

LIBERTAD DE EXPRESIÓN, FILIAS Y FOBIAS

Andrés Ollero Tassara

Sumario: 1. Conductas ante el derecho; 2. Igualdad y libertad ideológica o religiosa; 3. Desnudarse patrióticamente de las filias; 4. Laicismo neutralizador; 5. Sin consenso: obligar a ser libres; 6. Paridad religiosa; 7. Enjuiciamiento moral a prueba de fobias; 8. La libertad de expresión incluye la crítica desabrida o molesta; 9. A modo de conclusión; 10. Referencias.

El problema que nos ocupa nos obliga ante todo a resaltar los diversos ámbitos de juego de la *justicia*, y los derechos a ella vinculados, y la *tolerancia*, a la que no cabe atribuir ampliación de derechos alguna, pese a que así lo sugieran planteamientos *buenistas*¹.

1 CONDUCTAS ANTE EL DERECHO

Partiendo de esa frontera, caben hasta cuatro posibilidades diversas a la hora de calificar jurídicamente una conducta.

Cabe considerar que vulnera gravemente el mínimo ético garantizado por el derecho, lo que llevaría – aun aplicado el principio de mínima intervención penal – a considerarla *delito*.

Es posible que se decida despenalizarla, lo que en principio no iría más allá de una no prohibición, que crearía sólo un espacio de *agere licere* o actuar lícito. Con ello no se genera sin embargo automáticamente derecho alguno, como ha tenido ocasión de resaltar la jurisprudencia

¹ Lo apunté en “El derecho a lo torcido”, en **Derechos humanos. Entre la moral y el derecho**. México, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2007. p. 66-67.

constitucional española, ante el intento de terroristas de los Grapo en huelga de hambre de esgrimir un presunto derecho a la muerte².

Si de la tolerante no prohibición se pasa al reconocimiento de un fundamento de justicia, capaz de convertir una pretensión individual en *derecho*, el asunto cambia. Al margen de cualquier actitud benevolente, quien actúa tendría a su disposición todos los resortes del ordenamiento para lograr ver esa pretensión satisfecha.

Es posible aún dar un paso más, si el derecho en cuestión resulta incluido en ese núcleo duro del sistema jurídico que caracteriza determinadas exigencias como de *orden público*. Lo que quizá comenzó siendo delito acabaría incriminando a quien se limite a cuestionar el final de tan notoria escalada, atribuyéndolo a una de las nefandas *fobias* capaces de desactivar la libertad de expresión.

Es fácil observar en esta trayectoria el paso de un protagonismo de la *lucha por las libertades* a la ahora predominante *lucha por las igualdades*³, particularmente celosa de la garantía de la *no discriminación*.

2 IGUALDAD Y LIBERTAD IDEOLÓGICA O RELIGIOSA

El problema radicaré en cómo haya que entender las exigencias de igualdad, no sólo en lo relativo al ámbito de la libertad ideológica, sino sobre todo al con él habitualmente emparejado, confesada o inconfesadamente: la libertad religiosa.

La Constitución española suscita pocas dudas al respecto, al establecer: “*Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones*” (artículo 16.3 de la Constitución española; en adelante CE). La *igualdad* no se hace estribar en una drástica *separación*, capaz de producir taumatúrgicamente una presunta *neutralidad*, sino en una peculiar *cooperación*, no aritméticamente igualitaria sino consiguiente a las creencias libremente profesadas por la sociedad.

² Mi comentario está recogido en **Bioderecho. Entre la vida y la muerte**. Thomson-Aranzadi, The Global Law Collection, Cizur Menor, 2006, p. 107 y ss.

³ Un ejemplo significativo: **De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional**, Discurso de Recepción, Real Academia de Ciencias. Madrid: Morales y Políticas, 2008, p. 162.

Esto será lo que dé paso a una *laicidad positiva*⁴, fundada en la valoración favorable del factor religioso, reconocido como título de justicia fundamentador de un derecho de particular rango, y no como mero fruto benevolente de la tolerancia hacia algo – en el mejor de los casos – irrelevante, cuando no decididamente perturbador. Una laicidad difícilmente compatible con cualquier versión del laicismo, por muy escasamente beligerante que resulte el modelo diseñado. La forzada y tajante separación entre lo público y lo religioso llevaría inevitablemente a una pintoresca confesionalidad generada por defecto. No es de extrañar que difícilmente se renuncie a sustituir una liturgia por otra. Lo de menos es que la Navidad se vea suplantada por el aguinaldo; lo inevitable es que el fiestorro con dinero público lo acabará protagonizando la reina de los hielos; o sea, de los atascos de tráfico, si en vez de en Groenlandia nos encontráramos en Madrid...

Quien argumenta que esa cooperación acabará prolongando sociológicamente aquella confesionalidad que se pretendía descartar lo único que hace es aportar nuevos argumentos contra una presunta neutralidad absolutamente inviable. Precisamente porque el *pluralismo* tiene poco que ver con la *neutralidad*, al reflejar la obvia desigualdad de eco social entre unas y otras propuestas, la presunta neutralidad del *cero para todos* quedaría excluida, porque el cero plural no deja de resultar cifra enigmática.

3 DESNUDARSE PATRIÓTICAMENTE DE LAS FILIAS

Arquetípica al respecto – valga el excurso – resulta la aparente contradicción entre dos planteamiento bien conocidos de Jürgen Habermas. Suscribe por una parte un *patriotismo constitucional*, que desvincularía cultura política y cultura hegemónica en la sociedad, buscando al parecer el vellocino de oro de la neutralidad. Las desigualdades culturales, con su tensión entre *mayoría y minorías*, habría de verse neutralizada. “*En las sociedades culturalmente diferenciadas, la integridad jurídica de la persona no puede ser garantizada sin la igualdad de derechos culturales*”. La única manera de lograrlo sería poner “*en marcha en los Estados-nación que se han formado históricamente un proceso tan precario como doloroso*”. Algo así como desnudar culturalmente a la mayoría. “*Para*

⁴ Sobre el particular “Igualdad, laicidad y religiones”, en **Desafíos de la igualdad y desafíos a la igualdad** (edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel y Andrea Macía Morillos) Anuario Facultad de Derecho. Universidad Autónoma Madrid 13, 2009, p. 206.

que todos los ciudadanos puedan identificarse en igual medida con la cultura política de su país, la cultura mayoritaria que procede de la cultura nacional debe desligarse de la cultura política general". Sólo así se llegará a entender por qué *"la solidaridad entre los ciudadanos del Estado habrá de situarse en un nuevo y más abstracto plano, como el que representa el patriotismo de la Constitución"*, evitando que la comunidad política acabe desintegrándose en subculturas aisladas entre sí⁵.

Dejemos a los crucifijos en paz; a ver si lo he entendido bien... Evitemos los brotes de antitaurinismo antiespañol en Cataluña; seamos inteligentemente neutrales en el ámbito público: acabemos con los toros en toda España y tendremos un problema menos. No sé...

Sirva de contrapunto al imposible habermasiano la distinción de Ronald Dworkin entre *conceptos* y *concepciones* constitucionales. Aunque los miembros de un grupo compartan un concepto que rechaza toda "falta de equidad", a nadie podrá extrañar que *"difieran respecto de gran número de esos casos controvertibles, de una manera que hace pensar que cada uno tiene una teoría diferente"*, porque esto sólo resalta que *"tienen diferentes concepciones de la equidad"*⁶. Adiós neutralidad pues. Sólo estaríamos de acuerdo si no precisamos en qué.

4 LAICISMO NEUTRALIZADOR

Lo llamativo es que el propio Habermas, en sus serenas reflexiones sobre la presencia de la religión en el ámbito público, señalará más tarde que *"el Estado liberal que protege por igual a todas las formas de vida religiosa tiene que eximir a los ciudadanos creyentes de la excesiva exigencia de efectuar en la propia esfera público-política una estricta separación entre las razones seculares y las religiosas, siempre y cuando esos ciudadanos lo perciban como una agresión a su identidad personal"*⁷. No se sabe cómo podría esto rimar con el desnudo integral respecto a la cultura hegemónica, salvo que se exceptúe del mismo a las culturas minoritarias y se entienda que la vivencia religiosa sería minoritaria por definición en un Estado tal.

Habermas descartará esta hipótesis. Rechaza el vicio, típico de un laicismo displicente, de considerar lo religioso como un componente social premoderno, que a lo sumo cabría heroicamente tolerar. *"En la*

⁵ HABERMAS, J. "La constelación posnacional...", p. 100-101.

⁶ DWORKIN, R. **Los derechos en serio**, p. 214.

⁷ HABERMAS, J. "La religión en la esfera pública, p. 137.

medida en que los ciudadanos agnósticos estén convencidos de que las tradiciones religiosas” no pasan de ser “una reliquia arcaica de las sociedades premodernas que continúa perviviendo en el momento presente”, mantendrán ante la libertad religiosa una actitud equivalente a “una variante cultural de la preservación natural de especies en vías de extinción. Desde su punto de vista, la religión ya no tiene ninguna justificación interna. Y el principio de separación entre la iglesia y el Estado ya sólo puede tener para ellos el significado laicista de un indiferentismo indulgente”⁸.

Esto le lleva a profundizar, mucho más que autores decididamente confesionales, en la querencia del *laicismo* hacia una *discriminación por razón de religión*. Abandonando el tópico de la contraposición entre fe y razón, llegará a relativizar el papel de la ciencia como monopolizadora de lo racional, para integrarla en una historia de la razón de la que no cabría expulsar a las grandes religiones. En otras palabras, no excluye aportaciones racionales derivadas de las propuestas de las religiones. De ahí su aprecio al esfuerzo de los creyentes (es fácil entender que se remite al ejemplo de sus vecinos cristianos...) al esforzarse por traducir sus propuestas a un discurso compartible por los agnósticos. Lo que no le parece muy razonable es que éstos no se consideren a la vez obligados a traducción alguna, imponiendo su idioma como lengua franca.

“*La admisión de manifestaciones religiosas en la esfera público-política*” cobra sentido “*si a todos los ciudadanos se les puede exigir que no excluyan el posible contenido racional de estas contribuciones*”. Por supuesto se mantendrá “la primacía de las razones seculares” y la consiguiente “traducción institucional de las razones religiosas”, dando por hecho que “*en todo caso, esto es lo que asumen los ciudadanos creyentes*”. A Benedicto XVI se le ocurrió en Regensburg sugerir que a determinados creyentes parece quedarles aún una buena temporada para culminar tal labor y no faltó quien lo tachara de islamófobo.

5 SIN CONSENSO: OBLIGAR A SER LIBRES

Habermas va más allá al sugerir que también les queda trabajo pendiente a no pocos “ciudadanos agnósticos”, ya que esa traducción institucional implica “una mentalidad que está lejos de ser evidente en las sociedades secularizadas de Occidente”. Para asumir la existencia de una “sociedad postsecular”, en la que no se excluye la presencia de las confesiones religiosas, se “*requiere más bien un cambio de mentalidad que*

⁸ HABERMAS, J. “La religión en la esfera pública, p. 146-147 (en ésta y otras citas posteriores no se ha respetado literalmente la versión propuesta por el traductor).

no es menos cognitivamente exigente que la adaptación de la conciencia religiosa a los desafíos de un entorno que se seculariza cada vez más". Esto sólo ocurrirá si los "ciudadanos agnósticos comprenden su falta de coincidencia con las concepciones religiosas como un desacuerdo con el que hay que contar razonablemente" y actúan en consecuencia. En resumen, "la ética democrática de la ciudadanía" sólo se podrá "exigir razonablemente a todos los ciudadanos por igual cuando los ciudadanos creyentes y los agnósticos recorran procesos de aprendizaje complementarios"⁹.

Difícilmente podrá esto llegar a ocurrir si se impone por decreto la neutralización laicista. Parece invocarse como fundamento para legitimarla la distinción rawlsiana entre *doctrinas comprensivas* y *razón pública*. Esto permitiría marginar (patrióticamente, desde luego) unas concepciones del mundo para uso doméstico, mientras la educación gira en torno a ese "espacio ético común" que – ajenos a Dworkin – parece haber sorbido el seso a la mayoría de la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo¹⁰. Rawls en realidad no tiene culpa de nada ya que, si bien su "consenso entrecruzado" generador de la razón pública no deja de ser misteriosa receta, aspira a llegar a una "razón pública" integrando doctrinas comprensivas, y no convirtiendo a una de ellas por decreto en la única razonable¹¹.

Por detrás de este malentendido late la curiosa diferenciación entre una ética privada y otra pública, merecedora ésta de estricta observancia. En una sociedad plural la ética pública es el resultado del entrecruce de las propuestas que sus ciudadanos plantean, cada uno inevitablemente desde su ética personal. Cuando alguien se erige en árbitro de si lo aportado por los demás expresa una *voluntad particular* o la *voluntad general*, el totalitarismo – Rousseau me perdone – está servido: alguien impondrá como general su particular voluntad, erigiéndose al margen de todo consenso en vidente del interés público, legitimado para obligar a los demás a ser libres¹².

6 PARIDAD RELIGIOSA

Volvamos pues a las libertades e igualdades. La obsesión por la *igualdad religiosa*, mientras que la igualdad ideológica se considera fuera de lugar, suscita en algunos un curioso activismo paritario. No consideran

⁹ HABERMAS, J. "La religión en la esfera pública, p. 147-148.

¹⁰ De ello me ocupó, en nueva versión muy ampliada: **Un Estado laico. La libertad religiosa en perspectiva constitucional**. Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2009, págs. 232 y ss.

¹¹ RAWLS, J. **El liberalismo político...**, p. 165 y 279, nota 33.

¹² Sobre el particular "Rousseau: democracia como utopía" en **Interpretación del derecho y positivismo legalista**, Edersa, Madrid, 1982, p. 125 con nota 32.

que la tarea de promover condiciones y eliminar obstáculos para que – en el marco del artículo 9.2 CE – el ejercicio de la libertad religiosa sea real y efectivo deba llevarse a cabo como, concretándolo, señala el ya citado artículo 16.3: manteniendo con unas y otras confesiones la cooperación consiguiente a su respectivo eco social. Piensan pintorescamente que debería existir, no se sabe bien porqué, una paridad de trato y no una igualdad proporcional entre unas y otras confesiones; tan ambicioso objetivo sólo podría alcanzarse con una evangelización paritariamente planificada desde el Estado. Sería preocupante que semejante punto de vista se ampliara a la libertad ideológica, procurando que el eco social de unas y otras propuestas fuera también paritario y evitando así enojosas hegemonías; ya puestos, podrían comenzar por modificar la ley electoral, o por discutir que es eso de los “sindicatos más representativos”...

Lo más cómico es que esta mentalidad lleva a clamorosas injerencias en el funcionamiento de las confesiones, obligando a que los ortodoxos se federen con los evangélicos, generando leyes siamesas para islámicos y judíos, o empeñándose en ofertar a unos y otros medidas que, aun siendo adecuadas para el funcionamiento de los católicos, les traen sin cuidado o las consideran perturbadoras. Baste recordar el entusiasmo perfectamente describable de la comunidad judía ante la generosa oferta de disponer de casilla propia de asignación tributaria en los impresos del impuesto sobre la renta...

No parece mostrarse el mismo celo ante la consolidación de un diverso rasero en la exigencia social de respeto a unos u otros sentimientos religiosos. Mientras que cualquier actitud crítica ante determinadas costumbres o códigos morales de índole religiosa minoritaria serán sumariamente etiquetada como *fobias*, se podrá ridiculizar o agraviar las creencias católicas e incluso tal proceder se considerará un homenaje particularmente excelso a la libertad de expresión o a la creación artística. Lo peor no es que haya que andarse con cuidado a la hora de hacer caricaturas; más grave sería que esa diferencia de trato no se fundamente en preferencias doctrinales, sino en el cálculo inconfesado del potencial de violencia que cada cual pudiera llegar a ejercer.

7 ENJUICIAMIENTO MORAL A PRUEBA DE FOBIAS

Ya hemos aludido al ámbito de exigencias jurídicas consideradas de *orden público*, de obvio trasfondo moral. La Constitución española no duda en convertirlas en el único límite imaginable a la libertad ideológica y religiosa. Cada cual podrá suscribir la identidad cultural propia de su

origen y profesar el culto que considere preferible o más entrañable, pero los sacrificios humanos o la ablación del clítoris no quedarán sustraídos al código penal. Nadie podrá invocar fobia alguna ni considerarse discriminado por esa diferencia de trato respecto a las costumbres o cultos ajenos.

Cuestión merecedora de reflexión surge ante los intentos de impedir que, en ejercicio de la libertad religiosa y de la mera libertad de expresión, pueda hacerse público el juicio moral que, desde la propia ideología o religión, merecen determinados comportamientos. El problema comienza a despuntar como consecuencia del activismo de minorías de notable capacidad de presión, que tras lograr en no mucho tiempo despenalizar venturosamente determinadas conductas e incluso verlas reconocidas como derechos, parecen aspirar ahora a vetar cualquier manifestación de discrepancia moral al respecto, como si nos encontráramos ante una exigencia de orden público.

No creo que sean muchos los que consideren que la eliminación del tipo penal del adulterio, con específica referencia a la mujer, ponga en peligro la civilización occidental. Tampoco a nadie he oído calificar de *adulteróforo* a quien, expresando su propio código moral, considere rechazable tal conducta. Sin duda en ello influye que el gremio de los adúlteros no llega a considerarse copartícipe de identidad alguna y entienda con facilidad que tal juicio moral va dirigido a una conducta y no a su persona o a un grupo en que habría de considerarse integrado.

No parece ocurrir lo mismo a la hora de enjuiciar las conductas homosexuales o la conveniencia de que – de tener vocación de estabilidad – se vean reconocidas como matrimonio. Aquí el dictamen fóbico se dispara con notable facilidad y ya ha habido algún pastor luterano que ha tenido que vérselas con el derecho penal.

Es obvio que en la expresión de juicios morales se haya de evitar que su personalización o identificación con un grupo se convierta en generador de discriminaciones. Una evaluación moral negativa, no respaldada por la ley, en modo alguno podrá convertirse en fundamento objetivo y razonable para un trato desigual. El mismo ordenamiento jurídico admitirá sin embargo, de modo despersonalizado, que la conducta no congruente con la doctrina religiosa cuya docencia se imparte¹³, o incluso con el ideario de un centro¹⁴, deba considerarse relevante a determinados efectos.

Si del código penal hablamos, parece necesario precisar si el bien jurídico protegido tiene que ver con derechos personales o se extiende a la

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 38/07, de 15 de febrero, Fundamentos (en adelante F.) 5, 7 y 10.

¹⁴ STC 5/81, de 13 de febrero, F.11.

inserción en un grupo o sector social. El modo, por ejemplo, cómo la penalización de la violencia de género se ha llevado a efecto en el ámbito español no ha dejado de generar polémicas, llegándose a cuestionar su constitucionalidad. Si a ello añadimos que no se trata en el caso planteado de proteger de la violencia física sino de un enjuiciamiento moral, lo que entra en juego es en qué medida el mandato de igualdad de trato y el imperativo de no discriminación debe llevar aparejado el reconocimiento de un *derecho a no merecer reproche moral*.

Es aquí donde la graduación de la que partíamos, entre las cuatro posibles actitudes del ordenamiento jurídico ante determinadas conductas, se hace particularmente necesaria. He de confesar que – a juicio de nuestro Tribunal Constitucional – no siempre he acertado al intentarlo. Como diputado no dudé en votar a favor de la penalización del negacionismo, sin necesidad de entrar en matices sobre el alcance que el cuestionamiento del Holocausto llevara consigo. Mi conducta política reflejaba sin duda la adhesión moral a las víctimas de tal barbarie, a la que siempre me he sentido exigido. El Tribunal, por el contrario, me ha forzado a reflexionar.

8 LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN INCLUYE LA CRÍTICA DESABRIDA O MOLESTA

La citada sentencia del Tribunal Constitucional distingue entre los dos nuevos tipos penales incorporados por la reforma en cuestión. Admite la penalización de una actitud negacionista a la que quepa atribuir como consecuencia una provocación práctica al antisemitismo. Respecto a la que no la implicara recuerda, sin embargo, que *“la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin lo cuales no existe sociedad democrática”*. En consecuencia, en virtud del derecho a disparatar que la libertad de expresión no excluye, se descarta la penalización de este negacionismo sin ulteriores secuelas; esto no impide por supuesto que tanto las víctimas (recuérdese la sentencia sobre Violeta Friedmann...¹⁵) como yo mismo mantengamos, y podamos hacer público, el idéntico juicio moral y la lógica molestia personal que su actitud nos merece.

Se recuerda al respecto el alcance restrictivo con que ha de interpretarse el límite de las exigencias de orden público, que ni siquiera

¹⁵ La STC 214/91, de 11 de noviembre, F.8, que sí parece apreciarlas.

impedirían cuestionar las mismas bases de nuestro sistema. No en vano no suscribe éste “*un modelo de democracia militante, que impondría no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución*”. La conclusión no puede resultar más expresiva: “*la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población*”¹⁶. Todo parece indicar pues que, entre nosotros, el sufrido pastor luterano podría haber expresado su código moral sin particulares agobios, siempre que de su mensaje no pudiera derivarse una incitación práctica a la discriminación personal.

9 A MODO DE CONCLUSIÓN

La protección preferente de la *libertad de expresión*, vinculada a la *libertad ideológica* y configuradora de esa *opinión pública libre* que es condición del *pluralismo* como *valor superior del ordenamiento jurídico*, invita a excluir la posibilidad de sancionar penalmente la libre *expresión del propio código moral* en relación a determinadas conductas. Se evita así que en una *sociedad abierta* puedan verse inquisitorialmente rechazadas, al considerárselas como síntoma de una *fobia* que pondría en peligro las más elementales exigencias de *orden público*.

En caso contrario se produciría en realidad una discriminación por razones ideológicas, y en su caso religiosas, que supondría un desmesurado contrapunto a la histórica desigualdad de trato de determinados colectivos minoritarios; estos pasarían a *imponer a todos sus convicciones* de modo extremadamente coercitivo, desmintiendo el tópico planteamiento de que la permisividad jurídica a nadie condiciona.

10 REFERENCIAS

- DWORKIN, R. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1984.
- HABERMAS, J. “La constelación posnacional y el futuro de la democracia” en **La constelación posnacional**. Barcelona: Paidós, 2000.
- HABERMAS, J. “La religión en la esfera pública. Los presupuestos cognitivos para el 'uso público de la razón' de los ciudadanos religiosos y seculares”, en **Entre naturalismo y religión**. Barcelona: Paidós, 2006.
- RAWLS, J. **El liberalismo político**. Barcelona: Crítica, 1996.

¹⁶ STC 235/07, de 7 de noviembre, F. 4.

**Miguel Díaz y García Conlledo
Juan Antonio García Amado
Irina Alejandra Junieles Acosta
Salvador Tarodo Soria**

Coordinadores

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SENTIMIENTOS RELIGIOSOS

Colaboradores

Andrés Ollero Tassara
David Enrique Mercado Pérez
Dionisio Llamazares Fernández
Igor Minteguía Arregui
Jorge Pallares Bossa
Leticia Jericó Ojer Candicort
Salvador Tarodo Soria
Yezid Carrillo de La Rosa

Lisboa
Editorial Juruá
2012