

LA PROTECCIÓN PENAL CONTRA OFENSAS A LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS: ¿DISCURSO DE ODIO O SALVAGUARDIA DE LA SUPREMACÍA CONFESIONAL?

Beatriz Souto Galván

Universidad de Alicante

Beatriz.souto@ua.es

RESUMEN

En este artículo se aborda el análisis de la actual configuración penal de los delitos contra los sentimientos religiosos. El objetivo consiste en tratar de determinar, mediante el análisis de los bienes jurídicos tutelados, el papel que juegan estos delitos en relación con el discurso incitador al odio religioso. La justificación de la intervención penal en este último ámbito se halla en la necesidad de evitar la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables, colectivos entre los que no se encuentran lógicamente las confesiones que tradicionalmente han estado ligadas al desarrollo de los Estados y que han disfrutado y siguen disfrutando de la protección y promoción por parte de los poderes públicos.

ABSTRACT

This article examines the current measures to criminalize speech against religious feelings. The objective is to try to determine, through the analysis of the protected legal assets, the role played by these crimes in relation to incitement to imminent violence based on religion or belief. The justification for criminal intervention in this latter area lies in the need to avoid discrimination and social exclusion of secularly vulnerable, collective groups, which logically do not include those confessions that have traditionally been linked to the development of States and which have enjoyed and continue to enjoy protection and promotion by the public authorities.

TITLE

Criminal law protection against offenses to religious feelings: hate speech or safeguarding of confessional supremacy

PALABRAS CLAVE

Sentimientos religiosos, discurso de odio, discriminación

KEYWORDS

Religious feelings, hate speech, discrimination

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Delitos contra los sentimientos religiosos y discurso de odio en el Código Penal español.* 2.1 Los delitos contra los sentimientos religiosos. 2.2. El discurso incitador al odio religioso. 3. *Sobre la justificación de la imposición de límites penales a la libertad de expresión.* 4. *Consideraciones finales.*

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos informes emitidos sobre incidentes relacionados con *delitos de odio* tanto la Fiscalía General del Estado como la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio de Interior han incorporado en sus estadísticas las figuras delictivas contempladas en los artículos 522 a 525 del Código Penal, esto es, los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos.

La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) considera que un delito de odio puede ser definido como:

1. Cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo como los definidos a continuación;
2. Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su "raza" real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual u otro factor similar.

Los delitos de odio pueden adoptar diferentes formas pero su característica esencial es la selección de las víctimas por la creencia de que pertenecen a un grupo determinado, es decir, las víctimas poseen determinadas características que las identifican o parecen identificarlas como miembros de un colectivo social específico.

En España, el legislador penal ha optado por utilizar dos recursos para abordar los delitos de odio. Uno a través del establecimiento de delitos sustantivos con motivación prejuiciosa, es decir, que ésta formaría parte del tipo penal y otro, mediante una agravante de la pena por haberse co-

metido con la misma motivación. Entre las figuras delictivas que forman parte de esta categoría cobra especial relevancia el llamado “discurso de odio” (artículo 510 CP), que incorpora, entre otras, la identidad religiosa como motivación prejuiciosa para la comisión del delito.

Este ensayo plantea precisamente la necesidad de deslindar entre los llamados delitos contra los sentimientos religiosos y el discurso incitador al odio religioso —discurso de odio— en aras de asegurar, entre otros aspectos, la efectividad del principio de intervención mínima. Con este objetivo se analizará la protección penal dispensada por el legislador español a determinados bienes jurídicos y su incidencia en el ejercicio de las libertades ideológica y de expresión.

2. DELITOS CONTRA LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS Y DISCURSO DE ODIOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

2.1. Los delitos contra los sentimientos religiosos

En los últimos años estamos asistiendo a un sinnúmero de denuncias y/o querrelas por delitos de escarnio y/o profanación interpuestas por entidades de ideario católico como el Centro Jurídico Tomás Moro, Alternativa española o la Asociación de Abogados Cristianos.

Entre los casos más recientes, cabe destacar la admisión a trámite por parte de la Audiencia Provincial de Madrid de una querrela interpuesta por la *Asociación para la Defensa del Valle de los Caídos* contra dos presentadores del programa de La Sexta *El Intermedio*, El Gran Wyoming y Dani Mateo, por un presunto delito contra los sentimientos religiosos. En concreto, la querrela de esta asociación ve insultante un sketch en el que ambos humoristas hablan de “cinco cosas que nunca te han contado del Valle de los Caídos”. La broma que desencadena la querrela se centra en que Dani Mateo subrayó que la cruz del Valle es la “cruz cristiana más grande del mundo”. Y añade: “Y eso es porque Franco quería que esa Cruz se viera de lejos, normal, porque quien va a querer ver esa mierda de cerca” (Diario La Vanguardia, 5.4.2017); también, la actuación durante la gala celebrada el 27 de febrero de 2017, en Las Palmas de Gran Canaria, del Drag Sethlas, Borja Casillas, en la que llegó vestido como una imagen de la Virgen con una fantasía titulada como ¡Mi cielo! Yo no hago milagros, que sea lo que Dios quiera. Después de quitarse el atuendo completo y crucificarse como Jesucristo, terminó siendo un Cristo resucitado con su corona de espinas y su lanzada en el costado; la difusión por parte de la

Asociación Endavant (Organizació Socialista de Liberación Nacional) de un cartel en el que aparecen besándose la Virgen de los Desamparados y la Virgen de Montserrat y la frase “Contra la sagrada opresión: ama como quieras”, para convocar la manifestación del orgullo gay celebrada el 18 de junio de 2016 en Valencia; la procesión del coño insumiso; las pintadas en el interior de una capilla de la Universidad Autónoma de Madrid o la lectura de un manifiesto en la Capilla de la Universidad Complutense de Madrid. Ésta última ha sido la que más relevancia mediática ha adquirido hasta el momento al haber sido condenada en primera instancia la concejala del Ayuntamiento de Madrid, Rita Maestre, por un delito de profanación. La Audiencia Provincial de Madrid resolvió absolviendo a la acusada, precisamente por considerar que la acción llevada a cabo por ésta no podía calificarse como un acto de profanación. La existencia de tan nítida diferencia entre ambas interpretaciones sugiere ya, de entrada, la confusión que reina en la aplicación de estas figuras delictivas.

Los llamados “delitos contra la religión” tienen una larga tradición en el Estado español. A excepción de la Segunda República, que configuró un Estado laico, la confesionalidad del Estado, vigente hasta la Constitución de 1978, permitió la promoción de una legislación penal que garantizaba esencialmente la protección de la religión católica, tipificando delitos como la abolición por la fuerza de la religión del Estado, la profanación de las Sagradas formas, de objetos sagrados, el escarnio de la religión católica, el maltrato a un ministro de la religión católica, la blasfemia, etc. (FERNÁNDEZ-PACHECO, 2008, págs. 225-238; MONTESINOS, 1997).

El proceso de reforma de estas figuras delictivas se inició con la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, que, básicamente, sustituye la denominación “Delitos contra la libertad religiosa, la religión del Estado y las demás confesiones” por la de “Delitos contra la libertad de conciencia”, y elimina las referencias expresas a la religión católica. En la Exposición de Motivos de esta Ley se justificó la necesidad de la reforma en la falta de acomodación de la regulación previa al principio contenido en el “artículo 16.3 de la Constitución que, además de establecer la aconfesionalidad del Estado, declara la libertad de conciencia y el respeto por igual a todas las creencias religiosas. Siendo así resulta evidente que la actual configuración de este grupo de delitos se opone al mandato constitucional, tanto por llevar implícita en su rúbrica misma una imagen de confesionalidad manifiesta abiertamente en el artículo 206, cuanto por tratar de modo expreso y preferente

a la religión católica frente a otras creencias". Esta reforma mantuvo, sin embargo, el delito de blasfemia del antiguo artículo 239 del CP, que no será derogado hasta 1988.

El Título XXI del Código Penal, dedicado a la regulación de los "Delitos contra la Constitución", en su Capítulo IV, incorpora una Sección destinada a los "Delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos". Entre ellos se encuentran los delitos de profanación (art. 524) y de escarnio (art. 525).

Durante la tramitación parlamentaria del CP de 1995 tan sólo los Grupos Popular e Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya plantearon enmiendas a los artículos referidos a los delitos contra los sentimientos religiosos. El Grupo Popular, en el sentido de proteger de igual modo que la libertad religiosa, la ideológica, en aras de garantizar el principio de igualdad que exige idéntica tutela de ambas libertades. Eso sí, a continuación propuso agravar la pena prevista en el Proyecto para el delito de profanación (que incluiría en este caso, también la profanación de cualesquiera creencias, en el sentido apuntado por la ONU, según la cual el concepto de rito comprende los actos rituales y ceremoniales que expresan directamente una convicción, en cuanto diferente a la religión). De hecho, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, elevó de 4 a 10 meses la pena de multa prevista en su redacción previa.

Por su parte, el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya propone la supresión de buena parte del tipo de escarnio, puesto que, en congruencia con el principio de intervención mínima, tan sólo debería castigar la vejación por parte de terceros de quienes profesaren creencias religiosas (BOCG, nº. 77-6 de 6.4.1995).

En su configuración actual, *el delito de profanación se recoge en el artículo 524 CP: "El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses"*.

El tipo objetivo del delito requiere la presencia de los siguientes elementos: a) actos de profanación; b) ejecutados en templo, lugar destinado al culto o ceremonia religiosa; y, c) actos idóneos para ofender y objetivamente graves.

La acción típica consiste, por tanto, en ejecutar actos de profanación. En este sentido, el Tribunal Supremo ha afirmado que "la Doctrina y la

Jurisprudencia han coincidido en que la acepción jurídica ha de estimarse coincidente con la gramatical, según la cual, supone tratar a una cosa sagrada sin el debido respeto, lo que conduce a la necesidad de precisar, a su vez, las cosas que han de calificarse como sagradas, atendiendo a los dogmas y ritos de las distintas religiones...” (STS, 2ª, 25.3.93; MP: Manuel García Miguel).

Por otra parte, y también referido al acto de profanar, en la Sentencia de primera instancia del caso de Rita Maestre, por primera vez, se sostuvo que éste no requería un contacto físico directo con el objeto sagrado sino que tan sólo exigía que se tratase de un acto o hecho irrespetuoso con objetos o símbolos considerados sagrados para una comunidad de creyentes (SJPM, Penal Sec. 6ª, 18.3.2016). Sin embargo, la Sentencia dictada en apelación interpreta —y, de hecho, este es el motivo de la absolución— que debe consistir en un acto de profanación claro, directo, evidente y, por supuesto, físico, y no derivado del simple hecho de incumplir determinadas normas sociales (SAP Madrid, 16.12.2016, MP: Francisco-David Cubero Flores).

En el caso expuesto se había considerado en primera instancia que el mero hecho de exponer el torso desnudo y besarse dos mujeres en el altar de una capilla constituía un claro acto de profanación; interpretación desautorizada en segunda instancia mediante el argumento siguiente:

“En una sociedad democrática avanzada como la nuestra que dos jóvenes se desnuden no debe ya escandalizar a nadie, como tampoco el hecho de que algunos de ellos se besen entre sí. Estamos habituados a que activistas del grupo Femen lleven a cabo actos de protesta de esta naturaleza en los lugares más inverosímiles y ante personalidades de toda índole y por diferentes motivos (...) una cosa es la falta de respeto a las normas comunes de vestimenta en determinados lugares y otra que dicha falta de respeto y decoro, también la forma de vestir o en la parte del cuerpo que muestras, constituya un ilícito penal castigado con penas privativas de libertad o multa”.

El aspecto subjetivo del tipo se concreta en la comisión de los actos de profanación “en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados”. Dogmáticamente se observan dos tendencias en la interpretación de estos supuestos. Un sector doctrinal entiende que nos encontramos ante un juicio de tipicidad o atipicidad de la conducta; el segundo, minoritario, lo sitúa en el ámbito de las causas de exclusión de la antijuricidad.

Desde la primera perspectiva, el juicio de tipicidad se suele centrar en la concurrencia o no del elemento subjetivo del injusto, dado que en la mayor parte de los supuestos referidos a la profanación o el escarnio se aprecia la existencia de un "conflicto de ánimos". Esta interpretación es la que ha obtenido mayor aceptación tanto en sede doctrinal como en la praxis judicial en relación con los delitos contra los sentimientos religiosos. De hecho, en el ámbito judicial se observa una muy baja tasa de condenas por estos delitos, precisamente, debido a la falta de acreditación de este elemento típico (SAP Valladolid, Penal, 7.6.2004; SPA Valladolid, Penal, 21.10.2005; AAP Madrid, Penal, 23.1.2009; AAP Valladolid, Penal, 9.6.2011; AAP Sevilla, Penal, 25.7.2011; SJP Madrid, nº 8, 8.6.2012).

La doctrina parece decantarse por considerar que el ánimo de ofender los sentimientos religiosos se constituye en un dolo específico, permitiendo así una aplicación más restrictiva del tipo (MUÑOZ CONDE, 2015, pág. 694). En caso contrario, si se juzga que la motivación de ofender se encuentra ya comprendida en el acto objetivo de profanar, su extensión resultaría claramente excesiva (MINTEGUÍA ARREGUI, 2006, pág. 267). En este sentido, el Tribunal Supremo, en referencia al antiguo artículo 208 del CP, manifestó reiteradamente, que el elemento subjetivo del delito de profanación se hallaba constituido por el dolo específico o ánimo deliberado de ofender los sentimientos religiosos legalmente tutelados (STS 25.3.1993).

En consecuencia, desde esta interpretación, la presencia del elemento subjetivo del tipo ha de quedar suficientemente probada para poder desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia. Su acreditación debe realizarse de acuerdo a su sentido exteriorizado, con arreglo a las características públicas y externas de la acción. Es decir, que, como en cualquier otro supuesto relativo a la comprobación del elemento intencional, la única vía de prueba admitida es la indirecta o indiciaria: "es obvio que la intención es algo que por pertenecer a lo más recóndito del alma humana no es perceptible por los sentidos y por lo tanto nunca puede ser objeto de prueba directa, sino indirecta o indiciaria" (SAP Valladolid, Penal, 19.5.2000), debiendo deducirse el "animus" del conjunto de circunstancias fácticas objetivas que hayan podido quedar probadas.

La segunda interpretación sostiene que en estos supuestos nos encontramos, en realidad, ante un conflicto de derechos en el seno de las causas de justificación, pudiendo recurrir, en su caso, a la aplicación de

la eximente relativa al “ejercicio legítimo de un derecho”. En estos supuestos se ha de atender, mediante un ejercicio de ponderación de los intereses en conflicto, a las circunstancias del caso para determinar cuál debe prevalecer. (UGARTEMENDIA, 2003, pág. 173). El ejercicio de ponderación debe tener en cuenta que, como veremos posteriormente, el contenido esencial de la libertad de expresión se expande en aquellos casos en los que esta tenga por objeto la participación en la opinión pública en asuntos de Estado, de la comunidad social o de interés público en general.

Por su parte, el artículo 525 contempla el denominado “delito de escarnio”:

1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.
2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna.

Este tipo comprende, en realidad, dos conductas diferenciadas. La primera consiste en hacer escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa, públicamente, de palabra, por escrito o por cualquier otro documento (SAP Valladolid 21.10.2005). La segunda implica la vejación pública de quienes la profesan o de aquellos que no profesan religión o creencia alguna.

La RAE define el *escarnio* como “Burla tenaz que se hace con el propósito de afrentar”. La definición hace por tanto referencia a una burla —acción, ademán o palabras con que se procura poner en ridículo al alguien o a algo (RAE)—, pero no a cualquiera, sino sólo a aquella que se califica como “tenaz” (firme, porfiado y pertinaz en un propósito.); incluye además la definición un elemento subjetivo, señalando que la acción ha de tener un propósito: el de afrentar, es decir, “causar afrenta, ofender, humillar, denostar” (SJP Madrid, 8.6.2012).

En cuanto a la conducta relativa a la *vejación de creyentes o no creyentes*, en el contexto de este precepto, debería ser entendida en su acepción de “dar vejamen”, esto es, tal y como indica la RAE, se trataría de poner de manifiesto los defectos físicos o morales de alguien a través de una manifestación de carácter satírico o festivo.

Respecto a los medios comisivos para realizar la acción típica, el Código Penal especifica que puede llevarse a cabo “públicamente” *de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento*. Se incluye, en consecuencia, cualquier soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones. La ejecución de la acción puede realizarse mediante cualquier tipo de expresión oral o escrita, o también de instrumentos de producción propios de la libertad de creación artística o literaria. De hecho, una de las últimas causas iniciadas por la presunta comisión de delitos contra los sentimientos religiosos tiene como protagonista a un artista, Abel Azcona, por la muestra de cuatro fotografías, en una exposición organizada por el Ayuntamiento de Pamplona, en las que se contempla al artista conformando la palabra “pederastia” con unos objetos blancos y redondos de pequeñas dimensiones. Las fotografías se acompañan por una columna con un cuenco que contenía las formas usadas para formar la palabra mencionada. Abel Azcona explicó en redes sociales el origen de las formas con las que había formado la palabra “pederastia”, publicando fotos y videos en los que se le veía acudiendo a comulgar (Auto Juzgado de Instrucción n. 2 Pamplona, 10.11.2016).

El Arzobispado de Pamplona y la Asociación de Abogados Cristianos presentaron una querrela por la comisión de delitos contra los sentimientos religiosos (524 y 525 CP) y de discurso de odio (art. 510 CP). El Juzgado de Instrucción acordó el sobreseimiento libre de la causa por no ser los hechos objeto de investigación constitutivos de delito. Sin embargo, el auto ha sido recurrido por la Fiscalía al considerar que existen indicios racionales de criminalidad para proceder contra Abel Azcona como autor de los delitos penados en los artículos 524 y 525 del Código Penal.

Al igual que el delito de profanación, el de escarnio incorpora un aspecto subjetivo que exige que la acción se realice “para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa”. Se trasladan, por tanto, aquí los mismos criterios de interpretación del elemento subjetivo del injusto analizados previamente.

En el delito de escarnio prevalece también la concepción que trata de determinar qué *animus* es el prevalente, excluyendo sistemáticamente el de menor relevancia en los supuestos enjuiciados —que mayoritariamente es el ánimo de ofender— y, en consecuencia, declarando la conducta ajustada a derecho por ausencia del dolo específico. A modo de ejemplo, en junio de 2016, el Juzgado de Instrucción número 10 de Sevilla

archivó la causa abierta contra cinco personas por su participación en la manifestación del 1 de mayo de 2014, convocada por la Confederación General del Trabajo, precisamente al concluir que no concurría el ánimo de menoscabar o humillar los sentimientos religiosos de terceros. El procedimiento se inició en virtud de una querrela interpuesta por la *Asociación de Abogados Cristianos*. Los manifestantes acudieron a la "procesión" vestidos con mantilla y portando una imagen que simulaba una vagina. Durante el transcurso de la manifestación gritaron frases como "La Virgen María también abortaría". Sin embargo, no se aprecia según el Juzgador un ánimo deliberado de ofender los sentimientos religiosos sino un intento de exteriorizar opiniones contrarias o discrepantes con la Iglesia Católica, con el fin de apoyar los derechos laborales de la mujer, y, por tanto, de un acto propio de la libertad de expresión. Hay que dejar constancia, sin embargo, de que la Audiencia Provincial de Sevilla, en un auto de fecha 29 de marzo de 2017, ha ordenado reabrir las diligencias previas de investigación tras ser recurrido el auto de sobreseimiento por parte de la Asociación de Abogados Cristianos.

En el caso antes comentando, acerca de la obra del artista Abel Azcona, el Juzgado de Instrucción estimó también que el ánimo del autor no era el de ofender los sentimientos religiosos de los católicos sino el de criticar públicamente, de una forma que provocara reacciones en la sociedad, el problema de la pederastia entre algunos miembros de la Iglesia Católica (Auto Juzgado de Instrucción n. 2 Pamplona, 10.11.2016).

Por último, en relación con este tipo penal, se entiende mayoritariamente que el criterio para determinar la ofensa no debe ser subjetivo, puesto que entonces el límite entre la crítica mesurada y el tipo de escarnio quedaría reducido por la excesiva sensibilidad del sujeto pasivo (MIN-TEGÚA ARREGUI, 2006, pág. 279):

"si para integrar el tipo delictivo sólo se exigiera, no ya el efecto subjetivo en determinadas destinatarios (...) sino, incluso, la mera idoneidad objetiva de la conducta para herir los sentimientos religiosos de la generalidad de los miembros de determinada confesión, prescindiendo de que esa acción constituya, precisamente, un escarnio y se realice justamente para ofender, el catálogo de posibles conductas típicas sería tan amplio como extenso lo es el de las confesiones religiosas y sus distintas corrientes, de modo que dejaríamos en manos de cada creyente la existencia o no del delito, atentando, sin lugar a dudas, los principios de legalidad y seguridad jurídica; de tal suerte que, por ejemplo, podría ser delito el sacrificio público de algunos animales, el consumo de alguna de sus variedades o el sacerdocio femenino para aque-

llos que, conforme a su religión o creencia, lo tienen prohibido” (SAP Madrid, 29.7.2011).

En definitiva, la finalidad de este tipo penal es prohibir la burla o escarnio de las creencias religiosas —expresadas en sus dogmas, ritos o ceremonias o la vejación personal basada en motivaciones religiosas— para evitar que los miembros de las distintas confesiones puedan sentirse humillados u ofendidos.

a) El bien jurídico de los delitos de escarnio y profanación

Antes de entrar en el análisis específico del bien jurídico protegido por estos delitos, es interesante traer a colación una reflexión que ha vuelto a adquirir vigencia en la dogmática penal acerca de qué conductas castigar y cuáles de ellas por vía penal. En un reciente trabajo, FERNANDO MIRÓ sintetiza con gran acierto las nuevas aportaciones relativas a los principios de justificación de la criminalización, partiendo de la construcción de Joel FEINBERG sobre el principio del daño y el de la ofensa. La problemática esencial deriva de la existencia de delitos sobre los que se pone en duda que protejan auténticos bienes jurídicos al castigarse actos que ofenden gravemente sentimientos sociales más o menos arraigados, entre otros, los sentimientos religiosos (MIRÓ LLINARES, 2015, pág. 5).

Como decía, FEINBERG propuso dos principios de criminalización, el del daño —conductas lesivas de intereses— y el de la ofensa, que justifica la criminalización de conductas que no dañan pero sí ofenden a otros. A partir de entonces, se ha desarrollado todo un pensamiento crítico que ha tratado de normativizar el principio de la ofensa, con la idea de limitar su alcance y otro que se mantiene fiel al principio del daño como condición mínima de criminalización. Entre otros, JOSEPH RAZ, sostiene que la restricción de la autonomía de una persona sólo puede estar justificada para evitar daños en la autonomía de los demás. Es decir, cuando se trata de ofensas o de conductas que hieren los sentimientos de otros sólo se puede intervenir en los supuestos en los que estas conductas extremas interfieran o disminuyan las habilidades de la persona para llevar una vida autónoma en la comunidad (MIRÓ LLINARES, 2015, págs. 11-28).

Desde mi perspectiva, la opción más acertada es aquella que defiende la idea del “principio de la ofensa lesiva”, es decir, tan sólo pueden criminalizarse aquellas conductas ofensivas que pueden considerarse efec-

tivamente lesivas de intereses susceptibles de tutela, y no de cualquier interés sino de aquél basado en la protección de derechos de otros. Es decir, tal y como es planteado por HÖRNLE, la aplicación del principio del daño en estos supuestos se debe a que resulta indiscutible que existen tipos de ofensas, que, por su entidad e intensidad, vulneran derechos de terceros, y por lo tanto, dañan intereses legítimos (MIRÓ LLINARES, 2015, págs. 30-56).

Partiendo, en consecuencia, de las anteriores premisas, hay que preguntarse si los sentimientos religiosos pueden constituir un interés individual o colectivo susceptible de protección penal; ¿se trata de un bien jurídico constitucionalmente relevante? No podemos olvidar que, como ha indicado FERRAJOLI, “ningún bien justifica una protección penal si su valor no es mayor al de los bienes que resultan negados mediante las penas” (1992, pág. 4).

En este sentido, el primer interrogante que sugiere la criminalización de estas conductas deriva de la naturaleza —colectiva o individual— del bien jurídico protegido. A ello hay que añadir que la opción individualista difiere, además, en la determinación del objeto de tutela.

Buena parte de la doctrina —especialmente la eclesiasticista— ha entendido que el objeto de protección en este caso es la *libertad religiosa* garantizada en el artículo 16 de la CE (PÉREZ-MADRID, 2009, págs. 15-20). En este sentido se han pronunciado también algunos de los tribunales que han tenido ocasión de resolver conflictos de esta índole, entre otros, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal de Estrasburgo, en diversas ocasiones, ha otorgado preminencia a los sentimientos religiosos frente a la libertad de expresión, invocando para ello la obligación del Estado de evitar, en la medida de lo posible, expresiones que sean gratuitamente ofensivas para otros y que, por ello, constituyen un atentado a sus derechos, específicamente el derecho a la libertad religiosa, y que, sin embargo, no contribuyen a ningún tipo de debate público capaz de favorecer el progreso en los asuntos del género humano (Otto-Preminger-Institut [TEDH 1994, 29]). Es más, en esta Sentencia, que sentará un precedente en la materia, el Tribunal realiza una ponderación entre dos libertades fundamentales: por un lado, el derecho de comunicar al público las propias ideas sobre la religión, y, por otro, el derecho de otras personas al respeto de su libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Otto-Preminger-Institut [TEDH

1994, 29]). Y, en este sentido, invoca la diversidad religiosa europea para desechar la posibilidad de determinar el significado de la religión en la sociedad. Por esta razón considera el Tribunal que no es posible lograr una definición que comprenda lo que constituye un atentado admisible en virtud del derecho a la libertad de expresión cuando éste se realiza contra los sentimientos religiosos de otros. Por tanto, las autoridades nacionales deben disponer de un cierto margen de apreciación para determinar la existencia y al alcance de tal injerencia.

El margen de discrecionalidad otorgado a los Estados para determinar qué medidas son necesarias para proteger los derechos de terceros implicaron en el caso comentado que el Tribunal de Estrasburgo considerara adecuada la normativa penal austriaca que condenaba los ataques contra objetos de veneración religiosa que pudieran causar “indignación justificada” con el propósito de proteger a los ciudadanos a no ser insultados en sus sentimientos religiosos. El Tribunal de Estrasburgo, además, justifica la actuación del Estado Austriaco alegando la necesidad social imperiosa de adoptar medidas que protejan los sentimientos de la mayoría de la población:

La Corte no puede ignorar el hecho de que la religión católica es la religión de la abrumadora mayoría de los tirolese. Al secuestrar la película, las autoridades austriacas actuaron para garantizar la paz religiosa en esa región y para evitar que algunas personas se sintieran objeto de ataques contra sus creencias religiosas de manera injustificada y ofensiva.

No comparto la interpretación precedente. La libertad ideológica y religiosa del artículo 16 CE, en su sentido actual, comprende la libertad de tener y manifestar —tanto individual como colectivamente— las convicciones elegidas, es decir, la libertad del individuo de elegir y desarrollar —a través de distintas manifestaciones— su propio concepto de la vida o su propia cosmovisión —ideas, creencias o convicciones— cuyo origen puede ser filosófico, ideológico, religioso, cultural, etc. (SOUTO PAZ, 2007, pág. 14); contenido que, por tanto, no incluiría la protección de los sentimientos religiosos.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la delimitación del contenido esencial del artículo 16 de la CE, ha puesto de manifiesto que este “garantiza la libertad religiosa y de culto ‘de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley’. Este reconoci-

miento de «un ámbito de libertad y una esfera de 'agere licere'... con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales" (SSTC 13.5.1982; 28.10.1996), se complementa, en su dimensión negativa, por la determinación constitucional de que "nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias".

A lo anterior, que no deja dudas sobre el contenido esencial del derecho analizado, habría que añadir que nuestra Constitución obliga a interpretar los derechos y libertades fundamentales teniendo en cuenta la cláusula de remisión hermenéutica contenida en el artículo 10.2 CE, es decir, en consonancia con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

De este precepto se deriva, claramente, que la regulación de los derechos fundamentales en nuestra norma constitucional es incompleta y debe ser perfeccionada a través de la interpretación de los Tratados internacionales que les afectan. Se trata, en definitiva, de ir construyendo su contenido mediante la incorporación de los textos de los tratados, y su interpretación por los órganos jurisdiccionales supranacionales (DE CARRERAS, 2000, pág. 335). Y, dada su evidente relevancia, se ha de destacar la interpretación que el Comité de Derechos Humanos de la ONU (actual Consejo de Derechos Humanos) ha efectuado de la libertad de creencias o convicciones garantizada en el artículo 18 de la DUDH:

"El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión es un derecho profundo y de largo alcance; abarca la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las convicciones personales y el compromiso con la religión o las creencias, ya se manifieste a título individual o en comunidad con otras personas. El Comité señala a la atención de los Estados partes el hecho de que la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia se protegen de igual modo que la libertad de religión y de creencias. El artículo protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia".

En lo que se refiere a su contenido esencial, es necesario acudir a la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones* (1981). En su artículo sexto se determinan las libertades que comprende el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones:

- La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines;
- La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;
- La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción;
- La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;
- La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines;
- La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones;
- La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;
- La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción;
- La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional.

No parece, por tanto, que se pueda sustentar que los sentimientos religiosos de los creyentes formen parte del contenido esencial del derecho a la libertad de convicciones. En este sentido, la Relatora para la libertad de religión de la ONU, ASMA JAHANGIR, ha afirmado que el derecho a la libertad de religión o de convicción protege ante todo al individuo, y solo en cierta medida a los derechos colectivos de las comunidades religiosas o de otras convicciones. Y es que el sujeto de derechos humanos no es la religión en sí, sino más bien los hombres y las mujeres que gozan de su derecho a ella. Lo cual no incluye el derecho a que dicha religión permanezca al abrigo de cualquier análisis, crítica o sátira (A/HRC/2/3, 20.9.2006).

Por otra parte, y frente a la justificación previa, se ha vinculado la protección dispensada por estos delitos al *derecho al honor*. Se extendería,

en consecuencia, la protección del honor a las creencias que pertenecen al núcleo de la personalidad humana (TAMARIT SUMALLA, 1989, pág. 201). En esta opción se enmarca, entre otros, MINTEGUÍA ARREGUI, quién afirma que “el auténtico objetivo de estos tipos penales es la tutela del respeto que merecen aquellas creencias que son sentidas por las personas individuales como parte de su propia identidad. Los ataques que pudieran sufrir estas creencias no perjudican directamente el ejercicio de la libertad de conciencia en general, sino que se configuran en auténticas ofensas a elementos que el sujeto pasivo percibe como parte de su propia esencia como persona” (pág. 230). Desde esta perspectiva, “el objeto de protección concedida por el derecho al honor sería la propia esencia de la persona frente a las actitudes o expresiones tendentes a escarnecer o a menospreciar aquellas características que definen nuestra identidad autónoma y diferenciada del resto” (pág. 233). El honor ha sido calificado por el Tribunal Constitucional como un concepto jurídico indeterminado, que depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento (STC 11.12.1995). Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina tradicionalmente distinguen dos componentes: uno objetivo, referido a la estima o apreciación que la persona recibe en la sociedad en la que vive, y otro de carácter subjetivo, relativo a la autoestima del sujeto, esto es, a la valoración que cada persona hace de sus propias cualidades (VIDAL MARTÍN, 2007, pág. 6).

Esta opción, aunque probablemente más acertada que la anterior, extendería ilimitadamente el contenido esencial del derecho al honor, restringiendo, por tanto, de forma absolutamente desproporcionada la posibilidad de ejercicio de la libertad de expresión.

Por otra parte, la doctrina que atribuye naturaleza colectiva al bien jurídico de los delitos de profanación y escarnio encuentra su justificación en la defensa del *patrimonio moral y religioso de la comunidad*, requisito para permitir una convivencia pacífica y plural (MARTÍNEZ BLANCO, 1993, págs. 112.113).

En mi opinión, esta aportación plantea dos problemas esenciales: a) en primer lugar, la justificación de la intervención penal referida exclusivamente a los sentimientos religiosos —excluyendo, en consecuencia, los de carácter ideológico o de otro tipo, referidos a las convicciones personales— constituye, a mi juicio, una evidente vulneración del principio de igualdad. Aunque en el delito de escarnio se protege también a quie-

nes no profesan religión o creencia alguna (art. 525.2 CP), no cabe duda que se está refiriendo a la dimensión negativa de la libertad religiosa, es decir, al agnosticismo o el ateísmo. En este caso no se protegen, además, las creencias ateístas o agnósticas sino tan sólo se prohíbe la vejación o humillación de las personas en razón de sus creencias; b) en segundo lugar, la protección del *patrimonio moral y religioso* de la comunidad no sólo constituye un bien jurídico claramente indeterminado sino que también plantearía una previsible afectación del principio de laicidad estatal.

El Tribunal Constitucional sólo ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del bien jurídico de los delitos contra los sentimientos religiosos en una ocasión, y lo hace afirmando que la protección dispensada permite crear las condiciones adecuadas para el pleno ejercicio del derecho a la libertad religiosa. La criminalización de conductas que vulneren los sentimientos religiosos se refuerza, en este caso, invocando la denominada *laicidad positiva*:

El mismo art. 16.3 de la Constitución, que afirma que ninguna confesión tendrá carácter estatal, afirma también que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española (...) la pretensión individual o general de respeto a las convicciones religiosas pertenece a las bases de la convivencia democrática que, tal como declara el preámbulo de la Norma fundamental, debe ser garantizada (ATC 21.2.1986).

En ambos casos, la *convivencia pacífica, plural o democrática* constituye, en última instancia, el bien jurídico-penal objeto de amparo. La protección penal de las creencias religiosas, y consecuentemente, de los sentimientos de quienes las profesan, sería requisito necesario, desde esta perspectiva, para lograr una convivencia pacífica. En el fondo, sin embargo, no plantean la protección de cualquier creencia sino de aquellas que forman el "patrimonio moral y religioso de la comunidad" o las que son tenidas en cuenta por los poderes públicos como consecuencia de la interpretación del Tribunal Constitucional del apartado tercero del artículo 16 de la CE; en definitiva, la Iglesia Católica y las confesiones minoritarias con arraigo histórico y sociológico en nuestro país.

La Constitución española de 1978 garantiza implícitamente el principio de neutralidad ideológica del Estado, a través del reconocimiento de principios como el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa o la aconfesionalidad estatal. La garantía de neutralidad es además una exigencia necesaria para hacer efectiva la igualdad porque lo contrario implicaría

un tratamiento discriminatorio hacia aquéllos que no comparten los valores impuestos —de una u otra forma— por el aparato estatal (PRIETO SANCHÍS, 2009, pág. 224).

Sin embargo, la interpretación del Tribunal Constitucional del artículo 16.3 CE no ha contribuido precisamente a la preservación de la neutralidad del Estado. La cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones religiosas se ha traducido en la práctica en el compromiso de los poderes públicos de asumir determinadas prestaciones a favor de los colectivos religiosos más relevantes desde un punto de vista sociológico, afectando en no pocas ocasiones en su regulación a la neutralidad del Estado y al principio de igualdad. La argumentación sostenida por nuestro Alto Tribunal en desarrollo del *principio de laicidad positiva* se puede resumir en la afirmación siguiente:

“El contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen, pues cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, *asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional (...)*”. Y como especial expresión de tal actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, en sus plurales manifestaciones o conductas, el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad, considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener “*las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones*”, introduciendo de este modo una idea de confesionalidad o laicidad positiva que “*veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales*” (STC 4.6.2001).

El “deber de tener en cuenta y la cooperación” del artículo 16.3 CE debe comprenderse desde las exigencias que imponen la neutralidad y, especialmente, la igualdad —valor fundamental del ordenamiento jurídico—, y no al revés. La garantía de una igual libertad de creencias —de orígenes diversos, no exclusivamente religiosos— exige una configuración laica del Estado español, y una actuación de los poderes públicos acorde con este principio, interviniendo en este ámbito, tal como exige la propia Constitución, tan sólo para remover los obstáculos que impidan el pleno ejercicio del derecho.

Las consecuencias del modelo de "laicidad positiva", defendido por el Tribunal Constitucional y buena parte de la doctrina eclesiasticista, son evidentes para el objeto de este análisis. Se trata, como ha expuesto Josep AGUILÓ, de una "auténtica aberración deliberativa", es decir, en palabras del mismo autor, "se genera una consciencia deliberativa que, por un lado, permite introducir razones religiosas, pues no hacerlo —se dice— supondría un atentado contra la libertad religiosa y, por otro, prohíbe tematizar y evaluar la validez de las razones religiosas, pues debatir temáticamente la religión supondría una falta de respeto para con los creyentes y una clara manifestación de laicismo y/o de rancio anticlericalismo" (pág. 19).

De todo lo expuesto se deduce claramente que los "sentimientos religiosos" constituyen un bien jurídico excesivamente indeterminado, probablemente por haberse conservado en la legislación penal una protección de las creencias religiosas o, en su caso de las confesiones, propia de un régimen preconstitucional. A mi juicio, y partiendo de la función atribuida al Derecho Penal en un Estado social, en línea con la postura mantenida por MIR PUIG, éste "no ha de ocuparse en respaldar mandatos puramente formales, valores puramente morales, ni intereses no fundamentales que no comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social" (2015, pág. 132).

Desde mi punto de vista, no se puede sostener que en este supuesto el bien jurídico protegido —las creencias religiosas, en todo caso— constituya un fin constitucionalmente legítimo que permita fundamentar la interferencia en la esfera de los derechos. Si a esta ausencia de justificación se le añade la falta de adecuación de la medida adoptada para protegerlo y, en todo caso, la existencia de medidas menos gravosas que la intervención penal en este ámbito, es obvio que un juicio de proporcionalidad nos llevaría al planteamiento de un procedimiento de inconstitucionalidad.

2.2. El discurso incitador al odio religioso

Como se ha puesto de manifiesto en el Informe *El discurso de odio en las redes: un estado de la cuestión*, promovido por el Ayuntamiento de Barcelona, "a nivel colectivo, el antigitanismo prolifera con impunidad en las redes, la islamofobia se convierte en tendencia de manera recurrente, a través de hashtags como #stopIslam, #terroristaswelcome o #musulmanesterroristas; el antisemitismo, la homofobia, la misoginia...Todas

las ideologías intolerantes encuentran en las redes sociales un espacio de expresión privilegiado, que ha generado una especie de cultura del odio, que contamina e intoxica las redes con lenguaje abusivo, denigrante o agresivo, por motivos, en gran medida, de intolerancia contra población inmigrada, refugiados, musulmanes, homosexuales, y otras minorías” (<http://ajuntament.barcelona.cat>, consulta 25.04.2017).

En España, la *Plataforma Ciudadana contra la Islamofobia* recogió durante el 2015 un total de 278 incidentes islamófobos, un 567,35 % más que el año anterior; el 21, 8% correspondiente a Ciberodio. Ilustra claramente esta cuestión el caso protagonizado por el concejal del PP del Ayuntamiento de Peñamellera Baja (Asturias) que exigió un tiro en la cabeza para los refugiados musulmanes de origen sirio. El edil publicó un mensaje en Facebook en el que pedía “un puto tiro en la cabeza” para los refugiados que Europa debe acoger, porque “son todos iguales” y “tarde o temprano la lían” (Informe RAXEN, especial 2015, II, consultado 25.04.2017).

Junto a estos supuestos nos encontramos también con denuncias y querellas de distintas agrupaciones como “Asociación de Abogados Cristianos” o “El Centro Jurídico Tomás Moro” que, junto a los delitos de escarnio y/o profanación, suelen solicitar, alternativamente, la condena de actos supuestamente ofensivos a los sentimientos religiosos de los católicos por el delito del artículo 510, que analizaremos a continuación.

El Código Penal español dedica, en efecto, un extenso precepto al discurso del odio, el artículo 510, que ha sufrido una importante transformación a través de la reforma operada en 2015.

La revisión de este tipo penal, según se explicita en la Exposición de Motivos de la Ley, obedece a la necesidad de adaptarlo a la normativa europea, en concreto, a la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, *relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal* y también como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, que ha interpretado que la negación del genocidio únicamente puede configurarse como tipo delictual cuando se trate de una conducta que constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías.

La reforma lleva a cabo una regulación conjunta de los artículos 510 y 607.2 —éste último reubicado en el 510— e introduce las manifestaciones delictivas previstas en la Decisión Marco, ampliando considerablemente las conductas descritas en el precepto anterior. Tal y como se

informa en la Exposición de Motivos, la nueva redacción recoge dos tipos de comportamientos: de una parte, y con una penalidad mayor, las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos, entre otros, por pertenencia de sus miembros a un sexo y por razones de género, así como los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos; y de otra parte, los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes con una motivación discriminatoria.

Ya con ocasión de la primera reforma que sufrió este tipo penal se puso de manifiesto por parte de la doctrina que la ampliación de las causas que acogía el precepto desvirtuaba la figura inicial que pretendía tutelar a minorías raciales o grupos étnicos especialmente vulnerables, difuminando así la originaria voluntad de hacer frente al racismo y la xenofobia por su peligrosidad para colectivos especialmente vulnerables y para una convivencia social pacífica (LANDA GOROSTIZA, 2001, pág. 87).

La regulación penal actual del discurso de odio en España, desde mi punto de vista, resulta todavía más confusa e indeterminada que la precedente. Ello no obsta, sin embargo, a defender su tipificación penal, solventando, eso sí, los problemas derivados de la extensión injustificada del tipo y de una defectuosa descripción de las conductas sancionadas.

La criminalización del discurso de odio se justifica, en último término, en la protección de un bien de relevancia constitucional como es el derecho a no ser discriminado (GÓMEZ MARTÍN, 2012, pág. 116, REBOLLO VARGAS, 2006, pág. 226). Junto a esta dimensión individual, se ha puesto también de relieve —y concuerdo con esta interpretación— el efecto que este trato discriminatorio produce en el conjunto de la sociedad por afectar al modelo constitucional de convivencia pacífica, plural y multicultural, pilar del estado social y democrático de Derecho (LAURENZO COPELLO, 1996, pág. 262). Y, en este sentido precisamente se ha manifestado el TEDH al afirmar que “Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democrá-

ticos". Es decir, como ha señalado el Magistrado del Tribunal Supremo Manuel-Jesús DOLZ el dilema que plantea la represión penal de conductas de odio es si en las sociedades democráticas abiertas son admisibles penalmente conductas que dinamitan su orden social so pretexto del ejercicio de las libertades en las que se basan esas democracias. En definitiva, *si pueden tener libertad los enemigos de la libertad*.

Como decía, el bien constitucional esencial que se trata de proteger al criminalizar el discurso del odio es la "no discriminación" o el derecho a no ser discriminado. El mandato de no discriminación implica la garantía del ejercicio de los derechos fundamentales en términos de igualdad respetando las diferencias, es decir, constituye una "garantía de la diversidad, una afirmación de las diferencias y, precisamente por eso, un reconocimiento normativo del principio de dignidad personal" (LAURENZO COPELLO, 1999, pág. 20).

3. SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA IMPOSICIÓN DE LÍMITES PENALES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Tanto los delitos contra los sentimientos religiosos (profanación y escarnio) como el discurso del odio se incluyen en la categoría de delitos "de expresión o de opinión". El primer problema que plantea la tipicidad de estas conductas deriva precisamente de la posible afectación del contenido esencial de la libertad de expresión o, incluso, de una reacción desproporcionada frente al acto comunicativo ilícito, supuestos que de apreciarse determinarían la inconstitucionalidad de la norma penal.

En este sentido, tanto el legislador como el poder judicial deben tener siempre presente el contenido constitucional de la libertad de expresión para no correr el riesgo de hacer del derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de esta libertad, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático (STC 22.7.2015). En este sentido, la doctrina del "efecto desaliento" trata de tutelar el ejercicio de los derechos fundamentales con la finalidad de evitar que la eficacia intimidatoria de las normas penales se extienda a conductas muy cercanas al lícito ejercicio de aquellos (CUERDA ARNAU, 2007, pág. 22).

La Constitución española garantiza esta libertad en su artículo 20. En su interpretación ha sido destacada, tanto desde la doctrina científica como por el propio Tribunal Constitucional, su doble naturaleza de derecho subjetivo y de principio informador del ordenamiento jurídico,

de tal forma que cuando tiene por objeto la emisión de ideas o hechos noticiables de interés "público" ocupa una posición prevalente entre los derechos y libertades de la persona. La relevancia de este derecho deriva precisamente de su virtualidad para conformar la opinión pública libre, consustancial a la democracia.

El TEDH ha manifestado reiteradamente que "la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada individuo". Y, en este sentido, se considera que bajo la misma caben no sólo "informaciones" o "ideas" aceptadas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también las que hieren, ofenden o inquietan: así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existiría "sociedad democrática" (Sentencias *Handyside contra Reino Unido*, [TEDH 1976, 6], *Lindon, Otchakovsky-Laurens y July contra Francia* [TEDH 2007, 71], y *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) contra Suiza* [PROV 2009, 288406]).

La prevalencia de la libertad de expresión legítima, en ocasiones, el sacrificio de otros derechos cuando resulte necesario para asegurar una información libre o el intercambio de ideas en una sociedad democrática; sin embargo, y pese a su especial significación, ésta no se concibe lógicamente como un derecho absoluto y entre sus límites podemos distinguir el denominado "discurso de odio", de larga tradición en los debates sobre el alcance de la libertad de expresión. Cabe preguntarse, en consecuencia, si realmente la protección dispensada a los sentimientos religiosos a través de delitos como el escarnio o la profanación tiene encaje en el discurso de odio o, en realidad, constituye una extralimitación de las facultades del legislador en la limitación de la libertad de expresión.

Tradicionalmente, el comportamiento que se ha considerado punible por parte de los Estados europeos es la difusión de mensajes que incitan al odio, la violencia u hostilidad contra grupos por razón de su raza, origen nacional, *religión o creencias* y, el llamado delito de negacionismo. No obstante, a finales de 1990, a iniciativa de la Organización de la Conferencia Islámica mundial (OCI), la ONU emprende una acción destinada a luchar contra la difamación de las religiones. En la última Resolución adoptada, de 25 de marzo de 2010, se califica, sin duda alguna, la acción de difamar como un acto de incitación al odio religioso.

A partir de esta Resolución se observa claramente un cambio de tendencia, que se va a expresar, en primer lugar, en el abandono de la terminología “difamación de las religiones” usada hasta entonces y en una renovada intención de proteger la libertad de expresión. Las Resoluciones subsiguientes son tituladas *Lucha contra la intolerancia, los estereotipos negativos, la estigmatización, la discriminación, la incitación a la violencia y la violencia contra las personas por motivos de religión o de creencias*.

De hecho, en el Plan de Acción de Rabat, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos recomienda que se haga una distinción clara entre “expresión constitutiva de delito penal”, “expresión que no es penalmente punible, pero que puede justificar un procedimiento civil o sanciones administrativas” y “expresión que no da lugar a sanciones penales o civiles pero que, aun así, plantea problemas de tolerancia, civismo y respeto a los derechos de los demás”.

Por su parte, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Recomendación 1805 (2007) *sobre la blasfemia, los insultos religiosos y el discurso del odio contra personas por causa de su religión* insiste en que la legislación nacional “sólo debe penalizar las expresiones sobre cuestiones religiosas que alteren grave e intencionadamente el orden público y las que hagan un llamamiento público a la violencia”.

El fundamento de este posicionamiento de la Asamblea del Consejo de Europa se basa precisamente en que tradicionalmente los denominados “delitos religiosos” reflejaban a menudo la posición dominante de una determinada religión en algunos Estados. Tanto la Asamblea como la Comisión del Consejo de Europa concuerdan en que ni es necesario ni deseable tipificar como delito el insulto a los sentimientos religiosos por sí solo, es decir, cuando no exista el elemento de incitación al odio como componente esencial.

La Comisión Europea contra el Racismo y la intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, en la Recomendación General nº 15 sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso de odio (Estrasburgo, 21.3.2016), ha vuelto a insistir en el peligro que puede suponer la utilización de la legislación penal sobre discurso de odio para reprimir la crítica a las políticas oficiales, la oposición política o las *creencias religiosas*.

El Tribunal Constitucional ha adoptado la mayor parte de los criterios asentados por el TEDH en su interpretación de los límites a la libertad de expresión pero, a diferencia del segundo, que excluye claramente del

ámbito de la libertad de expresión los discursos de corte racista y xenóforo, el TC ha introducido una distinción que permite dar cabida a algunas de estas manifestaciones en el ámbito de la libertad que analizamos.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que en nuestro sistema no tiene cabida un modelo de democracia militante, esto es, “un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución” (STC 12.3.2003). Concepción que, afirma nuestro Alto Tribunal, se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información, “pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías. El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas” (STC 7.11.2007). La libertad de expresión —afirma— debe gozar de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones, que ha de ser “lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor” (STC 15.1.2007).

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede sostener que la criminalización de la incitación al odio de las personas o de los grupos en razón de sus creencias religiosas puede estar justificada en la protección de un bien jurídico de naturaleza individual como es el derecho a no ser discriminado, mientras que la protección de las “creencias religiosas” dista mucho de constituir un bien jurídico-penal constitucionalmente legítimo que permita la limitación de las libertades ideológica y de expresión.

4. CONSIDERACIONES FINALES

En los supuestos de profanación o escarnio de los sentimientos religiosos se está protegiendo un bien jurídico de dudosa ubicación en el catálogo de derechos y libertades fundamentales garantizado en la CE. Sin embargo, con ello se desvirtúa el contenido de dos libertades constitucionales que generalmente actúan conjuntamente: la libertad de expresión (art. 20 CE) y la libertad de convicciones (art. 16 CE). Desde mi perspectiva, nos encontramos ante un claro ejemplo de infracción de la prohibición de exceso, porque conlleva una restricción injustificada de la

libertad con la finalidad de proteger un bien jurídico excesivamente indeterminado.

Si bien considero que se deben desarrollar vías —especialmente en el ámbito educativo, en función del cumplimiento del objetivo previsto en el artículo 27.2 de la CE— para promover una convivencia democrática y pacífica y el respeto a las opiniones o sentimientos ajenos, se debería excluir el recurso al *ius puniendi* cuando están en juego bienes jurídicos tan valiosos como la libertad de expresión y el propio sistema democrático.

La protección penal específica de los sentimientos religiosos que establece el Código Penal español, a través de los delitos de profanación y escarnio, rectifica la doctrina asentada por el Tribunal Constitucional en relación con la libertad de expresión, especialmente, si tenemos en cuenta que el legislador penal ya ha incorporado la prohibición del artículo 20.2 PIDCP mediante los delitos de incitación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones y la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen —incitando al odio o la discriminación— o justifiquen los delitos de genocidio, suficientes para sancionar las conductas que tanto la ONU como el Consejo de Europa proponen reprimir. La justificación de la intervención penal en este ámbito se halla en la necesidad de evitar la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables.

El principio de intervención mínima exige que se utilicen medios menos gravosos que la sanción penal para evitar las conductas subsumibles en los delitos de profanación y escarnio. En primer lugar, porque creo que existen políticas sociales que pueden lograr más eficazmente estos objetivos y, en segundo lugar, porque no se trata de modalidades de ataque suficientemente peligrosas como para constituir delito, incurriendo, por tanto, en contradicción con el carácter fragmentario del Derecho Penal. Podrían estimarse como conductas antijurídicas, ilícitos civiles, en tanto puedan constituir extralimitaciones de la libertad de expresión por vulneración del derecho al honor o incluso, si se estima así, de la libertad religiosa, con la consiguiente posibilidad de resarcimiento civil de los daños ocasionados pero, desde luego, no resulta razonable ni proporcionado el recurso al *ius puniendi*.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Paloma AGUILAR ROS (1996) "La reforma penal relativa a aspectos religiosos, en el marco secularizado del actual Estado Democrático (Realidad española, 1978-1995)", en *Secularización y laicidad en la experiencia democrática moderna. Jornadas de Estudio*, Goti Ordeñana (ed.), San Sebastián, págs. 253-260.
- Josep AGUILÓ REGLA, "Los escenarios de la laicidad: grandeza y miseria. Un comentario a Laicidad, religión y deliberación pública de Rodolfo Vázquez", *en prensa*.
- María Luisa CUERDA ARNAU (2007), "Proporcionalidad Penal y libertad de expresión: La función dogmática del efecto de desaliento", *Revista General de Derecho Penal* 8/2004, (www.iustel.com).
- Blandine CHELINY-PONT (2010-11), "La difamación de las religiones: un reto internacional (1999-2009)", *Conciencia y Libertad*, 20 (2010-2011), págs. 38-58.
- Francesc DE CARRERAS (2000), "Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución", *Revista española de Derecho Constitucional*, 60 (2000), págs. 335-340.
- Luis DE PABLO SERRANO; Patricia TAPIA BALLESTEROS (2017), "Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal", *Diario La Ley*, 8911(2017) (diariolaley.laley.es).
- Cristina FERNÁNDEZ-PACHECO (2008), "La cuestión religiosa en el Código Penal desde el Franquismo hasta la actualidad", en Beatriz SOUTO (Directora), *Libertad de creencias e intolerancia religiosa en el Franquismo*, Marcial Pons, Madrid, págs. 221-254.
- Luigi FERRAJOLI (1992), "Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales", *Revista de Ciencias Penales*, marzo-junio 1992, año 4, nº 5, págs. 2-9.
- María Paz GARCÍA RUBIO (2014), "Arte, religión y Derechos Fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe)", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVII, 2014, Fascículo II, págs. 397-453.
- Víctor GÓMEZ MARTÍN (2012), "Discurso del odio y principio de hecho", en Santiago MIR PUIG y Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Directores), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 89-120.
- Tatjana HÖRNLE, "La protección de los sentimientos en el STGB", en *La teoría del bien jurídico*, R. Hefendehl (ed.), Marcial Pons, 2007, págs. 383-399.
- Jon Mirena LANDA GOROSTIZA (2001), *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Comares.
- Patricia LAURENZO COPELLO (1996), "Marco de protección jurídico penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Fascículo I, 1996, págs. 217-282.
- Patricia LAURENZO COPELLO (1999), "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", *Jueces para la Democracia*, 34 (1999), págs. 16-23.
- Antonio MARTÍNEZ BLANCO (1993), *Derecho eclesástico del Estado*, volumen I, Tecnos, Madrid.
- Igor MINTEGUÍA ARREGUI (2006), *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, Dykinson, Madrid.

- Javier MIRA BENAVENT (2014), "Demonios, exorcistas y Derecho penal" (Del caso de Grandier al artículo 525 del Código Penal español), en *Crímenes y castigos. Miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, Tirant lo Blanch, págs. 649-686.
- Fernando MIRÓ LLINARES (2015), "La criminalización de conductas 'ofensivas'. A propósito del debate anglosajón sobre los 'límites morales' del Derecho Penal", *RECPC*, 17-23 (<http://criminet.ugr.es/recpc>).
- Nieves MONTESINOS SÁNCHEZ (1997), "Hacia la tutela de la libertad de conciencia y de la libertad religiosa" (1869-1931), *REDC* 54 (1997), págs. 611-645.
- Francisco MUÑOZ CONDE (2009), *Derecho Penal. Parte especial*, 17ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- Francisco MUÑOZ CONDE (2015), *Derecho Penal. Parte especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- Santiago MIR PUIG (2015), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.
- Francisca PÉREZ-MADRID (2009), "Incitación al odio religioso o 'Hate Speech' y libertad de expresión", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 19 (2009), págs. 1-20.
- Luis PRIETO SANCHÍS (2009), "Educación para la ciudadanía y objeción de conciencia", *Persona y Derecho* 60 (2009), págs. 209-240.
- Luis PRIETO SANCHÍS (2001), "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", *Pensamiento Constitucional*, Año VIII, nº 8, diciembre 2001, págs. 61-102.
- Rafael REBOLLO VARGAS (2006), "Los delitos de discriminación cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Tomo XXVII, (segundo semestre 2006), págs. 223-242.
- Eva María RUBIO FERNÁNDEZ (2006), "Expresión frente a la religión: un binomio necesitado de nuevas vías de entendimiento y de superación de sus interferencias", *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, 24 (2006), págs. 201-231.
- Susana SOTO NAVARRO (2005), "Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos", *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. LVIII, 2005, págs. 887-918.
- José Antonio SOUTO PAZ (2007), *Comunidad política y libertad de creencias*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid.
- J. P. TAMARIT SUMALLA (1989), *La libertad ideológica en el derecho penal español*, Publicaciones del Instituto de Criminología, PPU, Barcelona.
- Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA (2003), *La eficacia justificante de los derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Tomás VIDAL MARTÍN (2007), "Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional", *Indret* 1/2007 (www.indret.com).