

Cómo citar este texto:

Campos Neto, I. y Lopes, F. (2016). La libertad religiosa, como derecho a la libertad de expresión. *Derecom*, 20, 01-28. <http://www.derecom.com/derecom/>

LA LIBERTAD RELIGIOSA, COMO DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

RELIGIOUS FREEDOM AS A RIGHT OF FREE SPEECH

©Anat Scolnicov
University of Winchester (Inglaterra)
ascalnicov@gmail.com

Resumen

La libertad religiosa es un derecho que puede ser conceptualizado de dos maneras distintas: como derecho a expresarse libremente y como derecho a manifestar la propia identidad. Esta dualidad está relacionada, sin ser idéntica, con la que se encuentra entre una percepción individual y una percepción comunitaria del derecho a la libertad religiosa y resulta claro en la normativización de este derecho. En estos casos, la forma en que el derecho a la libertad religiosa es concebido determinará los límites de este derecho. En esta colaboración se argumenta que la libertad religiosa debería formularse, primero y principalmente, como un derecho individual. El derecho individual está relacionado con el aspecto crítico-expresivo de la libertad religiosa y el derecho comunitario con su aspecto identitario. No obstante, ambos aspectos informan el derecho a la libertad religiosa hasta cierto punto incluso en su conformación como derecho individual y este artículo explora algunas de las consecuencias de este equilibrio en la regulación del discurso religioso.

Summary

Religious freedom is a right that can be understood through two conceptions: as a right of expression and as a right of identity. This duality is related, though not identical, to that between an individual perception and a community perception of the right to religious freedom, and is evident in the legal regulation of this right. It is particularly evident in legal regulations that place limits on expression. In these cases, how the right to religious freedom is conceived will determine the boundaries of this right. This article argues that religious freedom should be construed first and foremost as an individual right. [The individual right was related to the expressive-critical aspect of religious freedom, and the community right to its identity aspect. However, both aspects inform the right to religious freedom to a certain extent even in its construction as an individual right, and this contribution explores some of the implications of this balance on the regulation of religious speech.

Palabras clave: Libertad religiosa, Libertad de expresión, Grupos religiosos, Blasfemia, Injurias religiosas, Proselitismo.

Key words: Freedom of religious speech, Freedom of expression, Religious groups, Blasphemy, religious Insults, Proselytism.

1.Introducción

La libertad religiosa es un derecho que puede ser conceptualizado de dos maneras distintas: como derecho a expresarse libremente y como derecho a manifestar la propia identidad. Esta dualidad está relacionada, sin ser idéntica, con la que se encuentra entre una percepción individual y una percepción comunitaria del derecho a la libertad religiosa y resulta clara en la normativización de este derecho. En estos casos, la forma en que el derecho a la libertad religiosa es concebido determinará los límites de este derecho.

En esta colaboración se argumenta que la libertad religiosa debería formularse, primero y principalmente, como un derecho individual. El derecho individual está relacionado con el aspecto crítico-expresivo de la libertad religiosa y el derecho comunitario, con su aspecto identitario. No obstante, ambos aspectos informan el derecho a la libertad religiosa hasta cierto punto, incluso, en su conformación como derecho individual y este artículo explora algunas de las consecuencias de este equilibrio en la regulación del discurso religioso.

En este artículo se argumentará que, contra el punto de vista según el cual el discurso religioso debería estar sometido a los planteamientos de la sociedad, este debe ser entendido como un asunto de elección individual exactamente igual que cualquier otro discurso. El grado de protección concedido al discurso religioso no debería ser menor que el concedido a otras clases de discurso político. Por el mismo motivo, el derecho a la libertad religiosa debe incluir el derecho a recibir mensajes religiosos. El derecho al mensaje religioso libre debería ser reconocido sobre la base de la igualdad entre las religiones. Como se mostrará, normas procedimentales igualmente neutras pueden ser utilizadas de forma ilegítima para discriminar en la protección del discurso religioso frente a religiones impopulares.

La distinción entre la religión como expresión y la religión como identidad es utilizada en este artículo para examinar cuatro tipos de disposiciones normativas que limitan la difusión del mensaje religioso y para cuestionarse su justificación: En primer lugar, los delitos que prohíben la propaganda y las razones argumentadas a favor de la existencia de dichos delitos serán examinadas, argumentando que, con la excusa de proteger la autonomía religiosa individual, la prohibición de la propaganda sirve también como un medio de autoprotección de un grupo religioso. A continuación, se examina la imposición de sanciones por parte del propio grupo religioso a miembros del grupo cuyo mensaje religioso es considerado por el grupo como inaceptable. Se argumentará que incluso este tipo de sanciones internas no pueden ser dejadas al albur incontrolado de la autonomía y decisión religiosas, sino que el Derecho estatal e internacional deben exigir a los grupos religiosos que respeten un cierto grado de libertad de expresión religiosa de sus miembros. Luego se estudia la prohibición del mensaje religioso cuando este mensaje es calificado como blasfemo. En este artículo se prueba que este delito protege la religión como identidad a costa de la protección de la religión como expresión, un precio que inclina de forma inaceptable el equilibrio entre ambos derechos. Finalmente, pasamos a ocuparnos del área de regulación más importante del discurso religioso y del discurso relativo a la religión, tal como es debatido actualmente: la prohibición del discurso religioso del odio. Se argumenta que la comprensión de la naturaleza dual de la libertad

religiosa como un derecho que protege tanto la identidad como la expresión llevaría a una regulación del mensaje única y diferente a la regulación de otros tipos de discursos del odio.

2.Libertad de expresión religiosa. Cuestiones preliminares

2.1 El grado de protección del discurso religioso, ¿asunto a resolver por la sociedad?

El mensaje religioso es mensaje y, por lo tanto, está protegido por el derecho a la libertad de expresión,¹ además de por el derecho a la libertad religiosa. Pero ¿merece una protección mayor, menor o igual que otros mensajes por su carácter religioso?

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto *Wingrove*,² afirmó que el margen de apreciación por parte de los Estados al regular la libertad de expresión en el ámbito de la moral y, sobre todo, de la religión, es mayor que cuando se restringe el discurso político o se debaten asuntos de interés público.³ Esto ejemplifica un enfoque de no injerencia por parte de la legislación internacional en materia de derechos humanos cuando los tribunales afrontan los planteamientos estatales en materia de religión.⁴ Pero los mensajes relativos a la moral y a la religión son mensajes políticos. Son mensajes relativos a la sociedad y a sus valores. De hecho, son mensajes que conforman la sociedad. Son un factor en el mercado de ideas. Con el enfoque que deja al Estado una más amplia discrecionalidad respecto a la libertad de expresión religiosa, un tipo de discurso político es, así, abordado de manera diferente al resto. Veremos las consecuencias de esto más allá de este caso.

2.2 Derecho a recibir mensajes religiosos

El enfoque de la religión como mensaje tiene otras consecuencias, también. El concepto de la libertad religiosa como un derecho de expresión individual cuyo propósito es alentar un debate crítico presupone el derecho a recibir puntos de vista sobre la religión al igual que a proporcionarlos. Por lo tanto, la libertad religiosa que es restringida por límites a la libre expresión religiosa es tanto la de quienes difunden mensajes como la de quienes desean recibir mensajes. Esto es verdad, por ejemplo, cuando el mensaje es censurado por motivos religiosos.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *La última tentación de Cristo*,⁵ analizó el aspecto de la libertad religiosa de manera diferente. Los demandantes argumentaban que su facultad de recibir información se había visto perjudicada por la prohibición de proyectar la película "La Última Tentación de Cristo". El Tribunal decidió que su derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, garantizado por el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, había sido conculcado porque el derecho incluye la libertad de recibir información. Sin embargo, no encontró que hubiera violación del artículo 12, el derecho a la libertad religiosa y de pensamiento porque, razonaba, la prohibición no perjudicaba al derecho de nadie a practicar, cambiar o difundir su religión o creencia.⁶

Pero la libertad religiosa también abarca el derecho de la persona a cuestionar y criticar la religión. De hecho, este enfoque de la libertad religiosa fue una de las justificaciones originales de este derecho.⁷ En este sentido, al igual que la libertad de expresión incluye la libertad de recibir información, la libertad de religión y creencias incluye el derecho a recibir información relativa a la religión, tanto a favor de las religiones, como criticándolas. Lamentablemente, el Tribunal siguió una interpretación restrictiva, abarcando solo las acciones de práctica, manifestación y cambio de religión, sin las libertades que permiten a las personas tomar decisiones religiosas racionales.

2.3 Protección equitativa del derecho a la libertad de expresión religiosa

La protección de la libertad de expresión religiosa, al igual que cualquier otro aspecto de la libertad religiosa, debe ser reconocida equitativamente. Sin embargo, la forma en que la equidad debería ser evaluada es un asunto debatible. En el examen del delito de blasfemia (este delito ahora ha sido suprimido, como se verá más abajo) realizado, en el caso Choudury v. Reino Unido,⁸ por la Comisión Europea, resaltan distintas percepciones de la equidad. Puesto que este delito, en el Reino Unido, se aplicaba solo al Cristianismo, la solicitud del demandante a las autoridades británicas para que persiguieran a Salman Rushdie y a los editores de sus “Versos Satánicos” por blasfemia fue sobreseída.⁹ El demandante argumentó que sus derechos amparados por el artículo 9 de la Convención Europea fueron conculcados pues las autoridades británicas no protegieron su religión frente a la blasfemia. La Comisión Europea resolvió que no había interferencia con la libertad religiosa del demandante, que no incluye el derecho a ningún tipo de procedimiento contra aquellos que ofenden la sensibilidad de una persona o de un grupo. Puesto que ningún derecho protegido por el artículo 9 fue conculcado, tampoco había violación del artículo 14, que solo hace acto de presencia en relación con la discriminación de derechos protegidos por la Convención.

La Comisión tiene razón al entender que la ausencia de procedimiento por blasfemia no supone una conculcación de la libertad religiosa. No obstante, la interpretación que hace la Comisión de lo que constituye discriminación a la hora de proteger la libertad religiosa es negligente. Si un Estado decide ofrecer cierto medio de protección de la libertad religiosa, incluso aunque no esté contemplado por el artículo 9, la valoración de si dicha medida discrimina al demandante debería realizarse teniendo en cuenta la protección que el Estado, de hecho, ofrece a la libertad religiosa de otras religiones. La solicitud de que se aplique la prohibición de blasfemia a otra religión debería haber sido denegada solo porque ordenar tal prohibición sería desproporcionado en relación con la libertad religiosa de otros.

Hay implicaciones mayores de esta interpretación de la discriminación en la libertad religiosa. Del caso Choudhury se deriva que solo una gama de protección limitada es ofrecida por el artículo 14 conjuntamente con el artículo 9. Solo se pide al Estado que no discrimine al reconocer el nivel mínimo impuesto por el artículo 9. Cualquier otra protección ofrecida a la libertad religiosa de forma discriminatoria no supone una violación de la Convención. Una interpretación preferible ofrecería equidad no ya en la cláusula mínima pedida por el artículo 9, sino en la implementación estatal real del derecho de libertad religiosa.

2.4 Discriminación en el derecho a la libertad de expresión religiosa a través de normas procedimentales aparentemente neutras

No solo regulación sustantiva, sino restricciones procedimentales pueden impedir también la libertad religiosa. Provisiones aparentemente neutras aplicables a todas las religiones escapan a la crítica legal, pero, de hecho, pueden afectar a unas religiones más que a otras (sea o no adrede) con un resultado discriminador. La forma en que estas restricciones legales escapan a la crítica legal puede ser vista en el caso Manoussakis.¹⁰ El caso se refirió a una ley griega que exigía autorización estatal previa para el uso de instalaciones con fines de adoración religiosa. Tal autorización fue denegada a los Testigos de Jehová. El Tribunal Europeo¹¹ resolvió que la ley era incompatible con el artículo 9 en la medida en que permitía una discrecionalidad ministerial para la autorización más allá de las condiciones formales impuestas por la ley. Sin embargo, el fallo debería haber otorgado una mayor protección a la libertad religiosa: toda ley limitadora del lugar en el que el culto puede tener lugar (más allá de las disposiciones de sanidad y seguridad que se aplican a todos los edificios públicos) es una infracción injustificada

de la libertad religiosa. Es el Estado quien tiene que justificar por qué una restricción debería ser permitida. Además, los requisitos formales, incluso los aparentemente neutros, pueden tener impacto desfavorable sobre religiones minoritarias y religiones impopulares. De hecho, en este caso, ello quedó ejemplificado por la exigencia legal de que cincuenta familias presentaran la solicitud, una exigencia difícil de satisfacer en el caso de religiones con menos fieles, como insinuó el juez Martens (en una opinión concurrente). Un enfoque más crítico de la normativa estatal habría servido mejor a la protección de la libertad religiosa.

El peligro inherente a disposiciones normativas aparentemente neutras, impuestas por autoridades estatales, que pueden afectar negativamente a religiones minoritarias o impopulares es destacado por una decisión reciente del Tribunal Supremo norteamericano.¹² Sostenía que una Ordenanza Municipal que convertía en una falta lanzarse a hacer propaganda puerta a puerta sin inscribirse en el Registro del Ayuntamiento y recibir un permiso violaba la Primera Enmienda constitucional pues se aplicaba a la propaganda y a la distribución de panfletos. El Tribunal confirmó que

“lesiona no solo los valores protegidos por la Primera Enmienda sino la noción misma de una sociedad libre que en el contexto del discurso público diario una ciudadana deba, primero, informar al gobierno de su deseo de hablar a sus vecinos y, luego, obtener un permiso para hacerlo”.

Así, en el marco legal norteamericano, incluso las disposiciones procedimentales, ajenas a lo sustantivo del discurso, no están permitidas. El Tribunal advirtió que la disposición técnica aparentemente neutra de hecho afecta de forma desproporcionada a grupos religiosos como los Testigos de Jehová, que carecen de recursos financieros y, por lo tanto, descansan en la propaganda puerta a puerta para solicitar apoyos.

Al tratar con normas que afectan a la libertad religiosa, son evidentes dos aproximaciones legales opuestas aplicables a los casos de restricciones a la libertad religiosa, incluyendo el mensaje religioso. La primera se basta con la equidad formal y la aplicabilidad general de la normativa, mientras que la segunda aproximación mira si la regulación aparentemente formal tiene un impacto dispar en religiones minoritarias, carentes de recursos pertinentes. Este segundo enfoque protege mejor la libertad religiosa.

3. Proselitismo como protección de la identidad comunitaria

La relación entre las concepciones competidoras de la libertad religiosa como derecho deliberativo individual y un derecho que protege la identidad como parte de la comunidad (o incluso la capacidad de cohesionar de la propia comunidad) se refleja en la regulación legal del proselitismo. Se reconoce internacionalmente que el derecho de cambiar de religión se halla incluido en el derecho a la libertad religiosa.¹³ El derecho de convencer a otros para que cambien su religión es más controvertido. De entre los Instrumentos internacionales, solo lo menciona la Convención Americana,¹⁴ pero generalmente se lo reconoce como parte de la libertad religiosa.¹⁵ Un estudio de sus límites permite entender este derecho.

Para justificar las restricciones al proselitismo, se despliegan dos argumentos, compatibles con un punto de vista liberal: prevenir la coerción y prevenir la influencia indebida.¹⁶

Prohibir la coerción para cambiar de religión está justificado, pues la coerción niega la libre voluntad. El argumento de la influencia indebida es más problemático. Hay una línea fina

que separa el hecho de causar un cambio de religión desprovisto de libre albedrío (mediante la coerción) y el derecho legítimo de convencer a otros para que cambien su religión en el mercado libre de las ideas. Al parecer, previamente, los estudios de las Naciones Unidas no han reconocido suficientemente esta distinción, sino que, más bien, han permitido la prohibición de las dos.¹⁷

La anterior Relatora Especial ante la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías Elisabeth Odio Benito recomendaba en su estudio¹⁸ que los Estados adoptaran medidas contra la coerción para cambiar de religión. Prevenir la coerción para cambiar de religión es legítimo y, de hecho, garantizaba las políticas gubernamentales. Sin embargo, Odio Benito no consideraba el mayor peligro para la libertad religiosa inherente al uso potencial por parte de los gobiernos de tal legislación para perseguir religiones minoritarias impopulares que hacen propaganda, incluso aunque no haya prueba judicial de usar la coerción.

El anterior trabajo del Relator Especial Arcot Krishnaswami, en su estudio de los derechos religiosos, encargado por la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías¹⁹ incluía la propuesta de que “nadie debería ser sometido a coerción o inducido inapropiadamente hasta tal punto que fuera dañada su libertad de mantener o cambiar su religión o creencia”.²⁰ No obstante, lo que incluya inducir inapropiadamente es, por supuesto, un asunto de interpretación amplia, y una prohibición tan amplia se abre a usos equívocos por parte del Estado.

La Relatora Especial sobre Libertad de Religión o Creencia Asma Jahangir, en su estudio provisional²¹ de 2005 fue más sensible en su aproximación a los peligros contra la libertad religiosa inherentes a prohibir o inducir a la conversión, así como a la coerción para convertir.²²

A nivel de principios puede cuestionarse si tales prohibiciones de hecho protegen la autonomía individual o más bien mantienen la cohesión de la comunidad.²³ Cuatro ejemplos diferentes de prohibiciones estatales de proselitismo ejemplifican este último punto. En el caso Kokkinakis,²⁴ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la Ley griega anti-proselitismo²⁵ era compatible con el artículo 9.²⁶ Esta ley prohibía ejercer influencia sobre la creencia religiosa mediante apoyo material o moral o apelando a alguien de reducida experiencia o capacidades intelectuales. En Alemania, el Tribunal Constitucional decidió en el caso Tobacco Atheist²⁷ que la denegación de libertad condicional a un recluso que intentaba sobornar a otros reclusos con tabaco para que renunciaran a su religión no conculcaba el artículo 4 de la Ley Fundamental (que garantiza la libertad religiosa). Esto, razonaba el Tribunal, era así porque el derecho a hacer proselitismo existe solo cuando no se explota una situación dura de los otros, lo que es incoherente con su dignidad.²⁸ Basado en una justificación aparentemente similar de inducir injustamente, el Código Penal de Israel incluye delitos de ofrecer a otra persona compensación monetaria o material para producir su conversión religiosa, aceptando tal compensación de otro a cambio de una conversión religiosa,²⁹ y causando la conversión religiosa de un menor.³⁰ En 2001, Francia aprobó una ley “que apuntaba a fortalecer la prevención y la represión contra cultos y sectas”,³¹ convirtiendo en delito el aprovechamiento de la ignorancia o del estado de debilidad que lleva a la persona a realizar un acto o a abstenerse de actuar, lo cual resulta seriamente lesivo para ella.³² Esto se aplica no solo a los menores o a las personas con capacidad legal disminuida (en cuyo caso la ley es indudablemente una restricción justificada), sino también a personas “en estado de sometimiento psicológico o físico como consecuencia de las graves presiones ejercidas”, una categoría menos clara y más controvertida. Según su interpretación, esta definición podría significar diferentes cosas: generosamente interpretada, incluso podría incluir presiones equivalentes a técnicas de ventas de alta presión.

Del mismo modo, las restricciones sobre el proselitismo están justificadas pues incluso los liberales excluyen que algunas clases de personas tengan plena autonomía. Estas restricciones se basan en la oposición al uso de técnicas de manipulación que se traduzcan en que alguien cambie su religión. Sin embargo, el uso de las mismas técnicas de manipulación sobre gente que ya es miembro de una religión (o de otro grupo ideológico), incluyendo a niños, para mantener su pertenencia, no se considera ilegal. Así, medidas de beneficencia para miembros de una iglesia no serían ilegales, pero facilitar las mismas medidas a personas de fuera sí lo sería. Esto muestra que, tras una fachada de razonamiento de carácter individual, se predicen las prohibiciones bajo el punto de vista de la libertad religiosa como un derecho de identidad grupal. Así, romper esta identidad de una forma incompatible con la autonomía plena es considerado dañino, pero mantener la identidad con los mismos medios no lo es.

El artículo 9 no protege el proselitismo inadecuado tal como la oferta de una ventaja material o social, según afirmó el Tribunal Europeo en *Larissis v. Grecia*.^{33 34}

Pero, habitualmente, las Instituciones religiosas ofrecen ventajas materiales y sociales a sus propios miembros para mantenerlos como miembros. Los Estados interfieren solo cuando las religiones lo hacen para convertir a otros. Si el objetivo es proteger a los individuos de la influencia indebida, ¿por qué existen las prohibiciones en un caso y no en el otro? Posiblemente, lo que está protegido es más el grupo al que los individuos pertenecen que los individuos en sí mismos considerados.

Todavía hay otra consideración: como hemos visto, las prohibiciones de proselitismo han sido adoptadas respecto al uso de inducciones materiales o al ejercicio de influencia sobre gente cuyas capacidades o circunstancias las hacen vulnerables. Todas son formas de manipulación consideradas inadecuadas. Pero la manipulación es un elemento constante en las relaciones de la gente en sociedad. Las prohibiciones se aplican casi solo a la conversión de creencias religiosas; la manipulación de otras ideas y creencias en circunstancias similares (yendo desde la persuasión política y las campañas electorales hasta inducir a la compra de productos, a través de mecanismos que incluyen la práctica de las relaciones públicas y la publicidad) generalmente son legales, e incluso deseables en una sociedad basada en el libre mercado de ideas. La distinción entre el cambio de creencias religiosas y el cambio de cualquier otra creencia carece de toda justificación coherente. Esto apunta más bien a la conclusión de que las prohibiciones de proselitismo, de hecho están dirigidas a proteger y a fomentar identidades religiosas diferentes más que a la autonomía individual.

Esta crítica apunta a leyes que prohíben el proselitismo de adultos. Las prohibiciones relativas a inducir a niños a convertirse están justificadas, basadas en la percepción ampliamente compartida de que es más fácil para los adultos manipular las creencias de los niños. De hecho, los llamamientos a una regulación más estricta de la publicidad que apunta a los niños siguen este enfoque. Un trato diferenciado para los adultos, protegiéndolos de la manipulación de las creencias religiosas, pero no de la manipulación de otras categorías de creencias e ideas, da a entender que los Estados que prohíben la conversión a cambio de un interés pecuniario están protegiendo a los grupos de miembros “cazadores furtivos”, más que el aspecto individual de la libertad religiosa. Así, desde una concepción de la libertad religiosa como un derecho individual, muchas restricciones del proselitismo son injustificables.³⁵

3.1. Restricciones al proselitismo en el ámbito privado

Las restricciones al discurso religioso, incluyendo el proselitismo, no solo vienen impuestas por el Estado. Organismos privados pueden imponer restricciones que no son menos onerosas,

especialmente contra religiones pequeñas e impopulares. En un caso reciente en Israel,³⁶ un periódico rechazaba portar un anuncio de un libro que defendía las creencias religiosas de los judíos mesiánicos, argumentando que este anuncio ofendería a parte de sus lectores. Aunque la mayoría de los miembros del Tribunal de Distrito sostuvieron que un periódico privado no tenía obligación legal de contratar con potenciales anunciantes, el juez que disintió argumentó que un periódico no puede discriminar por razones de creencias religiosas a la hora de decidir qué anuncios publica.

Tal interpretación de las obligaciones de un periódico, una Institución privada, de respetar los derechos humanos, especialmente en un mercado pequeño con un número limitado de periódicos, salvaría la libertad de expresión religiosa de minorías impopulares. Sin tal protección, los grupos religiosos dominantes podrían restringir el derecho de las minorías a propagar su religión mediante la acción privada, de forma tan efectiva como un gobierno puede restringirlo a través de medidas legales.

Esta es otra área en donde los agentes privados pueden dañar la libertad religiosa. Aceptado que cualquier restricción sobre los agentes privados debería tener en cuenta sus derechos, particularmente, cuando, al imponerla, la libertad de prensa queda afectada, la interpretación del derecho de libertad religiosa en la legislación nacional e internacional debería desplazarse más allá del ámbito tradicional de protección de la libertad religiosa solo en la esfera pública.

4. Libertad de discurso religioso y sanciones dentro del grupo religioso

Indiscutiblemente, en Derecho Internacional, todos tienen derecho a abandonar un grupo religioso³⁷ y a exponer puntos de vista diferentes a los de sus enseñanzas. Pero una cuestión importante es qué tipo de sanciones el propio grupo religioso puede imponer a aquellos a los que considera herejes. Los grupos religiosos hacen uso de una gama variada de sanciones que van desde las puramente sociales hasta la rescisión del contrato laboral (de los empleados), hablando de la propiedad de la organización, iniciar acciones civiles legales aplicables y excomulgarlos. Si a un grupo se le permite mantener su identidad religiosa, debe tener formas de hacerlo; no obstante, la libertad de discurso religioso de sus miembros es conculcada si saben que se les impondrán sanciones por dar su punto de vista y por expresar sus creencias. Tal expresión es también la forma que tienen las religiones de desarrollarse, de dirigir discusiones y debates internos y de manifestar las verdaderas creencias de sus miembros.

La apostasía y la herejía muestran el conflicto entre el derecho de los individuos a creer lo que ellos escojan y el derecho del grupo religioso a promulgar su propia doctrina religiosa. Sullivan³⁸ cree que esto plantea una cuestión abierta en el Derecho Internacional. Ella argumenta que si las autoridades religiosas y civiles solapan e intentan suprimir la expresión de la creencia por parte de presuntos herejes privándolos de privilegios seculares o de derechos de propiedad, el derecho del individuo prevalece. De esto se deriva claramente que ella cree que hay una esfera "religioso-interior" en la que el grupo debería prevalecer, por ejemplo, permitiendo al grupo que imponga sanciones a los individuos, incluso excomulgando a tales miembros. Hay fuertes razones para que la ley no se inmiscuya en dichos asuntos internos de doctrina, permitiendo un derecho comunitario de libertad religiosa.

Prohibir a las personas a las que la religión considera herejes que reclamen pertenecer a la religión es una infracción de su libertad religiosa, tal como la garantiza el artículo 1 de la Declaración de 1981.³⁹ Esta interpretación favorece los derechos del individuo o del grupo escindido sobre el grupo dominante.

Si este derecho se reconoce frente al propio grupo y no como un mero derecho frente al Estado y sus sanciones,⁴⁰ entonces esto será un derecho frente a las sanciones religiosas derivadas del dogma religioso, y no un derecho frente a las acciones laicas del Estado. Las decisiones acerca de quien es considerado miembro y de qué es considerado una herejía forman parte de la doctrina de todas las religiones, y por eso son asuntos en los cuales la intervención legal dañará más directamente la libertad religiosa. No obstante, la necesidad de promover el diálogo y el debate en las religiones y de promover los derechos de aquellos que se comprometen en tal discusión, favorecería esta interpretación de la libertad religiosa.

Esto plantea una cuestión importante: hasta qué punto puede el Estado y, de hecho, el Derecho Internacional, interferir legítimamente en los trabajos internos de un grupo religioso. Las actividades que forman parte de la clave interna de un grupo religioso, la interpretación de la doctrina religiosa, el nombramiento de clérigos y la dirección de la adoración son aspectos en los cuales la intervención estatal dirigida a respaldar los derechos de las personas miembros es más difícil de justificar. Pero incluso en el interior de esta clave interna del grupo religioso, la libertad y la igualdad del individuo deberían ser mantenidas.

El conflicto entre la doctrina religiosa y la protección legal de derechos se halla en el corazón de controversias internas tales como el nombramiento de clérigos femeninos u homosexuales y el derecho de los clérigos que disienten a expresar sus opiniones. Un enfoque individualista de la libertad religiosa significa que las organizaciones religiosas no deberían ser una barrera a la protección de los derechos individuales. Sin embargo, el alcance de lo que podría ser considerado límites de estos derechos sería más amplio en asuntos directamente de doctrina religiosa que en otros aspectos de la vida organizada por las comunidades religiosas.

5. La prohibición del discurso blasfemo deriva de una percepción identitaria de la libertad religiosa

La discusión hasta aquí se ha centrado en la legalidad de las sanciones dentro de una religión. Sin embargo, esos puntos de vista y creencias a los que objetan los grupos religiosos están prohibidos, a veces, por el propio Estado. Un Estado puede proteger el punto de vista sobre su propia religión por parte de un grupo religioso, inhibiendo la expresión religiosa individual, a través del delito de blasfemia. Como se verá, la forma en que la libertad religiosa se conceptúa, sea como un derecho crítico-expresivo, sea como un derecho de identidad, será determinante de la legitimidad de esta prohibición. Una aproximación crítico-expresiva lleva a la conclusión de que este delito debería ser suprimido. Una aproximación identitaria tenderá a apoyar la legitimidad de esta expresión.⁴¹ El delito, originalmente basado en la identificación de la religión con el Estado, ha encontrado justificaciones nuevas basadas en la identidad, tales como la protección de los sentimientos de todos los creyentes y una justificación particular basada en la protección de las religiones minoritarias. Sostengo que hay que llegar a un equilibrio entre las concepciones crítica y expresiva que requeriría ir contra los delitos de blasfemia, pero permitiría ciertas prohibiciones del discurso del odio (lo que se aborda más adelante).

Un examen del delito de blasfemia en el Reino Unido⁴² destaca estas consideraciones. Pese a que este delito ha sido suprimido recientemente en el Reino Unido,⁴³ y ya no se utiliza normalmente en otras democracias liberales, su análisis es instructivo.

En Irlanda, la cuestión de la blasfemia y de la libertad de expresarse contra la religión emergió nuevamente al aprobarse la Ley de Difamación de 2009, la cual, en su artículo 36,

criminaliza la publicación o el pronunciamiento de material blasfemo (insultante o injurioso para asuntos considerados sagrados por cualquier religión).

Como se verá, la concepción identitaria de la libertad religiosa ha recibido un peso mayor que la concepción crítico-expresiva, incluso en el debate sobre la abolición del delito.

5.1 La prohibición de la blasfemia como protección del Estado

Originalmente, el delito de blasfemia tenía como objeto la protección del Estado a través de la protección de la religión oficial, símbolo del Estado. La prohibición de la blasfemia protegía la fe oficial, independientemente de que se afrentaran sentimientos.⁴⁴ Históricamente,⁴⁵ la Ley de blasfemia estaba relacionada muy de cerca con el delito de sedición pues la Corona era al mismo tiempo Jefe de Estado y cabeza de la Iglesia: los ataques contra Dios y contra la religión oficial eran considerados ataques contra el orden social.⁴⁶ Como dispuso Sir Hale en el caso Taylor:

“Puesto que decir que la religión es un engaño es disolver todas esas obligaciones a través de las cuales las sociedades se preservan, y la religión cristiana es una parcela de las leyes de Inglaterra, y, por lo tanto, reprobando la religión cristiana es pedir la subversión frente a la ley”.⁴⁷

El Tribunal de *King, s Bench* afirmó en *Rex v. Woolston*⁴⁸ que “la religión cristiana es oficial en este reino y, por lo tanto, no permitiría que se escribiera ningún libro que tendiera a alterar esa oficialidad”.⁴⁹ Así, no es sorprendente que confesiones cristianas no anglicanas estuvieran protegidas solo en la medida que sus creencias fueran comunes a las de la Iglesia oficial.⁵⁰ Si la justificación del delito de blasfemia es como el de la sedición, a saber, la prohibición de un acto que rompe el orden social, entonces, en cuanto no hay una conexión esencial entre una religión y el orden básico de la sociedad, el delito resulta privado de justificación.

La interpretación del delito de blasfemia se repite en el juicio del Tribunal Supremo de Irlanda en *Corway v. Independent Newspapers*.⁵¹ En ese caso, se rechazó una apelación contra una sentencia que descartaba la petición del demandante de dar inicio a una acción penal privada por difamación escrita blasfema, al amparo de la Ley de Difamación de 1961, contra un periódico que presentaba una caricatura que retrataba la Eucaristía de forma injuriosa. El Tribunal razonó que los casos de blasfemia en Irlanda (el último, de 1855) basaban el delito en el principio de que el cristianismo, la religión oficial, era inseparable de la protección del Estado. Una vez que la Iglesia dejó de ser la religión oficial de Irlanda (en 1869), el delito no pudo sobrevivir.⁵² La Ley de Difamación de 2009 ha cambiado ahora la situación legal.

5.2 Protección de los sentimientos religiosos

A día de hoy, la justificación más corriente a la hora de prohibir la blasfemia, la que descansa en los términos de la teoría liberal, no es la protección de la religión propiamente dicha, sino la de los derechos de los otros, en particular, la protección de los sentimientos religiosos. Descansando en una justificación tal, la mayoría del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en *Otto-Preminger-Institut*,⁵³ decidió que la incautación de una película a raíz de una acción penal por “doctrina religiosa despectiva” definida como expresión “capaz de causar una indignación justificada” no suponía una violación del artículo 10 de la Convención Europea.⁵⁴ La mayoría sostuvo que el derecho a la libertad religiosa, consagrado por el artículo 9, incluye el derecho a respetar los sentimientos religiosos de los miembros de un grupo religioso, que tiene que ponderarse con el derecho de la persona a criticar la religión (protegido por el artículo 10).⁵⁵

La mayoría del Tribunal descansó en el aspecto identitario de la libertad religiosa para incluir la protección de los sentimientos religiosos del artículo 9.⁵⁶ La opinión mayoritaria afirmaba que mientras que los miembros de los grupos religiosos no pueden esperar estar exentos de críticas o incluso de negaciones de su fe, se puede pensar que algunas formas de oponerse a las creencias religiosas pueden inhibir a aquellos que profesan tales creencias religiosas de ejercerlas, y el Estado puede adoptar medidas para protegerlos.⁵⁷ De hecho, en esta situación extrema, la restricción de la libertad religiosa para algunos maximiza la libertad religiosa para todos. Sin embargo, el Tribunal pasó de sostener que el discurso que inhibe a los creyentes de ejercer su libertad religiosa puede ser prohibido legítimamente, a reconocer un mayor derecho general a respetar los sentimientos religiosos, no dependiente de que se mostrase tal inhibición, como era el caso aquí. El Tribunal afirmó que las observaciones gratuitamente ofensivas sobre las opiniones religiosas de los demás “no contribuyen a ninguna forma de discusión pública que pudiera promover el progreso en cuestiones humanas”.⁵⁸ Pero el Tribunal no logró considerar que aunque daños, luchas y conflictos se iniciaron históricamente por tales observaciones, igualmente grandes debates intelectuales han tenido lugar precisamente a raíz de tales observaciones ofensivas.

4.3 Protección de las minorías

Un razonamiento diferente para preservar el delito de blasfemia [y para su extensión a todas las religiones del Reino Unido (el delito protegía solo a la religión mayoritaria)] ha sido ofrecido por Parekh:⁵⁹ una religión mayoritaria no precisa de la protección ofrecida por el delito de blasfemia, pero las religiones minoritarias, sí, especialmente en el contexto en que se expresó, el del caso de Salman Rushdie.⁶⁰ Rushdie es miembro de un grupo religioso minoritario en el Reino Unido. La protección que Parekh sugería para que las religiones minoritarias se protegieran de la mayoría se podría aplicar al caso de Rushdie, miembro de la propia minoría. Su derecho a criticar a su propia comunidad se vería restringido: la protección de la comunidad estaría por encima de los derechos individuales de un miembro de la comunidad. Esta es una solución injustificada. La protección de los miembros de minorías religiosas, más que el dogma religioso, que debería estar abierto a la crítica, puede ser conseguido por otros medios tales como la prohibición del discurso del odio del que se hablará abajo.

5.4 El Informe del “Comité Escogido”

El delito de blasfemia, perseguido exitosamente por última vez en el Reino Unido en 1977,⁶¹ se encuentra abolido ahora.⁶² Sin embargo, un análisis del delito es instructivo y el relato que llevó a su abolición se expondrá a continuación brevemente. A raíz de un Informe de 1985 de la Comisión de Leyes,⁶³ que concluía que el delito debía ser abolido, y de una Recomendación similar del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,⁶⁴ en 2002, la Cámara de los Lores designó un “Comité Escogido” para “estudiar e informar la ley relativa a los delitos contra la religión”. El Informe⁶⁵ no ofrecía una conclusión relativa a la ley de blasfemia, pero sí varias opciones de reforma posibles que se debatirán abajo.⁶⁶ El Informe, en su acercamiento a la libertad religiosa, principalmente, incluye el aspecto identitario de la libertad religiosa más que su aspecto crítico-expresivo, como se verá en el debate que sigue.

En su análisis de la ley al amparo de la Ley de Derechos Humanos de 1998,⁶⁷ el Comité vió en la prohibición una contravención de la libertad de expresión (artículo 10) y de la obligación de no discriminar al aplicar el derecho a la libertad religiosa (artículos 9+14). Así, esto atendía a la igualdad de protección de la libertad religiosa de los miembros de los grupos que las leyes sobre blasfemia o protegían o no. El Informe no consideró la libertad religiosa

como un derecho crítico-expresivo, la libertad religiosa del blasfemo, que resulta perjudicada por las leyes sobre blasfemia.

El Comité Escogido planteó tres posibilidades para reformar el delito de blasfemia, sin escoger entre ellas: “dejarlo como está”, derogarlo o sustituirlo por un delito más amplio.⁶⁸ El razonamiento tras cada uno de los enfoques revela un enfoque más de identidad de la comunidad que de expresión crítica de la libertad religiosa. Un motivo para la primera opción, dejando la ley intacta,⁶⁹ fue que la ley de blasfemia era parte de un tejido legal; este razonamiento subraya la herencia constitucional de la ley y la identidad nacional que debería ser alterada solo por razones de peso. Este es un punto de vista que encaja exactamente en la percepción comunitaria del derecho a la libertad religiosa.

Entre las razones a favor de la opción de derogarla,⁷⁰ el Informe acentuaba que el delito de blasfemia de “common law” era discriminatorio pues solo protegía una religión. El Informe también afirmaba que la deficiencia más seria del delito de blasfemia es que los tribunales del Reino Unido habían interpretado el delito como uno de estricta responsabilidad. El Informe no preguntaba directamente, en cambio, si cualquier delito de blasfemia guardaría proporción con el respeto a la libertad religiosa. Un enfoque crítico-expresivo plantearía esta pregunta y la respondería dándose cuenta de que el delito de blasfemia no guarda proporción con el derecho a la libertad religiosa.

En el caso de sustitución del delito por una disposición más amplia, no discriminatoria,⁷¹ el Informe sugería las disposiciones del Código penal de La India como un punto de arranque, en particular, el artículo 295A, que dice:

“Quien, con intención deliberada y dolosa de ultrajar los sentimientos religiosos de cualquier clase de ciudadanos de La India, de palabra, de forma oral o escrita, o mediante signos o representaciones visibles o de otro tipo, injurie o intente injuriar a la religión o a las creencias religiosas de esa clase, será sancionado con pena de prisión..., o con multa, o con ambas”.

El Tribunal Supremo de La India consideró que este artículo guardaba proporción con las disposiciones de la Constitución de La India sobre libertad de expresión y libertad de religión.⁷² El enfoque de La India, como hizo notar el propio Informe, está basado en la consideración prominente de prevenir la confrontación religiosa en un contexto político particular. El Informe visualizó problemas con una ley tal, en particular, el uso incorrecto para persecuciones políticas (algo que, sin embargo, vio como improbable en el caso del Reino Unido) y la dificultad de definir daño al sentimiento religioso.

Sin embargo, la objeción más básica derivaría de un enfoque de la libertad religiosa que entiende el valor de este derecho en la libertad de criticar y discutir asuntos de religión y creencia. Incluso un discurso deliberadamente injurioso no carece de mérito, necesariamente: algunas formas efectivas de trasladar ideas religiosas a favor o en contra de la religión son deliberadamente provocativas e injuriosas. Hay, sin embargo, mensajes que, al propagar el odio o la intimidación, silencian de manera efectiva a miembros de un grupo religioso que no expresan sus propios puntos de vista ni disfrutan de sus propios derechos como ciudadanos con iguales derechos. Este discurso debería ser definido más estrictamente y está mejor enfocado a través de prohibiciones del discurso del odio.

6. Prohibición del discurso del odio religioso: ponderación entre las percepciones identitaria y expresiva de la libertad religiosa

La dualidad de protección de la expresión y protección de la identidad inherente a la libertad religiosa es también clave para la comprensión y la construcción del delito de discurso del odio religioso. El discurso del odio religioso tiene un rasgo único diferente de otro discurso del odio. Esto se ve claro al analizar los procedimientos legislativos internacionales e internos y las decisiones legales respecto a este delito. El análisis que sigue también subraya esas consideraciones con las que hay que contar cuando se ponen cortapisas al discurso, cortapisas que son objeto de controversia legal actual.

6.1 Protección internacional existente

Las diferentes convenciones de derechos humanos de las Naciones Unidas adoptan diferentes enfoques del discurso del odio. La Convención de la ONU sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial se aplica al discurso del odio basado en la raza, el color, la ascendencia, la nacionalidad o el origen étnico, pero no la religión. La prohibición que contiene es mucho más amplia que la del Pacto de Nueva York de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 20 (2) dispone que: “Toda defensa del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, hostilidad o violencia estará prohibido por ley”. Esta previsión choca con los derechos consagrados por los artículos 18 (libertad de religión) y 19 (libertad de discurso) o, en otras palabras, el artículo 20 forja una esfera de discurso y de religión que no está protegida por los artículos 18 y 19. Qué restricciones vienen permitidas (y, de hecho, impuestas) por el artículo 20 sobre los derechos del artículo 18 y del artículo 19 no están claras. El Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, en el artículo 4(a), ordena a los Estados Parte que prohíban no solo la incitación al odio, sino también la difusión de ideas basadas en la superioridad racial. Respecto a la religión, no se podrían prohibir las teorías de superioridad sin restringir el aspecto expresivo de la libertad religiosa pues la esencia de muchas religiones es su pretensión de ser la verdadera religión y de que las otras religiones son falsas.

Las decisiones del Comité de Derechos Humanos ofrecen algo de orientación, no mucha, pues carecen de un enfoque de principios. En algunos casos, la solución a la ponderación de derechos es nítida pues hay razones legítimas para restringir el aspecto expresivo de la libertad religiosa. El caso *Ross v. Canada* afectaba a un profesor canadiense que perdió su puesto docente por publicar escritos antisemíticos. El Comité de Derechos Humanos justificó la restricción de los derechos de Ross con la protección de los derechos y libertades de otros, al amparo de los artículos 18 y 19, incluyendo sus derechos a recibir una formación, en la escuela pública, libre de tendencia, prejuicio e intolerancia. El razonamiento en este caso se entiende y es justificable. El caso no afecta al intercambio regular de discurso entre adultos, sino a un adulto, un profesor, en situación de autoridad ante niños. El ámbito de la libertad de expresión religiosa debería ser mucho más restringido en una situación así que en el mercado de ideas en el mundo adulto.

Respecto al discurso orientado a adultos, el asunto es más complicado. En el caso *J.R.T.*,⁷³ el Comité de Derechos Humanos encontró que Canadá no había infringido los derechos del artículo 19 del autor porque Canadá acató el artículo 20(2). En ese caso, el discurso era, de hecho, incitador, especialmente cuando se ponía en contra del contexto histórico de antisemitismo; su objeto fue un grupo religioso y no ideas religiosas y fue legítimamente prohibido. Pero el Comité de Derechos Humanos no aportó orientaciones respecto a si, o cómo, intentó ponderar los artículos 19 y 20(2).⁷⁴

La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea sobre Formas de Combatir el Racismo y la Xenofobia⁷⁵ define el racismo y la xenofobia⁷⁶ como: “la creencia en la raza, el

color, la ascendencia, la religión o las creencias, el origen nacional o étnico, como factor determinante de la aversión a personas o grupos". Dispone que los Estados conviertan en delito los comportamientos dolosos de incitación pública a la violencia o al odio con fines racistas o xenófobos, o cualquier otro comportamiento racista o xenófobo que pueda causar daños serios a las personas o grupos afectados,⁷⁷ así como injurias públicas o amenazas a individuos o grupos con un fin racista o xenófobo.⁷⁸

De momento, la Unión Europea ha fracasado en la adopción de la Decisión Marco debido a los temores a que la Decisión podría ser utilizada para restringir los derechos políticos y de expresión.⁷⁹ Esto es un peligro en relación con la conversión en delito de cualquier discurso que pudiera ser considerado como racista o xenófobo, pero es un peligro particular en relación con el discurso religioso que, a menudo, es utilizado para expresar ideas políticas que pueden ser clasificadas indebidamente como racistas o xenófobas.

En el año 2007, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó la Recomendación 1805 sobre blasfemia, injurias a la religión y discurso del odio contra personas en razón de su religión.⁸⁰ Esta Recomendación ofrece una serie de directrices para los Estados Miembros en relación con los artículos 9 y 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En el año 2008, la Comisión de Venecia lanzó un Informe sobre blasfemia, injuria religiosa e incitación al odio religioso.⁸¹ El Informe concluyó que "no es necesario ni deseable que se cree un delito de injuria religiosa" (y el "delito de blasfemia debería ser abolido", una conclusión también alcanzada por la Recomendación 1805).

La falta de una directriz clara en el Derecho internacional sobre el discurso del odio urge un examen más acabado acerca de cómo los Estados han abordado este asunto.

Tratamiento nacional

En el Reino Unido, la Ley de Odio Racial y Religioso fue aprobada en 2006 tras mucha controversia. Se aceptó una propuesta para extender el delito de incitación al odio racial en el Proyecto de Ley de Antiterrorismo, Delitos y Seguridad, de 2001, pero posteriormente se abandonó. No obstante, se incluyó en el Proyecto de Ley de Delitos Religiosos de 2002 y se reintrodujo en el Proyecto de Ley de Delincuencia Organizada Seria y Policía, de 2004.⁸² La incitación al odio racial ya era un delito al amparo de la Ley de Relaciones Raciales de 1965 y de la Parte III de la Ley de Orden Público de 1986. Al amparo de esta última Ley, es delito utilizar palabras o comportamientos amenazadores, insultantes o injuriosos o exhibir material escrito que sea amenazador, insultante o injurioso y que esté destinado a, o que pueda, agitar el odio racial.⁸³ El Comité Selecto de la Cámara de los Lores, en su Informe sobre el propuesto Proyecto de Ley de Delitos Religiosos,⁸⁴ no alcanzó una conclusión en cuanto a si se necesita que haya alguna protección legal adicional "o para los creyentes en tanto que categoría, o para los objetos relacionados con sus creencias". Sin embargo, la Ley de 2006, de Odio Racial y Religioso, posteriormente introducida y aprobada por el Parlamento, extendía el delito de la Ley de Orden Público para cubrir el odio religioso (Sección 29B). El "odio religioso" es definido como odio dirigido contra un grupo de personas caracterizado por referencia a la creencia religiosa o a la falta de creencia religiosa. En contraste con el delito de odio religioso existente, sin embargo, el nuevo delito de odio religioso solo puede ser cometido si el actor tenía la intención de causar odio religioso; en comparación, el delito existente puede ser cometido cuando las acciones probablemente pueden causar odio racial.

La Sección 29J fue añadida en la etapa final de la redacción para calmar la fuerte oposición al Proyecto de Ley en el Parlamento, especialmente, en la Cámara de los Lores. Se titula "Protección de la Libertad de Expresión" y dice

“Nada en esta Parte se interpretará o aplicará de una manera que prohíba o restrinja el debate, la crítica o las expresiones de antipatía, disgusto, ridículo, injuria o insulto de religiones particulares o de creencias o prácticas de sus seguidores, o de cualquier otro sistema de creencias, o las creencias o las prácticas de sus seguidores, o hacer proselitismo o urgir a los seguidores de una religión diferente o de un sistema de creencias a dejar de practicar su religión o sistema de creencias”.

El discurso de odio religioso debería ser tratado de manera diferente a otro discurso del odio

Mientras que las leyes contra el odio religioso y la intolerancia tienen un propósito elogiado, estas leyes pueden contravenir de una manera no permisible tanto la libertad religiosa como la libertad de expresión. La Relatora Especial Odio Benito⁸⁵ enumera de forma aprobadora los Estados que tienen leyes que sancionan los actos de intolerancia y discriminación basados en religión o creencias, y recomienda que todos los Estados adopten leyes similares. Sin embargo, ella no trata de distinguir entre leyes que legítimamente evitan la incitación y leyes que contravienen la libertad religiosa y la libertad de expresión al impedir el discurso religioso legítimo.⁸⁶ Una línea fina, pero crucial debe ser trazada entre las dos. En dónde deba ser trazada tal línea ha sido objeto de mucha controversia en la práctica del Estado y en la doctrina jurídica, así como en la limitada jurisprudencia internacional sobre la materia.

La legitimidad de los límites sobre el discurso del odio en tanto que restricciones al discurso libre ha sido objeto de muchas discusiones.⁸⁷ La discusión se ha centrado en el discurso del odio que apunta a la raza. Pero el discurso del odio religioso difiere del discurso del odio racial, un aspecto que no ha sido objeto de mucha atención. Tratar el discurso del odio racial y religioso de la misma manera no protege suficientemente la libertad religiosa. Cuando la libertad religiosa está involucrada, su carácter dual debe ser tenido en cuenta. Una religión es un grupo de gente cuya identidad ella contribuye a definir. Pero la religión también se compone de ideas. Hay un beneficio social potencial en el discurso contra el catolicismo o anticatólico, por ejemplo, pero no en el que se dirige contra los miembros de esos grupos. No hay una diferenciación similar en cuanto al discurso del odio racial. No hay manera de establecer una diferencia similar en el discurso del odio racial. Simplemente no emerge beneficio social alguno del discurso contra “los negros” en tanto que “negros” y no hay una cosa tal como el discurso contra la idea de la “negritud”.⁸⁸

La diferencia entre los dos tipos de discurso, el de las ideas seleccionadas y el de los grupos seleccionados, puede ser entendida por comparación con otras posibles categorías de discurso del odio. En el caso de referencia *R.A.V. v. City of St. Paul*,⁸⁹ el Tribunal Supremo de los Estados Unidos resolvió sobre la constitucionalidad de una Ordenanza de la ciudad de San Pablo que prohibía el discurso ofensivo sobre la base de la raza, el color, el credo, la religión o el género. Sostuvo que la Ordenanza era inválida porque constituía discriminación de fondo:⁹⁰ no prohibía el discurso con otros fundamentos posibles tales como la afiliación política, la pertenencia a un sindicato o la homosexualidad. “La Primera Enmienda no permite [a la ciudad] imponer prohibiciones especiales a los hablantes que expresan puntos de vista sobre temas que desaprueban” razonó el Tribunal. Se consideró que la ley era inconstitucional porque la prohibición se basaba en el *tema* del discurso.⁹¹

De manera interesante, aunque el asunto se ocupaba del discurso del odio racial, el Tribunal criticó la Ordenanza empleando para ello un ejemplo de un discurso sobre religión. A la luz de la Ordenanza, dijo el juez Scalia, en nombre de la mayoría:⁹² “Uno puede apoyar una señal que diga, por ejemplo, que todos los “fanáticos anticatólicos” son descabellados; pero no que todos los “papistas” lo son porque eso injuriaría y provocaría violencia sobre la base de la religión” “. A la luz de la Ordenanza, razonó el Tribunal, el discurso contra una religión estaría prohibido, pero el discurso contra aquellos que se oponen a la religión no lo estaría. Así, el Tribunal entendió que la Ordenanza constituía no ya discriminación en razón del contenido, sino también una discriminación basada en el punto de vista, algo no permisible e inconstitucional.

De hecho, prohibiciones unilaterales de discursos sobre la religión que se aplican a algunas partes del debate, pero no a otras, son un límite inaceptable del discurso libre y de la libertad de religión. Además, cualquier prohibición que ahogue el discurso que proclama qué creencias religiosas son ciertas y cuáles, equivocadas, incluso en términos injuriosos, es un límite injustificado del aspecto crítico-expresivo de la libertad religiosa, una de las justificaciones clave de este derecho. La legislación contra el discurso del odio religioso debería seguir un enfoque que distinguiera entre el discurso ofensivo aceptable y el discurso ofensivo no aceptable contra gente que miembros de un grupo religioso. Algunos indicios de tal enfoque pueden discernirse en la opinión concurrente del juez Stevens, en la cual argumenta que la Ordenanza de St. Paul no es discriminatoria porque no prohíbe lanzar palabras beligerantes basadas en ideas conflictivas, pero prohíbe a todos lanzar tales palabras basadas en la raza, color, credo, religión o género del destinatario.

Contra lo que razonó el Tribunal, yo sostendría que la afiliación política y sindical son diferentes de la raza, el credo y el género. El discurso contra la afiliación política y sindical apunta a puntos de vista (que deberían estar permitidos), mientras que el discurso contra la raza, el color o el género apunta a grupos o a características inherentes (lo que, con ciertas condiciones, debería no estar permitido). La religión puede pertenecer a ambas categorías: el discurso contra la religión puede ser, o contra un punto de vista religioso, o contra un grupo religioso de gente, dificultando la distinción entre el discurso que debería estar permitido y el discurso que no lo debería. En el caso del primero de ellos, la libertad de usar el discurso ofensivo contra creencias religiosas puede tener un beneficio social. En los debates de una ley canadiense que prohibía el discurso que probablemente expondría a una persona al odio o al desprecio a causa de su religión (entre otras razones),⁹³ Greenawalt destaca con razón que algunos puntos de vista religiosos merecen odio y desprecio tales como los puntos de vista racistas religiosos. Esta ley fue el tema del caso Taylor⁹⁴ en el Tribunal Supremo de Canadá. El Tribunal decidió que la ley no era una restricción intolerable de la libertad de expresión en una sociedad libre y democrática.⁹⁵ Sin embargo, los votos particulares, disidentes, del Tribunal argumentaron que la dimensión de la prohibición era demasiado amplia e invasiva, alcanzando más comportamientos expresivos de los que podían justificarse. El uso de las palabras “odio” y “desprecio”, argumentaron los disidentes, es vago, subjetivo y susceptible de una amplia gama de significados, ampliando el tamaño de la ley para cubrir expresiones que presentaban una amenaza pequeña de alentar el odio o la discriminación e incluso alcanzaban discursos que de hecho son antidiscriminatorios.⁹⁶ En la ley objeto de debate no había defensa relativa al desacuerdo religioso sincero, y Greenawalt cree que el Tribunal debería haberse dado cuenta de esto.

Yo haría una crítica más general: las religiones consisten, por un lado, en puntos de vista, y, por otro lado, en gente cuya identidad se define por pertenecer a ellas. Toda prohibición sobre el discurso del odio religioso debería enfocarse desde la distinción entre el discurso contra las ideas y el discurso contra un grupo de gente con una mentalidad en el

sentido de prohibir este último, pero no el anterior. Cuando el discurso está motivado religiosamente, la decisión respecto a lo que abarca el discurso permisible tiene que considerar no solo la libertad de expresión sino también la libertad de religión, en particular, si el discurso que ofende se reclama inherente a la práctica de la religión, como leer o publicar textos sagrados que contengan el discurso ofensivo. En el caso *Alba v. The State of Israel*,⁹⁷ el Tribunal Supremo de Israel denegó una apelación contra la condena del demandante por incitación al racismo⁹⁸ por publicar un artículo al asumir que descansaba en una interpretación de los textos, reclamando que, según la ley judía, la muerte de no judíos era un delito menor que la muerte de judíos. Alba se había apoyado en la problemática defensa estatutaria de la cita de la escritura religiosa.⁹⁹ La mayoría de los jueces no aceptó la defensa, pues encontraron que la publicación era una presentación engañosa de la escritura judía con la clara intención de incitar al racismo.

Pero la defensa en sí es problemática: ¿Por qué el discurso que es una reiteración de una doctrina religiosa existente debería ser tratado de una manera diferente de cómo se trata otro discurso del odio? O todas las prohibiciones del discurso del odio deberían ser sometidas a la determinación de la intención, o no deberían serlo. ¿Por qué el discurso religioso debería ser aceptable cuando otro discurso no lo sería? Según la clasificación sugerida en este artículo, la cual hace que sea admisible el discurso incitador contra ideas religiosas, pero no permisible el discurso que incita contra la gente basado en su religión, un discurso como el de Alba no estaría protegido en virtud de sus fuentes religiosas, meramente.

Una prohibición más amplia del discurso religioso que apunta a mantener una relación pacífica entre comunidades es evidente en el enfoque del Tribunal Supremo de India. En los casos *Hindutva*,¹⁰⁰ el Tribunal Supremo de La India dispuso que la prohibición en la búsqueda de votos usando argumentos religiosos¹⁰¹ cae dentro de una excepción legítima de orden público frente a la garantía constitucional de discurso libre,¹⁰² al descansar en el rasgo secular constitucionalmente determinado, para afirmar que esa expresión es contraria al decoro y a la corrección en una sociedad secular.¹⁰³ La tolerancia entre comunidades religiosas fue vista como primordial para cualquier consideración de la expresión libre. El Tribunal entendió el principio de una sociedad secular, y, de hecho, el intento de mantener la tolerancia entre religiones como justificando un desplazamiento del discurso religioso desde el ámbito público-político en su proceso más crucial, el de unas elecciones democráticas. Se sugiere que la prohibición completa del discurso electoral religioso va más allá del objetivo legítimo de mantener la tolerancia religiosa. Solo el discurso que termina produciendo odio y lucha entre religiones debería estar prohibido.

Conclusiones

Se ha visto que la consideración de la libertad religiosa como un derecho expresivo-individual tiene importantes consecuencias para analizar los límites permisibles de este derecho en los casos de discurso religioso. Se ha argumentado que, en un enfoque individualista, la protección del discurso religioso sería igual a la de otro discurso político (mientras que, en un enfoque comunitario, quedaría más a la determinación del Estado). Según el punto de vista crítico-expresivo-individualista, la libertad religiosa protege no solo al hablante sino al destinatario voluntario del discurso.

Un examen del proselitismo ha revelado que los límites impuestos al proselitismo, aunque explicados como protección de la autonomía personal, de acuerdo con una percepción individualista de la libertad religiosa, puede ser debido más a una concepción de este derecho que intenta mantener la identidad del que recibe la propaganda o incluso la identidad y

cohesión del propio grupo. Al ponderar el punto de equilibrio entre el intercambio libre de ideas religiosas y la preservación de la identidad religiosa existente, una concepción expresivo-individualista del derecho atribuiría más valor al primero, mientras que una concepción comunitaria daría más valor al último. Un enfoque expresivo-individualista limitaría así las restricciones sobre el proselitismo a aquellos que dañan la autonomía individual y niegan la libre elección, de la misma manera que se regulan otros tipos de discurso persuasivo.

Un enfoque expresivo-individualista daría valor a un discurso considerado blasfemo por un grupo religioso. Esto significaría que el Estado no solo no podría restringir tal discurso, sino que podría tener que proteger al individuo incluso de sanciones por parte de la comunidad religiosa. La cuestión de las sanciones religiosas dentro del grupo confronta directamente la libertad religiosa del grupo con la del individuo. El enfoque grupal favorecería que se permitiera al grupo establecer sus propias sanciones, incluyendo la expulsión, contra aquellos que él considera que se desvían de su doctrina. Un enfoque expresivo-individualista buscaría implementar los derechos humanos incluso en relación con las sanciones dentro del grupo. Esto sería una implementación extrema del enfoque expresivo-individualista, pues significaría que el grupo no tendría discrecionalidad ilimitada, ni siquiera en la aplicación de su propia doctrina.

La consideración de la libertad religiosa como un derecho que protege tanto la expresión de las ideas como la igualdad de los miembros de todas las religiones en la esfera pública llevaría a un tratamiento de la regulación del discurso del odio que diferenciaría entre el discurso sobre ideas y el discurso sobre miembros de grupos religiosos.

¹ Reconocido en los principales documentos sobre derechos humanos, incluyendo el artículo 19(2) del Pacto de Nueva York de Derechos Civiles y Políticos (adoptado el 16 de diciembre de 1966) 999 UNTS 171 (“ICCPR”) y el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (adoptado el 4 de noviembre de 1950) 213 UNTS 221 (“ECHR”).

² *Wingrove v. UK* (1996) 24 EHRR 1 ECtHR. En el mismo sentido, ver: App. nº 42571/98 I.A. vs. Turquía: “Un Estado, por lo tanto, puede considerar legítimamente que es necesario adoptar medidas tendentes a reprimir ciertas formas de comportamiento, incluyendo la difusión de información de hechos e ideas, consideradas incompatibles con el respeto por la libertad de pensamiento, conciencia y religión de otros (corresponde, sin embargo, al Tribunal emitir el fallo final sobre la compatibilidad de dicha restricción con la Convención)”.

³ Este enfoque llevó al Tribunal, por mayoría, a aceptar la censura de una película destinada a ultrajar a creyentes cristianos, al entender la restricción de la libertad de expresión (artículo 10(2)ECHR) como la protección legítima de la libertad religiosa de terceros. Ver también: App. nº 64016/00 *Giniewski v. Francia*. In App. no. 44179/98 *Murphy v. Irlanda*. Sin embargo, el Tribunal subrayó que “la supervisión (por el Tribunal-nota de al autora.-) puede ser considerada tanto más necesaria cuanto que la noción de respeto por las creencias religiosas de otros es bastante abierta y existen riesgos de injerencia en la libertad de expresión en forma de acción contra el material presuntamente ofensivo”.

⁴ Compárese el debate sobre la deferencia concedida a la política estatal en asuntos relativos a la religión en el Capítulo 1 del Borrador de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁵ Fallo judicial de 5 de febrero de 2001, *Olmedo-Bustos v. Chile*, Tribunal Interamericano de Derechos Humanos (Sec.C) nº. 73 (2001).

⁶ La Comisión de la Organización de Estados Americanos, que elevó el caso ante el Tribunal, consideró que el artículo 12 había sido violado.

⁷ Este debate se abordará en ocasiones posteriores.

⁸ *Choudhury v. Reino Unido* [1990] 12 HRLJ 172.

⁹ *R v. Bow Street Magistrates Court Ex p. Choudhury* [1991] 1 QB 429; [1990] 3 WLR 986; (1990) 91 Cr App R 393; [1990] Crim LR 711; [1990] COD 305; (1990) 87(24) LSG 40; (1990) 140 NLJ 782.

¹⁰ *Manoussakis v. Grecia* (1996) 23 EHRR 387 ECtHR.

¹¹ *Ibid.* 47.

¹² *Watchtower Bible & Tract Society de NuevaYork v. Pueblo de Stratton* 536 U.S. 150 (2002); 122 S.Ct. 2080.

¹³ Por ejemplo, ICCPR, artículo 18 (derecho a adoptar la religion que uno elija); la Convención Americana de Derechos Humanos, OAS TS Nº 36, en 1 (adoptada el 22 de noviembre de 1969) 1114 UNTS 123, artículo 12(1) (prohíbe dañar el derecho a cambiar de religión).

¹⁴ El artículo 12(1) se refiere específicamente al derecho a propagar la religión o la creencia.

¹⁵ Al amparo de la Convención Europea de Derechos Humanos, *Kokkinakis v. Greece* (1994) 17 EHRR 397 ECtHR. Véase igualmente *Larissis v. Greece* (1999) 27 EHRR 329 ECtHR.

¹⁶ Véase también P.M. Taylor, “Las razones cuestionables de las objeciones al proselitismo y otras ciertas formas de expresión religiosa”, *Brigham Young University Law Review*, 2006, en donde se critica una tercera justificación ofrecida para prohibir el proselitismo, la relativa al respeto de los derechos de los otros.

¹⁷ Aunque el Comentario General Nº 22 de la CDH deja claro que no hay diferencia entre la coerción para convertir y la coerción para adherirse a una religión, ambas están prohibidas en el artículo 18 del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos. En el párrafo 5 se señala:

“El artículo 18.2 prohíbe la coerción que dañaría el derecho de tener o adoptar una religión o creencia, incluyendo el uso de amenaza con fuerza física o sanciones penales para forzar a los creyentes o no creyentes a adherirse a sus creencias y congregaciones religiosas, retractarse de su religión o creencia o convertirse.”

Puede verse en:

<<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/9a30112c27d1167cc12563ed004d8f15?Opendocument>> (consultado el 8 de diciembre de 2009).

¹⁸ E. Odio Benito, *Eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación basadas en religión o creencia*, Nueva York: Naciones Unidas, 1989, 26.

¹⁹ A. Krishnaswami, *Estudio sobre el tema de los derechos religiosos y prácticas –Informe del Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías*, Nueva York: Naciones Unidas, 1960.

²⁰ Regla 1(3) de sus 16 reglas propuestas.

²¹ NU Doc. A/60/399

²² Ella opina que:

...(C)ualquier forma de coerción por parte del Estado y de actores no estatales que apunte en la dirección de la conversión religiosa está prohibida por la legislación internacional de derechos humanos, y cualquiera de tales actos debe ser tratado dentro del ámbito de la ley penal y civil. La actividad misionera es aceptada como expresión legítima de religión o creencia y por lo tanto disfruta de la protección concedida por el artículo 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y otros Instrumentos internacionales destacados. La actividad misionera no puede ser considerada violación de la libertad de religión y creencia de otros si todas las partes involucradas son adultos capaces de razonar por sí mismos y si no hay relación de dependencia o jerarquía entre los misioneros y los sujetos pasivos de las actividades misioneras.

...(A)lgunas formas de la conversión “no ética” no son *per se* contrarias a los estándares internacionales. Además, mientras que algunos de estos actos pueden no estar protegidos por la legislación de derechos humanos, ellos no deberían, como consecuencia, ser vistos como constitutivos de delito. ... (C)asos de presuntas conversiones “no éticas” serían abordados caso a caso, examinando el contexto y las circunstancias de cada situación individual y tratados según la legislación penal y civil común. ...(L)a adopción de leyes que criminalizan *in abstracto* algunos actos que llevan a conversión “no ética” debería ser evitada, en particular en aquellos lugares en los que estas leyes puedan aplicarse incluso en ausencia de denuncia de la persona convertida.

Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/issues/religion/docs/A_60_399.pdf
(párrafos 67-68) (consultado el 8 de diciembre de 2009).

²³ Varias justificaciones de proselitismo han sido ofrecidas desde instancias particulares. Descansan explícitamente en la idea del mantenimiento de la identidad comunitaria. Por ejemplo, el enfoque de Makau Wa Mutua según quien las religiones indígenas de África no están preparadas para hacer frente a las religiones misioneras, por lo que disponer actuaciones contra religiones externas está justificado (M. Wa Mutua, “Límites de derechos religiosos”, en J. D. van der Vyver, J. Witte (eds.), *Derechos humanos religiosos en una perspectiva global*, volumen II-Perspectivas legales, La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, 417). T. Földesi, “Los problemas principales de la libertad religiosa en Europa Oriental”, en J. D. van der Vyver, J. Witte (eds.), *Derechos humanos religiosos en una perspectiva global*, volumen II-Perspectivas legales, La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, 243, argumenta que tras años de comunismo y laicismo patrocinado por el Estado en Europa Oriental, dar alguna protección legal a la iglesia histórica a base de restringir las religiones proselitistas provenientes del exterior está justificado. Lerner argumenta a favor de un derecho de la comunidad contra el derecho de quienes desean hacer propaganda religiosa basados en el derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, aunque esto parecería un derecho que puede ser solo un derecho de las personas. N. Lerner, *Religión, creencias y derechos humanos internacionales*, Markinoll: Orbis Books, 2000, 117). Estas justificaciones están fuera del debate actual, que trata las justificaciones individuales ostensiblemente liberales que, como se verá, también protegen la coherencia de la comunidad indirectamente.

²⁴ *Kokkinakis v. Greece* (1994) 17 EHRR 397 ECtHR

²⁵ Ley Nº 1672/1939 (Sección 2) convierte en delito participar en actividades de “proselitismo”, definido como:

“un intento de interferir en las creencias religiosas de una persona de diferente convicción religiosa (eterodoxos), con la intención de minar estas creencias, o mediante cualquier tipo de aliciente o promesa de un aliciente o de apoyo moral o de asistencia material, o mediante medios fraudulentos o

aprovechándose de su inexperiencia, confianza, necesidad, escasa inteligencia o ingenuidad.”

²⁶ Aunque encontró una brecha de la Convención en su aplicación en el caso particular.

²⁷ 12 BverfGE 1 (1960).

²⁸ Véase D. P. Currie, *La Constitución de la República Federal de Alemania*, Chicago: University of Chicago Press, 1994, 253.

²⁹ Sección 174B, Código penal, 1977.

³⁰ Sección 368, Código penal, 1977.

³¹ Ley Nº. 2001-504 de 12 de junio de 2001.

³² Artículo 20, modificando la Sección 223-15-2, Código penal francés.

³³ *Larissis v. Greece* (1999) 27 EHRR 329 ECtHR, párr. 45.

³⁴ El razonamiento del Tribunal, en cambio, que abordaba el proselitismo sin alicientes materiales, parece correcto al diferenciar entre el contexto militar, en el que contemplaba la convicción griega según la cual el proselitismo es una infracción del artículo 9, y el contexto civil, en el cual contemplaba la prohibición como una infracción del artículo 9.

³⁵ Criminalizar la aceptación de la remuneración material por parte del converso (Sección 174B del Código penal israelí, 1977, tal como se describe arriba) puede ser incluso una infracción más clara de la libertad religiosa. Todos tienen derecho a cambiar de religión. La prohibición de aceptar remuneración por hacerlo así es una limitación del derecho. Puede estar justificado como un límite paternalista, que prohíbe a la gente devenir víctimas de la explotación, pero en su más amplio alcance puede ser una protección no permisible del grupo más que una protección permisible del individuo.

³⁶ Civ. App. (Jerusalem) 3060/02 *Stern v. Palestine Post* (adoptado el 18.11.2003).

³⁷ La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 18 (derecho a cambiar de religión). Esta norma se omitió en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales y en la Declaración de 1981, que no se aparta de los derechos existentes. Así, las leyes sobre apostasía, que existen en algunos Estados islámicos, tales como Sudán, prohibiendo a los musulmanes cambiarse de religión, contravienen claramente las disposiciones internacionales.

Este derecho está expresamente reconocido en el Comentario General del Comité de Derechos Humanos Nº 22, párrafo 5.

³⁸ D. J. Sullivan, “Advancing the freedom of religion or belief through the UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination”, *American Journal of International Law* 82, 1988, 495.

³⁹ A. Krishnaswami, *Study in the matter of religious rights and practices – Informe del Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías*, Nueva York: Naciones Unidas, 1960, 38 y A. V. Ribiero, *Implementation of the Declaration on*

the Elimination of All forms of Intolerance and of Discrimination based on Religion or Belief, Nueva York: Naciones Unidas, 1987, 15, citado por D. J. Sullivan, *Ibid*.

⁴⁰ Esto es lo que sucedió en Paquistán, a raíz de la regulación de las actividades anti-islámicas del Grupo Quadiani, del Grupo Lahori y de la Ordenanza Ahmadi (Prohibición y Castigo), de 1984, que prohíbe a los miembros de Ahmadi llamarse a sí mismos musulmanes. En el caso *Zaheer-ud-din v. The State* 1993 SCMR 1718, la validez constitucional de la Ordenanza fue respaldada por el Tribunal Supremo de Paquistán (por encima de un voto disidente que consideró que rompía la libertad religiosa). La opinión mayoritaria del Tribunal se basaba en el argumento de una “marca religiosa” según la cual la prohibición a los Ahmadi de llamarse a sí mismos por un título que ya pertenecía a otros no era romper su libertad religiosa. Una crítica a la decisión puede ser leída en: M. Lau, “The case of Zaheer-ud-din v. The State and its impact on the fundamental right to freedom of religion”, *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law* 1, 1994, 565.

⁴¹ Cualquier aproximación coherente con los rudimentos de la protección de los derechos humanos se opondría al tipo de normas sobre blasfemia semejantes a las incluidas en los artículos 295-B, C y 298-A, B y C del Código Penal paquistaní. Estas sentencias de prisión de por vida o de pena de muerte utilizadas para violar la libertad religiosa no son proporcionadas y no sirven a fines legítimos (además de la conculcación de los derechos humanos inherente a la pena capital por cualquier delito).

⁴² Un delito de blasfemia, o delitos similares, existe en otros Estados, incluyendo Estados democráticos, tales como Austria (artículos 188 y 189, Código penal), Dinamarca (párrafos 140 y 266b, Código penal), Finlandia (sección 10 del capítulo 17, Código penal), Grecia (artículos 198, 199 y 201, Código penal), Italia (artículos 402-406, Código penal) y Holanda (artículo 147, Código penal). La mayoría no se usan. El análisis del anterior delito inglés ilustra los principios involucrados.

En muchas otras democracias liberales, la blasfemia no es delito. En los Estados Unidos, a raíz del caso *Burstyn v. Wilson* 343 U.S. 495 (1952), acciones por blasfemia (al amparo de las normas estatales sobre blasfemia) violarían la Constitución norteamericana, aunque algunas normas estatales sobre blasfemia siguen existiendo formalmente, aunque inaplicadas en la práctica, (tal como el capítulo 272 de las Leyes Generales de Massachusetts, Sección 36).

⁴³ Los delitos de blasfemia y de difamaciones por escrito blasfemas de “common law” fueron abolidas por la Ley de Procedimiento penal y de Inmigración de 2008. Véase también la Ley de odio racial y religioso de 2006.

⁴⁴ D. Shelton, A. Kiss, “A Draft Model Law on Freedom of Religion, with commentary”, en J. D. van der Vyver, J. Witte Jr., *Religious human rights in global perspective Vol. II -Legal perspectives*, La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, 559.

⁴⁵ Historia del delito de blasfemia en Europa, véase: A. Cabantous trans. E. Rauth, *Blasphemy: Impious speech in the West from the 17th to the 19th century*, Nueva York: Columbia University Press, 2001.

⁴⁶ R. C. Post, “Cultural heterogeneity and law: Pornography, blasphemy, and the First Amendment”, *California Law Review* 76, 1988, 306.

⁴⁷ *Taylor’s Case* 86 Eng. Rep. 189, 1 Vent. 293 (K.B. 1676).

⁴⁸ *Rex v. Woolston* 94 Eng. Rep. 112, 1 Barn. K. B. 162 (1729).

⁴⁹ *Ibid*, 113.

⁵⁰ *The Law Commission Working Paper No. 79: Offences against religion and public worship* 5-6 (1981).

⁵¹ *Corway v. Independent Newspapers* [1996] IEHC 27; [1999] 4 IR 484, a debate en S. Randalow, "Bearing a constitutional cross: examining blasphemy and the judicial role in *Corway v. Independent Newspapers*", *Trinity College Law Review*, 2000, 95.

⁵² Igualmente, en Italia, los artículos 402-406 del Código penal prohíben los delitos contra la religión oficial. La derogación de la ley que proclama el catolicismo como la religión oficial del Estado en Italia aparentemente supone que estas normas ya no están vigentes. Una norma diferente, el artículo 724, prohíbe injuriar a cualquier religión.

⁵³ *Otto-Preminger-Institut v. Austria* (1995) 19 EHRR 34 ECtHR.

⁵⁴ Esto siguió un razonamiento similar por parte de la Comisión Europea en un caso anterior, *Lemon v. UK* (1982) 5 EHRR 123 ECtHR.

S. Leader, "Blasphemy and human rights", *Modern Law Review* 46, 1983, 340, argumenta que la Comisión no debería haber reconocido un derecho de los ciudadanos a no ser ofendidos en sus creencias religiosas pues solo derechos fundamentales explícitamente mencionados en la Convención pueden ser considerados "derechos de los otros", lo que puede justificar un límite al discurso libre. En el caso *Handyside v. UK* (1979-80) 1 EHRR 737 ECtHR, en relación con un discurso que no se refiere a la religión, el Tribunal Europeo ofreció un test de ponderación de intereses al amparo de la Convención Europea cuando se encuentre envuelto en el asunto un discurso ofensivo.

⁵⁵ La opinión disidente (de los jueces Palm, Pekkanen y Makarczyk) fue en el sentido de que el derecho a la protección de los sentimientos religiosos no estaba incluido en el derecho del artículo 9 a la libertad de religión. La opinión sienta que es legítimo que el Estado limite discursos antirreligiosos ofensivos solo cuando son violentos o insultantes. La disidencia razona que los solicitantes pueden apoyarse tanto en el artículo 10 como en el artículo 9, pues la libertad de religión y creencia incluye el derecho a expresar puntos de vista críticos con las opiniones religiosas de otros.

⁵⁶ Richards argumenta que tal protección de los intereses de identidad grupal, como fueron reconocidos en este caso, involucra inevitablemente al Tribunal a la hora de decidir quiénes son los grupos y cuáles son las creencias a las que se debe respeto, y tenderá a adoptar los puntos de vista de los grupos religiosos dominantes en estas cuestiones (D. A. J. Richards, *Free speech and the politics of identity*, Oxford: Oxford University Press, 1999).

⁵⁷ *Otto-Preminger-Institut v. Austria* (1995) 19 EHRR 34 ECtHR, párr. 47.

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 49.

⁵⁹ B. Parekh, "Equality in a multicultural society", en J. Franklin (ed.), *Equality*, London: Institute for Public Policy Research, 1997, 145.

⁶⁰ Véase la descripción de algunos de los debates públicos y consecuencias del caso Rushdie en R. L. Able, *Speaking respect, respecting speech*, Chicago: University of Chicago Press, 1998, 21-43.

⁶¹ *R. v Lemon* [1979] AC 617, [1979] 1 AllER 898, HL. Este era el tema de una solicitud fallida al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Lemon v. UK* (1982) 5 EHRR 123 ECtHR).

⁶² Hasta si un delito apenas, o incluso nunca, es usado por el Estado para perseguir a alguien, su existencia puede tener otras implicaciones legales, por ejemplo, su uso para una persecución privada. Otro uso de ese tipo fue la base de una solicitud de orden judicial contra una exposición en Australia, que fue denegada, al final. (*Pell v. Council of Trustees of the National Gallery of Victoria*, [1998] 2 VR 392 (Tribunal Supremo de Victoria), véase Casenote, *Melbourne University Law Review* 22, 1998, 217.

⁶³ “Offences against religion and public worship”, Law Com.145, 1985 (HMSO, London).

⁶⁴ *Observaciones concluyentes sobre el Informe de Estado del Reino Unido*, ICCPR, A/55/40 vol. I (2000), 47.

⁶⁵ *Informe sobre Delitos Religiosos en Inglaterra y Gales*, elaborado por el Comité Selecto de la Cámara de los Lores, 10 April 2003, Volume I, HL Paper 95–I

⁶⁶ El Informe se inició tras el Proyecto de Delitos Religiosos, pero al final trataba una gama más amplia de temas, incluyendo la cuestión del delito de blasfemia planteado por *el Informe sobre Delitos contra la Religión y la Adoración Pública*, de la Comisión de Leyes, Law Com.145, 1985 (HMSO, London) y por la cláusula de “incitación” que se omitió en la Ley, de 2001, sobre Actividades antiterroristas, Delitos y Seguridad (Profundizar: M. M. Idriss, “Religion and the Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001”, *Criminal Law Review*, 2002, 890).

⁶⁷ En el anexo 3 del Informe mencionado.

⁶⁸ *Ibid.*, 13-18.

⁶⁹ *Ibid.*, 13.

⁷⁰ *Ibid.*, 14.

⁷¹ *Ibid.*, 15. Esta fue la opción sugerida por Lord Scarman en *R. v Lemon* [1979] AC 617, 658.

⁷² *Ramjilal Modi v. State of Uttar Pradesh*, AIR 1957 SC 622; 1957 SCR 860.

⁷³ Comm. No. 104/1981 *J.R.T. and the W.G. Party v. Canada* CCPR/C/18/D/104/1981. El autor de la comunicación cuyos servicios telefónicos fueron restringidos por las autoridades canadienses envió mensajes pregrabados en los que denunciaba “los peligros...de que la judería internacional llevase al mundo a la guerra, el desempleo y la inflación y al colapso de los valores mundiales y de los principios”. (Esta comunicación afectaba al mismo individuo y partido que el caso del Tribunal Supremo canadiense: *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor* [1990] 3 S.C. R. 892 debatido en la sección siguiente).

⁷⁴ Más orientación puede extraerse de la Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Comm. No. 550/1993 *Faurisson v. France* CCPR/C/58/D/550/1993, que aborda el artículo 19, pero cuyo razonamiento es aplicable también al artículo 18. La valoración de la incitación se hace considerando el contexto histórico. Así, la denegación del holocausto es incitación contra los judíos, legítimamente prohibida según todos los miembros del Comité. Pero una norma francesa, la “Ley Gayssot”, que enmienda la Ley de Libertad de Prensa de 1881, Sección 24, fue considerada excesivamente comprehensiva por los miembros del Comité, pues prohibiría la investigación *bona fide* relacionada con asuntos decididos por el Tribunal de Nüremberg, y así contravendría el artículo 19.

⁷⁵ Propuesta de Decisión Marco de la Unión Europea sobre Combatir al Racismo y a la Xenofobia (2002) OJ C75E/269.

Véase también:

<http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/l33_en.htm> (consultado el 8 de diciembre de 2009).

Véase online:

<http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/jha/93741.pdf> (consultado el 8 de diciembre de 2009).

⁷⁶ Ibid., artículo 3(a)

⁷⁷ Ibid., artículo 4(a)

⁷⁸ Ibid., artículo 4(b)

⁷⁹ El Informe de prensa posterior a la reunión del 2794º Consejo, en Luxemburgo, en abril de 2007 decía que: “El consejo alcanzó un acuerdo general sobre la Decisión Marco en torno al Racismo y la Xenofobia. El texto será adoptado una vez que puedan levantarse algunas reservas de examen parlamentarias y el texto haya sido revisado por el grupo de lingüística legal”.

Véase:

<http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/jha/93741.pdf> (consultado el 8 de diciembre de 2009).

⁸⁰ Disponible en:

<<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta07/EREC1805.htm>> (consultado el 8 de diciembre de 2009).

⁸¹ Disponible en: <[http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-AD\(2008\)026-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-AD(2008)026-e.pdf)> (consultado el 8 de diciembre de 2009).

⁸² Ibid., Sección 119.

⁸³ Ibid., Secciones 18-19.

⁸⁴ *Informe sobre Delitos Religiosos en Inglaterra y Gales*, 10 de abril de 2003, Cámara de los Lores, 10 de abril de 2003, Volumen I, HL Documento 95–I.

⁸⁵ E. Odio Benito, *Elimination of all forms of intolerance and discrimination based on religion or belief*, Nueva York: Naciones Unidas, 1989, 25.

⁸⁶ De hecho, el temor a permitir restricciones excesivas produjo, al parecer, la omisión de disposiciones sobre el deber de prohibir el discurso del odio (religioso, entre otros) en la Constitución de la República Surafricana, en 1993, tras haber sido incluido inicialmente en el borrador del Proyecto de Ley de Derechos del ANC, lanzado en 1990 (publicado 7 *South African Journal on Human Rights* (1991) p. 110). Véase: E. Neisser, "Hate speech in the new South Africa: Constitutional considerations for a land recovering from decades of racial repression and violence", *South Africa Journal of Human Rights* 10, 1994, 336.

⁸⁷ Véanse algunas posturas interesantes dentro de la amplia bibliografía teórica sobre este asunto: C. Sunstein, *Democracy and the problem of free speech*, Nueva York: The Free Press, 1993, Capítulo Seis; R. C. Post, "Racist speech, democracy and the First Amendment" en H. L. Gates *et al.* (eds.), *Speaking of Race, Speaking of Sex*, Nueva York: New York University Press, 1994, 115; O. Fiss, *The irony of free speech*, Cambridge Mass: Harvard University Press, 1996, en particular, 16-22.

⁸⁸ En algunos Estados, como Brasil, las leyes sobre el discurso del odio racial han sido interpretadas de forma que incluyan los grupos religiosos (véase: Tribunal Superior de Justicia HC 15155/RS (resolución 18/12/2001)). En el Reino Unido, la interpretación judicial en el caso *Mandla v. Dowell Lee* [1983] 2 AC 548, [1983] 1 All ER 1062, HL (que abordaba la discriminación, no el discurso del odio) según el cual la Ley de Relaciones Raciales de 1976 abarcaría algunos grupos religiosos, pero no otros, fue uno de los motivos para que la legislación ampliara las prohibiciones de la Ley de Relaciones Raciales cubriendo a los grupos religiosos, como se ha expuesto en este artículo.

⁸⁹ *R. A. V. v. City of St. Paul* 505 US 377 (1992).

⁹⁰ En todo caso, la Ordenanza fue considerada excesiva por todos los miembros del Tribunal pues no se limitaba a la prohibición de "palabras beligerantes", expresiones que apenas trasladan exposición alguna de ideas y cuyo valor está claramente sobrepasado por el daño que causan hasta el punto de exceptuarlas de la protección de la Primera Enmienda. (Véase: *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 US 568 (1942); *Beauharnais v. Illinois*, 343 US 250 (1952)).

⁹¹ La conclusión del caso *R.A.V.* es que la única forma que tiene un Estado norteamericano de legislar contra el discurso del odio es mediante la prohibición de discursos injuriosos (para no entrar en conflicto con la prohibición del Tribunal sobre discriminación de contenidos). De hecho, en el caso *Virginia v. Black* (538 US 343 (2003)), una norma positiva ("estatuto") que prohibía un tipo de discurso del odio (quemar cruces) por el motivo que sea fue considerada constitucional por el Tribunal Supremo. Lo razonó en el sentido de que en tanto en cuanto la prohibición no discrimina en relación con el contenido del discurso, un Estado puede escoger prohibir solo esas formas de intimidación que con más probabilidad puedan inspirar temor a sufrir daños físicos.

⁹² Magistrado Scalia, 505 US 377, 392.

⁹³ La ley prohibió "comunicar telefónicamente...cualquier asunto que probablemente exponga a una persona o personas al odio o al desprecio en razón del hecho de que esa persona o esas personas sean identificables con base en un motivo de discriminación prohibido". Los motivos de discriminación prohibidos incluyen (aunque no están restringidos a) raza, origen nacional o étnico, color y religión.

⁹⁴ Caso del Tribunal Supremo de Canadá: *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor* [1990] 3 S.C.R. 892.

⁹⁵ *Ibid.*, 939-940.

⁹⁶ *Ibid.*, 955-961.

⁹⁷ Crim. App. 2831/95 *Alba v. The State of Israel*, 50 (5) PD 221.

⁹⁸ El artículo 144B del Código penal, de 1977, crea un delito de publicación con la intención de incitar al racismo. El tratamiento del discurso del odio religioso es claro en la ley de Israel: además del delito de publicación con la intención de incitar al racismo hay un delito de incitación al racismo (artículo 144^a), para el cual no se requiere ninguna intención específica. Sin embargo, este delito más amplio se limita a motivos de raza, color u origen étnico-nacional, pero no a la religión.

⁹⁹ El artículo 144C(b) del Código penal, de 1977, establece que la publicación de citas de la Escritura y de libros de oración o práctica de ceremonia religiosa no se considerará que constituye delito de incitación al racismo, a menos que se hicieran con intención de incitar.

¹⁰⁰ *Dr. Ramesh Yeshwant Prabhu v. Prabhar Kashinath Kunte* (1996) 1 SCC 130; AIR 1996 SC 1113; [1996] 3 CHRLD 343.

¹⁰¹ Artículos 123(3) y (3A) del Código penal.

¹⁰² Artículo 19(2) de la Constitución.

¹⁰³ La India es definida en el preámbulo de su Constitución como un Estado secular. Su rasgo secular es reforzado en el artículo 28(1), que garantiza que: "Ninguna instrucción religiosa se proporcionará en ninguna institución educativa completamente sostenida por recursos estatales". Esta posición extrema contra la involucración del Estado en una religión oficial es obvia solo en Estados con una separación marcada Iglesia-Estado, como es el caso de los Estados Unidos.