

*El derecho a la libertad de expresión contra el  
derecho a la libertad religiosa*

*¿Existe un derecho a blasfemar? A propósito del caso de la revista*

Charlie Hebdo

*The Right to Freedom of Expression against the  
Right to Religious Freedom*

*¿Is there a Right to Blaspheme? About the case of the Magazine*

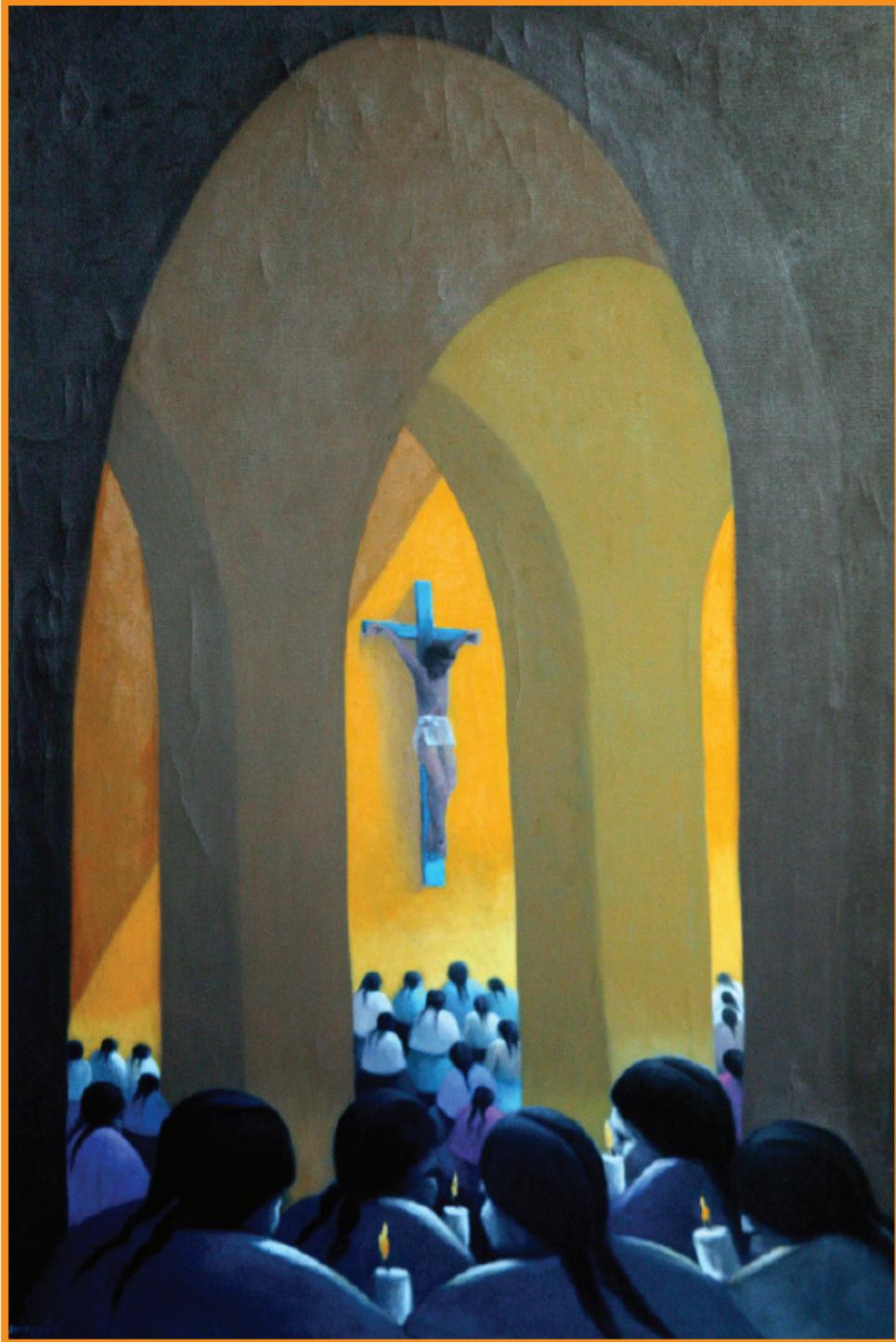
Charlie Hebdo

Jelmut Espinoza Ariza\*

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v13i15.717>

\* Abogado, maestro en Derecho Penal y doctor en Derecho por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Actualmente docente DUED Derecho de la Universidad Alas Peruanas.

Lex



*Oración.*

## RESUMEN

La presente investigación pone de relieve la constante confrontación que existe entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad religiosa, es decir, el derecho a profesar una religión, en los términos expuestos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta situación se ha agudizado con motivo de los constantes enfrentamientos políticos y religiosos que se vienen suscitando entre el pueblo musulmán y aquellos a quienes estos consideran sus enemigos. Diferentes medios, incluso de origen occidental, han llegado al punto de ridiculizar y caricaturizar la imagen sagrada que el pueblo musulmán tiene de su religión (islam) y de su profeta (Mahoma), lo que es considerado por los musulmanes —y entiendo que por cualquier persona que respeta la libertad de culto— como una ofensa a sus sentimientos religiosos. Esta confrontación ha llegado a un punto límite en el ataque del 07 de enero del 2015, realizado contra el semanario satírico francés *Charlie Hebdo*, donde murieron 12 personas, la mayoría de ellos trabajadores de la aludida revista; acto de violencia que no puede justificarse bajo ninguna circunstancia y más bien ser objeto de condena.

**Palabras clave:** *libertad de expresión, libertad religiosa, teoría del margen de apreciación de los Estados.*

## ABSTRACT

This research highlights the ongoing confrontation between the right to freedom of expression and the right to religious freedom, ie the right to profess a religion, in the terms set forth in the American Convention on Human Rights and the European Convention on Human Rights. This situation has worsened because of the constant political and religious clashes that began getting attention from the Muslim people and those whom they consider their enemies. Various means, including Western origin, have reached the point of ridicule and caricature the sacred image that people have of the Muslim religion (Islam) and his Prophet (Muhammad); this being considered by Muslims understand -and anyone who respects the freedom of cult-as an affront to their religious feelings; this confrontation coming to a head in the attack of January 7, 2015, made against the French satirical weekly *Charlie Hebdo*, where 12 people, most of them workers of the aforementioned magazine died; violence can not be justified under any circumstances and rather be condemned.

**Key words:** *freedom of expression, religious freedom, theory discretion of States.*



## I. DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

### 1.1. Concepto de libertad de expresión

La libertad de expresión es un derecho fundamental que forma parte del conjunto de derechos fundamentales reconocidos en las primeras declaraciones de derechos revolucionarias del siglo XVIII, que se basa en el decir, manifestar y difundir de manera libre lo que se piensa. Antes de esta época resultaba imposible pensar en un derecho de la palabra, pues la autoridad vertical del soberano —cuya fuente se decía provenía de Dios— estaba por encima de cualquier ley positiva y disentir de su autoridad era considerado un acto de traición que se pagaba hasta con la muerte.

Con la modernidad, se instaura una nueva forma de pensar laica, donde las leyes divinas son reemplazadas por leyes naturales, teniendo un rol protagónico, ya no Dios, sino la “razón”, basado en su supuesta capacidad para poder descubrir las leyes que gobiernan la naturaleza humana y la sociedad, copiando el modelo matemático cuyo auge había hecho que autores como Galileo, Newton, Kepler descubrieran las grandes leyes que regían la naturaleza. Es así que este nuevo pensamiento se arraiga en el Derecho Natural, surgiendo la corriente filosófica jurídica del iusnaturalismo racionalista, cuyas raíces inmediatas se remontan a los siglos XVI y XVII. Se consolidó la idea —proveniente del derecho natural— de que Dios arraigaba en el corazón del hombre ciertas normas inmutables de carácter universal, como la vida y la libertad; entendiendo que estas leyes naturales se hacía conocidas por el hombre a través de la razón; derivándose esta idea a los legisladores, quienes pensaban que podían dictar leyes perfectas para la convivencia social.<sup>1</sup>

El derecho a la libertad de expresión es definido como un medio para la libre difusión de las ideas, y así fue concebido durante la Ilustración. Este derecho fue uno de los pilares de la Guerra de la Independencia de los Estados Unidos<sup>2</sup> y la Revolución Francesa, hechos

<sup>1</sup> Beatriz Bernal Gómez. *Historia del Derecho*. México: Nostra Ediciones, 2010.

<sup>2</sup> El 15 de diciembre de 1791, se promulga la Carta de los Derechos (*Bill of Rights*), en la cual se establece, como primera enmienda a la Constitución, que “El Congreso no hará ley alguna con respecto a la adopción de una religión o

que revolvieron las cortes de los demás Estados occidentales. Este derecho garantiza que “las personas (consideradas de forma individual o colectiva) puedan no solo transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, sino también el derecho y la libertad de buscar y recibir informaciones e ideas de toda índole”.<sup>3</sup>

Los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos coinciden en afirmar el papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”.<sup>4</sup>

El artículo relativo al derecho a la información en la Constitución de 1993 es igual al texto de la Constitución de 1979. Ambas cartas consideran el derecho a la información dentro de los “derechos fundamentales de la persona”, siguiendo la línea trazada por diversos instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. El artículo 2º, inciso 4), de la Carta declara que toda persona tiene derecho:

A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de la ley.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza la libertad de expresión en el artículo 13º señalando lo siguiente:

*Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión*

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

prohibiendo el libre ejercicio de dichas actividades; o que coarte la libertad de expresión o de la prensa, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente, y para solicitar al gobierno la reparación de agravios”.

<sup>3</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia del 31 de agosto de 2004, párr.77.

<sup>4</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, del 13 de noviembre de 1985, párr. 69-70.

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. *Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.* (Subrayado nuestro).

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula el derecho a la libertad de expresión en el artículo 19º bajo la siguiente fórmula:

*Artículo 19*

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Bajo los alcances de estos instrumentos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado en establecer la relevancia de la libertad de expresión, señalando que es sustento y efecto de la sociedad democrática, instrumento para su ejercicio y garantía de su desempeño.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Sergio García Ramírez y Alejandra Gonza. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México, 2007.

## 1.2. Naturaleza de la libertad de expresión

Se discute si la libertad de expresión es un derecho público subjetivo —o derecho de defensa— o debemos configurarla más bien a partir de unos planteamientos institucionales. En sus orígenes, esta libertad se configuraba como un derecho de defensa clásico. Pero en su desarrollo histórico se ha vinculado con el principio democrático para asumir los postulados del Estado Social. Así, en la doctrina alemana de los derechos fundamentales, por ejemplo, ha estado siempre muy presente una clara *tentación institucional*, siendo de esta posición Haberle,<sup>6</sup> con su denominada “teoría de la garantía institucional” o enfoque institucional de los derechos fundamentales.

De esta forma, la libertad de expresión ha experimentado un giro importante, ha pasado de ser un derecho de defensa clásico de la persona que garantiza el libre desarrollo de su personalidad: derecho-libertad, a constituir ahora como una “libertad de opinión pública”, como presupuesto esencial del sistema democrático.<sup>7</sup>

Para Solozábal Echevarría,<sup>8</sup> este giro se presenta como *peligro de relativización* de esta libertad, pues, entiende que

el problema importante no es el de reconocer una trascendencia indudable, en el terreno político fundamentalmente, a la libertad de expresión, cuestión esta que nadie niega, sino el atribuir consecuencias jurídicas a la misma, aceptando que tal relieve convierta a los derechos de comunicación de derechos fundamentales individuales en simples derechos cubiertos con una garantía institucional, o en asemejar a la prensa, en base a su pretendida función pública, como hace algún sector doctrinal, a los partidos políticos, llegando a considerarla como un órgano o una institución constitucional.

Esta transformación en la naturaleza de la libertad de expresión llevaría a “una menor protección constitucional de los mismos” y, además, en el plano teórico, supondría “la subordinación de la libertad a la democracia”, lo que podría amparar un desmedido ámbito de intervención y control por parte de los poderes públicos.

## 1.3. Límites

El Tribunal Constitucional peruano señala que ningún derecho fundamental es ilimitado o absoluto, también tiene límites. En efecto, “por alta que sea su consideración dogmática y

<sup>6</sup> J. Solozábal Echevarría. “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho constitucional*, 32 (mayo-agosto, 1991), p. 83.

<sup>7</sup> J. Solozábal Echevarría. “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23 (mayo-agosto, 1988), p.145.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección”.<sup>9</sup>

Los límites que a ellos se puedan establecer pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, los límites extrínsecos, se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales.

En el mismo sentido se expresa la Corte Constitucional de Colombia,<sup>10</sup> cuando señala que “todo derecho, así sea fundamental, es limitado. El derecho de un individuo está limitado por los derechos de los otros asociados, por el orden público, por el bien común y por el deber correlativo. Si se analiza a fondo la limitación de un derecho, se encontrará que hay límites intrínsecos, es decir, del mismo ente, y límites extrínsecos, o sea, puestos por el Estado o reconocidos por este. Los límites intrínsecos son emanados de la esencia finita del objeto jurídico protegido. Estos límites son dados, también, por la misma condición del sujeto, que no es absoluto”.

#### **1.4. Contenido esencial del derecho a la libertad de expresión**

##### *1.4.1. Definición de contenido esencial*

El contenido esencial se configura como un “límite de los límites”, es decir, como un límite a la actividad legislativa limitadora de los derechos fundamentales. Este límite señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y las libertades públicas

El Tribunal Constitucional peruano<sup>11</sup> ha sostenido, siguiendo lo señalado por Medina Guerrero, que

el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, posee un “contenido no esencial” y un “contenido esencial”. De esta forma, el primero es claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, mientras que el segundo es absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales.

<sup>9</sup> Tribunal Constitucional peruano. Sentencia de 21 de julio del 2005. Exp. No. 0019-2005-PI/TC (E.J. 12).

<sup>10</sup> Sentencia No. T-047/95, del 14 de febrero de 1995.

<sup>11</sup> STC del 08 de julio del 2005. Exp. N.º 1417-2005-AA/TC. Asunto: Manuel Anicama Hernández, E.J. 20.

Para el Tribunal Constitucional español “el contenido esencial de un derecho subjetivo constituye aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible [...] y para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”.<sup>12</sup>

La idea del contenido esencial de los derechos fundamentales, señala Sánchez Gil,<sup>13</sup> se incluyó en el Art. 19.2 de la Ley Fundamental alemana<sup>14</sup> y en el Art. 53.1 de la Constitución Española,<sup>15</sup> con la finalidad de evitar la excesiva restricción de esos derechos, y que las limitaciones que se les impongan vacíen su contenido normativo. La Constitución española, siguiendo en este punto a la Ley Fundamental de Bonn, prevé la garantía genérica adicional a los derechos fundamentales, de respetar su contenido esencial.

Sin embargo, la fórmula española se diferencia de la alemana en dos aspectos:

la primera es que así como en Alemania no hay ninguna habilitación genérica a favor de la ley, sino que la garantía entre en juego solo cuando existe un apoderamiento específico, en España la fórmula constitucional autoriza que la ley pueda interferir en el dominio de todas las libertades, con independencia de que exista una remisión o autorización singular en el propio texto constitucional; la segunda diferencia, más sutil y que aquí tiene menor trascendencia, es que en su redacción alemana la cláusula solo está prevista para leyes limitadoras de los derechos, mientras que en la española parece extenderse a cualquier intervención legislativa, incluida la limitadora.<sup>16</sup>

#### 1.4.2. El contenido esencial en el derecho a la libertad de expresión

El ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información no tiene otros límites que los fijados explícita o implícitamente en la Constitución, que son los demás derechos y los derechos de los demás. Por ello, se veda cualquier interferencia y como principal, en este ámbito, la censura previa, que históricamente aparece apenas inventada la imprenta, en los albores del siglo XVI y se extiende por toda Europa.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Cfr. STC 11/1981, del 8 de abril, F.J. 4; STC 196/1987, del 11 de diciembre, F.J.5; STC 23/2006, de 30 de enero del 2006.

<sup>13</sup> Rubén Sánchez Gil. *El principio de proporcionalidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

<sup>14</sup> “Artículo 19º.-Restricción de los derechos fundamentales (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial. (...)”.

<sup>15</sup> “Artículo 53º.-

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá *respetar su contenido esencial*, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

<sup>16</sup> Luis Prieto Sanchís. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores, 2002, p. 56.

<sup>17</sup> Tribunal Constitucional español, STC 176/1995, de 11 de diciembre: Libertad de expresión y derecho al honor (caso Hitler S.S.).

Diez-Picazo,<sup>18</sup> comentando sobre el núcleo esencial del derecho a la libertad de expresión, señala que ello

se corresponde con aquellos mensajes comunicativos verbales (tanto orales como escritos) sobre asuntos políticos. En el halo de incertidumbre (zona de penumbra), dada la complejidad que presenta la caracterización del “mensaje comunicativo” que puede ser susceptible de tutela, es preciso analizar cada uno de sus elementos para lograr esa delimitación prima facie del contenido protegido constitucionalmente por la libertad de expresión. A estos efectos resulta relevante tratar tanto los elementos objetivos (forma de expresión, contenido, medios de expresión del mensaje), como también los subjetivos (sujeto emisor y receptores del mensaje), que en definitiva vienen a definir no solo el mensaje comunicativo; sino, en general, la “relación comunicativa” susceptible de protección constitucional.

Es de precisar que el núcleo indubitado de protección de la libertad de expresión está dada no solo por los mensajes verbales, orales o escritos, sino también por otras formas de lenguaje simbólico que podrían ser dignas de tutela constitucional. Son muchos los ejemplos que han inundado la jurisprudencia, sobre todo en Estados Unidos, sobre la protección constitucional de determinados mensajes simbólicos no verbales dentro del ámbito de la libertad de expresión. Muy característico fue el caso, por ejemplo, de unos niños testigos de Jehová que se negaron a saludar la bandera nacional en los Estados Unidos, y cuya actuación fue protegida al amparo de la Primera Enmienda por el Tribunal Supremo. Problemas similares se han planteado con otros actos, como la quema de banderas o la destrucción de la cartilla militar de alistamiento. En España, por ejemplo, se llegó a plantear si la huelga de hambre en un establecimiento penitenciario era una manifestación amparada por la libertad de expresión que justificara en consecuencia el derecho de los sujetos a suicidarse de esta manera.<sup>19</sup>

Existe una cierta tendencia a creer que la libertad de expresión ampara fundamentalmente las expresiones de contenido político o, de forma algo más general, que viene a dar protección a la comunicación intelectual a través de la cual se constituye la opinión pública libre. De esta manera, se restringe la protección constitucional a aquellos “mensajes comunicativos” cuyo contenido pueda ser relevante para la formación de esa “opinión pública libre” y, de manera paradigmática, el mensaje político (al que se añaden también las expresiones artísticas, literarias, científicas y técnicas). Sin embargo, esta visión supondría dar un primado excesivo a la dimensión institucional a la libertad de expresión, olvidando la importancia individual de la misma como una libertad vinculada con el pensamiento, con el libre desarrollo de la personalidad y con su propia dignidad.

<sup>18</sup> L. Díez-Picazo. *Sistema de Derechos fundamentales*. Navarra: Thomson-Civitas, 2008, p. 332.

<sup>19</sup> Aguilera Fernández. *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información (posibilidades y límites constitucionales)*. Granada: Comares, 1990.

Bajo esta perspectiva debe darse protección constitucional a cualquier tipo de mensaje comunicativo con independencia de su contenido. La expresión política es solo una de las muchas formas de expresión merecedoras de protección constitucional. No cabe, por tanto, aplicar ninguna restricción por razón del contenido al mensaje comunicativo. Por ejemplo, en la STC 176/1995, el Tribunal Constitucional español desestimó un recurso de amparo en el que una persona particular solicitaba que se prohibiera la publicación en España del álbum “Hitler=SS”, porque afirmaba que la publicación de dicho álbum se enmarcaba en el renacimiento en Europa de ideas y corrientes de claro contenido neonazi y revisionistas de los acontecimientos históricos acaecidos durante la segunda guerra mundial, concretamente de la existencia de un genocidio y de la planificación de un exterminio de las razas consideradas inferiores y subordinadas a la aria, como era, entre otras muchas, la judía. El TC español argumentó en contra de lo peticionado, señalando que el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información no tiene otros límites que los fijados explícita o implícitamente en la Constitución, encontrándose vedada cualquier interferencia en este ámbito, y en forma particular la censura previa; entendiéndose como censura, pues hay que entender en este campo, al margen de otras acepciones de la palabra, la intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales. La presión de ciudadanos o grupos de ellos para impedir esa difusión, aunque consiga obtener el mismo resultado, puede llegar a ser una intromisión en un derecho ajeno, con relevancia penal en más de un caso y desde más de un aspecto, pero no “censura” en el sentido que le da la Constitución; en todo caso, es responsabilidad del editor cuya función consiste en elegir el texto que se propone publicar, asumiendo así los efectos positivos o negativos, favorables o desfavorables de esa opción como puedan ser el riesgo económico y la responsabilidad jurídica.

En concordancia con lo resuelto por el Tribunal Constitucional español, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también considera que la censura previa afecta el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, constituyendo una medida radical que afecta el derecho de otras personas. Así, señala:<sup>20</sup>

Entre las prohibiciones explícitas que el artículo 13 de la Convención dirige al Estado figura la censura previa, que constituye una forma de supresión radical —no apenas una limitación relativa— de la posibilidad de expresar el pensamiento. Esta censura afecta drásticamente el derecho de otras personas a tomar conocimiento de las ideas de terceros y, en tal sentido, genera nuevas violaciones que van más allá del emisor del mensaje. El tema ha ocupado a la Corte en diversos casos, en que se han planteado hechos de censura previa en diversos medios de transmisión del pensamiento: libros, películas, noticias difundidas a través de medios colectivos.

<sup>20</sup> Sergio García Ramírez y Alejandra Gonza. *Op. cit.* p. 33.

Asimismo, la CIDH refiere en forma categórica que “El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido”.<sup>21</sup>

## II. DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

### 2.1. Aspectos generales

El derecho fundamental a la libertad religiosa se encuentra reconocido en nuestra Carta Fundamental, primero, en el artículo 2º, inciso 2, donde se consagra el derecho-principio de no discriminación o de igualdad religiosa, bajo la siguiente fórmula: “Nadie puede ser discriminado por motivo de [...] religión”. Pero es especialmente en su artículo 2º, inciso 3, donde se reconoce la libertad religiosa “en forma individual o asociada” y en su dimensión subjetiva, en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho: A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público”.

Si bien este dispositivo constitucional unifica el tratamiento de la libertad de conciencia con la libertad de religión, no significa ni debe interpretarse con ello que se trate del mismo derecho o que pueda predicarse el mismo contenido respecto de ambas libertades. En efecto, la libertad de conciencia es asumida como la facultad de optar por una determinada concepción deontológica o estimativa de la vida. Es decir, como una capacidad para razonar o comportarse con sujeción a la percepción ética o moral con la que se autoconciba cada persona en su entorno social o en el contexto en el que se desenvuelva. A diferencia de la libertad de religión, la libertad de conciencia se expresa principalmente o en lo fundamental de manera interna, aunque excepcionalmente o en ciertas circunstancias, también de manera externa, como sucede en los casos en los que se invoca objeción de conciencia.<sup>22</sup>

Por su parte, la libertad de religión supone la capacidad de toda persona para autodeterminarse en su comportamiento de acuerdo a las convicciones y creencias que tenga específicamente en el plano religioso. La religión implica la asunción de un conjunto de creencias y dogmas en torno a la divinidad, creencias y dogmas a partir de las cuales se explica el mundo y el estilo de vida de cada ser humano. La religión, en tal sentido, predetermina el comportamiento de las personas que la profesan, así como fundamenta el alcance de sus propias conductas. Asimismo, la religión trae consigo, y de acuerdo a los matices de cada creencia u orientación, la aceptación de costumbres, prácticas, ritos, celebraciones y, en general, de formas conductuales a través de las cuales se vea expresada la conciencia o creencia estrictamente religiosa.

<sup>21</sup> *Ibidem*. p. 34.

<sup>22</sup> Tribunal Constitucional peruano. Exp. N° 05680-2009-PA/TC. Asunto: Félix Wagner Arista Torres, F.J. 16.

La Constitución también reconoce una dimensión negativa de la libertad religiosa en cuanto derecho subjetivo, contenida en el artículo 2º, inciso 19, de la Constitución, conforme al cual toda persona tiene derecho “a mantener reserva sobre sus convicciones (...) religiosas”.

## 2.2. Principio de laicidad del Estado

El artículo 50º de la Constitución determina el principio de laicidad del Estado, así como el principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas. El principio de laicidad del Estado, conforme señala el Tribunal Constitucional,<sup>23</sup> significa que

el Estado se autodefine como laico o ente radicalmente incompetente ante la fe y la práctica religiosa, no correspondiéndole ni coaccionar ni siquiera concurrir, como un sujeto más, con la fe religiosa de los ciudadanos. Mientras el Estado no coaccione ni concurra con la fe y la práctica religiosa de las personas y de las confesiones, por mucha actividad de reconocimiento, tutela y promoción del factor religioso que desarrolle, se comportará siempre como Estado laico.

Esto también implica que el Estado no solo “presta su colaboración a la Iglesia Católica, sino que también puede establecer formas de colaboración con las demás confesiones, introduciendo de este modo el principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas”.<sup>24</sup>

Si bien la Iglesia Católica es un elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, pudiéndose tomar como un indicativo de concepción ontológica de nuestro Estado, sin embargo, ello no significa que la moral colectiva o individual de las personas o su propio sentido de autodeterminación dependa de acatar o no los mandatos de la fe católica. Se trata de un reconocimiento especial que hace el Estado en tanto la misma ha coadyuvado a la realización de los propios valores que nuestra Constitución Histórica ha venido proclamando. Sin embargo, de ello no podemos pensar que las convicciones católicas deben determinar el comportamiento de las personas, como incluso el de las autoridades, obligando a que las funciones o competencias tengan que subordinarse a los postulados de dicha fe, resulta, a todas luces, ilegítimo en un Estado donde el pluralismo de creencias religiosas constituye un componente esencial derivado tanto del principio de primacía de la persona humana como del sustento democrático. Por consiguiente, por más arraigadas que resulten ciertas costumbres religiosas en nuestra colectividad y que esta última resulte mayoritariamente católica, ello no significa que las mismas deban irradiarse a todos los sectores del ordenamiento jurídico condicionando desmesuradamente libertades y derechos. El reconocimiento y la colaboración con la Iglesia Católica se dan sin perjuicio del respeto por otras confesiones y sin la negación de vínculos o fórmulas de apoyo en torno a ellas.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Exp. N.º 03372-2011-PA/TC. Asunto: Lucero Robert Tailor Moreno Cabanillas.

<sup>24</sup> Tribunal Constitucional peruano. Exp. N.º 6111-2009-PA/TC, F.J. 29.

<sup>25</sup> Exp. N.º 03372-2011-PA/TC. Asunto: Lucero Robert Tailor Moreno Cabanillas.

### 2.3. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad religiosa

La Constitución es la *norma normarum* de nuestro ordenamiento jurídico, del cual se deriva toda la producción jurídica interna. Sin embargo, también existen otras normas de carácter externo, como los tratados internacionales que constituyen fuente normativa porque la Constitución así lo dispone. En efecto, el artículo 55º establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional. Ahora, en el presente vamos a analizar algunas sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las cuales si bien no resultan directamente vinculantes para nuestro ordenamiento jurídico, su contenido normativo constituye doctrina válida al derivarse de instrumentos internacionales de validez regional y universal. Tenemos que reconocer que el Tribunal Constitucional ha aceptado aportes de la doctrina extranjera en múltiples casos, sobre todo si ella deriva de una fuente tan particular como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conjugando así la plenitud hermética del ordenamiento jurídico.

#### 2.3.1. *El caso de los crucifijos*

##### - Antecedentes:

La ciudadana finlandesa Soile Lautsi, residente de Abano Terme, Véneto, Italia, con sus dos hijos, Dataico y Sami Albertin, frecuentaba la escuela pública “Istituto Comprensivo Statale Vittorino da Feltré”. Para el curso 2001/2002 sus pequeños tenían 11 y 13 años, respectivamente. Las salas de clase de la escuela contaban con un crucifijo que colgaba de sus paredes, hecho considerado por Lautsi como violatorio a la libertad de conciencia y de religión, así como al derecho a la educación y la enseñanza, de acuerdo con las propias convicciones y opuesto también al principio de laicidad de la república italiana. En reunión celebrada en la escuela el 22 de abril de 2002, Lautsi exigió que los crucifijos fueran sacados, alegando que su postura estaba amparada por la jurisprudencia, dado que la Corte de Casación había establecido que la presencia de un crucifijo en salas de votación preparadas para elecciones políticas era un hecho que iba en contra de la laicidad del Estado.<sup>26</sup>

El 27 de mayo de 2002, la dirección de la escuela tomó una decisión oficial, sosteniendo que la presencia de los crucifijos en las salas escolares era perfectamente compatible con la legislación vigente del Estado Italiano. El 23 de julio de 2002, la demandante cuestionó la decisión ante el Tribunal Administrativo de Venecia, apoyándose en los artículos 3 y 19 de la Constitución Italiana, así como en el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Alegó entonces violación de la libertad de conciencia y de religión, así como quebrantamiento del principio de laicidad. Asimismo, denunció la violación del principio

<sup>26</sup> Julio Alvear Téllez. “A propósito de la sentencia de la Corte de Estrasburgo sobre el crucifijo: ¿libertad religiosa contra la religión? Un análisis crítico”. *Revista Actualidad Jurídica*, 21 (julio 2010), pp. 535-556.

de imparcialidad de la Administración Pública y exigió la promoción de una cuestión de constitucionalidad ante la Corte Constitucional. El 14 de enero de 2004, el Tribunal Administrativo de Venecia estimó que el asunto de constitucionalidad no era manifiestamente infundado, y reenvió el caso a la Corte Constitucional. En virtud de la resolución núm. 389 del 15 de diciembre de 2004, la Corte Constitucional se declaró en incompetencia, puesto que las disposiciones sometidas a su conocimiento no tenían fuerza de ley. Así fue reanudado el proceso ante el Tribunal Administrativo de Venecia. La sentencia núm. 1110 del 17 de marzo de 2005 rechazó las acciones que Soile Lautsi impuso. Pero prosiguió en sus intentos de erradicar la cruz de las escuelas italianas, por lo que interpuso un recurso ante el Consejo de Estado. Sin embargo, por sentencia del 13 de febrero de 2006, el alto organismo denegó el recurso, con fundamento en que la cruz ya se había convertido en uno de los valores laicos de la Constitución Italiana y, por tanto, representaba los valores de la vida civil.<sup>27</sup>

Luego de perder en todas las instancias nacionales, el 27 de julio de 2005, Soile Lautsi recurrió a la Corte Europea de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo, con el fin de iniciar litigio en contra de la República italiana (demanda núm. 30814/06), tanto en su nombre como en el de sus hijos Dataico y Sami Albertin.

La demandante alegó que la exposición de la cruz en las salas de clases de la escuela pública frecuentada por sus hijos constituía una profanación de la libertad de conciencia y de religión, así como un atentado al derecho a una educación y una enseñanza que vayan de acuerdo con sus propias convicciones religiosas y filosóficas. Asimismo, argumentó que, dada la libertad de enseñanza y la obligatoriedad de asistir a la escuela, la presencia de crucifijos estaba siendo impuesta tanto a alumnos y padres de familia como en detrimento de otras.<sup>28</sup>

#### - Decisión del Tribunal Europeo

En decisión unánime, adoptada el 3 de noviembre de 2009, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos acogió la demanda de Soile Lautsi, declarando que la exhibición de crucifijos en una escuela pública viola la libertad de conciencia y de religión, por una parte, pero también el derecho a la educación conforme a las propias convicciones religiosas o filosóficas, justo como estos derechos han de ser entendidos, según lo señalado por la Convención Europea de Derechos Humanos. Asimismo, sostuvo que la laicidad y la neutralidad confesional del Estado exigen la exclusión de la cruz de las escuelas públicas, y condenó a Italia a realizar un pago de cinco mil euros por concepto de indemnización.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> *Ibidem.*

<sup>28</sup> *Ibidem.*

<sup>29</sup> *Ibidem.*

## - Argumentos del Tribunal Europeo

El fundamento del fallo se articula en cinco argumentos principales:<sup>30</sup>

*i) Argumento de la laicidad.* En virtud del principio de laicidad, el Estado debe abstenerse de imponer, aun indirectamente, creencias religiosas en “lugares donde las personas son dependientes de él o en sitios donde ellas son particularmente vulnerables”, como es el caso de las escuelas públicas. El Estado, por el contrario, en su calidad de laico, debe garantizar que los niños “tomen distancia” de las expresiones religiosas a fin de que desarrollen imparcialmente su “capacidad crítica”.

*ii) Argumento de la neutralidad confesional.* La presencia a clases debe ser exigida sin consideración a ninguna religión. La presencia de un crucifijo en una sala de clases supone, por el contrario, la exigencia de profesar dicha fe, con lo que el Estado deja de ser neutral y favorece una religión determinada. Con ello vulnera las convicciones de los padres y de sus hijos, que tienen derecho a que sus hijos no sigan tal religión, o simplemente que no sigan ninguna. A fin de garantizar tal convicción y tales derechos, el Estado debe inculcar a los alumnos “un pensamiento crítico” en materia religiosa.

*iii) Argumento de la significación religiosa predominante.* La significación religiosa del crucifijo prima sobre cualquier otro mensaje simbólico de contenido cultural o ético humanitario que le sea inherente, por lo que se hace imposible mantener su presencia en los lugares públicos sin que se afecten las opiniones religiosas o creencias divergentes.

*iv) Argumento de la dimensión negativa de las libertades de religión y de enseñanza.* Ambas libertades se extienden a la necesaria prescindencia de todo culto, práctica o simbología religiosa, pues estas implican adoptar una actitud positiva en materia de religión, materia en la que el Estado no puede entrometerse.

*v) Argumento de la libertad de enseñanza amparada por el pluralismo.* El pluralismo educativo es esencial para la preservación de una sociedad democrática, por lo que no es admisible el compromiso con la simbología de una religión determinada. Ello atenta contra el derecho a la educación y a la enseñanza de acuerdo con las propias convicciones.

Esta decisión del Tribunal Europeo causó una ola de críticas en todos los ámbitos de la cultura italiana, dada la tradicional religiosidad de este país, que luego se trasladó a otros países como Polonia, Grecia y España. Esta decisión fue tomada por muchos como “absolutamente inaceptable”, que desconoce la realidad de Europa y particularmente del país italiano. El gobierno italiano presentó además un recurso ante la Corte Europea e insistió, de todos

<sup>30</sup> *Ibidem.*

modos, en que aunque el fallo definitivo fuera favorable a la retirada del símbolo cristiano, no será vinculante para el Estado

### 2.3.2. *El uso de vestidos o símbolos religiosos personales*

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre vestidos o símbolos religiosos personales es muy rica y variada. Así, en el asunto *Dogru c. Francia*, sentencia de 4 de diciembre de 2008, el Estado francés señaló que puede limitar la libertad de manifestar una religión, por ejemplo el llevar el velo islámico, si el ejercicio de esta libertad choca con el objetivo de garantizar la protección de los derechos y libertades de otros, del orden y la seguridad públicas (casos *Leyla Sahin* y *Refah Partisi* y otros *c. Turquía*).<sup>31</sup>

De la misma manera, los controles de seguridad impuestos en los aeropuertos (*Phull c. France*) o a la entrada de los consulados (*El Morsli c. France*) y consistente en hacer retirar un turbante o un velo a fin de ser sometido a tales controles no constituye una afectación desproporcionada al ejercicio del derecho a la libertad religiosa. No constituye tampoco una injerencia desproporcionada el hecho de regular la vestimenta de los alumnos, así como la denegación de los servicios de la administración, tales como la expedición de un diploma, cuando no se acepta esta reglamentación (en el caso de aparecer con la cabeza descubierta en una foto de identidad por una estudiante que porta el velo islámico), habida cuenta de las exigencias del sistema de universidad laica (*Karaduman c. Turquie*).<sup>32</sup>

En otro caso, el dictamen del Consejo de Estado francés emitido en relación con esta cuestión (asunto *Ahmet Arslan et Autres c. Turquie*) se pronuncia sobre las sanciones impuestas en aplicación de una regulación general sobre la vestimenta con signos religiosos; la sentencia reconoce la existencia de una violación del artículo 9º del Convenio, al concluir que el uso de determinada vestimenta consistente en una túnica, un turbante y un bastón, sin ocultar el rostro, propios de un grupo o secta islámica utilizada por varones, vulneraba el “orden o seguridad pública”. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala lo siguiente:<sup>33</sup>

... en primer lugar que los demandantes son simples ciudadanos: de ninguna manera son representantes del Estado en el ejercicio de una función pública; no están sujetos a ningún estatuto que otorgue a sus titulares la cualidad de detentador de la autoridad del Estado (F.J.48) (...). El tribunal considera, en fin, que no se deduce del procedimiento que la manera en que los demandantes han manifestado sus creencias, mediante una vestimenta específica, constituya una amenaza para el orden público o una presión sobre los demás. En

<sup>31</sup> Ministerio de Justicia de España. *Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre vestidos o símbolos religiosos personales*. España: Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos, 2010.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

efecto, los demandantes, al principio del período en el que se cometieron las infracciones... estaban reunidos delante de una mezquita, en el lugar en cuestión, con el sólo propósito de participar en una ceremonia de carácter religioso (F.J.50) (...). El Tribunal estima que ningún elemento del procedimiento muestra que los demandantes hayan intentado someter a presiones abusivas a los viandantes en las calles y plazas públicas, con el objetivo de promover sus convicciones religiosas.

### III. MANIFESTACIONES DEL CONFLICTO ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD DE RELIGIÓN

#### 3.1. Respeto a las creencias religiosas

A partir de los límites previstos en el art. 10.2 Convención Europea de Derechos Humanos CEDH en relación con la protección de la moral y la protección de los derechos y libertades de terceros,<sup>34</sup> el Tribunal Europeo de Derechos Humanos TEDH considera que el respeto a las creencias religiosas puede también constituir un límite a la libertad de expresión.

#### - Caso *Wingrove c. el Reino Unido*

Así, en el Asunto *Wingrove* contra el Reino Unido,<sup>35</sup> el TEDH justifica, aplicando la teoría del “Margen de Apreciación de los Estados”, la existencia del delito de blasfemia y, subsiguientemente, la no autorización de un vídeo, pese a constituir un caso claro de censura previa, por la intensidad de la profanación de las convicciones religiosas.

Primero veamos en qué consiste la teoría del “Margen de Apreciación de los Estados”. Desde el asunto *Handyside c. Reino Unido*,<sup>36</sup> el TEDH ha adoptado esta doctrina con la finalidad de otorgar deferencia al criterio de los Estados en la protección de los derechos del CEDH. El Tribunal ha ofrecido varias razones para justificar esta deferencia. Por una parte, ha observado que el sistema de protección de derechos humanos en Europa es fruto de una división del trabajo entre los estados y el TEDH. Los Estados son los responsables primarios de esta protección y el Tribunal de Estrasburgo solo interviene de forma subsidiaria, por vía contenciosa, y una vez se han agotado los recursos judiciales internos. Por otra parte, en ámbitos tan sensibles como la moralidad o la religión no hay consenso entre los Estados en los

<sup>34</sup> “Artículo 10.- Libertad de expresión (...).

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

<sup>35</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso de *Wingrove c. el Reino Unido*. Sentencia de noviembre de 1996. Demanda N° 00017419/90.

<sup>36</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto *Handyside c. Reino Unido*. Sentencia de 7 de diciembre de 1976, párrs. 48 y 49.

modos de regulación y las autoridades nacionales, al estar en contacto directo con las fuerzas vitales de su país, se hallan mejor situadas para conocer su coyuntura social y decidir la forma adecuada de gestionar situaciones conflictivas. No obstante, según el propio TEDH, este margen es limitado, sujeto a supervisión y variará en función de lo sensible que sea la cuestión a decidir, el tipo de derecho en juego, el carácter más o menos objetivable de los intereses legítimos perseguidos por el Estado y la evolución del consenso europeo en la materia.<sup>37</sup>

Ahora, veamos los argumentos del Tribunal respecto al caso *Wingrove c. Reino Unido* de 1996. El Tribunal Europeo llegó a la conclusión de que no se había violado el derecho a la libertad de expresión. El demandante era un director de cine que escribió un guion y dirigió la filmación de un vídeo titulado *Visiones del éxtasis*, en el que aparecían Santa Teresa y Cristo participando en actividades sexuales. El demandante presentó la película a la Dirección de Clasificación de Películas del Reino Unido para poder suministrarlo legalmente al público y la Dirección rechazó la clasificación con base en que se consideró que la película era blasfema. El demandante opta por acudir al Tribunal de Estrasburgo para que dicho Tribunal considere si el concepto de blasfemia encaja con las previsiones del art. 10.2 de la CEDH.<sup>38</sup>

Al determinar si la interferencia estaba “prevista por ley”, el Tribunal declaró que las leyes pertinentes deben estar “formuladas con suficiente precisión para permitir a los afectados —de ser necesario, con el debido asesoramiento jurídico— prever, en un grado razonable en la circunstancia, las consecuencias que una determinada acción puede conllevar” (párr. 40). Además, el Tribunal observó que una ley que “confiere discrecionalidad no es en sí misma incongruente con este requisito, siempre que el ámbito de la discrecionalidad y la manera en que se ejerza estén indicados con claridad suficiente, teniendo en cuenta el objetivo legítimo en cuestión de brindar adecuada protección individual contra una injerencia arbitraria” (párr. 40). Asimismo, el Tribunal reconoció que el delito de blasfemia no puede por su propia naturaleza prestarse a una definición jurídica precisa. Las autoridades nacionales deben por tanto contar con un grado de flexibilidad para determinar si los hechos de un caso particular están comprendidos dentro de la definición aceptada del delito (párr. 42). La Corte también observó que no existía incertidumbre o desacuerdo generales entre las partes en cuanto a la definición de blasfemia en la legislación inglesa. Después de ver la película, el Tribunal concluyó que el demandante podría haber previsto razonablemente que su película podría ser considerada blasfema. Dado que la ley otorgó al demandante una adecuada protección contra una interferencia arbitraria, la Corte consideró que la restricción estaba “prescrita por ley”.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Marisa Iglesias Vila. *Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: en busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional*. Yale Law School. Recuperado el 23 de marzo de 2015 desde [http://www.law.yale.edu/documents/pdfs/sela/SELA13\\_Iglesias\\_CV\\_Sp\\_20130314.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdfs/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf).

<sup>38</sup> Organización de los Estados Americanos OEA. *Derecho a la libertad de Expresión*. Recuperado el 24 de marzo del 2015 desde <http://www.oas.org/es/cidh/lexpresion/showarticle.asp?artID=264&IID=2>

<sup>39</sup> *Ibidem*.

El Tribunal consideró que no existía un conjunto de normas morales uniforme ni un concepto homogéneo de los requisitos de “la protección de los derechos de los demás” en relación con los ataques contra las creencias religiosas en Europa. Además, existía un acuerdo suficiente, en cuanto al sentido jurídico y social entre los Estados miembros del Consejo de Europa, acerca de la cuestión de si la censura de material blasfemo era innecesaria en una sociedad democrática. El Tribunal sostuvo que los Estados están en mejores condiciones que un órgano internacional para determinar qué ofenderá en esencia a las personas, particularmente cuando las convicciones religiosas varían en el espacio y el tiempo. El Tribunal reconoció que, dado que la restricción era una forma de censura previa, estaría sujeta a la restricción de un escrutinio especial. Asimismo, declaró que la blasfemia no prohibía la expresión de opiniones hostiles al cristianismo o meramente ofensivas para los cristianos. Por el contrario, las leyes prescribían que el insulto a la religión debe ser grave, como lo ilustran los términos del Derecho común: “despreciativo”, “injurioso”, “calumnioso” o “absurdo”. El Tribunal informó que el “alto nivel de profanación” que debe observarse servía como salvaguardia contra la arbitrariedad. El Tribunal concluyó que la justificación de la interferencia era pertinente y suficiente y que las decisiones de las autoridades no eran arbitrarias ni excesivas, por lo cual, no se comprobaba una violación del derecho a la libertad de expresión.<sup>40</sup>

#### - Caso Instituto Otto Preminger c. Austria

Por otra parte, en el Asunto del Instituto Otto Preminger contra Austria,<sup>41</sup> tras afirmar que la libertad de religión exige que se tolere la crítica, el TEDH considera que esta libertad no da cobertura a los insultos proferidos en una película, incluso si no existe un concepto europeo general sobre el significado de la religión en la sociedad. Otra vez es el margen de apreciación de los Estados el que fundamenta la posición del TEDH para justificar las injerencias de los poderes públicos (secuestro y confiscación de una película) en defensa de las creencias religiosas.

En efecto, el 13 de mayo de 1985, la asociación sin ánimo de lucro Otto Preminger de Innsbruck (Austria) anunció en periódicos y en carteles la proyección inminente en sus instalaciones de la película *Das Liebeskonzil* (El concilio del amor), basada en una obra de 1885 de Oskar Panizza, que entonces ya había sido condenado a prisión por un delito de blasfemia. En el anuncio también se decía que en la obra se caricaturizaban conceptos de la fe cristiana. Y así era. En ella se representaba por ejemplo a Dios como un idiota senil e impotente, a Jesucristo como a un hijo malcriado y cretino, a María como a una desvergonzada sin escrúpulos, se ridiculizaba la eucaristía y se representaban escenas de insinuaciones eróticas entre María y el Diablo.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Instituto Otto Preminger c. Austria. Sentencia de 20 de setiembre de 1994.

<sup>42</sup> Esteban López Gonzales. *El caso Otto Preminger-Institut contra Austria*. Recuperado el 25 de marzo del 2015 desde <https://estebanlopezgonzalez.wordpress.com/2015/01/10/el-caso-otto-preminger-institut-contra-austria/>

Como respuesta, el Ministerio Fiscal solicitó el secuestro de dicha película a instancias de la Iglesia Católica. El juez de primera instancia estimó la procedencia del secuestro después de ver la obra a puerta cerrada. El Tribunal de apelación no admitió el recurso interpuesto por el representante de la asociación por entender que la libertad artística estaba limitada necesariamente por los derechos de los demás a la libertad de religión y por el deber del Estado de garantizar una sociedad cimentada sobre los valores del orden y de la tolerancia. Entonces la asociación Otto Preminger Institut denunció a Austria ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo. Consideraba que el secuestro del film constituía una violación de la libertad de expresión garantizada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.<sup>43</sup>

Desde esta perspectiva, el TEDH concluyó en lo siguiente:

... se puede legítimamente considerar que el respeto a los sentimientos religiosos de los creyentes, tal y como está garantizado en el artículo 9, ha sido violado por unas representaciones provocadoras de objetos de culto religioso... Las medidas objeto del litigio pretendían proteger el derecho de los ciudadanos a no ser insultados en sus sentimientos religiosos por la expresión pública de las opiniones de otras personas. Por tanto, el Tribunal admite que estas medidas perseguían un fin legítimo al amparo del artículo 10.2, a saber, “la protección de los derechos de los demás.

### **3.2. El caso *Charlie Hebdo* y los límites a la libertad de expresión**

La revista *Charlie Hebdo* había recibido amenazas desde el año 2006 por sus publicaciones de caricaturas en las que se ridiculizaba la imagen de Mahoma y de la religión islámica. En el año 2007, la revista había sido demandada por sus publicaciones relacionadas con el islam, pero fue absuelta por considerarse que la revista no publicaba en contra del islam sino en contra de los grupos integristas que se escudan bajo esa religión. El 2 de noviembre de 2011 recibió un ataque incendiario contra sus instalaciones. Asimismo, en noviembre de 2012, el Consejo Nacional del Culto Musulmán, había realizado una serie de protestas contra las publicaciones de la revista, por haber caricaturizado al profeta Mahoma y considerar dicho acto como “una ofensa para los musulmanes”.

Pero sin duda, el ataque más grave que recibió la revista fue el 07 de enero del 2015, cuando asesinaron a doce personas además de herir de gravedad a otras cuatro. Entre los fallecidos se encontraban los dibujantes Charb, Cabu, Wolinski y Tignous, además de dos agentes de policía. Ese día, dos hombres encapuchados y vestidos de negro, portando fusiles automáticos, irrumpieron en la sede de *Charlie Hebdo* en París y mataron a doce personas. La organización terrorista Al-Qaeda en la Península Arábiga se adjudicó el ataque contra el semanario satírico “como venganza por el honor” del profeta Mahoma, fundador del islam.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

El artículo 10º del Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra el derecho a la libertad de expresión. En igual sentido, el artículo 19º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula el derecho de expresión, estableciendo que nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones, que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, que este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Ambas disposiciones también determinan los límites a este derecho al establecer que su ejercicio entraña deberes y responsabilidades especiales, por lo que puede estar sujeto a ciertas restricciones, las que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

A esto, la cuestión que se presenta es cuál debe ser el límite hacia esa libertad de transmitir información con contenido ideológico. El primer elemento a considerar es precisamente el que la libertad de expresión existe en cuanto hay diversidad ideológica, pues si esta no existiera, tampoco podría hablarse de libertad pues el presupuesto de esta es la capacidad de opción; por tanto, la interpretación inicial hacia la libertad de expresión es que esta debe ser respetada, aun cuando para alguno pueda resultar chocante, repulsiva e incluso ofensiva. En diversos ámbitos se ha considerado que la limitación a esta posibilidad de expresarse inclusive hasta la ofensa hacia el otro tiene su límite en lo que se ha llamado como “discurso del odio”, al ser “insultados en sus sentimientos religiosos”, al amparo del artículo 10.2 del CEDH, a saber, “la protección de los derechos de los demás”.

Dentro de este contexto, resulta relevante la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), fundada en 1993 para reforzar la lucha contra toda forma de racismo, xenofobia, antisemitismo e intolerancia en Europa. Fue un mandato de la Primera Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros del Consejo de Europa, con objeto de combatir los crecientes problemas de racismo, antisemitismo e intolerancia que amenazan a los derechos humanos y a los valores de la democracia en Europa. Desde esta comisión se evalúa la eficacia de todas las medidas nacionales e internacionales existentes y se fomenta la acción en el ámbito local, nacional y europeo a nivel legislativo y político. Uno de los aspectos de las diversas actividades que desarrolla la ECRI para cumplir su mandato es el enfoque de sus investigaciones “país por país”, estudiando en profundidad la situación de cada uno de los Estados miembros para colaborar con los gobiernos mediante propuestas concretas y adecuadas.<sup>44</sup>

<sup>44</sup> Consejo de Europa. Recuperado el 25 de marzo del 2015 desde [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp)

En el año 2000 se trata específicamente la intolerancia contra los musulmanes, en la que se recomienda a los Estados que combatan la discriminación contra las prácticas religiosas de estos grupos y las formas de manifestación discriminatorias por motivos religiosos contra estos grupos, alentando el debate en los medios de comunicación sobre su responsabilidad en la difusión de información que tienda a provocar prejuicios hacia estas comunidades.

Más allá de condenar en forma enfática las acciones de violencia contra la revista *Charlie Hebdo*, pues ningún acto de violencia encuentra justificación en una sociedad democrática, tenemos que analizar desde un punto de vista jurídico y político las publicaciones realizadas por la revista al ridiculizar a una religión (islam) y su profeta (Mahoma); lo que bien puede calificar, como hemos visto en los casos “Wingrove c. el Reino Unido” e “Instituto Otto Preminger c. Austria”, de conducta “despreciativa”, “injuriosa” o “calumniosa”, al contener un “alto nivel de profanación”, o “blasfemia”, vulnerando el *derecho de los ciudadanos a no ser insultados* en sus sentimientos religiosos.

Claro, se podría objetar y decir que se trata de caricaturas y por ende tendríamos que ser más tolerantes y receptivos a las críticas; sin embargo, ese “tendríamos” no está dirigido a individuos que poseen las mismas tradiciones culturales, sino a un pueblo que posee una cultura totalmente diferente a la occidental, razón por la cual no podemos extender un tipo de racionalidad a una sociedad donde encontramos más diferencias que semejanzas. Tenemos que admitir que el proceso de secularización iniciado en Occidente en el siglo XVI no ha sido el mismo que en los países árabes, donde simplemente desconocen la separación de un Estado de la iglesia.

Sin duda, estas publicaciones provocan diferenciación, fomentando el racismo y la intolerancia hacia la comunidad musulmana, lo que linda con los límites de la libertad de expresión, al plantear una apología discriminatoria.

## CONCLUSIONES

- La libertad de expresión es un derecho fundamental que permite la libre difusión de las ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones; indispensable para la formación de la opinión pública, y esencial para el fortalecimiento de toda sociedad democrática. No es permitido al Estado limitar el ejercicio de este derecho como censura previa; sin embargo, puede establecerse prohibiciones cuando se hace apología de la guerra o del odio nacional, el orden público, la salud o moral pública y para proteger los derechos o reputación de los demás.

- La libertad de religión es un derecho fundamental que puede expresarse de forma individual o colectiva, supone la capacidad de toda persona para autodeterminarse en su comportamiento de acuerdo a las convicciones y creencias que tenga en el plano religioso.

Esta libertad se expresa no solo en el ámbito interno y subjetivo, sino también en el ámbito externo, por medio de vestidos y símbolos religiosos personales.

- Hoy en día podemos observar constantes enfrentamientos entre la libertad de expresión y la libertad de religión, producto de la intolerancia y la discriminación. Vivimos un momento histórico particular donde la paz mundial se ve amenazada debido a la intolerancia y al fanatismo religioso. La racionalidad del pueblo musulmán es diferente a la occidental, lo que imposibilita tratar ambas culturas con las mismas herramientas conceptuales. Son mundos inconmensurables que exigen respeto y tolerancia.

## REFERENCIAS

- Aguilera Fernández. *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información (posibilidades y límites constitucionales)*. Granada: Comares, 1990.
- Alvear Téllez, Julio. “A propósito de la sentencia de la Corte de Estrasburgo sobre el crucifijo: ¿libertad religiosa contra la religión? Un análisis crítico”. *Revista Actualidad Jurídica*, 21 (julio 2010), pp. 535-556.
- Bernal Gómez, Beatriz. *Historia del Derecho*. México: Nostra Ediciones, 2010.
- Díez-Picazo, L. *Sistema de Derechos fundamentales*. Navarra: Thomson-Civitas, 2008.
- García Ramírez, Sergio y Gonza, Alejandra. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México, 2007.
- Iglesias Vila, Marisa. *Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: en busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional*. Yale Law School. Recuperado el 23 de marzo de 2015 desde [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Iglesias\\_CV\\_Sp\\_20130314.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf).
- López Gonzales, Esteban. *El caso Otto Preminger-Institut contra Austria*. Recuperado el 25 de marzo del 2015 desde <https://estebanlopezgonzalez.wordpress.com/2015/01/10/el-caso-otto-preminger-institut-contra-austria/>
- Ministerio de Justicia de España. *Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre vestidos o símbolos religiosos personales*. España: Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos, 2010.
- Organización de los Estados Americanos OEA. *Derecho a la libertad de Expresión*. Recuperado el 24 de marzo del 2015 desde <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=264&IID=2>

- Prieto Sanchís, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores, 2002.
- Sánchez Gil, Rubén. *El principio de proporcionalidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.
- Solozábal Echevarría, J. “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho constitucional*, 32 (mayo-agosto, 1991), pp. 73-113.
- Solozábal Echevarría, J. “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23, (mayo-agosto 1988), pp. 139-155.

Recibido: 27/03/2015  
Aprobado: 20/04/2015