que estáis en el cielo, sea santificado vuestro coño sobre la tierra, la epidural, la comadrona*” o “*hágase vuestra voluntad en nuestro útero sobre la tierra*”, es una manifestación de la libertad artística a la que es connatural buena dosis de provocación. Sátira y recurso a lo irreverente como parte de la creación artística son pues vistos como elementos que contribuyen a la crítica social.

Sin perjuicio del reconocimiento del eventual sentimiento de ofensa en los demandantes, la Audiencia recuerda que el derecho a la libertad de expresión ampara las manifestaciones que pudieran inquietar u ofender a la vez que hace hincapié en el hecho de que en las sociedades democráticas los grupos religiosos han de tolerar las críticas públicas y el debate sobre sus creencias y enseñanzas siempre y cuando no rebasen el límite del “insulto intencionado y gratuito o el discurso del odio, constituyendo, en su caso, una incitación a la violencia o a la discriminación por razón de religión”<sup>3</sup>.

Desde luego que el debate sobre el conflicto entre la libertad de expresión y libertad religiosa no es nuevo y quizás, aunque adormecido durante algún tiempo, recobró fortaleza a raíz del atentado terrorista contra el semanario *Charlie Hebdo* por la publicación

---

<sup>2</sup> El titular reza: “Desestiman la querrela contra el autor del padrenuestro blasfemo”; cfr. en [http://www.abc.es/espana/catalunya/barcelona/abci-desestiman-querella-contra-autor-padrenuestro-blasfemo-201702201742\\_noticia.html](http://www.abc.es/espana/catalunya/barcelona/abci-desestiman-querella-contra-autor-padrenuestro-blasfemo-201702201742_noticia.html) [última visita 21.02.2017].

<sup>3</sup> *Ibíd.*

de las, mundialmente conocidas, caricaturas de Mahoma tal y como se ha puesto de manifiesto en recientes publicaciones sobre la materia<sup>4</sup>.

Dicho esto, es de recibo reconocer que la perspectiva mayoritaria de los estudios se centra un hecho recurrente en cuyo contexto se puede dar el conflicto: las manifestaciones contra la religión. Sin perjuicio de que existan en el análisis enfoques o situaciones un tanto distintas -aunque concurrentes en el elemento intencional: la crítica contra la religión- como puede ser el disenso doctrinal en el seno de las propias confesiones religiosas que lleva a la crítica pública de su propia estructura, las principales reflexiones han girado en torno a la ofensa, la difamación, el insulto o la incitación a la violencia, al odio o la hostilidad contra lo religioso<sup>5</sup>.

Sin embargo, el objetivo de este estudio se aparta de las reflexiones más comunes para indagar los argumentos que han llevado a los tribunales a absolver o condenar a representantes religiosos por manifestaciones realizadas, en ejercicio de su ministerio, contra la homosexualidad en los últimos años. Si se me permite el uso del tono periodístico, la “rabiosa actualidad” del tema -que muchas veces salta a la prensa por interés puramente político o ideológico- y la exquisita delicadeza que lo políticamente correcto demanda en una sociedad donde impera el discurso único justifican las siguientes líneas.

## II. LLEGÓ EL ESCÁNDALO: LOS CASOS QUE SALTAN A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

La consideración del colectivo homosexual como especialmente vulnerable a los ataques violentos de grupos extremistas<sup>6</sup> (nazis, de extrema derecha, etc.) y una cierta dosis de corrección política asumida por gran parte de la sociedad, entre la que se encuentran de modo especialmente significativo los medios de comunicación, han traído como consecuencia la multiplicación de noticias en las que se da cuenta de casos en los que

---

<sup>4</sup> A modo de ejemplo cfr. CAÑAMARES ARRIBAS, S. “La conciliación entre libertad de expresión y libertad religiosa, un ‘work in progress’” y PALOMINO LOZANO, R. “Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto”, en MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y CAÑAMARES ARRIBAS, S. (coord.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 26 y 34 respectivamente y, más recientemente, en PÉREZ DOMÍNGUEZ, F. “Hecho religioso y límites a la libertad de expresión”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXII (2016), p. 2005.

<sup>5</sup> Baste un ejemplo como muestra. Pérez Domínguez, después de hacer una categorización de los supuestos en los que la libertad de expresión y la religiosa pueden entrar en conflicto, afirma que su propósito principal de análisis viene dado por “discursos o expresiones críticos con la religión...”; discursos formulados por emisores laicos contra la religión con variopintas finalidades como la discusión argumentada, la descalificación, la mofa..., op. cit., p. 217.

<sup>6</sup> Esta fue la razón que llevó al Parlamento sueco a modificar, en 2002, la Ley de persecución de minorías añadiendo, al efecto de tipificar el delito de agitación, a los “grupos definidos por su orientación sexual”; cfr. BOB, C. “The Global Battle over Religious Expressions: Sweden’s Åke Green case in Local and Transnational Perspective”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 40 (2014), pp. 212-229.

los discursos religiosos críticos con la homosexualidad no sólo no resultan asumibles por la ética laica común -si efectivamente existe- sino que van más allá; cruzan la línea de la mera crítica, de la ofensa si se me apura, para adentrarse -presuntamente - en el pantanoso terreno del delito; en concreto del delito de incitación al odio o a la discriminación contra un colectivo identificable por su orientación sexual, elemento constitutivo del tipo penal. En los últimos tiempos los ejemplos parecen haberse multiplicado y de ello damos cuenta.

En el año 2001 el pastor evangélico *Harry J. Hammond* fue multado por “incitar a la violencia” y “alterar la paz pública” mientras predicaba en la vía pública exhibiendo una gran pancarta en la que pedía a los homosexuales que se arrepintiesen<sup>7</sup>.

En 2003 la “Plataforma Popular Gay” presentó una denuncia contra el que fuera presidente de la Conferencia Episcopal Española, el cardenal Rouco Varela, por “presuntas injurias” e “incitación a la discriminación por razón de orientación sexual” a raíz de sus palabras en una homilía pronunciada en la Fiesta de la Sagrada Familia (28.12.2003) en la que calificaba de antinatural la homosexualidad y criticaba la cultura de la banalización de la experiencia del amor reduciéndola a “mero contacto sexual”<sup>8</sup>.

En 2004 el pastor pentecostal sueco Åke Green fue condenado a un mes de prisión por un tribunal del distrito de Kalmar acusado de un delito de “agitación contra un grupo nacional o étnico”<sup>9</sup> a raíz de un sermón titulado *¿Es la homosexualidad un instinto natural o las fuerzas del mal que juegan con los humanos?*, en el que se afirmaba, entre otras cosas, que “...las anomalías sexuales son un tumor canceroso profundo en todo el cuerpo de la sociedad...”. Elevada la apelación al Tribunal Supremo de Suecia, éste la admitió absolviendo al pastor del delito, al entender que las limitaciones a la libertad de expresión en relación con la libertad religiosa deben ser aplicadas restrictivamente. Con ello, y “aun considerando las expresiones como ofensivas”, no constituían un delito de odio contra el colectivo homosexual a tenor del fin y del contexto en el que se hicieron.

En 2012, la “Asociación Preeminencia del Derecho” presentó una denuncia contra monseñor Reig Plá, Obispo de Alcalá de Henares, por la supuesta comisión de un delito de incitación al odio o la discriminación o, en su caso, de difusión de informaciones injuriosas contra los homosexuales como consecuencia de las palabras dirigidas a sus fieles

---

<sup>7</sup> Fuente: <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1451593/Preachers-conviction-over-anti-gay-sign-upheld.html> [última visita 13.02.2018].

<sup>8</sup> En concreto la “Plataforma” consideraba injurioso que el cardenal usara la expresión “marcados por la ruptura de la relación amor-vida y por la subyacente banalización hedonista de la experiencia del amor, entre el varón y la mujer, cuando no por su inversión antinatural reduciéndola al mero contacto sexual”. Fuente: <http://www.elmundo.es/elmundo/2003/12/29/sociedad/1072720630.html> [última vista 13.02.2018].

<sup>9</sup> Bob, C. op. cit., p. 218.

en un homilía en la liturgia de los Oficios del Viernes Santo y de las posteriores declaraciones realizadas en una entrevista para un medio de comunicación<sup>10</sup>.

Por la comisión de los mismos presuntos delitos, en 2014, la “Confederación Española LGTB Colegas” llevó ante la fiscalía unas declaraciones realizadas por el cardenal Fernando Sebastián Aguilar para el “Diario Sur” de Málaga en las que, a partir de una concepción acogedora del ser humano en su dimensión integral, no obstante, calificaba la homosexualidad como “*una deficiente sexualidad que se puede curar con tratamiento*”. Con celeridad la Fiscalía archivó las diligencias abiertas al entender que de las declaraciones -aun siendo muy desafortunadas [sic]- no se derivaba responsabilidad penal alguna del artículo 510 del Código Penal al amparo del derecho de libertad religiosa<sup>11</sup>.

En 2015 el reverendo *Barry Trayhorn*, jardinero de profesión y capellán voluntario en una prisión de delincuentes sexuales del Reino Unido, fue apartado de su labor pastoral como consecuencia de la lectura de un sermón dirigido a los convictos en el que, citando la 1ª Carta de San Pablo a los Corintios, “habló sobre la maravilla del perdón de Dios para aquellos que se arrepienten” citando una serie de pecados, incluyendo el “adulterio, la práctica homosexual, la avaricia y la embriaguez”. La dirección del centro lo acusó entonces de realizar comentarios homófobos contrarios a la política penitenciaria nacional a la vez que se le comunicó la apertura de un expediente disciplinario<sup>12</sup>.

En 2016, tres obispos, el de Alcalá de Henares y los de Getafe (monseñor Joaquín Mª López Andújar y su auxiliar monseñor José Rico) fueron denunciados ante la Audiencia Provincial de Madrid por la “Confederación Española LGTB Colegas” por la presunta comisión de un delito de incitación al odio, discriminación o violencia contra el colectivo homosexual al hacer público un documento sobre la *Ley de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación* de la Comunidad de Madrid en el que critican frontalmente el concepto de “identidad de género” (art. 4) por constituir una manifes-

---

<sup>10</sup> LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A. “La libertad de expresión de la jerarquía eclesiástica y el discurso del odio”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 42 (2016), pp. 6-8.

<sup>11</sup> Cfr. RELIGIOUS FREEDOM REPORT, 2016 publicado por *Aid to the Church in Need, ACN International (Spain)*. En línea en <http://religion-freedom-report.org.uk/wp-content/uploads/country-reports/spain.pdf> [última visita 13.02.2018] así como en el artículo de PAUL COLEMAN “*Europe’s Free Speech Problem: A Cautionary Tale*” publicado en la página web de “*The Whitherspoon Institute*”, disponible en <http://www.thepublicdiscourse.com/2016/07/17113/> [última vista 13.02.2018].

<sup>12</sup> Disponible en <http://www.christianconcern.com/our-concerns/freedom-of-speech/christian-prison-worker-forced-to-resign-after-quoting-bible-in-chape> [última visita 13.02.2018]. Cita textual: ¿O no sabéis que los malhechores no heredarán el reino de Dios? No te dejes engañar: ni los inmorales sexuales, ni los idólatras, ni los adúlteros, ni los hombres que tienen sexo con hombres, ni ladrones, ni codiciosos, ni borrachos, ni calumniadores, ni estafadores, heredarán el reino de Dios. Y eso es lo que algunos de vosotros erais. *Pero vosotros fuisteis lavados, vosotros fuisteis santificados, vosotros fuisteis justificados en el nombre del Señor Jesucristo y por el Espíritu de nuestro Dios* (1 Cor. 6, 9-11). La cursiva es nuestra.

Disponible en <http://archbishopcranmer.com/revd-barry-trayhorn-forced-to-resign-as-prison-worker-for-quoting-the-bible-in-chapel/> [última visita 13.02.2018].

tación ideológica del legislador que choca frontalmente con la antropología cristiana [...] que entroniza -dicen los obispos- un concepto individualista de la libertad desvinculando del ser de la persona y de su naturaleza específica, como ser creado por la infinita sabiduría de Dios<sup>13</sup>.

La última noticia que ha saltado a los medios de comunicación ha sido la denuncia que el "Observatorio español contra la LGTBfobia" ha presentado contra el arzobispo de Granada, monseñor Javier Martínez, a raíz de la homilía pronunciada el pasado 14 de febrero de 2017 titulada "*La ley de Dios es siempre un camino de vida*"<sup>14</sup> al considerar que las reflexiones del arzobispo sobre la "ideología de género"<sup>15</sup> constituyen declaraciones injuriosas porque -aseveran- se les tacha "poco menos que [de] enfermos y tarados"; manifestaciones humillantes que, en última instancia, fomentan el odio y la discriminación contra el colectivo LGTB constituyendo un delito tipificado en el art. 510 §1 y §2 del Código Penal<sup>16</sup>.

### III. STATUS QUAESTIONIS: EL CONFLICTO ENTRE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y OTROS VALORES CONSTITUCIONALES

La mayor parte de los estudios que analizan las tensiones entre la libertad de expresión y la libertad religiosa suelen tomar como punto de partida las manifestaciones críticas con la religión o, en su caso, con quienes la profesan. De ordinario provienen de lo que podríamos llamar "sectores laicos" -periodistas<sup>17</sup>, artistas<sup>18</sup> u otros particulares- y su finalidad puede ser de muy diversa índole, desde el cuestionamiento del hecho religioso *in radice* hasta la crítica de aspectos concretos del mismo, bien con ánimo constructivo,

---

<sup>13</sup> Cfr. la referencia al contenido en LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A. op. cit., pp. 21-22 y nota al pie núm. 52.

<sup>14</sup> Su contenido íntegro ha sido publicado en la página web de la archidiócesis granadina <http://www.archidiocesisgranada.es/index.php/noticias/la-ley-de-dios-es-siempre-un-camino-de-vida> [última visita 13.02.2018].

<sup>15</sup> Las declaraciones del prelado, enmarcadas en una reflexión sobre la Ley natural, sostienen que tras la concepción de la ideología de género subyace "una patología, una cortedad mental y una torpeza de inteligencia", *ibíd.*, pfo. 3º *in fine* de la homilía.

<sup>16</sup> Cfr. el comunicado de prensa emitido por el colectivo en <http://www.stoplgbtfobia.org/stoplgbtfobia-denuncia-al-arzobispo-de-granada-por-apologia-del-discurso-del-odio-al-considerar-que-el-colectivo-lgbti-tiene-una-patologia/> [última visita 27.02.2017].

<sup>17</sup> Vid. los comentarios de Arturo Pérez Reverte contra el obispo de Alcalá de Henares <https://www.religionenlibertad.com/perezreverte-pide-meter-en-la-carcel-o-echar-de-espana-a-21872.htm> [última visita 13.02.2018].

<sup>18</sup> Ejemplos no faltan: el cortometraje "*Como cocinar un Cristo*" (Lo + Plus, 2004), el largometraje "*El concilio del amor*" juzgado en por el TEDH en el caso *Otto-Preminger-Institut*, la novela "*Las frases prohibidas*" publicada en Turquía en 1993 y que acarrió, al autor, una condena por delito de blasfemia contra el islam, etc., cfr. en CAÑAMARES ARRIBAS, S. op. cit., p. 18 y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. op. cit., pp. 88-89 y 93.

esto es contribuir al debate social como forma de incrementar la participación ciudadana en él, bien con ánimo destructivo a través de la descalificación, la mofa, la ofensa o el escarnio<sup>19</sup>.

A partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la doctrina ha venido haciendo una clasificación de supuestos de conflicto, o al menos, de fricción entre libertades. Huelga, sin embargo, reiterarlos aquí y ahora pues otros nos han precedido en tiempos recientes y además nada nuevo se aportaría.

Hemos de advertir, eso sí, que el estudio que planteamos se circunscribe al aspecto menos estudiado, esto es, no al discurso secular contra la religión o quienes la profesan sino al discurso contrario; al discurso de origen o inspiración religiosa, crítico con algún aspecto de la sociedad o de los individuos que la integran y que, eventualmente, podría ser calificado como “discurso del odio”<sup>20</sup>. En suma, discursos de religiosos que han sido denunciados porque las ideas que manifestaron públicamente resultan ofensivas contra terceros o contravienen valores o principios jurídicos dignos de protección<sup>21</sup>.

Reduciendo el espectro a lo “particularísimo” -si se me permite la expresión-, el objeto de reflexión se circunscribe únicamente a los casos en los que clérigos han sido encausados o condenados por declaraciones, en el ejercicio de su ministerio, contrarias a la homosexualidad o a las relaciones entre personas del mismo sexo, lo que ha llevado a acusarles de promover el “discurso del odio” contra un colectivo -el LGTBI- por razón de su orientación sexual.

Las declaraciones religiosas contra la homosexualidad no plantean, sin embargo, un conflicto entre libertades, al menos *a priori* y en el sentido al que se refiere PALOMINO<sup>22</sup>, porque partiendo de un misma realidad -la contribución al desarrollo de la dignidad humana- el ejercicio de la libertad religiosa como manifestación externa de las convicciones personales/institucionales en el seno de una confesión difícilmente obstaculizan o impiden el ejercicio de los derechos civiles del colectivo homosexual.

Por un lado, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión como mensaje de contenido religioso -mediatizada eso sí por el contexto en que se da y los destinatarios a quienes se dirige- contribuye a la realización de la teoría del “mercado de las ideas” entre las cuales cabría, por ejemplo, la crítica a un determinado modelo de comportamiento

---

<sup>19</sup> PÉREZ DOMINGUEZ, F., op. cit., p. 217.

<sup>20</sup> Pérez Dominguez, reproduciendo la clasificación de Martínez-Torrón cita, en primer lugar, como foco de conflicto los discursos proselitistas de inspiración religiosa que pueden extralimitarse violentando el orden público y cita dos supuestos distintos: las declaraciones del Imán de Fuengirola en el libro “La mujer en el islam”, y las del Obispo de Alcalá de Henares en una homilía en la que criticaba la homosexualidad, op., cit., p. 215.

<sup>21</sup> Segunda categoría de la clasificación de Martínez-Torrón.

<sup>22</sup> PALOMINO LOZANO, R. “Libertad religiosa y libertad de expresión”, *Ius Canonicum*, 98 (2009), p. 539 y ss.

moral<sup>23</sup> o la de un determinado modelo de relación afectiva con implicaciones sociales de notable importancia<sup>24</sup>, dejando indemne el derecho del colectivo interpelado a expresar argumentos contrarios a favor de un determinado modelo afectivo-sexual. Como sostiene PALOMINO “Unos opinan y se expresan en un sentido, otros lo hacen en el sentido contrario y todo ello se mueve en un marco de libertad que comporta para el Estado un deber de no interferencia”<sup>25</sup>, eso sí, partiendo de la base de que quien ejercita la libertad de expresión en el contexto religioso es deudor de una serie de “derechos y responsabilidades”, entre las que destaca la “obligación de evitar en lo posible expresiones que sean gratuitamente ofensivas contra otras personas y constituyan por lo tanto un atentado contra sus derechos y que, así, no contribuyan de forma alguna al debate público capaz de favorecer el progreso en los asuntos del género humano”<sup>26</sup>. Es decir, ningún colectivo puede estar blindado a la crítica, ni siquiera el homosexual por el mero hecho de tener una tendencia sexual concreta, minoritaria y, tradicionalmente objeto de violación de derechos. El argumento contrario quebraría el Estado de derecho que enmarca la libertad de expresión en sí misma, no sólo en su contexto religioso propiamente dicho. Lo mismo que se acepta que esta libertad ampara la crítica, la sátira o incluso el menosprecio de la religión ha de aceptarse que la religión pueda defender la *única idoneidad* de un modelo afectivo-sexual basado en el Derecho natural que, a la postre, descansa en la voluntad divina. Este hecho no menoscaba en absoluto el derecho a elegir la propia sexualidad, ni el derecho de libertad de conciencia del homosexual a actuar según sus convicciones éticas en plena libertad, ni los derechos civiles que le corresponden como ciudadano, ni siquiera el derecho de réplica frente a la crítica que, al fin y al cabo, redundaría en la contribución a un debate social enriquecedor. El problema devendría, no obstante, en el alcance legítimo de la crítica, o mejor dicho, en determinar si la crítica incurre en mera ofensa, desprecio, insulto o, en su caso, es subsumible en algún tipo penal como por ejemplo el “discurso del odio”.

Los discursos contra la homosexualidad, vistos desde el prisma del sujeto no religioso -ateo o agnóstico- o, al menos, que no se siente vinculado con una confesión religiosa determinada pueden ser meras declaraciones intrascendentes que no van más allá del prejuicio atávico contra las relaciones homosexuales o, más gráficamente, de lo que

---

<sup>23</sup> Piénsese no sólo en la conducta homosexual sino por ejemplo en la calificación jurídico-moral de la llamada “gestación subrogada” o “vientre de alquiler”; por cierto, condenada por el Parlamento Europeo en su 114 *Informe Anual de Derechos Humanos y Democracia en el Mundo* de 2014.

<sup>24</sup> V. gr. las uniones civiles entre personas del mismo sexo, elevadas a la categoría matrimonial a las que se aparea el derecho de adopción.

<sup>25</sup> PALOMINO LOZANO, R. op. cit., p. 540.

<sup>26</sup> Cfr. art. 10.2 CEDH y STEDH en el caso *Müslüm Gündüz contra Turquía*, de 4.12.2003 (TEDH 2003/81, FJ. 37).

podría denominarse “homofobia reaccionaria”. Desde la perspectiva del desapego confesional pueden ser meras declaraciones de mal gusto o, en su caso, en el extremo contrario, sancionables penalmente pero que en modo alguno afectan a los derechos de libertad religiosa o de conciencia del sujeto porque son derechos plenamente ejercitables; luego la libertad no se ve comprometida por estas declaraciones.

Todo ello nos lleva a pensar que, *ad extra*, es decir en el plano que podríamos llamar civil -en sede constitucional- el ejercicio de las confesiones de su derecho a expresar su credo en forma de crítica al comportamiento homosexual -crítica basada esencialmente en la letra de las Sagradas Escrituras- no entra en conflicto ni con el derecho de libertad religiosa ni de conciencia del individuo con esa orientación sexual. Otra cosa es que la crítica no se circunscriba a la Escritura -ya de por sí despectiva en algunas ocasiones<sup>27</sup>- y se añadan juicios de valor que incurran en atentados contra el honor o la dignidad personal<sup>28</sup> o, en su caso, en la incitación a la violencia, al odio o a la discriminación del colectivo por el hecho de su orientación homosexual. En este caso hay que atender a la posible extralimitación del derecho de libertad religiosa en una de sus manifestaciones como es la libertad de expresión.

Sin embargo, *ad intra*, es decir, cuando se trata de homosexuales que profesan un culto religioso, las cosas quizá no resulten tan claras. Tal vez -y esto es sólo una hipótesis- las declaraciones en contra de la homosexualidad en un tono más bien agresivo o manifiestamente condenatorio podrían inhibir el derecho a manifestar las propias creencias temiendo quizá algún tipo de condena, sanción o reproche institucional por el mero hecho de tener una orientación sexual heterodoxa.

Aun cuando así fuere y, desde la perspectiva del derecho estatal, la libertad religiosa queda incólume. No es necesario recurrir a ningún mecanismo de tutela porque al individuo nadie le cercena su derecho a renunciar a “su” creencia religiosa, cuya moral institucional choca frontalmente con la conciencia individual y “abrazar” otra creencia religiosa o, en su caso, optar por no profesar ninguna.

En suma, el contenido esencial del derecho de libertad religiosa del homosexual abiertamente contrario en su actuación a la moral confesional no se ve afectado por las declaraciones contrarias a su opción sexual. *Sensu contrario*, las confesiones gozan de autonomía para dotarse de normas organizativas y conductuales -dogmático-morales- que garantizan la identidad propia y que les hace hábiles para criticar aquellos comportamientos que, en el orden moral, consideran desordenados por imperativo divino.

---

<sup>27</sup> Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo sueco, de 29.11.2005 en el caso Åke Green (§37).

<sup>28</sup> STC 214/1991, de 14 de noviembre.

Dicho lo anterior se ha de reflexionar sobre si el operador jurídico ha de aplicar la regla de ponderación y proporcionalidad<sup>29</sup> ante un eventual conflicto de derechos o, en su caso, de no haber conflicto, conformarse simplemente con la advertencia de la extralimitación de la libertad de expresión ínsita en el ejercicio del derecho de libertad religiosa cuando un clérigo predica. Lo cierto es que entendemos que, de haber conflicto entre derechos, -circunstancia que debería ser apreciada caso por caso por los tribunales de justicia- éste se circunscribiría a la fricción entre el derecho de libertad religiosa (ex. art. 16 CE) y el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual que, en última instancia se conecta con el derecho a la dignidad humana, ciertamente más difuso en sus posibilidades de concreción. Derecho éste último que de verse conculcado en su forma más grave podría dar lugar a responsabilidad penal por la vía de los llamados “delitos de odio” entre los que se encuentra el “discurso del odio”. Descartaríamos el conflicto entre la libertad religiosa y el derecho al honor por vía de los tipos penales de la injuria y la calumnia porque constituyen atentados contra la “dignidad personal”; esto es, excluyen lo que podríamos llamar “dignidad del colectivo” que podría ser el bien jurídico protegible en los supuestos de discursos religiosos o sermones contra la condición homosexual o contra los actos propiamente homosexuales. De ordinario estas manifestaciones no suelen tener por objeto imputar delitos falsos a sabiendas (art. 205 CP) o depreciar la fama o la estimación de personas homosexuales concretas (art. 208 CP) sino poner en tela de juicio o criticar un comportamiento moral -que no una tendencia o inclinación en el caso del catolicismo- considerado intrínsecamente desordenado por mandato divino. Es decir y salvo casos excepcionales, el posible atentado contra la dignidad humana habría que reconducirlo -si fuere posible- a la dignidad colectiva o grupal salvo que se probase que el mensaje contiene informaciones o valoraciones calumniosas o injuriosas contra personas concretas<sup>30</sup>.

#### **IV. EL DISCURSO DEL ODIO: LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN SEGÚN EL TEDH**

La dignidad humana, la libertad, la igualdad y la interdicción de toda forma de discriminación por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra

---

<sup>29</sup> STEDH *Gündüz contra Turquía* (§42).

<sup>30</sup> Dicho esto, honestamente hay que puntualizar que el Tribunal Constitucional admitió en sus sentencias 214/1991, de 11 de noviembre, FJ. 4º (*Violeta Friedman*) y 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 3 (*Hitler=SS*) el derecho al honor de la “colectividad judía” (BOE, núm. 301, de 17.12.1991 y BOE, núm. 12, de 12.01.1996).

condición<sup>31</sup> constituyen el fundamento de la condena del llamado discurso del odio; una manifestación más de los llamados “*hate crimes*” que a raíz de la II Guerra Mundial pretendieron evitar la propaganda nazi y la negación del Holocausto sufrido por los judíos<sup>32</sup>.

La doctrina ha puesto de manifiesto que no existe una definición consensuada de lo que ha de entenderse por “discurso del odio”, más allá de una repetida referencia proveniente de la politología<sup>33</sup>, en la que se identifican tres aspectos que lo caracterizarían: a) la delimitación de un individuo o de un grupo por sus características, b) la estigmatización del objeto atribuyéndole cualidades indeseables y generalizando un estereotipo y, como consecuencia de lo anterior, c) el desplazamiento del grupo de las relaciones sociales haciendo su presencia hostil e indeseable.

Desde luego no contribuye a la unificación de criterio la disparidad de presupuestos reflejada en la normativa internacional que sanciona conductas muy dispares.

Valga de ejemplo el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prohíbe “...la incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia” o el art. 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial que alude a la “difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial”.

En el primer caso las manifestaciones de la libertad de expresión deben tener un propósito: la incitación a realizar una conducta (violencia o discriminación) o a generar un sentimiento (odio u hostilidad) contra un determinado grupo identificable por características comunes, definitorias. Por el contrario, en el segundo supuesto se castiga “la mera difusión de la idea en sí misma, sin otra condición de propósito lesivo o efecto violento. De ahí se puede concluir que según este precepto podría hablarse de incitación al odio en un sentido muy amplio”<sup>34</sup>.

Más allá de la normativa propiamente dicha, el Consejo de Europa en su Recomendación 97 (20), de 13 de octubre, define el “*hate speech*” como como “... cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el

---

<sup>31</sup> Arts. 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

<sup>32</sup> Cfr. ROSENFELD, M. “El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo”, *Pensamiento constitucional*, 11 (2005), p. 155.

<sup>33</sup> Cfr. B. PARECK, “Hate speech: Is there a case for banning?”, *Public Policy Research* (2006), pp. 660-661, citado, entre otros por PÉREZ-MADRID, F. “Incitación al odio religioso o “*hate speech*” y libertad de expresión”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 19 (2009), p. 7, publicado también en NAVARRO-VALLS, R, MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y MANTECÓN, J. (coords.), *La Libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, p. 497; PALOMINO LOZANO, R. “Libertad religiosa...”, p. 530; CUEVA FERNÁNDEZ, R. “El discurso del odio y su prohibición”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35 (2012), p. 438, a propósito de los elementos comunes del discurso del odio y SOUTO GALVÁN, B. “Discurso del odio: género y libertad religiosa”, *Revista General de Derecho Penal*, 23 (2015), p. 9.

<sup>34</sup> Cfr. PÉREZ-MADRID, F. op. cit., p. 8 y LEIGH, I. “Hatred Sexual Orientation, Free Speech and Religious Liberty”, *Ecclesiastical Law Journal*, Cambridge University Press, vol. 10, núm. 3 (2008), p. 341-342.

antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”, y la Recomendación de 13 de diciembre de 2002 instaba a los Estados a sancionar por vía penal la “incitación pública a la violencia, al odio o a la discriminación, así como las injurias o difamaciones públicas y las amenazas”, siempre que concurriera en todas las manifestaciones el elemento intencional, al modo en que lo exige la Ley británica por ejemplo<sup>35</sup>.

El llamado “discurso del odio” surge cuando se advierte una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión que menoscaba la dignidad de un sujeto o un colectivo determinado, insultándolo, denostándolo, degradando su fama o incitando a la violencia, la hostilidad o la discriminación.

A pesar de que el TEDH ha dejado claro que el derecho de libertad de expresión (art. 10 CEDH) constituye uno de los fundamentos básicos de una sociedad democrática en la medida en que contribuye al debate público<sup>36</sup> que la hace progresar y que se erige como derecho fundamental con vis expansiva, eso no significa que sea un derecho omnímodo, como no lo es ninguno, pero sí que puede legitimar el sacrificio de otros en atención a aquella finalidad<sup>37</sup>. El propio párrafo 2º del artículo 10 advierte los instrumentos de legitimidad de las injerencias estatales sobre el derecho cuando su ejercicio incurre en extralimitación; injerencias que deben estar previstas por Ley -en sentido material y no solo formal-, deben perseguir un fin legítimo de los previstos en el propio artículo<sup>38</sup> y, deben ser necesarias en una sociedad democrática; necesidad que el propia Tribunal adjetiva como “imperiosa” para su apreciación<sup>39</sup>.

Para garantizar la armonización entre el Derecho interno de los Estados y el Derecho comunitario y, tomando como *prius* necesario el principio de subsidiariedad, el propio TEDH reconoce a los Estados miembros un cierto “margen de apreciación” que les permite una cierta discrecionalidad a la hora de interpretar las normas del Convenio tal y

---

<sup>35</sup> Sección 6 del Capítulo 73 de la Ley de Relaciones Raciales de 1965 (*Race Relations Act*). Introduce la prueba de la intención en la incitación al odio como *conditio sine qua non* para dictar una condena tal y como pone de manifiesto ROSENFELD, M. op., cit., p. 177 y quedó patente en el caso *Harry Hammond vs. Departement of Public Prosecutions* de 2004 que a continuación tendremos oportunidad de analizar pormenorizadamente. El texto está disponible en línea en [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1965/73/pdfs/ukpga\\_19650073\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1965/73/pdfs/ukpga_19650073_en.pdf) [última consulta 20/04/2017].

<sup>36</sup> SOUTO GALVÁN, B. op. cit., p. 7.

<sup>37</sup> SSTEDH *Handyside contra Reino Unido* (§49.2); *Gündüz contra Turquía* (§37) y *Kokkinakis contra Grecia* (§31).

<sup>38</sup> La seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

<sup>39</sup> STEDH *Handyside contra el Reino Unido* (§48). Puede verse el alcance concreto de las previsiones legales del Convenio en MARTÍN SÁNCHEZ, I. “El discurso del odio en el ámbito del Consejo de Europa”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 28 (2012).

como se estableció en la STEH *Handyside contra Reino Unido*<sup>40</sup>. Aunque no existe una teoría general elaborada sobre el ámbito de aplicación del “margen de apreciación nacional”, MARTÍN SÁNCHEZ, pone de manifiesto algunos de los criterios que se han apuntado como directrices a seguir entre los que destacan el “consenso europeo” sobre determinadas materias -siempre que lo hubiere-, la naturaleza del derecho en cuestión, especialmente trascendente en el caso de la libertad de expresión como hemos apuntado y el fin legítimo perseguido por la injerencia estatal en un derecho concreto, adquiriendo especial relevancia los fines contemplados expresamente en el propio apartado 2 del artículo 10<sup>41</sup>.

## V. UN ESTADIO PREVIO AL DISCURSO DEL ODIOS: LA INCITACIÓN A LA VIOLENCIA CONTRA LOS HOMOSEXUALES EN EL CASO “HARRY HAMMOND”<sup>42</sup>

El Sr. Harry J. Hammond, era un anciano pastor evangélico que predicaba en la localidad británica de Bournemouth un sábado, 13 de octubre de 2001, portando una pancarta en la que podía leerse ¡Detener la inmoralidad! ¡Detener la homosexualidad! ¡Detener el lesbianismo! ¡Jesús es el Señor!

De inmediato un grupo de unas 30 o 40 personas, visiblemente enojadas, reaccionaron con violencia asaltando y derribando al Sr. Hammond. La policía intervino, primero conminando al predicador a deponer su actitud y bajar el cartel. Posteriormente, ante su negativa, arrestándolo por “incitación a la violencia” y “alteración de la paz” contra lo dispuesto en los artículos 5.1.B y 6.4 de la Ley de Orden Público de 1986<sup>43</sup>.

Conforme al primer artículo, una persona resultaba culpable de una ofensa si exhibía cualquier escritura, signo u otra representación visible que fuere amenazante, abusiva o insultante<sup>44</sup>. Por su parte el artículo 6 matizaba que la imputación de la conducta penal dependía del elemento intencional; de modo que solo cuando el sujeto fuere consciente de que su comportamiento pudiere resultar amenazante, abusivo o insultante o, en su

---

<sup>40</sup> Dictada el 29 de abril de 1976 (§48-50). Cfr. BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL, TEDH, pp. 354-367.

<sup>41</sup> MARTÍN SÁNCHEZ, I. op., cit. p. 4.

<sup>42</sup> *Harry John Hammond vs. Department of Public Prosecutions* [2004] EWHC 69 (Admin.) citada en LEIGH, I. op. cit., p. 341 y en “Homophobic Speech, Equality Denial and Religious Expressions” en HARE, I. & WEINSTEIN, J. (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 388-391. Fuente de la sentencia en lengua original: *British and Irish Legal Information Institute* (BAILII); puede verse en línea en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2004/69.html> [última visita 10.02.2017].

<sup>43</sup> Puede accederse a la versión actual de la *Public Order Act 1986* en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/64/section/5> [última visita 10.02.2018].

<sup>44</sup> “(1) A person is guilty of an offence if he . . . (b) displays any writing, sign or other visible representation which is threatening, abusive or insulting within the hearing or sight of a person likely to be caused harassment, alarm or distress” (§9 de la sentencia).

caso, que su propósito de hecho fuere el de amenazar, abusar o insultar mediante palabra, escritura, signo u otra representación visible, podría acusársele de un delito de ofensa<sup>45</sup>.

Iniciado el procedimiento a instancias del Ministerio Público, el tribunal de primera instancia condenó al pastor Hammond a una pena de multa de 300£ más el abono de otras 395£ en concepto de gastos procesales, además de ordenar incautarle la pancarta que venía exhibiendo. Acríticamente -como ha señalado la doctrina- el Tribunal de Apelación (*Divisional Court*) asumió íntegramente los argumentos del tribunal inferior confirmando la condena.

Vista la sentencia de instancia, los jueces del *Divisional Court* advirtieron que la posibilidad de imputarle el delito pasaba porque la fiscalía probase tres aspectos: 1º. Que el signo (pancarta) resultaba verdaderamente amenazante, abusivo o insultante; 2º. Que al ser exhibido públicamente causaba acoso, alarma o angustia en quienes lo contemplaban y 3º. Que el actor era consciente de lo anterior.

A renglón seguido y plegándose al criterio del Ministerio Público reconoce que “leyendo el letrero... es evidente que no resulta amenazante... ni abusivo. Sin embargo, sí resultaba insultante y además causaba acoso, alarma o al menos angustia; evidencia de ello fue [la reacción] de las personas que estuvieron allí” (§10).

Resulta un tanto curioso que el tribunal (§15) advierta la necesaria vinculación del derecho británico con el derecho europeo a través de dos vías como son la interpretación de la Ley interna (*Public Order Act*) más acorde con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del TEDH a través de la doctrina sentada en la conocidas sentencias *Sunday Times contra el Reino Unido*<sup>46</sup> y *Kokkinakis contra Grecia*<sup>47</sup> cuando el fallo se aparta deliberadamente de la decantada doctrina de la Corte.

Recuerda la primera de las sentencias que “La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática de acuerdo con el parágrafo 2 del artículo 10 [del CEDH]. Esto es aplicable no sólo a la información o a las ideas que se reciben o consideran favorables o inofensivas o, en su caso, indiferentes, sino también a aquellas que *ofenden, chocan o molestan*. La libertad de expresión consagrada en el artículo 10 está sujeta a numerosas excepciones que, sin embargo, deben ser interpretadas restrictivamente y la necesidad de tales restricciones debe ser establecida

---

<sup>45</sup> “A person is guilty of an offence under section 5 only if he intends his words or behaviour, or the writing, sign or other visible representation, to be threatening, abusive or insulting, or is aware that it may be threatening, abusive or insulting or he intends his behaviour to be or is aware that it may be disorderly” (§9 de la sentencia).

<sup>46</sup> STEDH (Nº 2) [1992] 14 EHRR 123 (§15).

<sup>47</sup> STEDH [1993] 17 EHRR 397 (§17).

de forma convincente”<sup>48</sup>. Por su parte, la segunda, incidiendo en el ejercicio del derecho de libertad religiosa -argumento usado por la defensa del Sr. Hammond- hace notar que, de acuerdo con el artículo 9 CEDH, el derecho a manifestar una religión no sólo es ejercitable en comunidad, en público con otras personas que comparten las propias creencias sino también en privado y que, además incluye el derecho a tratar de convencer al prójimo, por ejemplo, a través de la enseñanza.

Los argumentos de la defensa en la fase de apelación se basaban en considerar que las palabras del pastor no resultaban insultantes por el mero hecho de que las personas que se congregaron en torno a él se sintieran molestas o angustiadas. Es más, no eran sino una “*expresión legítima [...], no una afrenta o falta de respeto... no había ningún elemento de estereotipo ni de abuso grosero o gratuito*”. Además su expresión se considera “razonable” (art. 5.C de la Ley<sup>49</sup>), amparada y legitimada por el ejercicio de su derecho de libertad religiosa conforme al artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos porque *constituía una manifestación sincera de sus creencias y su moral; su finalidad era el proselitismo y no utilizaba un lenguaje amenazante ni incitaba a la violencia* (§26).

Los jueces del tribunal, al analizar el contenido y circunstancias de las manifestaciones contenidas en la pancarta, llegan a varias conclusiones: 1ª. Que las palabras resultaban insultantes y crearon angustia en la colectividad; 2ª. Que Hammond fue consciente del efecto que causarían sus manifestaciones como así lo declaró<sup>50</sup>; 3ª. Que en la actuación del Estado *concurrió un objetivo legítimo* como era evitar o, al menos contener, el desorden público<sup>51</sup> que ocasionaba contemplar la pancarta, 4ª. Que conforme las exi-

---

<sup>48</sup> “*Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society subject to paragraph (2) of Article 10. It is applicable not only to information or ideas that are favourably received or regarded as inoffensive, or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Freedom of expression as enshrined in Article 10 is subject to a number of exceptions which, however, must be narrowly interpreted and the necessity for any restrictions must be convincingly established*” (§15).

<sup>49</sup> En su descargo, el acusado puede alegar que “su conducta era razonable”.

<sup>50</sup> El pastor portó la pancarta en un autobús deliberadamente oculta por temor a la reacción que podría suscitar en los pasajeros.

<sup>51</sup> Resulta interesante la definición de “perturbación del orden público” que se ofrece en la sentencia del caso *Redmond-Bate v. Department of Public Prosecutions*, de 23 de julio de 1999 dictada por el “*Queen’s Bench Divisional Court*” del Tribunal Supremo del Reino Unido. En él se enjuiciaba a tres mujeres —entre ellas Alison Redmond-Bate— pertenecientes a una organización religiosa llamada “*Faith Ministries*” que se hallaban predicando sobre cuestiones morales y religiosas (Dios y la Biblia se dice literalmente) en las escaleras de la Catedral de Wakefield. Su predicación suscitó una protesta en la que numerosos ciudadanos (100 aprox.) llegaron a desear su muerte, amenazando incluso con dispararles. Dispersado el tumulto y en aras a recobrar el orden público, la policía intentó disuadir a las mujeres de su predicación. Sin embargo, ellas se opusieron y fueron, finalmente, arrestadas por “obstrucción a la labor de la policía”. El juez Sedley LJ, a la luz de la Ley de Orden Público, enfatiza el hecho de que para que se aprecie la perturbación del orden público no es suficiente “el ruido y el desorden” sino que es necesario que exista una “amenaza de

gencias del Derecho europeo, la medida restrictiva del derecho de libertad de expresión cumplió con la exigencia de ser una “necesidad social acuciante”<sup>52</sup> al considerar -no sin cierto titubeo<sup>53</sup>- que las palabras resultaban insultantes y, en consecuencia irrazonables, básicamente por tres razones: por dirigirse específicamente contra comunidades de homosexuales y lesbianas; ello las convertía en inmorales y contrarias a la tolerancia que habría de mostrarse<sup>54</sup> [sic]; porque al exhibirse la pancarta un sábado por la tarde [sic] se provocaba la hostilidad del público y, por último, porque la protesta estaba provocando violencia y desorden e interfería con los derechos de los demás (§28) y, 5ª. Que, visto todo lo anterior, la calificación de la conducta como delito fue una medida proporcionada al fin perseguido (§19).

Habiendo justificado pues que la restricción del derecho de libertad del demandado constituye una injerencia estatal adecuada y proporcionada, el tribunal se pregunta si la respuesta podría invertirse al considerar que el actor viniese ejercitando, no el derecho de libertad de expresión, sino de libertad religiosa por medio del ejercicio del proselitismo en el sentido del art. 9 CEDH (núm. 20). La respuesta fue negativa porque no se entró a valorar la extensión del derecho a manifestar en público o en privado las propias creencias como parte del derecho de libertad religiosa del pastor Hammond. Simplemente reprodujeron los argumentos del tribunal de instancia, considerando insultantes sus palabras -y por tanto fuera de toda razonabilidad como circunstancia eximente del delito- al “relacionar la homosexualidad y el lesbianismo con la inmoralidad” y al observar la reacción ciudadana acaecida (§26 y §31).

El fallo del caso Hammond ha recibido varias críticas, basadas principalmente en el criterio del TEDH acerca de los límites del derecho de libertad de expresión. En tal sentido, LEIGH<sup>55</sup> ha calificado la decisión del tribunal de apelación como “profundamente insatisfactoria” al resultar inconsistente por dos razones. La primera es que choca frontal-

---

violencia” y, concluye que, que existe un salto lógico en el hecho de poner en relación causa-efecto la predicación con el estallido de la violencia tomando como telón de fondo la vis expansiva del derecho a la libertad de expresión del CEDH y de la Ley británica, llegando a la conclusión de que la percepción de que la Sra. Redmond-Bate estaba a punto de perturbar la paz por la mera predicación —en relación con una advertencia previa al tumulto hecha por la policía— no era razonable. Vid. el texto de la sentencia en *The Times Journal of Civil Liberties*, 4 (3), pp. 382-388, disponible en línea en <http://epubs.surrey.ac.uk/3055/2/Redmond-Bate.pdf> [última visita 25.01.2018], así como un comentario de la misma AA. VV. *Human Rights & Criminal Justice*, 3ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2012, p. 755 a cargo de A. Geedins.

<sup>52</sup> STEDH *Handyside contra Reino Unido* (§48).

<sup>53</sup> *Accordingly, not without hesitation, I have reached the conclusion that it was open to the justices to reach the conclusion that they did as to the fact that these words on the sign were, in fact, insulting* (§32 de la sentencia).

<sup>54</sup> Nótese la gratuidad del juicio de valor.

<sup>55</sup> LEIGH, I. “Homophobic Speech...”, p. 389.

mente con la jurisprudencia de Estrasburgo<sup>56</sup> que reconoce la protección de ideas chocantes o impactantes (*shocking ideas*) contrarias a las del Estado o de determinados grupos sociales<sup>57</sup> y, la segunda, el hecho de no interpretar la Ley de Orden Público en el sentido más acorde con el CEDH a tenor de lo que disponen los artículos 2 y 3 de la *Human Rights Act* 1998, de 9 de noviembre<sup>58</sup>.

En sentido similar, otros autores han criticado, por un lado, que la interpretación del concepto “angustia” contenido en la Ley de Orden Público ha sido demasiado laxo y por tanto contrario a la interpretación restrictiva de los límites al derecho de libertad de expresión conforme al artículo 10.2 CEDH<sup>59</sup> o, por otro, que la licencia del tribunal de permitirse *sugerir* al orador reformular su disenso público con la ortodoxia social en términos más aceptables en pro de rebajar el impacto negativo del discurso tanto en su aspecto formal como material resultaría intolerable<sup>60</sup> porque imposibilita la difusión del *discurso religioso en su integridad* y porque, a su vez, incurre en un violación del principio del “libre mercado de las ideas” (Juez Holmes<sup>61</sup>) que a la postre ha de redundar en el fortalecimiento de los valores democráticos de diversidad y pluralismo.

---

<sup>56</sup> Nunca se pudo verificar este extremo porque antes de presentarse cualquier recurso ante el TEDH el pastor Hammond falleció.

<sup>57</sup> STEDH *Handyside...* (§49). En el caso *Redmond-Bate v. DPP* se dice que la libertad de expresión no sólo incluye las opiniones inofensivas sino también “*las irritantes, conflictivas, heréticas, las que no son bienvenidas [sic] y las provocadoras, siempre que no tiendan a provocar la violencia*”.

<sup>58</sup> El art. 2.1 dice que un tribunal que decida sobre una cuestión que surge en conexión con un derecho del Convenio debe tener en cuenta cualquier... (a) sentencia, decisión, declaración u opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el art. 3.1 “En la medida de lo posible, la legislación primaria y la subordinada debe leerse y aplicarse de forma compatible con el Convenio de Derechos Humanos. La norma está disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents> [última visita el 25/04/2017]. Reforzando esta interpretación se pronunció el Juez Sedley LJ en el caso *Redmond-Bate v. DPP* cuando dice: “*it is now accepted that the common law should seek compatibility with the values of the Convention [refiriéndose al CCEDH]... has been for a long time, good reason for policing and law in this field to respect the Convention...*”.

<sup>59</sup> ASWORTH, A. “Case Comment”, *Criminal Law Review* (2004), p. 851-853 citado por LEIGH, I. en “Homophobic speech...”, p. 390, nota al pie núm. 80.

<sup>60</sup> Geedins ha llegado a calificar el caso Hammond como un “pro-civility judgement” en este mismo sentido en la medida en que el Estado conmina al orador público a adoptar un discurso “decoroso” en el conjunto de la sociedad y que, en última instancia, refleje un “*ethos* comunitario”; cfr. en “*Free Speech Martyrs or Unreasonable Threats of Social Peace?— ‘Insulting’ Expression and Section 5 of the Public Order Act 1986*”, *Public Law* (2004), pp. 583-869. Citado a su vez en LEIGH, I. “Homophobic Speech...”, p. 390 y en Aa. Vv. *Human Rights...*, op. cit., p. 755.

<sup>61</sup> Sobre su doctrina vid. TEN CATE, I. “Speech, Truth and Freedom: An examination of John Stuart Mill and Justice Oliver Wendell Holmes Free Speech Defender”, *Yale Journal of Law & The Humanities*, Vol. 22, Iss. 1, Article, 2, pp. 35-47. Disponible en línea en <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1354&context=yjlh> [última visita 13.02.2018].

## VI. EL DISCURSO DEL ODIOS EN SUECIA: EL CASO “ÅKE GREEN”

Tal y como figura en los fundamentos fácticos de la sentencia del Tribunal Supremo sueco, de 29 de noviembre de 2005<sup>62</sup>, la condena inicial contra el pastor pentecostal Åke Green, acusado de un delito de “agitación contra un grupo nacional o étnico” surgió como consecuencia de la difusión pública de un sermón titulado *¿Es la homosexualidad un instinto natural o las fuerzas del mal que juegan con los humanos?*, fechado el 20 de julio de 2003 en la ciudad de Borgholm y predicado ante, al menos, una cincuentena de personas y que incluía, entre otras, las siguientes declaraciones<sup>63</sup>:

“Legalizar la relación entre hombres y entre mujeres, simplemente creará desastres... Ya estamos viendo las consecuencias de esto. Lo vemos a través de la propagación del VIH. Ciertamente, no todas las personas infectadas con el VIH son homosexuales, pero surgió debido a esto en el pasado y, por supuesto, las personas inocentes pueden infectarse con esta terrible enfermedad, sin que por eso tuvieran nada que ver con lo que hay detrás de la homosexualidad” (§4).

“La Biblia se fija y enseña acerca de estas anomalías. Y las anomalías sexuales son un tumor canceroso profundo en todo el cuerpo de la sociedad. El Señor sabe que las personas sexualmente retorcidas incluso violarán animales. Tampoco los animales se liberan de las necesidades sexuales de los humanos y del fuego que arde en el ser humano. Incluso son capaces de eso” (§5).

“Deshonradores de niños. Ya cuando la Biblia fue escrita, el Señor sabía lo que iba a suceder. Lo hemos experimentado aquí y todavía lo experimentamos y estamos horrorizados por ello. Y Pablo habla en Primera Corintios (1-10<sup>64</sup>) de los humanos pervertidos. Y los humanos pervertidos se traducen del texto original como *uno que miente con muchachos*. Uno que miente con muchachos es parte de la gente pervertida de la que habla la Biblia. Ahora quisiera recalcar que todos los homosexuales no son pedófilos. Y todos los homosexuales no son pervertidos. Pero la puerta se abre sin embargo a las áreas prohibidas y permite que el pecado se asiente en sus pensamientos. Y la persona que es un pedófilo hoy no comienza como tal, simplemente comenzó a cambiar las relaciones. Así fue como empezó. Y ser fiel en una relación homosexual no es, en modo alguno, mejor que cambiar de pareja cada día. No es una relación mejor. Es igualmente despreciable a los ojos

---

<sup>62</sup> Que resolvió el recurso contra la sentencia absolutoria dictada en apelación el 11 de febrero de 2005 (B 1987-04). Cfr. Referencia en Bob, C. “*The Global Battle...*”, op. cit., p. 221-223.

<sup>63</sup> Parágrafos 4 a 7 de la sentencia.

<sup>64</sup> La cita no parece correcta porque San Pablo habla de la privación del Reino de Dios para los injustos —en sentido moral—, entre los que se encontrarían los homosexuales, en 1 Co. 6, 9-10.

de Dios” (§6).

“Voluntariamente dejo la limpieza y recibo la inmundicia. Ellos hicieron un intercambio consciente, dice Pablo. La homosexualidad es algo enfermo. Un pensamiento sano y limpio ha sido sustituido por un pensamiento contaminado. Donde un corazón sano ha sido cambiado por un corazón enfermo. Eso es lo que se ha hecho. Donde un cuerpo sano ha sido desperdiciado debido a un intercambio dice Pablo ... ¿Es la homosexualidad algo que uno elige, la respuesta es sí. Tú lo eliges. No has nacido en ella. Simplemente lo eliges. Lo puedes cambiar. Esto es así, porque desde otro punto de vista sería una traición a la gente” (§7).

Para el tribunal de primera instancia y, en consonancia con la acusación del Ministerio Público, el contenido del discurso era subsumible en el tipo del capítulo 16.8 del Código Penal<sup>65</sup> *por contener manifestaciones de desprecio contra los homosexuales como colectivo a la vez que exceden los límites de un debate objetivo y responsable sobre el grupo en cuestión*; elemento que de advertirse cumplido llevaría a la inimputabilidad del pastor.

Åke Green, no obstante, presentó un recurso de apelación contra la sentencia condenatoria ante el Tribunal de Apelación de Göta en Jönköping<sup>66</sup>. El recurso que fue estimado y, por ello revocada la condena, al entender que “el propósito del castigo de la agitación contra los homosexuales no es prevenir argumentos o discusiones sobre la homosexualidad”. Según esta visión de los hechos, la finalidad única de Green era difundir sus ideas, es decir, ejercitar el proselitismo y no atacar a los homosexuales. Además, se reconoce el derecho que le asiste a predicar “*la condena categórica de la Biblia a las relaciones homosexuales como pecado*” así como su derecho a hacer una interpretación literal con independencia de que las formas de expresión fueren cuestionables. Derechos estos que no está tan claro -dice el tribunal- que fuesen extensibles a quien realizara declaraciones de contenido similar aunque no basadas en una interpretación bíblica<sup>67</sup>.

Partiendo inicialmente del derecho penal sueco, el Tribunal Supremo refrenda la imputación por entender que las manifestaciones constituyen valoraciones de desprecio frente al grupo homosexual tipificadas como delito, sin perjuicio de que -en su descargo-

---

<sup>65</sup> Disponible en inglés en <http://www.government.se/contentassets/5315d27076c942019828d6c36521696e/swedish-penal-code.pdf>. Textualmente dice el artículo “Una persona que, en una declaración o comunicación difundida, amenace o manifieste desprecio por un grupo nacional, étnico u otro grupo de personas con alusiones a raza, color, origen nacional o étnico, creencia u orientación sexual, será condenado por agitación contra un grupo nacional o étnico”. El precepto, sin embargo, fue enmendado por ley, que entró vigor el 1 de enero de 2003, y que incluyó como sujeto pasivo del delito al colectivo homosexual (§9).

<sup>66</sup> Ciudad situada unos 350 km al suroeste de Estocolmo en la orilla sur del lago Vättern.

<sup>67</sup> Boc, C. “The Global Battle...”, op. cit., p. 221.

“no fue completamente categórico e hizo ciertas reservas en el sentido de que no todos los homosexuales eran como los que criticaba” (§20).

Rechaza, sin embargo de plano, la teoría de la defensa en cuya virtud las declaraciones no se dirigían contra el colectivo homosexual sino contra las prácticas calificadas en la Biblia como pecado y -curiosamente<sup>68</sup>- no advierte posibilidad de distinción entre la “tendencia u orientación sexual” y “sus manifestaciones”, reconduciendo éstas a la esencia o substancia de aquella (§20).

Esta conclusión se ve modificada cuando se conecta la Ley penal sueca con el derecho comunitario y más en concreto, cuando el Tribunal se pregunte por la amplitud interpretativa que merece el término “desprecio” de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 9 y 10 del CEDH y la jurisprudencia de Estrasburgo; derechos que de algún modo venía ejercitando Åke Green. Al respecto se preguntará la Sala por cómo afectará el Convenio Europeo a la responsabilidad penal, dada por supuesta, del pastor. En otras palabras, si la imputación del delito constituye una limitación justificada de los derechos de libertad de expresión y libertad religiosa del Convenio.

Resulta revelador que el tribunal coloque el discurso en el ámbito de la libertad religiosa, hasta tal punto que afirma que *“El interés primordial es, pues, la aplicación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del artículo 9, que puede considerarse un caso especial de protección de la libertad de expresión en lo que respecta a la expresión de pensamientos e ideas basados en una religión en un contexto tal como una situación de sermón”*.

Desde el punto de vista del derecho interno, se reconoce que a la libertad religiosa “se le ha asignado un gran peso en la protección constitucional de las libertades y derechos civiles” y que si bien “una acción que generalmente es criminal no está protegida sólo porque tiene lugar en un contexto religioso”, lo cierto es que aquella protección “implica la prohibición de las disposiciones que están expresamente dirigidas contra una determinada práctica religiosa o que, aunque se les ha dado una formulación más general, están obviamente destinadas a obstruir una cierta tendencia religiosa”.

Por lo que a la libertad de expresión se refiere, las restricciones aceptables en el derecho sueco pasan por las exigencias del Convenio, esto es, estar previstas en la Ley y satisfacer un propósito aceptable en una sociedad democrática pero nunca “llegar a constituir una amenaza a la libre formación de la opinión como uno de los fundamentos de la democracia, y no se deben hacer únicamente sobre la base de opiniones políticas, religiosas, culturales u otras”. Añade además que si bien *-lege data-* hay motivos de es-

---

<sup>68</sup> La Ley de Igualdad holandesa de 1994 asume la posibilidad de dicha distinción de forma que las escuelas [privadas] no pueden discriminar a los homosexuales por el “único motivo” de su homosexualidad, pero, como condición para su contratación, se requiere que los profesores “no hagan” cosas ciertamente contrarias a la identidad del centro (ibídem., p. 227, nota al pie núm. 3).

pecial importancia que justifican la limitación de la libertad de expresión, debe prestarse especial atención a la vis expansiva de esta libertad en el contexto religioso<sup>69</sup>.

Partiendo del análisis del art. 9 CEDH sobre la base del caso *Kokkinakis contra Grecia*<sup>70</sup> (§30) y, advirtiendo la “importancia central” que para el individuo pueden tener las convicciones religiosas, la Sala aplica analógicamente los criterios consolidados por la jurisprudencia en torno a las restricciones legítimas del derecho reconocido en el artículo 10 CEDH. En consecuencia, la perspectiva que se debe adoptar a la hora de enjuiciar si el discurso incita al odio contra los homosexuales pivota en torno a las siguientes cuestiones:

Primera. Que la libertad de expresión incluye informaciones y opiniones que “ofenden, sacuden o perturban al Estado o a cualquier sector de la población”.

Segunda. Que hay que considerar que Åke Green actuó sobre la base de convicciones religiosas y de sus obligaciones como pastor con el objetivo de “influir en la situación de la gente para mejor y de acuerdo con sus convicciones”.

Tercera. Que cuando la libertad de expresión se ejerce en un contexto religioso -como es el caso- el orador asume derechos y deberes, entre los que se encuentran los de evitar, en lo posible, “expresiones gratuitamente ofensivas... que no contribuyen a ningún tipo de debate capaz de promover el progreso en los asuntos humanos”<sup>71</sup>.

Cuarta. Que en el ámbito del llamado “discurso del odio” *debe realizarse una evaluación global de las circunstancias*, incluyendo el *contenido* de lo que se dijo y el *contexto*<sup>72</sup> en el que se formularon las declaraciones, a fin de determinar si la restricción es proporcional en relación con el propósito y si las razones son relevantes y suficientes (§35). *Esto lleva a analizar el texto en su contexto, es decir, sobre la base de los contenidos que se transmite de inmediato y no sobre la base del examen crítico de la redacción exacta*. Ello supone a la vez tener en cuenta al sujeto destinatario del discurso y la forma en la que se ha entenderse por éste

---

<sup>69</sup> “*In the Second paragraph of the Section [12 de la ley], it is stated that when judging what restrictions may be introduced by virtue of the first paragraph, particular regard shall be given to importance of the widest possible freedom of expression in political, religious, profesional, scientific and cultural matters*” (la cursiva es nuestra).

<sup>70</sup> STEDH de 25 de mayo de 1993.

<sup>71</sup> STEDH *Gündüz contra Turquía* (Recurso Núm. 35071/97, de 4 de diciembre de 2003).

<sup>72</sup> STEDH *News Verlags GmbH & CoKG contra Austria* (2000).

conforme a sus convicciones religiosas (§18-19)<sup>73</sup>.

Haciendo una valoración global tanto del manifiesto como de las circunstancias aledañas (fuente, tono, destinatarios, finalidad, etc.) e interpretando el término “agitación” del derecho penal sueco en forma restrictiva, a tenor de su sometimiento al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el tribunal entiende que el sermón *no puede calificarse como “discurso odio”*. Va incluso más allá. Ni siquiera adquieren tal calificación las declaraciones de mayor alcance como puede ser la identificación de la homosexualidad como un “tumor canceroso” porque *“La forma en que se expresó no puede decirse que sea mucho más despectiva que las palabras de los pasajes bíblicos en cuestión, aunque puede considerarse de gran alcance teniendo en cuenta el mensaje que deseaba transmitir al público. Él hizo sus declaraciones en un sermón ante su congregación sobre un tema que está en la Biblia”* (§37).

El delito que se imputa al pastor Green -agitación contra los homosexuales- se introdujo en el Código Penal sueco por una enmienda<sup>74</sup> de 2002 a la Ley de persecución contra grupos minoritarios al considerar al colectivo homosexual como un grupo vulnerable<sup>75</sup> de la sociedad que venía siendo objeto de constantes agresiones y vejaciones por parte de grupos de ideología racial o nacional-socialista.

El tipo penal contempla además de la amenaza como conducta punible el “desprecio expreso” contra el colectivo. Sin embargo, no todas las manifestaciones de carácter despectivo o degradante pueden calificarse como delito, sino que para ser punibles “es necesario que esté completamente claro que la declaración excede los límites de un debate objetivo y responsable con respecto al grupo en cuestión” (§22). De este modo se preserva de la incursión en la conducta delictiva la discusión o crítica objetiva de la homo-

---

<sup>73</sup> Esta última reflexión la hace el tribunal al amparo de la legislación sueca; no obstante, está en línea con la opinión del TEDH como puede verse en la sentencia del caso *Vejdeland et alii. contra Suecia*, de 9 de febrero de 2012 (§52). Cfr. COMBALÍA, Z. “Los conflictos entre libertad de expresión y religión: el tratamiento jurídico del discurso del odio”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXI (2015), p. 364.

<sup>74</sup> En vigor desde el 1º de enero de 2003. Clifford Bob apunta que la reforma tuvo dos fuentes impulsoras, una doméstica y otra internacional. La primera fue la Federación Sueca para los derechos de Homosexuales, Lesbianas, Bisexuales y Transexuales (1950), de fuerte influencia en la escena del país, que lo llevó a ser uno de los primeros en admitir las relaciones homosexuales entre adultos (1944), a promulgar leyes antidiscriminación (1987) o a permitir las uniones civiles entre personas del mismo sexo (1995). Dicha federación es además miembro de la Asociación Internacional de Homosexuales y Lesbianas (ILGA por sus siglas en inglés), constituida como una red para proteger los derechos del colectivo contra la discriminación y fomentar su integración social con especial incidencia en los países de la Unión Europea y el Consejo de Europa y resultando un grupo de presión importante a finales de la década de los 90 para fortalecer los programas que habrían de luchar contra el miedo y el odio en contra de los homosexuales, Cfr. op., cit., pp. 2015-2016.

<sup>75</sup> *Idem*, cit., p. 216.

sexualidad porque constituyen manifestaciones de la libertad de opinión que contribuyen a la libre formación de la misma en la sociedad.

A la vista de la modificación legislativa, algunos sectores conservadores de la confesión luterana vieron una amenaza contra su oposición a la homosexualidad al considerar que el propósito de la reforma estaba desequilibrado porque “en nombre de la protección de la ofensa contra los homosexuales se prohíbe a los religiosos expresar creencias profundamente arraigadas en los términos vehementes requeridos para rechazar el pecado implicado”<sup>76</sup>. El Consejo de la Iglesia Libre de Suecia exigió una definición clara de la conducta penal a fin de esclarecer si los sermones basados en la Escritura podrían ser conductas punibles y, en su caso, realizar una excepción *ad hoc* en la Ley. Al respecto el Parlamento (*Riksdag*) contestó que “normalmente” queda fuera del ámbito penal la mera cita de las Escrituras exhortando a los oyentes (fieles) a su adhesión<sup>77</sup>. Por otro lado, el Gobierno respondió que con la alusión de la condición sexual en la conducta punible no se pretendía evitar un debate público y objetivo; la discusión o crítica razonada sobre la homosexualidad, la bisexualidad u otra condición sexual en el seno de las Iglesias de la comunidad. No se pretendía, por tanto, cercenar la libertad de opinión ni la libre formación de ésta, que contribuyen a la conformación del debate social. No obstante, para una correcta formación de la opinión pública es necesario garantizar la réplica, es decir, otorgar a los homosexuales el de rebatir la crítica en un debate libre y abierto; responder y corregir concepciones erróneas a fin de contrarrestar prejuicios que se verían favorecidos por su ausencia en el foro público.

## **VII. EL DISCURSO DEL ODIOS EN ESPAÑA: HOMILÍAS DE MONS. REIG PLÁ Y MONS. CAÑIZARES**

Como consecuencia de dos declaraciones públicas hechas por Mons. Juan Antonio Reig Plá, obispo de Alcalá de Henares, en 2012 se inició un procedimiento judicial<sup>78</sup> acusándolo de incurrir en un delito de odio contra los homosexuales, previsto en el artículo 510 1 y 2 del Código penal.

El 6 de abril, pronunció una homilía con ocasión de los Oficios del Viernes Santo en la que reflexionaba sobre las “falsas ideas” que llevan a adoptar ideologías que corrompen

---

<sup>76</sup> *Idem*, op., cit., p. 217.

<sup>77</sup> Sentencia Tribunal Supremo Sueco, citando el Informe evacuado por la Comisión Parlamentaria Constitucional 2001/02: KU23, p. 36. El propio Ministro de Justicia Goräm Lambert puntualizó que ciertos sermones religiosos que declaran la homosexualidad pecaminosa pueden ser delito, cfr. BOB, C. op. cit., p. 216.

<sup>78</sup> El íter judicial exhaustivo puede verse en LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A. “La libertad de expresión de la jerarquía eclesial y el discurso del odio”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesial del Estado*, 42 (2006).

la sexualidad humana desde la misma infancia. Sostenía el obispo que a los niños se les hace creer que sienten atracción por personas de su mismo sexo, llegando en ocasiones al ejercicio incluso de la prostitución para comprobarlo. “Os aseguro -dice a la feligresía- que encuentran el infierno”.

Días después, el 16 de abril, Reig Plá concede una entrevista al medio *Religión en Libertad* en el que matizaba algunas de las declaraciones contenidas en el sermón. En la entrevista se refiere a la ideología de género y a otras teorías que “deconstruyen” al ser humano y lo arrastran al *infierno vital* al que se había referido en la homilía. Precisa además que sus palabras no se apartan del Magisterio eclesial que propugna el acogimiento de los homosexuales sobre la base de la dignidad humana que les es innata, sin perjuicio del reconocimiento de que sus actos son “intrínsecamente desordenados”<sup>79</sup>.

Leídas las declaraciones homiléticas y visto el vídeo de la entrevista, el titular del Juzgado número 6 de Alcalá rechazó de plano la acusación<sup>80</sup> al situar las palabras en su contexto: una reflexión sobre el pecado y el sufrimiento. Entiende pues que, aunque sus palabras son abiertamente críticas con la homosexualidad, no hay ápice en ellas de injuria ni de llamada a la discriminación por razón de la orientación sexual. Del mismo modo la referencia al infierno debe entenderse “no como castigo divino” para quienes practican la homosexualidad sino como “una forma de describir gráficamente el sufrimiento de aquellos que se corrompen”<sup>81</sup>; es más, como afirma LÓPEZ-SIDRO, las referencias a la homosexualidad no se enmarcan en la parte de la homilía dedicada al pecado sino introducido ya el tema de la misericordia divina<sup>82</sup>.

La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia. Partiendo de dos premisas como son el carácter central de la dignidad humana en el reconocimiento de los derechos humanos (art. 10 CE) y la doctrina del TEDH sobre la extensión de la libertad de expresión fijada en la lejana sentencia *Handyside c. Reino Unido*<sup>83</sup> y plasmada en la STC 235/2007 (FJ. 1º), sostuvo que Reig Plá no incurrió en el tipo penal porque, de suyo, exige una “incitación necesaria-

---

<sup>79</sup> Cfr. CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA, núm. 2358 y LÓPEZ-SIDRO, A. “Libertad...”, p. 5, nota al pie núm. 9.

<sup>80</sup> En consecuencia, se decretó el sobreseimiento y archivo de la causa.

<sup>81</sup> LÓPEZ-SIDRO, A. op. cit., p. 7.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>83</sup> Desde el año 1982 el Tribunal Constitucional español ya se hizo eco de la amplitud de la libertad de expresión de la sentencia *Handyside* en la sentencia 62/82, de 15 de octubre. Cfr. comentario al artículo 20 CE en JIMÉNEZ BLANCO, A. (coord) *et alii. Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, 1993, p. 161.

mente *directa* al odio, la discriminación o la violencia<sup>84</sup> y sus palabras únicamente manifestaron su desacuerdo con una determinada opción sexual, limitándose a “ejercer su libertad ideológica, religiosa y de opinión de forma pública...”.

Del mismo modo se rechaza la acusación del delito de difusión de informaciones injuriosas sobre un grupo social del 510.2 CP<sup>85</sup> al entender la Sala que del texto de la homilía no se deduce un ataque a la totalidad del “colectivo gay” [sic] sino que el obispo se refiere a individuos aislados que él considera que realizan conductas reprobables. “El denunciado, en definitiva, está expresando los ‘peligros’ que... acechan a las personas que sienten atracción sexual por personas de su mismo sexo; tan sólo es una opinión, no tiene que ser compartida y por muy desajustada que parezca con los valores de la sociedad actual, eso no la convierte en constitutiva de delito”<sup>86</sup>.

Con ocasión de la clausura del curso del Instituto Juan Pablo II de estudios sobre la familia, el cardenal-arzobispo de Valencia, monseñor Antonio Cañizares Llovera dirigió a los asistentes al acto una homilía titulada “*En defensa y apoyo de la familia*”<sup>87</sup> en la que, de modo muy puntual -pues su objetivo no era criticar la homosexualidad- se refería al “imperio gay”, en el contexto de movimientos e ideas que promueven legislaciones contrarias a la familia tal y como la concibe el Magisterio eclesial.

Tras airadas reacciones y un primer órdago a encontrar reproche jurídico alguno, finalmente el cardenal llegó incluso a enviar una carta a las Cortes valencianas -de donde vinieron gran parte de los reproches- retirando sus palabras si pudieren haber ofendido a alguien.

A pesar de la pública retractación, el 6 de junio de 2016 se interpuso una denuncia contra el clérigo por la presunta comisión de un delito de odio del 510.1 del Código Penal.

---

<sup>84</sup> Antes de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el art. 510.1 rezaba: “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”.

<sup>85</sup> “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”.

<sup>86</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de abril de 2014, FJ. 2º.

<sup>87</sup> Cfr. LÓPEZ-SIDRO, A. op. cit., pp. 16 y ss. El sermón fue publicado en su integridad en la página web de la archidiócesis, el 1 de junio de 2016.

El Auto del Juzgado núm. 18 de Valencia, de 9 de junio de 2016<sup>88</sup> declara el sobreseimiento y archivo de la causa al entender que *no existe una incitación o promoción directa o indirecta al odio, hostilidad o discriminación contra los homosexuales* sobre la base de una sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2011 referida expresamente al análisis del propio artículo 510 CP y en la que merece resaltar que “los derechos a la libertad ideológica y a la libertad de expresión permiten... no sólo asumir cualquier idea, sino expresarla e, incluso difundirla, y acomodar a ella el desarrollo de la propia vida, siempre con los límites que impone la convivencia respetuosa con los derechos de los demás”.

Para el Supremo, en la Constitución caben ideologías políticas opuestas, tanto de derechas como de izquierdas. Cabrían incluso ideas extremistas dentro del espectro político referido, a la sazón, rechazables desde los valores de los derechos fundamentales y libertades públicas. Sin embargo, “la tolerancia para con ellas, que no ha de ser condescendencia, acepción o comprensión sino solamente que las ideas, como tales, no deben ser perseguidas penalmente” (FJ. 5).

Debe, sin embargo, recibir un reproche constitucional la realización de actos o actividades que, en desarrollo de aquellas ideas, vulneren otros derechos constitucionales. “Pero la expresión o difusión de ideas violentas no puede ser identificada con la violencia que contienen a efectos de su persecución, que sin embargo se justifica cuando supongan una incitación a hacerla efectiva” (FJ. 5).

El Tribunal afina al máximo la comprensión del amplio espectro de manifestaciones que abarca la libertad de expresión cuando recuerda que “comprende la libertad 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 los cuales no existe ‘sociedad democrática’ (STC 174/2006, de 5 de junio, FJ. 4 ). Y añade gráficamente “es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso que atenten al propio sistema democrático”<sup>89</sup> (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ. 2 ).

Dicho lo anterior, el Auto concluye que la *libertad ideológica y de expresión tiene como límite el menosprecio y el insulto* contra individuos o grupos así como *la generación de sentimientos de hostilidad* hacia ellos por resultar contrarios a la dignidad de la persona, a los derechos al honor y la igualdad, pero eso sí, puntualiza que “*la superación de*

---

<sup>88</sup> Existe otro Auto del mismo juzgado, de fecha 22 de junio de 2016, que declara el sobreseimiento y archivo de la causa contra el cardenal por un presunto delito del artículo 510.2 CP y que no reproduciremos porque es un calco de éste.

<sup>89</sup> Auto, FJ. 6.

*los límites de los ámbitos protegidos... no implica directamente la tipicidad de las conductas*<sup>90</sup> (STC 214/1991, de 11 de noviembre ).

### VIII. EL “MENSAJE RELIGIOSO” EN EL CONTEXTO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Las tensiones entre el derecho de libertad religiosa y de expresión pueden resumirse en tres tipos<sup>91</sup>. El primero corresponde a los casos en los que la libertad de palabra es ofensiva contra los sentimientos religiosos. El segundo se circunscribe a los discursos de contenido religioso sancionados por exponer ideas ofensivas. Y el tercer tipo se identifica con las ofensas contra la reputación de los eclesiásticos.

La mayor parte de los estudios sobre estas tensiones y, más en concreto sobre el “discurso del odio” se centran en la primera categoría. Tal vez debido al mayor número de casos en los que es la religión la que sale maltrecha del discurso secular, sin perjuicio de que, en ocasiones, las ofensas a una religión pueden provenir del mismo ámbito, por ejemplo, el caso del pastor evangélico Terry Jones<sup>92</sup> que, en 2010, quemó un ejemplar del Corán en su iglesia de Gainesville (Florida) provocando un incidente diplomático internacional.

Excepción hecha de este último supuesto, la mayoría de los casos que han llegado a los tribunales se han resuelto analizando el alcance y límites del derecho a la libertad de expresión como derecho humano que asiste a todo ciudadano. En el ámbito de los países adheridos al CEDH, ha primado la interpretación de la Ley nacional conforme a la doctrina del TEDH en relación con el artículo 10 CEDH como ha quedado patente en el análisis jurisprudencial anterior.

Sin embargo, a la hora de determinar si un discurso religioso contra la homosexualidad es calificable como “discurso de odio” la perspectiva de análisis debe ser otra. El punto de partida no debe ser el derecho de libertad de expresión -del que sin duda está investido todo ciudadano- sino más bien del derecho de libertad religiosa. Aunque es cierto que ambos derechos pueden ser concurrentes, pues cualquiera -profese o no una religión y sea o no ministro de culto- puede hacer manifestaciones de contenido religioso;

---

<sup>90</sup> Auto, FJ. 7.

<sup>91</sup> MARTÍNEZ-TORRÓN, J. “¿Libertad de expresión amordazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo”, en MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y CAÑAMARES ARRIBAS, S., *Tensiones...*, p. 87.

<sup>92</sup> Autor de vallas publicitarias en los alrededores de su iglesia que rezaban: “*Islam is of the evil*”. Opina que el islam promueve la violencia y los musulmanes pretenden imponer la *Sharia* en EE.UU., frente a lo que hay que imponer la Constitución. La repercusión del incidente hizo que el propio Presidente Obama mediara porque que algunos países musulmanes, como Egipto, solicitaron su extradición para juzgarlo por ofender la religión musulmana. Puede verse la noticia en el diario “*The Guardian*”, en línea en: <https://www.theguardian.com/world/2010/sep/10/pastor-terry-jones-quran-burning> [última visita 5.02.2018].

cuando se trata de discursos o mensajes realizados por miembros destacados de confesiones religiosas, en el ámbito de la predicación de su fe y en conexión directa con los pasajes bíblicos -que en ocasiones pueden denostar determinadas conductas sociales-, la libertad religiosa aflora como derecho preferente o, si se quiere, derecho de mayor alcance en el sentido que fagocita a la libertad de expresión por cuanto ésta se torna en libertad para comunicar la fe; en libertad para transmitir un mensaje peculiar. Tal y como afirma GONZÁLEZ DEL VALLE, cuando analiza la dimensión colectiva de la libertad religiosa, “todos los derechos que la Constitución proclama, quedan en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, matizados por el adjetivo *religioso*. *La libertad de expresión queda transformada en libertad de manifestar las propias creencias religiosas*”<sup>93</sup>. Podría decirse que la libertad de expresión se transforma en una libertad instrumental al servicio del pleno ejercicio de libertad religiosa en su vertiente colectiva. Y decimos vertiente colectiva porque, en los casos que nos encontramos, el discurso no proviene del fiel laico que se manifiesta libremente a título individual sino de representantes de confesiones religiosas que hablan en nombre de una institución.

Por todo ello, el análisis del discurso del odio en este contexto, no puede hacerse sólo y exclusivamente desde una perspectiva unívoca, colocando las manifestaciones en la atalaya de la libertad de expresión, sino que la perspectiva se hace más compleja; ha de ser doble. Por un lado, parece razonable la aplicación de los límites a la libertad de expresión forjados por el TEDH a la luz del Convenio porque el mensaje religioso no deja de ser “mensaje”. Es un discurso, transmisión de ideas o juicios de valor de un sujeto sobre algún aspecto de la realidad que lo rodea. Pero pecaríamos de reduccionismo en la argumentación si atendiésemos solo a esta estrecha visión que desmontó el Tribunal Supremo Sueco en el caso Åke Green.

No hay que olvidar que, a su vez, el sujeto emisor del mensaje -que algunos han calificado como de mensaje político<sup>94</sup>- actúa en representación de una confesión religiosa en el ejercicio de una actividad que le es propia y natural a estas entidades: la manifestación de sus propias creencias que la individualizan y configuran específicamente como “grupo religioso”. Y esta manifestación de la fe trasciende la mera comunicación de un “mensaje personal” para constituir una de las manifestaciones típicas del derecho de libertad religiosa colectiva tal y como garantizan, en nuestro ordenamiento, los artículos 2.2 y 6.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa.

---

<sup>93</sup> GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M<sup>a</sup>. *Derecho Eclesiástico Español*, 6<sup>a</sup> ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 138.

<sup>94</sup> CAMPOS NETO, I. “La libertad religiosa como derecho a la libertad de expresión”, *Revista Internacional “Online” de Derecho de la Comunicación (Derecom)*, núm. 20, (2016), p. 3.

Esta concurrencia de libertades en la que la libertad de expresión queda al servicio de la libertad religiosa exige, a su vez la aplicación de límites, porque ningún derecho es absoluto. Al ser el discurso religioso un mensaje, estará protegido por el derecho de libertad de expresión del emisor conforme al artículo 10 CEDH y su interpretación jurisprudencial. Por ello, si hay que aceptar como jurídicamente lícito el discurso crítico con la religión parece obvio que, en virtud del principio de reciprocidad, la sociedad secular - secularizada si se quiere- deberá aceptar el discurso religioso crítico con determinados valores sociales que chocan con los preceptos que impone la fe. Si, como se ha afirmado, las llamadas “*shoking ideas*” contribuyen a enriquecer la opinión pública y, por este medio, enriquecen el pluralismo político y la sociedad democrática, la crítica religiosa contribuirá, del mismo modo, al pluralismo social, a la amplitud mental y a la tolerancia tal y como ponía de manifiesto la sentencia *Handyside*. Luego si la religión debe aceptar las opiniones que “molestan, irritan o provocan”<sup>95</sup> no se le puede cercenar el derecho recíproco a los representantes de las confesiones a riesgo de limitar injustificadamente el derecho de libertad religiosa en el que, instrumentalmente, se incardina como manifestación, la libertad de expresión.

Puesto que no existen derechos ilimitados, tanto la libertad religiosa como de expresión están sometidas a restricciones. De este modo, tal y como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional español, ni una ni otra pueden amparar manifestaciones *racistas, xenófobas o atentatorias contra la dignidad humana*, sobre la que se proyecta el derecho al honor de los individuos. Dignidad sobre la que se asienta el principio de no discriminación por razón de raza, sexo, religión o cualquier otra condición personal o étnica que proscribire, en última instancia “las expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social”<sup>96</sup>.

No obstante, no cualquier manifestación contra un grupo humano constituye necesariamente un discurso del odio penalmente sancionable. Ciertamente es que el TEDH defiende un concepto amplio de la “incitación al odio” porque para que se advierta no es necesario que del discurso surjan actos violentos sino que *basta un ejercicio irresponsable de la*

---

<sup>95</sup> Es la posición de la Recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre *blasfemia, insultos religiosos y discurso del odio contra personas por su religión*. Del mismo modo cfr. PALOMINO LOZANO, R. “Libertad religiosa...”, cit., p. 541, nota 69 cuando hace referencia al Informe del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas titulado “Incitación al odio racial y religioso y promoción de la tolerancia”.

<sup>96</sup> STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ. 8º, y SSTC 204/1997 ; 11/2000 y 49/2001 .

*libertad de expresión por el emisor que conlleve la injuria, la calumnia o la ridiculización* tal como se ha afirmado en las sentencias del TEDH en los casos *Vedjeland*<sup>97</sup> y *Féret contra Bélgica*<sup>98</sup>. Sin embargo, la Corte, a la hora de determinar la *intencionalidad del discurso* da gran importancia al *contexto* en el que se hacen las afirmaciones, a efectos de determinar si realmente se pretende propagar ideas que incitan al odio o, si en su caso, simplemente se intenta informar al público de un asunto de interés general, en cuyo caso, el discurso estaría amparado por el artículo 10 CEDH. Ejemplo de ello son las sentencias dictadas en los casos *Günduz y Kutlular contra Turquía*. Este último caso reviste especial interés a los efectos que nos ocupan porque se trata del enjuiciamiento de unas declaraciones hechas por escrito y difundidas en una ceremonia religiosa musulmana en las que se vinculaba la “infidelidad religiosa” de una parte del pueblo turco y la falta de reacción -de esa parte infiel- contra actuaciones del Gobierno en relación con el seísmo. En el acta de acusación el fiscal sostenía que el discurso pretendía dividir a la población -creyentes contra no creyentes o creyentes contra tiranos- y “provocar la hostilidad entre grupos definidos” (FH. 8). Sin embargo, el acusado defendía su derecho a ejercer la libertad de expresión sobre la base de que el discurso se basaba en interpretaciones religiosas, en cuya virtud, todo lo que ocurre en el universo -incluidos los fenómenos naturales- responden a razones espirituales [sic] “estaría el silencio de la mayoría del pueblo turco frente a las injusticias infligidas por el Gobierno en el momento del denominado proceso de 28 de febrero de 1997”; razones avaladas -se decía- por el Corán. En su fallo, el Tribunal, concluye que no hay “incitación a la violencia ni fomento del odio en el discurso contra quienes no forman parte de la comunidad” porque el actor lo que pretendía era “infundir superstición, intolerancia y oscurantismo”, sirviendo al proselitismo e incluyendo -eso sí- un tono ofensivo hacia los no creyentes y el Gobierno. Sin embargo, un voto particular a la sentencia del Juez Türmen puso de manifiesto la *importancia del contexto* en el que se hicieron las declaraciones pues la imputación de la culpabilidad al “infiel” del seísmo se llevó a cabo “en la mayor mezquita de Ankara, lugar de expresión de profundos sentimientos religiosos, donde se juntan a diario una cantidad de fieles muy considerable”; circunstancia, que a su juicio, confería al discurso un carácter más lesivo elevándolo a la categoría de “discurso de odio”<sup>99</sup> (FJ. 48).

---

<sup>97</sup> Apartado 55, que textualmente dice: “...the Court reiterates that inciting to hatred does not necessarily entail a call for an act of violence, or other criminal acts. Attacks on persons committed by insulting, holding up to ridicule or slandering specific groups of the population can be sufficient for the authorities to favour combating racist speech in the face of freedom of expression exercised in an irresponsible manner”.

<sup>98</sup> En la sentencia de 16 de julio de 2009 figura idéntico pronunciamiento. Cfr. COMBALÍA, Z. op. cit., p. 364.

<sup>99</sup> PÉREZ-MADRID, F. “Incitación al odio religioso...” en *La Libertad religiosa y su regulación legal...*, p. 511. La autora se adhiere a este criterio, reiterando —junto con el voto particular— que “el

## IX. EL DERECHO A LA PREDICACIÓN COMO EXIGENCIA DE LA AUTONOMÍA DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS

Hemos sostenido anteriormente que el “mensaje religioso” no deja de ser “mensaje” y, por consiguiente, debe garantizarse su difusión por vía del derecho de libertad de expresión que reconoce el artículo 10 CEDH y, correlativamente, los ordenamientos de cada uno de los países que han suscrito el Convenio.

Sin embargo y, aunque el TEDH se muestra más proclive a limitar en mayor medida el margen de apreciación del que disponen los Estados para restringir la libertad de expresión en el contexto del debate político o de interés público que cuando se trata del discurso de origen religioso<sup>100</sup>, a nuestro juicio y, sin poner en solfa este planteamiento, al discurso religioso hay que reconocerle ciertas especificidades que hacen que haya que valorarlo desde la perspectiva del derecho de libertad religiosa donde se asienta, por su propia naturaleza, más que desde la óptica del derecho a la libertad de expresión que no es, sino, una manifestación más de aquel en el contexto religioso.

Algún autor, ha intentado reconducir el discurso religioso al mensaje de contenido político<sup>101</sup> con la intención de que no quede desprotegido jurídicamente a la luz del planteamiento jurisprudencial previo. Aun reconociendo la buena intención, hay que matizar que son dos discursos de naturaleza distinta porque diferentes son su origen y finalidad. El discurso político surge del individuo con el fin de transformar la sociedad y, por tanto, está condicionado por la mutabilidad social, a la que ha de adaptarse para sobrevivir. Por el contrario, el discurso de origen religioso, resulta el eco moral de una conciencia diferente y superior al Hombre, de la que éste no puede abstraerse ni modificar. En suma, parte del mismo resulta inmutable porque una característica inherente a la religión es la existencia de “dogmas”; axiomas inmutables en cuya verdad se cree por un acto de la fe y no a través de *la sola* razón.

No estamos planteando aquí un “doble estándar”<sup>102</sup> en la protección jurídica del discurso religioso frente al político sino ubicarlo adecuadamente en su contexto: la libertad religiosa y, junto a ella, en el legítimo espacio de autonomía que a las confesiones les corresponde por ser realidades previas al Estado, no creadas por éste.

La pluralidad ideológica y religiosa es un elemento indispensable para calificar a un Estado como verdaderamente democrático, lo que exige no sólo el reconocimiento nor-

---

discurso del odio puede nacer de la intolerancia y no tiene por qué conllevar la violencia que es inherente a este discurso”.

<sup>100</sup> Cfr. STEDH *Wingrove contra Reino Unido*, de 25.11.1996 (TEDH, 1996, §62).

<sup>101</sup> Cfr. CAMPOS NETO, I. op. cit., p. 3.

<sup>102</sup> Cfr. KECK T. M. “Hate Speech and Double Standards”, *Constitutional Studies*, 1:1 (2016), pp. 95-121.

mativo del derecho de libertad religiosa sino algo más, que deriva de éste y garantiza su pleno ejercicio: la autonomía confesional.

La autonomía como exigencia del principio de aconfesionalidad estatal representa la garantía de independencia de las confesiones religiosas, de forma que al Estado se le vete toda capacidad de enjuiciar la legitimidad de cualquier creencia religiosa y así los ciudadanos puedan asociarse libremente para compartir su fe y ser adoctrinados en ella. Sólo si el mensaje religioso puede transmitirse íntegramente -con los límites propios del orden público-, el derecho de libertad religiosa en su vertiente colectiva es ejercitable plenamente. Y es en este contexto cuando surge -como afirma OTADUY<sup>103</sup>- el conflicto entre libertades. Cuando las confesiones religiosas son sujetos activos de la libertad de expresión surgen los conflictos al ponerse en solfa valores sociales más o menos consensuados.

Las confesiones, a su vez, son sujetos de la sociedad civil, lo que las erige en “productoras de opinión pública”. Sin embargo, considerarlas como *sólo actores* en el plano político es caer en el simplismo porque su razón de ser trasciende a la comunidad política para adoptar una posición peculiar, centrada en la transmisión del mensaje sobrenatural que se pone a disposición del Ser humano. Esta peculiar posición exige una doble protección: el amparo del derecho a la libertad de opinión como cualquier otro sujeto de la sociedad secular y, la protección que se deriva de su naturaleza específicamente religiosa y que canaliza el derecho de libertad religiosa. No obstante, en su doble condición, las confesiones pueden realizar manifestaciones públicas críticas con conductas o valores socialmente aceptados que deben ser amparadas, al menos *a priori*, en cuanto contribuyen al enriquecimiento del debate social sobre cualesquiera aspectos de la comunidad política, en cuanto responden a legítimas concepciones de sectores sociales más o menos representativos.

Sin embargo, cuando se trata de criticar aspectos morales del ser humano como la homosexualidad, la libertad de expresión de los grupos religiosos puede quedar en entredicho a raíz de determinados prejuicios, alentados bien por ideologías gobernantes o por influyentes *lobbies* de presión, tales como la llamada “comunidad LGTB<sup>i</sup>”. Estas actitudes de “sofisticada hostilidad” en las sociedades occidentales, como las ha calificado el Papa Benedicto XVI<sup>104</sup>, ponen en riesgo el pleno ejercicio de la libertad religiosa y pue-

---

<sup>103</sup> Cfr. “Libertad religiosa y libertad de expresión. Perspectiva de la Iglesia católica”, en MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y CAÑAMARES ARRIBAS, S. *Tensiones...*, p. 265.

<sup>104</sup> Cfr. Mensaje para la celebración de la XLIV Jornada mundial de la paz, de 1 de enero de 2011, punto núm. 13. Disponible en línea en [https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/es/messages/peace/documents/hf\\_ben-xvi\\_mes\\_20101208\\_xliv-world-day-peace.html](https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/es/messages/peace/documents/hf_ben-xvi_mes_20101208_xliv-world-day-peace.html) [última visita 14.02.2018].

den conllevar la expulsión del mensaje religioso de la comunidad política por el mero hecho de “su ser religioso” y no por el fondo de su contenido.

Por ello, las confesiones religiosas deben reivindicar un marco de autonomía que garantice la libertad en la *transmisión íntegra de su mensaje*, salvaguardando en última instancia, su identidad dogmática con independencia de que su discurso pueda resultar “políticamente incorrecto”, incluso molesto, ofensivo o irritante contra determinados individuos o grupos conforme a la doctrina del TEDH. Si se cercena este derecho sobre la base de prejuicios religiosos y no de hechos concretos -manifestaciones efectivamente vejatorias, difamatorias, o que inciten a la violencia o discriminación- se violentan los principios de laicidad y de libertad religiosa.

Superando estos prejuicios, los Estados deben garantizar lo que antaño se llamaba “*libertas ecclesiae*” y que hoy, aplicando extensivamente el concepto, podemos denominar *legítima autonomía de las confesiones para el ejercicio de la predicación de su doctrina*<sup>105</sup>. Es un derecho que, reconocido en España en el Concordato de 1953<sup>106</sup>, fue reclamado como derecho de ámbito universal para la Iglesia católica en la Declaración *Dignitatis Humanae* sobre libertad religiosa de 1965<sup>107</sup>, cuando se exige libertad de las comunidades religiosas “para sustentar a sus miembros con la doctrina”, (§4.2) para “la enseñanza y la profesión pública, de palabra y por escrito, de su fe” (§4.4) y para “manifestar libremente el valor peculiar de su doctrina para la ordenación de la sociedad...” (§4.5) y que, a día de hoy se concreta en el reconocimiento del *munus docendi* a todas las confesiones con Acuerdo de cooperación en España. Ciertamente es que de forma expresa en un texto pacticio en el caso de la Iglesia católica<sup>108</sup> y la protestante<sup>109</sup> y, de forma indirecta en el caso de judíos y musulmanes con el reconocimiento de su derecho impartir formación y enseñanza religiosa como parte de la función cultural<sup>110</sup>.

---

<sup>105</sup> El Tribunal Supremo Sueco recuerda que el artículo 9 CEDH incluye, entre las manifestaciones de la libertad religiosa, el derecho tanto individual como colectivo, a manifestar las creencias y a impartir enseñanza religiosa, tanto en público como en privado. Textualmente: “*Freedom of religion under article 9 includes freedom, either alone or in community with others, and in public or private, to manifest one’s religion or belief, in worship, teaching, practice and observance*” (§20).

<sup>106</sup> Implícitamente en los puntos I y II del Concordato y, de forma más explícita, cuando se garantiza jurídicamente una ayuda eficaz en el ejercicio de la función docente en los artículos XXVI-XXI. Cfr. FUENMAYOR, A. *La libertad religiosa*, Eunsa, Pamplona, 1974, p. 189.

<sup>107</sup> Firmada por el Papa Pablo VI, el 7 de diciembre.

<sup>108</sup> “El Estado Español reconoce a la Iglesia Católica el derecho de ejercer su misión apostólica y le garantiza el libre y público ejercicio de las actividades que le son propias y en especial las de culto, jurisdicción y magisterio” (art. 1.1 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 1979).

<sup>109</sup> “A todos los efectos legales, se consideran funciones de culto o asistencia religiosa las dirigidas directamente al ejercicio del culto, administración de sacramentos, cura de almas, predicación del evangelio y magisterio religioso” (art. 6 del Acuerdo con FERED).

<sup>110</sup> Arts. 6 de los Acuerdos con FCIE y CIE.

Reclamar la libertad de predicación en el seno de la autonomía de las confesiones en el marco, a su vez, de un Estado aconfesional -como es el caso de la mayoría de Estados europeos y americanos- supone una toma de postura de los propios Estados. Favorable, en principio a la transmisión del mensaje religioso de orden moral por virtud de la laicidad en cuanto los grupos religiosos, como realidades preexistentes, tienen derecho a propagar su mensaje a propios y ajenos; es decir, en clave proselitista o de mero re-adoctrinamiento de sus fieles. Y tienen derecho a propagarlo desde sus propias bases dogmáticas como son los “escritos sagrados” y en su integridad pues le asiste el derecho, como miembros de la sociedad civil, a poner en tela de juicio cualesquiera ideas, conceptos o conductas del resto de sujetos que componen esa misma sociedad. El límite debe ser el orden público protegido por la ley y el libre ejercicio de los derechos de los demás según el art. 9 CEDH. Sin embargo, si hemos de aceptar que las confesiones religiosas deben soportar las críticas incluso ofensivas, molestas o irritantes porque éstas no afectan en modo alguno al ejercicio del derecho de libertad religiosa; *sensu contrario*, la crítica religiosa de ideas o conductas como la homosexualidad -que no es sino la crítica a un modelo afectivo-sexual considerado errado- tampoco conculcan derecho civil alguno; al menos el derecho que asiste a todo ciudadano a elegir un determinado modelo de sexualidad; luego no afectan al derecho a la dignidad humana aun cuando tal modelo fuere calificado como pecado aparejándosele -si acaso- la condena al averno.

Cuestión distinta es que el discurso, más allá de repetir pasajes escriturísticos, atente contra la dignidad de individuos o colectivos incurriendo en difamaciones, imputaciones delictivas, vejaciones, o incitando al odio, la discriminación o la violencia. No obstante, la línea que delimita el mero discurso “condenatorio” del “discurso que incita al odio o la violencia” contra los homosexuales es muy fina y su correcta ubicación pasa por analizar pormenorizadamente varios aspectos del discurso como son la letra y estructura del texto y el contexto en el que se transmite.

Respecto de la letra del texto hay que discernir entre el “discurso contra las ideas” del “discurso contra los grupos”. Lo mismo que hay un beneficio social en la crítica a las religiones -como idea o concepto- lo habrá en la crítica a una concepción de las relaciones afectivo-sexuales determinada porque las consecuencias socio-jurídicas derivadas de la aplicación de un determinado modelo como “socialmente aceptable” serán diametralmente opuestas.

La libertad de predicación que les es inherente a las confesiones religiosas ampararía esta crítica aun cuando se utilicen expresiones tales como “actos pecaminosos, inmorales o desordenados” -como mucho pueden ser ofensivas o incómodas- porque el cuestionamiento del modelo interrelacional contribuye a enriquecer el debate público en el contexto de la libertad de expresión. Cosa distinta es el “discurso contra las personas” en

el que se advierten manifestaciones *gratuitamente ofensivas* que no contribuyen, de ningún modo, al debate público<sup>111</sup> o claramente vejatorias, injuriantes o que incitan al odio o a la violencia contra los homosexuales. Hay que delimitar claramente el tipo penal aplicable según la legislación de cada país para calificar adecuadamente cuando el discurso sobrepasa la “simple ofensa” para incurrir en el daño.

Pero el enjuiciamiento en términos restrictivos de la libertad de expresión de las confesiones pasa, además, por la *atención al contexto* en el que se emite el mensaje: quién lo emite, con qué grado de responsabilidad lo hace y quién es el receptor del discurso, a los efectos de determinar la intencionalidad última, tal y como afirma el Consejo de Europa a través de la Comisión de Venecia<sup>112</sup>.

¿Qué ocurre pues con los sermones de autoridades religiosas en contra de la homosexualidad? En la mayor parte de los casos enjuiciados, las declaraciones de los líderes religiosos se enmarcan en la desaprobación divina de este tipo de relación sexual al considerar que Dios instituye un ámbito único de licitud que se circunscribe al matrimonio que, por voluntad divina igualmente, debe constituirse por varón y mujer, símbolos de la complementariedad afectivo-sexual y abierto a la generación de la prole. La propia Escritura califica las relaciones homosexuales como pecaminosas, hasta tal punto que el apóstol Pablo afirma que “...ni los afeminados ni los sodomitas... poseerán el reino de Dios” (1 Co. 6, 9-10). Sin embargo y como atestigua LÓPEZ-SIDRO<sup>113</sup>, este tipo de declaraciones no pueden valorarse aisladamente, sino que hay que atender a dos factores concurrentes y esclarecedores: 1º. El Magisterio religioso -si lo hubiere- sobre la homosexualidad y los actos homosexuales y, 2º. El público receptor del discurso.

El primero de los factores adquiere especial relevancia en el contexto católico porque el *Catecismo de la Iglesia* aun declarando que “los actos homosexuales son intrínsecamente desordenados”<sup>114</sup>, a renglón seguido afirma que quienes tienen tal tendencia “*Deben ser acogidos con respeto, compasión y delicadeza. Se evitará, respecto a ellos, todo signo de discriminación injusta. Estas personas están llamadas a realizar la voluntad de Dios en su vida, y, si son cristianas, a unir al sacrificio de la cruz del Señor las dificultades*

---

<sup>111</sup> Cfr. STEDH *Otto-Preminger- Institut contra Austria* (§49).

<sup>112</sup> Órgano consultivo del Consejo de Europa en su “Informe sobre la relación entre la libertad de expresión y la libertad religiosa: el asunto de la regulación y persecución de la blasfemia, el insulto religioso y la incitación al odio” (§ 69). Disponible en línea en [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2008\)026-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2008)026-e) [última visita el 15.02.2018] y citado por PALOMINO LOZANO, R. op. cit., p. 533-535.

<sup>113</sup> Cfr. “*La libertad de expresión de la jerarquía...*”, p. 7.

<sup>114</sup> §2357.

*des que pueden encontrar a causa de su condición*”, llamándoles, asimismo, a la virtud de la castidad<sup>115</sup>.

Dicho esto, puede acusarse a la Iglesia católica de violentar el derecho a la igualdad entre homosexuales y heterosexuales porque éstos pueden ejercer su sexualidad en plenitud mientras que aquellos quedan relegados a vivir en castidad *ad aeternum*. Sin embargo, la doctrina católica apela a la castidad de todo bautizado, de modo que no sólo el homosexual debe practicarla sino todo aquel fiel católico que no se halle ligado por el sacramento del matrimonio. Deben permanecer castos las personas solteras, los novios, los divorciados, quienes obtuvieron una sentencia canónica de nulidad matrimonial y se les impuso un veto para contraer nuevo matrimonio, los consagrados a Dios, etc. No se puede decir, por tanto, que el homosexual sea el único fiel al que se le coarte el libre ejercicio de su sexualidad, sino que la dimensión integral que encierra el Magisterio eclesial hace que trascienda su ejercicio al “mero acto físico” para suponer una llamada al desarrollo integral de la persona que, en última instancia y por voluntad divina, se halla en la complementariedad que sólo el varón y la mujer unidos en matrimonio representan.

En suma, la crítica al comportamiento homosexual -en el ámbito católico- no es una crítica contra un colectivo concreto derivado de un prejuicio atávico, sino que se enmarca en una concepción determinada de la afectividad humana caracterizada por la defensa a ultranza de la dignidad personal de cada individuo como imagen de Dios. Tal dignidad, proyectada en su dimensión sexual, impide aceptar la instrumentalización del Hombre, de modo que ninguna relación sexual es lícita al margen del compromiso total y permanente con un individuo del sexo contrario, esto es, en el seno del matrimonio como institución caracterizada por las notas de unidad e indisolubilidad.

Para analizar adecuadamente el contexto del discurso a efectos de poder calificarlo como “discurso de odio”, la Comisión de Venecia, deja claro que hay que tener en cuenta tanto el público al que se dirige el mensaje como la condición, pública o privada del emisor (§69). A ello se añade el entorno en la que circula el mensaje en cuanto el impacto varía en función de que sea más amplio o más restringido, adquiriendo especial importancia el uso de los medios de comunicación (§70) e internet como factores de potenciación del impacto del mensaje en cuanto -respecto de éste último- potencia exponencialmente la difusión, escapando muchas veces al autor, las posibilidades de control del mismo (§71).

Parémonos un instante a valorar el impacto tanto del emisor como del público receptor del discurso religioso contra la homosexualidad. Qué duda cabe que cuando el discurso proviene de representantes de confesiones religiosas no es encuadrable en el

---

<sup>115</sup> §2359.

ámbito del ejercicio de funciones públicas. En cuanto las confesiones no se identifican con el Estado por virtud del principio de laicidad, sus representantes no ejercen cargo o función pública alguna. Ello no obsta para reconocer que, sin ser cargos públicos, la repercusión de sus palabras adquiere una cierta dimensión pública como “voceros”, muchas veces, de la religión con la que se identifican una mayoría de los ciudadanos de un determinado territorio. En este contexto resulta necesario apelar a la responsabilidad que se le presume a quien emite un mensaje de tales características en el ejercicio de su libertad de expresión y religiosa, evitando en la medida de lo posible expresiones que manifiesten “desdén” o que sean “gratuitamente ofensivas” contra el colectivo<sup>116</sup>.

Más allá de esta advertencia genérica de difusos contornos, lo que, a nuestro juicio, adquiere una mayor relevancia a efectos de valorar la intencionalidad del emisor y el eventual impacto negativo a efectos de incitar al odio, es el destinatario del mensaje. De modo que consideramos que la capacidad de incitar al odio varía en función del auditorio.

El riesgo se incrementa cuando el discurso persigue una finalidad proselitista, es decir, cuando se difunde en un contexto “no religioso”; de modo que la percepción subjetiva de daño a los homosexuales se incrementa notablemente, de ahí que palabras como “desorden”, “alteración”, “condena”, etc., sean consideradas como “discurso del odio” propiamente.

Si el mensaje se emite, *ad intra*, es decir, para el “pueblo fiel”, es posible que el impacto negativo del discurso anti-homosexual quede notablemente amortiguado por la formación -al menos presumible- del auditorio. La conciencia del “pecado” es común a muchas religiones -a todo el cristianismo, al judaísmo y al islam por reseñar las más corrientes- y es probable que, asumida como parte de la naturaleza humana no contenga la carga de negatividad que la conciencia secularizada le pueda atribuir. “Aquel de vosotros que esté sin pecado que le arroje la primera piedra”<sup>117</sup>, dijo el propio Jesús. Todo fiel comete actos pecaminosos, de forma que el pecado del homosexual no es muy distinto de cualquier otro que cometa cualquier otro miembro de su confesión. La carga de negatividad se relativiza de forma que raramente se encenderá en la comunidad la chispa del odio, la violencia o la discriminación contra los homosexuales.

## **X. SÍNTESIS CONCLUSIVA**

Aunque muchas han sido las denuncias contra clérigos o representantes confesiones religiosas acusándoles de difundir un “discurso del odio” contra los homosexuales al

---

<sup>116</sup> Cfr. Informe de la Comisión de Venecia, op. cit., §73.

<sup>117</sup> Jn. 8, 7-8.

reproducir pasajes de la Sagrada Escritura o acompañar a tales palabras opiniones de diversa índole criticando o condenando la homosexualidad o, en su caso, los actos homosexuales, pocas han sido las condenas efectivas y, las más de las veces los litigios se han abocado al archivo, aplicando la doctrina del TEDH en relación con la amplitud con la que se entiende el ejercicio de la libertad de expresión.

Sin embargo, aunque la absolución del encausado ha devenido del ejercicio de la libertad de expresión, el mensaje de origen religioso que opera sobre el ámbito de la moral social o secular debe enmarcarse en otro derecho; el de libertad religiosa, respecto del cual, la libertad de expresión no es sino un instrumento que coadyuva, junto con otras manifestaciones, a su pleno ejercicio en su vertiente colectiva en este caso.

Si nos jactamos de que los países europeos garantizan la libertad religiosa no podemos contentarnos con el mero reconocimiento del derecho en el plano individual, posibilitando al individuo a tener o no religión, cambiarla, dejar de profesarla o manifestarla o no en público o en privado<sup>118</sup>. Los sujetos colectivos de la libertad religiosa, esto es, las confesiones deben también *poder difundir libremente su mensaje* en cuanto trasmisión de un valor identitario del grupo. Y tal *transmisión* debe poder ser *íntegra* porque sino se corre el riesgo de amputar cierta esfera de la libertad religiosa. La laicidad bien entendida exige el reconocimiento de una esfera de autonomía de las confesiones que permita que su discurso pueda transmitirse, de cualquier modo y frente a cualquiera, en plena libertad. Deben pues evitarse prejuicios que menoscaben el ejercicio de estos dos derechos concurrentes con independencia de que, como el mensaje antirreligioso, el mensaje religioso resulte ofensivo, irritante, chocante o incluso escandaloso para determinados grupos o *lobbies* sociales. Tal y como afirma la sentencia del caso *Åke Green*, en muchas ocasiones las opiniones contra los homosexuales de líderes religiosos no son más hirientes u ofensivas que las propias Escrituras, con lo que, si el mensaje de éstas debe ser tolerado, no menos lo habrán de ser opiniones derivadas de ellas. Eso sí, la responsabilidad que asume quien ejerce la libertad de expresión en este contexto religioso, exige evitar ofensas gratuitas que no contribuyen al debate público sobre una opción afectivo-sexual.

Finalmente, el contexto del discurso resulta decisivo a la hora de determinar la intencionalidad del emisor. Desde luego que no es lo mismo publicar una hoja parroquial con un discurso de estas características que hacerlo en una entrevista difundida en televisión, radio, etc. Aunque esta afirmación resulta, a día de hoy, muy relativa desde el momento en que cualquier información se difunde a través de *internet*. El control del discurs-

---

<sup>118</sup> Art. 9 CEDH.

so se puede perder y la difusión se incrementa exponencialmente con lo que el impacto potencial también.

Resulta, no obstante, de importancia el hecho de que el mensaje se difunda entre fieles religiosos porque es aquí donde el “contexto dogmático” en el que se inscribe el mensaje contra la homosexualidad puede rebajar un eventual impacto negativo que derive en la “incitación al odio”. La conciencia de pecado de las religiones mayoritarias y el concepto de perdón son instrumentos al servicio del acogimiento de los homosexuales, sin perjuicio, de que sus actos resulten contrarios a la voluntad divina y sean reprochados por la confesión. Del mismo modo, con el reproche tampoco se conculca el derecho de libertad religiosa del homosexual puesto que nada le impide seguir profesando la religión que rechaza su comportamiento, dejar de profesarla, cambiar de religión o no profesar ninguna y tampoco su derecho reputar, por cualquier medio, las afirmaciones religiosas contra su moral o sus actos.

Acabamos con una reveladora frase de John Stuart Mill de su autobiografía “Sobre la libertad”<sup>119</sup> que puede servir de guía a la hora de confeccionar cualquier discurso crítico, religioso o no, con determinados valores sociales y que dice “*En general, las opiniones contrarias a las comúnmente admitidas solo pueden llegar a ser escuchadas mediante una estudiada moderación del lenguaje y evitando lo más cuidadosamente toda ofensa inútil.*”

---

<sup>119</sup> Publicada en 1854 como ensayo. Vid. en español la traducción de Pablo Azcárate, publicada por Alianza editorial, en 2013, con prólogo de Isaiah Berlin.