

# EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN LA RELACIÓN ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD RELIGIOSA. PERSPECTIVA ACTUAL

JORGE SALINAS MENGUAL  
*Universidad Católica de Murcia*

**Resumen:** Las relaciones entre libertad religiosa y libertad de expresión han ido, en el caso de España, de la mano del desarrollo cambiante de las relaciones Iglesia-Estado. La adaptación de un régimen confesional a otro constitucional, marcado por los principios de laicidad, cooperación y libertad religiosa, han influido de manera determinante en el desarrollo normativo, dando lugar no solo a diferentes tipificaciones de la protección de la libertad religiosa en el ámbito penal, sino, además, a una jurisprudencia cuya evolución merece un análisis particular para determinar, en la actualidad, cuál es el estado de las relaciones entre libertad de expresión y libertad religiosa.

**Palabras-clave:** libertad religiosa, libertad de expresión, profanación, escarnio, vejación, sentimientos religiosos.

**Abstract:** In Spain, the relationship between religious freedom and freedom of expression has gone hand in hand with the changing development of the relationship between Church and State. The adaptation of a confessional regime to a constitutional regime, marked by the principles of secularism, cooperation and religious freedom, has had a decisive influence on the development of the norms, giving rise not only to different types of protection of the religious freedom in the field of criminal law, but also to a jurisprudence whose evolution deserves to be particularly analysed in order to determine which is the current state of the relationship between freedom of expression and religious freedom.

**Keywords:** religious freedom, freedom of expression, desecration, derision, humiliation, religious feelings.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los sentimientos religiosos y su ubicación normativa. Una cuestión abierta. 3. Los delitos de odio: ¿una figura olvidada por la jurisprudencia española? 4. Perturbación de ceremonias religiosas. 5. El delito de profanación y sus límites. 6. El delito de escarnio, ¿una *factio iuris*? 7. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de las violaciones que sufre el derecho a la libertad religiosa pueden diferenciarse dos periodos diversos que coinciden con los dos últimos informes que sobre la libertad religiosa en el mundo ha elaborado Ayuda a la Iglesia Necesitada. El primer periodo se corresponde con los años 2012-2014<sup>1</sup>, en él se detectaba una limitación de la libertad religiosa en países occidentales, especialmente por considerarse que la religión no goza de papel alguno en el ámbito público y que si se reconociera su necesidad se estarían abriendo las puertas a conductas extremistas que ponen en peligro la paz social. El segundo periodo abarca los años 2014-2016<sup>2</sup> en el que, sin que hayan cesado las situaciones descritas con antelación, se percibe una alarmante disminución de la libertad religiosa, sobre todo debido a la extensión de un fenómeno que se ha calificado como «hiperextremismo» y que, apoyado en numerosas ocasiones por regímenes autoritarios que utilizan la violencia como cauce para imponer medidas desproporcionadas sobre las minorías religiosas, especialmente cristianas, se restringen fuertemente las libertades civiles de éstas con la finalidad de sustituir la diversidad religiosa por una situación de monoconfesionalismo religioso.

Partiendo de este contexto puede llegarse a la conclusión de que la libertad religiosa es un «derecho huérfano». Y lo es por dos causas, principalmente. La primera es una pérdida de sensibilidad en lo que se refiere a las violaciones de este derecho, lo que sin duda es un dato significativo a la hora de valorar cuál es el papel que se asigna a la religión en la sociedad de nuestros días. La segunda es que, mientras que hay una creciente concienciación respecto a las violaciones de derechos relacionados con la raza o el sexo, sin embargo cada vez va decreciendo, de manera alarmante, el consenso social sobre los derechos de quienes profesan una determinada fe religiosa, lo que sin duda debe llevar a

---

<sup>1</sup> SEFTON-WILLIAMS, P., «Informe 2016 sobre Libertad religiosa en el mundo: conclusiones», página web de Ayuda a la Iglesia Necesitada, '<https://goo.gl/bpqU3x>' (Consultada el 13 de enero de 2017).

<sup>2</sup> PONTIFEX, J., «Informe 2016 sobre Libertad religiosa en el mundo: conclusiones», página web de Ayuda a la Iglesia Necesitada, '<https://goo.gl/1iQSaQ>' (Consultada el 13 de enero de 2017).

preguntarnos si no se está configurando una jerarquía artificial de derechos que, auspiciada desde ideologías de índole liberal, progresista y relativista, pretenden reducir la libertad religiosa al ámbito de lo meramente privado y sobredimensionar otros derechos.

Como afirma Navarro-Valls, en un Occidente donde se apuesta por el libre mercado de las ideas, se cierra la puerta a los valores del espíritu, en un intento por «devolver a Jonás al vientre de la ballena»<sup>3</sup>. De este modo, en el contexto de lo que el autor denomina «intolerancia de los ideócratas» se exige a los creyentes que entiendan su religión como si de un hobby se tratara, es decir, que se viva en casa de puertas para adentro, pero sin repercusión alguna en la vida pública<sup>4</sup>.

En comparación con el informe de 2014 puede decirse que la situación respecto del derecho a la libertad religiosa ha empeorado en el 37% de los países estudiados en el mismo, y solo en un 8% de ellos puede considerarse que la situación ha mejorado. Frente a estos datos, surge una pregunta: ¿puede afirmarse que a pesar de vivir en un mundo donde se enarbola la bandera de los derechos humanos (al menos desde el punto de vista teórico) las violaciones que sufre la libertad religiosa no dejan de ser cada día más frecuentes incluso en países del mundo occidental tradicionalmente cristiano? Esta cuestión de las violaciones del derecho a la libertad religiosa, sobre todo cuando se trata de su relación con el derecho a la libertad de expresión es la que se aborda en el presente artículo, circunscrito a la realidad española, a fin de poder ofrecer una respuesta o aportación que pueda iluminar lo que desde mi punto de vista constituye un grave problema al que se enfrenta la sociedad contemporánea en la actualidad.

## 2. LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS Y SU UBICACIÓN NORMATIVA. UNA CUESTIÓN ABIERTA

Para comprender cuál es el sentido de este epígrafe hemos de empezar respondiendo a dos cuestiones fundamentales. La primera versa sobre qué se ha de entender por sentimientos religiosos. Roca de Agapito los define como el bienestar emocional del individuo en lo referente a sus creencias sobre la divinidad o lo trascendente, estado que se puede menoscabar cuando se causan emociones negativas o desagradables a través de comportamientos externos<sup>5</sup>. Otros autores entienden los sentimientos religiosos como un ámbito fundamen-

---

<sup>3</sup> NAVARRO-VALLS, R., *Entre la Casa Blanca y el Vaticano*, EIUNSA, Madrid 2009, p. 176.

<sup>4</sup> NAVARRO-VALLS, R., *Del poder y de la gloria*, Encuentro, Madrid, 2004, pp. 152-153.

<sup>5</sup> ROCA DE AGAPITO, L., «El delito de profanación como ejemplo de un derecho penal sentimental», *Derecho y Religión*, Vol. XII, 2017, p. 174.

tal de la conciencia que lleva a que la persona los comprenda como parte de su propio ser y elemento fundamental en la configuración de su dignidad personal<sup>6</sup>. En una línea parecida se manifiesta Garriga Domínguez, quien sostiene que «las creencias religiosas generan en quienes profesan una religión sentimientos profundos respecto de las mismas. La adhesión a unas creencias, a la vez que conforma la personalidad del individuo, genera un vínculo sentimental con las mismas. Este rasgo convierte las convicciones religiosas en una parte importante de la singularidad e identidad de cada persona y, por ello, estarían ligadas a las nociones de integridad moral y dignidad humana»<sup>7</sup>. Moreno Mozos, por su parte sostiene que «se habla de sentimiento porque lo religioso, como experiencia de vida, se produce en el ámbito de lo humano, y a pesar de que esta vivencia impregna la totalidad de facetas existenciales de la persona, es en la afectivo-emocional donde emerge el fenómeno religioso, es aquí donde se produce la fusión entre la esfera de elementos temporales y la de parámetros de naturaleza religiosa»<sup>8</sup>. Es por ello que autores como Camarero Suárez, reconociendo la importancia de esta realidad, afirma que «la sensibilidad religiosa es un bien protegible, y su protección jurídica exige que el derecho a la libertad de expresión sea ejercido dentro de unos límites, ya que lo religioso no es un aspecto accesorio, sino esencial de la persona»<sup>9</sup>.

La segunda cuestión se refiere a si es posible, o no, integrar los sentimientos religiosos dentro del ámbito de la libertad religiosa. La libertad religiosa, como derecho fundamental, se puede entender desde una perspectiva objetiva, que abarcaría la neutralidad de los poderes públicos en todo lo referente a su pronunciamiento sobre aspectos morales y religiosos, así como las necesarias relaciones de cooperación entre el Estado y las diversas confesiones, o desde una perspectiva subjetiva, propia de un derecho fundamental, la cual a su vez incluiría una dimensión interna, constituida por las convicciones y creencias íntimas de cada sujeto y que configuran su personalidad y dignidad, por lo que han de verse protegidas de cualquier intento de manipulación por pertenecer a

---

<sup>6</sup> MINTEGUÍA ARREGUI, I., «Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978», Dykinson, Madrid, 2006, pp. 223-224.

<sup>7</sup> GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 30, 2014, pp. 114-115.

<sup>8</sup> MORENO MOZOS, M.ª M., «Delitos contra los sentimientos religiosos: un difícil equilibrio entre derechos fundamentales. Especial referencia a la legislación española», en Martí Sánchez, J. M.ª; Moreno Mozos, M.ª M., (Coord.) *Derecho de difusión de mensajes y libertad religiosa*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 143.

<sup>9</sup> CAMARERO SUÁREZ, M., «La protección de los intereses religiosos en España: en los medios de comunicación y en ambientes especiales», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. I, 1985, p. 372.

los derechos que podríamos llamar de la intimidad de las personas, y una dimensión externa, que se refiere al libre ejercicio de las propias creencias en el ámbito público por medio del culto, la enseñanza e incluso el proselitismo en el respeto a la libertad de terceros, y que podría englobarse dentro de lo que conocemos como derechos de igualdad. Entendida la libertad religiosa según la configuración establecida, los sentimientos religiosos formarían parte del aspecto subjetivo de la libertad religiosa en su dimensión interna, ya que las creencias religiosas, en cuanto elemento integrante de la interioridad y la dignidad de la persona generan en aquellos sujetos que profesan una determinada religión unos sentimientos y emociones respecto de las creencias, con las cuales la persona establece una especie de comunión que configura toda su existencia y determina su concepción del ser y de la vida<sup>10</sup>.

Pérez Madrid, por su parte, utiliza la terminología matrimonial para entender la inclusión de los sentimientos religiosos dentro del derecho a la libertad religiosa, y afirma que lo que sería el matrimonio *in fieri* se correspondería con la libertad religiosa entendida exclusivamente como inmunidad de coacción, mientras que lo que se conoce como matrimonio *in facto esse* abarcaría el ejercicio pacífico de la libertad religiosa, dentro de la cual deben integrarse los sentimientos religiosos, que, por tanto, deberían ser objeto de protección penal por integrar parte del contenido del derecho fundamental a la libertad religiosa<sup>11</sup>.

¿Son dignos de protección los sentimientos religiosos? Diversos autores esgrimen una serie de argumentos para defender la no inserción de las acciones contra los sentimientos religiosos dentro del ámbito del Derecho penal, tales como el principio de intervención mínima, la gran carga subjetiva que conlleva su aplicación, las posibles discriminaciones que se podrían derivar entre creyentes y no creyentes, el hecho de que las conductas que ofenden los sentimientos religiosos no suponen una vulneración del derecho a la libertad religiosa, ya que no impiden la práctica de las creencias profesadas y la enorme dificultad que conlleva acreditar la intención expresa de ofender los sentimientos religiosos<sup>12</sup>.

Desde algunos sectores doctrinales se aduce que el bien jurídico protegido en este ámbito no pueden ser los sentimientos religiosos<sup>13</sup>, ya que éstos perte-

---

<sup>10</sup> GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales», *op. cit.*, pp. 102-103.

<sup>11</sup> PÉREZ MADRID, F., «Incitación al odio religioso o hate speech y libertad de expresión», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 19, 2009, p. 23.

<sup>12</sup> RODRÍGUEZ BLANCO, M., «La prohibición de la difamación de las religiones en el derecho internacional: ¿una noción inoperante?», *Derecho y Religión*, Vol. XII, 2017, pp. 23-24.

<sup>13</sup> MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «La tutela de los sentimientos religiosos no forma parte, de suyo, de la garantía de la libertad religiosa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 50, 2015, p. 27.

necen a la subjetividad de la persona y generarían una multitud de casos diferentes que dificultarían alcanzar una mínima seguridad jurídica, por lo que el centro de atención debería enfocarse hacia la persona, pero como señala Combalía Solís, «la protección jurídica a los sentimientos religiosos no busca proteger las creencias, sino la dignidad de las personas que las profesan. La crítica respetuosa, aun cuando sea contraria a la ortodoxia de un determinado credo, no hiere la dignidad de las personas, sino que es manifestación de la dignidad de quien piensa y se expresa en libertad, aun cuando sea heterodoxamente<sup>14</sup>». En un mismo sentido se expresa la sentencia 235/12 del Juzgado de lo Penal n.º 8 de Madrid de 8 de junio de 2012 cuando afirma que «en la tutela de libertad religiosa el Código Penal quiere proteger no solo su ejercicio material sino también los íntimos sentimientos que a la misma se asocian. No se trata de defender a un determinado grupo religioso, sino de proteger la libertad de los individuos, religiosos o laicos, en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Se reconoce además que esta libertad religiosa se integra no solo por la realización de actos materiales que la exterioricen, sino también, y en ocasiones principalmente, por el respeto a los sentimientos que conforman su esfera íntima. Es cierto que tales sentimientos pueden parecer de escaso interés para quienes no participan de determinada creencia, pero el legislador ha querido valorar la realidad del sentimiento religioso como un aspecto relevante del desarrollo de la personalidad del individuo. No se trata aquí de salvaguardar cualquier sentimiento, sino que se trata de reconocer que existe un sentimiento religioso colectivo de quienes profesan, en este caso, la religión Católica, sentimiento que es digno de protección también para el Estado laico»<sup>15</sup>.

Tampoco es del todo cierta la precisión de que la protección en este ámbito debería centrarse en las personas y no en las confesiones religiosas, argumentando al efecto que de lo contrario se corre el riesgo de que el Estado pueda entrar a valorar qué creencias son dignas de protección y cuáles no, sin embargo, la libertad religiosa está integrada no solo por una dimensión individual, sino también por una vertiente comunitaria, que desde el principio de una sana laicidad, debe formar parte de este derecho, sin que tenga por qué intervenir el Estado por medio de juicios de valor sobre unas creencias. Si bien esto no deja de ser cierto, el problema surge cuando desde los poderes públicos se protegen y potencian determinadas ideologías, como abiertamente se está haciendo en algunas Comunidades Autónomas españolas con la ideología de gé-

---

<sup>14</sup> COMBALÍA SOLÍS, Z., «Libertad de expresión y difamación de las religiones: el debate en Naciones Unidas a propósito de las caricaturas de Mahoma», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 19, 2009, pp. 2-3.

<sup>15</sup> Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 8 de Madrid 235/12 de 8 de junio de 2012, FJ 3.º

nero, que busca incluso ser implantada como asignatura obligatoria en los nuevos planes de estudio a través de programas en los que se impartirá educación afectivo-sexual sin respetar el derecho constitucional de los padres a decidir el tipo de educación que desean ofrecer a sus hijos.

Resulta, cuanto menos extraño, que diversas Sentencias de nuestros tribunales estén de acuerdo en condenar una serie de hechos<sup>16</sup>, pero que dicha condena no se entienda como susceptible o digna de una protección penal, aduciéndose, al efecto, argumentos como la carga de subjetividad que conllevan los sentimientos religiosos o la multiplicación de casos que podrían presentarse ante los tribunales de justicia y que podrían poner entredicho la funcionalidad de los principios de legalidad y seguridad jurídica. Sin embargo, quizás lo que sería conveniente plantearse no es tanto si los sentimientos religiosos, por las razones aducidas, no son dignos de protección en una sociedad democrática, sino si la actual tutela penal de los mismos no ha sido concebida de manera incorrecta y sería necesaria una reforma de la misma.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo si bien reconoce los sentimientos religiosos como un bien jurídico protegido penalmente, en varias ocasiones lo ha hecho de forma desigual y desde planteamientos y argumentos enfrentados. Así, por ejemplo, hay resoluciones del Tribunal que justifican la protección de los sentimientos religiosos no solo de la persona, es decir en su dimensión individual, sino también en su aspecto colectivo, referidos a las confesiones religiosas. De esta forma, la STS de 8 de abril de 1981 señala en relación con un supuesto tipo del delito de escarnio, en el que se juzgaba un comic, donde unas religiosas celebraban la entrada del año sustituyendo las tradicionales uvas por hostias consagradas, que «los actos perseguidos no atentan en estricto sentido contra la libertad religiosa, sino contra los sentimientos religiosos, los cuales no suponen un agravio o ultraje a una persona determinada, sino a los sentimientos religiosos de la comunidad, en razón a que el hecho religioso es un valor comunitario, colectivo o social de primera magnitud». En una perspectiva

---

<sup>16</sup> Entre otras podrían citarse como ejemplo, la Sentencia de la audiencia Provincial de Sevilla de 7 de junio de 2004 que afirma, en relación a una serie de fotografías en las que la imagen de la Virgen aparece asociada a contenidos de carácter sexual: «*resulta no solo contrario a las costumbres, sino irreverente, de mal gusto y soez... El proceder nos parece tan burdo como simplista y carente de cualquier virtud intelectual*»; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 21 de octubre de 2005, en la que se juzga la acción de un sujeto que portaba una pancarta de la Virgen y Jesús con el lema «*adúltera con su hijo*», y que reconoce «*la manera burda y grosera de comportarse el acusado, expresándose de una manera que no resulta respetuosa con los sentimientos ajenos*»; o la Sentencia de la audiencia Provincial de Madrid, de 16 de diciembre de 2016, en el conocido caso contra la edil del ayuntamiento Rita Maestre, donde se recoge «*los modos y formas empleados por la apelante en su protesta no son compartidos por esta Sala, pues es posible expresar una opinión o incluso una crítica hacia el clero religioso sin utilizar tales medios*».

opuesta se presenta otra parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que entiende los sentimientos religiosos vinculados exclusivamente a la dimensión individual de la persona, como ocurre, por ejemplo, en la STS 688/1993, de 25 de marzo, en su FJ 5.º En esta misma línea, y desde el ámbito doctrinal, hay autores que aportan una serie de argumentos tendentes a justificar que el bien jurídico protegido por el Código penal es el de los sentimientos religiosos, pero en su vertiente individual y personal, pues los sentimientos, por su propia naturaleza son personales, no se puede pretender homogeneizarlos, pues cada uno vive el hecho religioso a su manera, ni se pueden generalizar, ya que ello implicaría una selección de los mismos realizada de forma arbitraria y contraria al pluralismo religioso de la sociedad<sup>17</sup>.

En cualquier caso no puede negarse la importancia de los sentimientos religiosos en la vida del creyente, dado que nacen en el interior de su mismo ser, fruto del ejercicio y vivencia de sus creencias, hasta tal punto que son objeto de protección tanto por el art. 14 del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, de 3 de enero de 1979<sup>18</sup>, así como los artículos 523, 524 y 525 del Código penal, en lo que se refiere a la interrupción de ceremonias religiosas, la profanación y el escarnio respectivamente<sup>19</sup>.

En este mismo contexto, y dentro de la pregunta de si existe viabilidad o no en la protección jurídica de los sentimientos religiosos, además de los argumentos anteriormente señalados, lo que el ordenamiento sí puede captar, regular y proteger son tanto las fuentes que generan dichos sentimientos, que son las creencias asumidas por parte del sujeto de una concreta confesión religiosa, como las manifestaciones exteriores de los mismos<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> ROCA DE AGAPITO, L., «El delito de profanación como ejemplo de un derecho penal sentimental», *op. cit.*, pp. 171-175.

<sup>18</sup> «Salvaguardando los principios de libertad religiosa y de expresión, el Estado velará para que sean respetados en sus medios de comunicación social los sentimientos religiosos de los católicos y establecerá los correspondientes acuerdos sobre estas materias con la Conferencia Episcopal Española».

<sup>19</sup> Art. 524 Código penal: «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».

Art. 525 Código penal: «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».

<sup>20</sup> FERREIRO GALGUERA, J., «La protección de los sentimientos religiosos en los acuerdos con la Iglesia católica», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 11, 1995, p. 125.



Autores como Roca de Agapito defiende que los sentimientos religiosos no se han de proteger jurídicamente, pues si así fuera se quebrarían tres principios fundamentales: el principio de intervención mínima, que implicaría que la respuesta penal no sería necesaria para abordar un tema que se ubica dentro del terreno de los sentimientos; el principio de legalidad y seguridad jurídica, pues abordar jurídicamente la defensa de los sentimientos religiosos llevaría consigo el riesgo de una notable indeterminación y un elevado subjetivismo; y el principio de igualdad, ya que se podría argumentar el por qué de la protección de los sentimientos religiosos y no de otros sentimientos como los relacionados con la política, el patriotismo o las aficiones deportivas, por ejemplo<sup>21</sup>. Sin embargo, frente a este último razonamiento se podría argumentar que la diversidad de las realidades asociadas a los sentimientos darían lugar a resultados diferentes, que, por tanto, no podrían ser considerados discriminatorios, pues mientras la religión configura ontológicamente al sujeto y afecta a su dignidad y al desarrollo de su personalidad, en los demás campos argumentados como ejemplo para defender la discriminación no sucede lo mismo, ya que son ámbitos más superficiales y externos al ser mismo del sujeto, por más que se les pueda revestir de una trascendencia o importancia que resulta en muchas ocasiones desproporcionada.

¿Dónde ubicar los sentimientos religiosos? A la hora de abordar el tema de la protección jurídica de los sentimientos religiosos en relación con la libertad de expresión se hace necesario abordar el tema de su fundamento, respecto del cual no existe unanimidad en la doctrina, pues algunos autores defienden que la protección de estos sentimientos religiosos debería llevarse a cabo en el plano individual, por lo que se insertaría en el tipo penal de los delitos de injurias; otros entienden que los sentimientos religiosos deberían protegerse, en su dimensión estática, es decir, aquella que posee el ser humano por el mero hecho de existir, a través del derecho al honor, y en su manifestación dinámica, esto es, la que se refiere a lo que el ser humano piensa, hace o cree, por los tipos penales de la profanación y el escarnio; otro sector doctrinal entiende que los sentimientos religiosos deberían ser abordados y defendidos de posibles injerencias desde el derecho al honor, sin hacer más distinción, pues este derecho implica que todo ser humano ha de ser tratado de una manera compatible a su dignidad como persona, la cual también se manifiesta en lo que él siente y espera de los demás, por lo que se trataría de un derecho, el del honor, que buscaría proteger la integridad moral del sujeto y su dignidad personal. Desde esta

---

<sup>21</sup> ROCA DE AGAPITO, L., «El delito de profanación como ejemplo de un derecho penal sentimental», *op. cit.*, pp. 177-178.

última posición podría afirmarse que la ofensa a los sentimientos religiosos podría ser integrada en el derecho al honor, ya que este derecho posee una dimensión íntima que abarca lo que denominaríamos el «patrimonio del alma de la persona» y que comprende lo más íntimo e intransferible del individuo, pero además, se puede justificar esta relación entre los sentimientos religiosos y el derecho al honor en base a que éste, en su dimensión externa, también posibilita la relación de la persona con la comunidad, relación que se frustra cuando el derecho al honor es vilipendiado por afirmaciones dañinas vertidas al amparo de la libertad de expresión<sup>22</sup>.

Para un importante sector doctrinal<sup>23</sup> la protección de los sentimientos religiosos va a encontrar su fundamento en la dimensión colectiva de la libertad religiosa, es decir, el sujeto amparado en los delitos de escarnio y profanación será no la persona individual, sino la propia comunidad de creyentes o las Confesiones religiosas<sup>24</sup>. Otros autores<sup>25</sup>, si bien comparten la idea de que los sentimientos religiosos constituyen un bien colectivo digno de protección jurídica, sin embargo hayan el fundamento de dicho bien no en la libertad religiosa, sino en la defensa del patrimonio religioso y moral de la comunidad, como elemento absolutamente necesario para el mantenimiento del orden público y de la convivencia pacífica<sup>26</sup>. ¿Qué se consigue a través de esta teoría? Ofrecer una respuesta a todos aquellos que consideran que los sentimientos religiosos no son dignos de ser protegidos por el derecho, ya que pertenecen a la dimensión subjetiva de la persona. Al considerar como sujeto pasivo y fundamento de dichos sentimientos religiosos a la comunidad de creyentes se está llevando a cabo una objetivación del tipo penal en cuestión, ya que las creencias son perfectamente delimitables, por cuanto constituyen un credo articulado que permite su acceso y conocimiento a cualquier persona, creyente y no creyente, y también, por supuesto, al órgano jurisdiccional encargado de su tutela y protección.

Ferreiro Galguera apuesta por una protección de los sentimientos religiosos partiendo de la doble dimensión que considera posee la dignidad de la persona. Así, dicha dignidad estaría constituida por una vertiente estática, es decir, la que posee todo sujeto por el hecho de existir, y respecto de la cual la libertad de expresión tendría como límites el honor, la intimidad y la propia

---

<sup>22</sup> GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales», *op. cit.*, pp. 103-105.

<sup>23</sup> Dentro del mismo pueden situarse autores como Morillas Cueva, De Otaduy o Pérez Madrid.

<sup>24</sup> MINTEGUA ARREGUI, I., «El arte ante el debido respeto a los sentimientos religiosos», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n.º 11, 2006, p. 26.

<sup>25</sup> Entre dichos autores destacan nombres como Martínez Blanco o Aguilar Ros.

<sup>26</sup> MINTEGUA ARREGUI, I., «El arte ante el debido respeto a los sentimientos religiosos», *op. cit.*, p. 27.

imagen, y la vertiente dinámica de la dignidad, que estaría conformada no tanto por el ser, sino por lo que el hombre hace, piensa o cree, y dentro de esta dimensión de la dignidad, la libertad de expresión tendría como límite los sentimientos religiosos, que habrían de ser protegidos de toda injerencia injusta en su ámbito por dicha libertad<sup>27</sup>.

El Código penal, en su art. 208 afirma: «es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves»<sup>28</sup>. Esta definición podría ser importante a la hora de plantearse la ubicación de las ofensas a los sentimientos religiosos dentro este tipo penal, ya que permitiría entender dichos sentimientos desde una adecuada formulación del concepto de dignidad humana, favoreciendo su adecuada protección frente a expresiones gratuitamente ofensivas, por cuanto dichos sentimientos, como se ha citado anteriormente, forman parte del derecho a la libertad religiosa, a la vez que constituyen un elemento esencial en la configuración ontológica del concepto de dignidad. La expresión «que sean tenidas en el concepto público por graves» invita, a su vez, a reflexionar sobre qué se ha de entender por «público» y por «graves», ya que, por ejemplo, una profanación de las especies eucarísticas para con ellas realizar lo que se considera una obra artística, como el reciente caso acaecido con Abel Azcona y que en sucesivos epígrafes será abordado, quizás en una concepción general, contemplada desde una perspectiva no creyente, no se conciba como un acto grave, sin embargo, para aquellos que profesan la fe católica sí que constituye una acción de especial gravedad. Todo ello no hace sino potenciar la necesidad de que la jurisprudencia, a la hora de abordar los distintos problemas que se le presenten, en la fricción entre libertad religiosa y libertad de expresión, habrá de atender al caso concreto y no limitarse a una aplicación general de la norma que, sin duda, podría conducir a la aplicación de soluciones injustas, precisamente para aquellas personas que se sienten agraviadas en sus sentimientos religiosos por acciones que para ellos, como creyentes, son especialmente graves, gratuitamente ofensivas e irreverentes.

A todo ello se suma la idea de que dada la dificultad que en ocasiones puede derivarse para identificar la violación concreta que el ejercicio de la libertad de expresión tiene sobre la libertad religiosa, se puede plantear si quizás

---

<sup>27</sup> FERREIRO GALGUERA, J., «Supuestos de colisión entre las libertades de expresión e información y otros derechos fundamentales. La creación artística y el respeto a los sentimientos religiosos», *Anuario da Facultade de Dereito*, n.º 3, pp. 215-216.

<sup>28</sup> Art. 208 del Código penal, en 'goo.gl/VvDsW4', consultada el 29 de abril de 2018.

no es un camino más seguro, jurídicamente hablando, valorar si una determinada expresión afecta a algunos de los derechos recogidos en el art. 18.1 de la CE (honor, intimidad y propia imagen). Para que esto sea posible será necesario identificar el sujeto concreto que pueda verse afectado por la libertad de expresión de un tercero, pero, a su vez, conlleva las ventajas de que por medio de estos derechos, los límites que pueden establecerse en relación con la libertad de expresión pueden ser más concretos, existe una jurisprudencia más consolidada que ayudaría a aplicar de manera más adecuada y justificada las limitaciones impuestas, y estos derechos, además de contar con una tutela penal, también se beneficiarían de la posibilidad de la aplicación de una tutela civil<sup>29</sup>.

Pérez Domínguez aduce como argumentación para circunscribir los delitos contra los sentimientos religiosos dentro del tipo penal de los derechos al honor o a la dignidad, el dato relevante de la concepción personalista de estas figuras penales, lo que estaría en plena concordancia con la dimensión personalista en torno a la cual se han de estructurar los límites que se impongan a la libertad de expresión, mientras que si los sentimientos religiosos se mantienen en su actual ámbito penal se identificarían no solo con una dimensión individual, sino también colectiva de los mismos<sup>30</sup>.

Minteguía Arregui defiende que la protección de los sentimientos religiosos a través del derecho al honor (art. 18 CE) y del delito de injurias (art. 208 CP) llevaría consigo tres beneficios claros: permitir la graduación de las penas en función de la gravedad del daño producido, excluir la responsabilidad penal por perdón del ofendido y evitar la vía penal a través del acuerdo de conciliación<sup>31</sup>. Como él mismo afirma, «los ataques que puedan sufrir las creencias religiosas 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. Por tanto, la finalidad de aquellos preceptos que tutelan los sentimientos religiosos están cercanos a la protección que el legislador concede a la persona y su honor, pues ésta tiene por objeto la tutela del derecho al respeto de la propia identidad personal. Una vez que conformamos en libertad nuestras propias convicciones religiosas, estas pueden pasar a formar parte de nuestra propia identidad y, por lo tanto, se integran en el objeto de protección del derecho al honor»<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., «Hecho religioso y límites a la libertad de expresión», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 32, 2016, pp. 235-236.

<sup>30</sup> *Ibidem.*, p. 256.

<sup>31</sup> MINTEGUA ARREGUI, I., «La expresión artística y la tutela de los sentimientos religiosos», *Derecho y Religión*, Vol. XII, 2017, pp. 199-200.

<sup>32</sup> MINTEGUA ARREGUI, I., «El arte ante el debido respeto a los sentimientos religiosos», *op. cit.*, p. 29.

Otros autores sostienen que las confesiones religiosas, como ocurre con las personas creyentes, sí que tienen derecho al honor<sup>33</sup>. A este respecto, por ejemplo, Balaguer Callejón señala que «la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido vacilante, diciendo algunas veces con claridad que las personas jurídicas no tienen derecho fundamental al honor, pero, finalmente, ha terminado admitiendo abiertamente la legitimación activa de las personas jurídicas en el ejercicio de las acciones procesales del derecho al honor. La STC 139/1995, de 26 de septiembre, dice que ninguna norma impide que las personas jurídicas puedan ser sujetos de derechos fundamentales, por lo que las personas jurídicas tienen también el derecho a la protección del honor»<sup>34</sup>.

Parece evidente que puede establecerse una conexión entre los sentimientos religiosos y el derecho al honor, ya que ambos exigen que la libertad de expresión no se ejerza entendiéndola como un derecho al insulto, a través del uso de palabras que pudieran resultar injuriosas o vejatorias para los creyentes<sup>35</sup>, ahora bien, ¿este argumento es suficiente para defender un cambio de ubicación en la protección de los sentimientos religiosos en el CP? La respuesta no es fácil. En cualquier caso, autores como Moreno Mozos se manifiesta en un sentido contrario cuando afirma que «defender la conveniencia de eliminar los delitos de religión del ámbito penal, y remitir los casos de vulneración de la libertad religiosa a otros tipos delictivos configurados con carácter general, demuestra un desconocimiento de la esencia del sistema de regulación del factor social religioso vigente; esa línea interpretativa se correspondería con un modelo laico a la francesa, donde los poderes públicos deben permanecer ajenos al hecho religioso, y no con un Estado aconfesional, como es el español, donde aquella actitud se fundamenta en una neutralidad armonizada con la obligación constitucional de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española, y mantener relaciones de cooperación con las confesiones religiosas»<sup>36</sup>.

Pérez Domínguez lleva a cabo un análisis de todos aquellos factores que explican la inoperancia de la norma penal en la protección de los sentimientos religiosos, y comienza, en primer lugar, enunciando las circunstancias históri-

---

<sup>33</sup> GARCÍA GARCÍA, R., «La libertad de expresión ejercida desde los derechos de reunión y manifestación en colisión con la libertad religiosa», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n.º 37, 2015, p. 9.

<sup>34</sup> AA. VV., (Balaguer Callejón, F., Coord.) *Manual de Derecho Constitucional. Vol II. Derechos y libertades fundamentales. Deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales*. Tecnos, Madrid, 2010, pp. 201-202.

<sup>35</sup> GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales», *op. cit.*, p. 109.

<sup>36</sup> MORENO MOZOS, M.<sup>a</sup> M., «Delitos contra los sentimientos religiosos: un difícil equilibrio entre derechos fundamentales. Especial referencia a la legislación española», *op. cit.*, p. 156.

cas de las normas penales que siendo herederas de un pasado confesional han suscitado un cierto recelo en su aplicación por parte de la jurisprudencia; junto a ello, en segundo lugar, destaca la escasa eficacia reparadora que las sanciones impuestas llevan consigo; en tercer lugar refiere aspectos de carácter procesal, como la identificación de la víctima a fin de garantizar la legitimación procesal, el hecho de que algunos elementos objetivos del tipo penal (objetos sagrados, dogmas, creencias, etc) puedan poner en entredicho la neutralidad estatal ante el fenómeno religioso y también la dificultad que se deriva del hecho de que en ocasiones resulta difícil delimitar cuándo nos hallamos ante el tipo penal de la profanación o del escarnio. A todo ello, y como elemento conclusivo, señala los problemas derivados del elemento subjetivo del tipo penal (*animus injurandi*)<sup>37</sup>.

### 3. LOS DELITOS DE ODIOS: ¿UNA FIGURA OLVIDADA POR LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA?

El título de este epígrafe tiene que ver con las condiciones asociadas al delito de odio, que aparece recogido en el art. 510 del CP<sup>38</sup>. Cómo delimitar el concepto de odio en relación con determinadas expresiones o imágenes, respecto de las ofensas a los sentimientos religiosos no es tarea fácil, pues mien-

---

<sup>37</sup> PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., «Hecho religioso y límites a la libertad de expresión», *op. cit.*, pp. 248-251.

<sup>38</sup> Artículo 510 Código penal: 1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad. b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad. c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

tras que las expresiones referidas a otros ámbitos, raza, orientación sexual, etc, son susceptibles de una protección privilegiada que fácilmente se equipara al odio, en relación con los sentimientos o creencias religiosas la libertad de expresión es legitimada en la mayoría de ocasiones, y reconocer que alguna expresión puede ser tipificada como ilícito penal al que se le aplique el art. 510, lógicamente, resulta todavía más complicado.

Como afirma Palomino Lozano, «el delito de odio consiste en toda acción delictiva, incluidas acciones contra las personas o contra la propiedad, en las que la víctima, los bienes o el objetivo de la acción se selecciona en razón de una real o aparente conexión, vínculo, afiliación o apoyo a un grupo; dicho grupo se basa en características comunes, tales como el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la incapacidad mental o física, la orientación sexual u otros factores similares»<sup>39</sup>.

Cabellos Espiérrez define el discurso del odio como una estigmatización social respecto de aquellos de los que se predica o como una densa carga de hostilidad que incita subliminalmente a la violencia<sup>40</sup> y uno no puede dejar de preguntarse si dicha estigmatización no es una clara descripción de lo que actualmente está sucediendo en nuestro país, en contradicción abierta con los principios que han de inspirar un sistema democrático de convivencia pacífica.

Pérez Madrid sostiene que el discurso del odio presenta tres características fundamentales: en primer lugar la de delimitar un individuo o grupos de individuos a partir de ciertas características; en segundo lugar se estigmatiza al objetivo adjudicándole una serie de cualidades que son consideradas en general como indeseables; en tercer lugar, se desplaza a dicho grupo fuera de las relaciones sociales normales. Se achaca a los individuos de dicho grupo que no pueden observar con normalidad las reglas de la sociedad y se considera su presencia como hostil e inaceptable»<sup>41</sup>. Con estas características, que se asocian al discurso del odio, ¿no está produciéndose en la sociedad actual, por medio de la libertad de expresión, una derivación hacia planteamientos que, dada la concepción moral del mundo y de la persona por parte de la religión católica frente al pensamiento dominante, estigmatiza a los cristianos y los sitúa en un papel de intransigencia y discriminación? En este contexto, que trata de impo-

---

<sup>39</sup> PALOMINO LOZANO, R., «Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto», en Martínez-Torrón, J.; Cañamares Arribas, S., *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 60.

<sup>40</sup> CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., «Libertad de expresión y libertad religiosa: situaciones de conflicto y criterios para su tratamiento», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 33, 2017, p. 287.

<sup>41</sup> PÉREZ MADRID, F., «Incitación al odio religioso o hate speech y libertad de expresión», *op. cit.*, p. 11.

nerse sobre todo a través de los medios de comunicación social, se está dificultando no solo la práctica de la fe, sino el proceso de evangelización que forma parte de la libertad religiosa, ya que se hace que la gente parta de una idea preconcebida de la religión, sobre todo en España de la católica, que no solo discrimina y contribuye a una «persecución social silenciosa» de la misma, sino que predispone negativamente al sujeto frente a nada que tenga que ver con la fe. Ciertamente, no hay un ataque a la religión que fomente una violencia física, pero sí se busca generar en el interior de la persona una «violencia moral» frente a los postulados, dogmas y creencias defendidos por la Iglesia Católica. Intencionalmente se está desarrollando una obra de ingeniería social que trata de imponer un pensamiento único que discrimina y llega al odio respecto de aquellos que defienden una visión del mundo y del hombre desde los postulados de la fe católica. La expresión «calumnia que siempre algo queda», explica gráficamente el argumento defendido, ya que ese «algo» va haciendo poso en la opinión pública y generando un clima de intolerancia y ausencia de paz social que puede acabar conduciendo a la discriminación religiosa.

Cuando la Iglesia lleva a cabo un juicio moral sobre realidades temporales que se sitúa en contradicción con lo que se supone ha de ser el pensamiento dominante de la sociedad, la crítica generalizada a dicho pronunciamiento ejerce, de manera directa o indirecta, un estado de ánimo generalizado en la sociedad de rechazo no solo a esos planteamientos, sino a la institución de la Iglesia en general y de los cristianos en particular, lo que sin duda alguna viola el derecho a la libertad religiosa y convierte el ejercicio de la fe en el ámbito público en una realidad cuasi martirial.

Dicho esto, en ocasiones «es difícil la identificación de las expresiones que pueden ser calificadas como de incitación al odio, porque la lesividad del discurso no se manifiesta necesariamente de manera explícita, sino que puede contenerse en afirmaciones que, a primera vista, pueden parecer objetivas o racionales»<sup>42</sup>, lo que permitiría hablar de un discurso del odio que en muchas ocasiones se presenta «velado» dentro de las más variadas expresiones. Como señala Pérez Madrid, «el discurso del odio puede nacer de la intolerancia y no tiene por qué conllevar la violencia que es inherente a este discurso»<sup>43</sup>.

Palomino Lozano distingue entre discurso del odio y difamación de las religiones al afirmar que «la incitación conduce a la discriminación, la hostili-

---

<sup>42</sup> *Ibidem.*, p. 16.

<sup>43</sup> *Ibidem.*, p. 20.



dad o la violencia, en tanto que, la difamación, sin embargo, no supone necesariamente violencia o promoción de la misma»<sup>44</sup>.

A este respecto Martínez-Torrón<sup>45</sup> alude a una diferencia de trato cuando afirma que al discurso del odio antirreligioso se le aplican unos criterios más estrictos que cuando ese discurso lleva consigo connotaciones que tienen que ver con el sexo, la raza o la orientación sexual. Como ejemplo cita la querrela criminal presentada contra la CNT ante la Audiencia Provincial de Madrid, y desestimada por ésta<sup>46</sup>, que con motivo de la visita del Papa a Madrid a raíz de la JMJ de 2011, presentó una campaña mediática en la que entre otras expresiones aparecía un obispo ahorcado, una iglesia ardiendo con la expresión «la única iglesia iluminada es la iglesia que arde», un fotomontaje con una silueta del Papa en el centro de la mira telescópica de un rifle en la que aparecía la expresión «totus muertos», en clara alusión al lema pontificio de Juan Pablo II. Entendió la AP de Madrid que estas expresiones no constituían un discurso del odio, sino simples críticas a la Iglesia católica y sus instituciones que habían de entenderse e interpretarse a la luz de la libertad de expresión. Ante esta solución cabría preguntarse si la respuesta del tribunal hubiera sido realmente la misma si en lugar de la Iglesia católica, el destinatario de esa campaña mediática hubieran sido los musulmanes, o personas de color o con una orientación homosexual. No parece extraño imaginar que la jurisprudencia española hubiera caminado por derroteros distintos entendiendo tales manifestaciones no como un ejercicio de la libertad de expresión, sino como calificativos de tipo racista, homófobo, etc que incitaban al odio y la violencia, como por otro lado aconteció en la querrela presentada, sobre la base del art. 510 del Código penal, frente al libro de un imán de Fuengirola en el que se explicaba cómo debía efectuarse el castigo físico a las mujeres, cuando era necesario corregirlas, para no dejar marcas en su cuerpo, y en la que fue condenado por el juzgado n.º 3 de lo Penal de Barcelona<sup>47</sup>.

Determinados discursos que atentan contra los sentimientos religiosos no solo pueden llegar a suscitar un odio en la sociedad y una ruptura de la convivencia armónica y de la paz social, sino que pueden conducir a una discriminación, si no formal sí material, de determinadas creencias religiosas en el ámbito público, respecto de discursos ideológicos de otra índole y diametralmente opuestos,

---

<sup>44</sup> PALOMINO LOZANO, R., «Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto», *op. cit.*, p. 60.

<sup>45</sup> MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Hate speech, libertad de expresión y sentimientos religiosos», *Estudios Eclesiásticos*, Vol. 92, 2017, pp. 756-758.

<sup>46</sup> Auto de la AP de Madrid, Sección, 30, n.º 73/2013, de 24 de enero de 2013.

<sup>47</sup> Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona, n.º 276/2003, de 12 de enero de 2004.

pero que gozan del favor de determinados grupos de presión con un poder más que evidente en medios de comunicación social que llegan a ejercer una gran influencia en la configuración de un pensamiento socialmente dominante. Además, en palabras de Martí Sánchez, «los beneficios de la libertad de expresión no pueden ocultar que la violencia dialéctica suele ser la antesala de la física y que, cualquier violencia, constituye una seria vulneración de la integridad, garantizada en el art. 15 CE, y de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)»<sup>48</sup>.

En ocasiones, el discurso del odio «envenena» las conciencias y genera un comportamiento de intransigencia hacia los católicos, que si bien en ocasiones no tiene por qué conducir a actos violentos a nivel material, sí que suscita una animadversión más cercana al odio que a cualquier otra cosa.

Un caso de notoria relevancia al respecto fue una exposición que tuvo lugar del 29 de octubre de 2014 al 9 de febrero de 2015 en el Museo Reina Sofía titulada «Un saber realmente útil», en la cual el colectivo «Mujeres públicas» presentó la obra «Cajita de fósforos», en la que podía leerse la siguiente expresión: «La única Iglesia que ilumina es la que arde. ¡Contribuya!». Tras el revuelo producido y las quejas presentadas a la dirección del Museo, en su web, la dirección del mismo afirmó que «una exposición así intenta posicionar la noción de pedagogía crítica como un elemento crucial en las luchas colectivas»<sup>49</sup>. En una nota de prensa posterior aclaraba que la citada obra «utiliza una expresión propia de un contexto histórico específico y determinado, y solo puede ser interpretada y discutida metafóricamente en el presente. Es así como lo entienden las artistas. Asimismo, una obra de arte no tiene una única interpretación y ofrece siempre la posibilidad de expresión de múltiples puntos de vista sobre ella. En el ámbito de las funciones que competen al Museo Reina Sofía, éste intenta ser un espacio de diálogo y reflexión sobre distintos temas, algunos de ellos controvertidos, sin que ello implique, en ningún caso, ánimo de ofender o un ataque a las creencias de los visitantes, por los que siente el más absoluto de los respetos, como no puede ser de otra forma»<sup>50</sup>.

La noción de «pedagogía crítica» es indudablemente un concepto a simple vista positivo, pues invita a la reflexión, al fomento de una conciencia crítica, tan ausente en muchas ocasiones en nuestra época, y a la posibilidad

---

<sup>48</sup> MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.<sup>a</sup>, «La difusión del discurso religioso y el ataque a las convicciones, ante la jurisprudencia del TEDH», en Martí Sánchez, J. M.<sup>a</sup>; Moreno Mozos, M.<sup>a</sup> M., (Coord.) *Derecho de difusión de mensajes y libertad religiosa*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 95.

<sup>49</sup> Comunicado de la Dirección del Museo Reina Sofía, en 'goo.gl/aLsS2Scontent', consultada el 31 de mayo de 2018.

<sup>50</sup> Nota de prensa del Museo Reina Sofía, en 'goo.gl/zibujacontent', consultada el 31 de mayo de 2018.

de un diálogo positivo para el bien de la sociedad. ¿Dónde radica el problema? En las formas utilizadas para llevar a cabo esa pedagogía crítica. Afirmo la dirección del Museo que la expresión utilizada en la obra referida es propia de un contexto histórico determinado y que solo puede ser interpretada y discutida metafóricamente en el presente. Ciertamente que ese aspecto sería de agradecer, sobre todo si la discusión versara sobre un diálogo encaminado a reflexionar sobre acciones del pasado que nunca deberían repetirse en el presente, máxime cuando es sabido el dolor que ocasionaron, sin embargo, la intención de las artistas nunca pudo ser esa, ya que no puede entenderse la expresión como metafórica y referida al pasado cuando termina afirmando: «¡Contribuya!». Esa palabra refiere la obra al presente, y desde una postura objetiva induce a pensar que se está proponiendo que, lo que ya fue objeto de una historia dolorosa, debería volver a repetirse en el presente. Contribuir significa aportar algo para que una acción pueda realizarse y cuando las artistas utilizan ese verbo, en el fondo están incitando a un discurso de odio que puede generar un ánimo de violencia en quien lo observe, o puede reabrir viejas heridas que todavía no se encuentran cerradas para muchas personas. En definitiva, no es una obra encaminada al diálogo positivo, sino una incitación al odio que recuerda a la que tuvo lugar en España en el contexto de la Guerra Civil. Si realmente la intención del Museo hubiera sido no ofender o atacar las creencias religiosas de los visitantes, como argumenta, desde luego que no lo consiguió, y como suele suceder en estos casos avaló su postura desde la salvaguarda de la que ha de gozar la libertad de expresión artística. Libertad de expresión sí, pero también respeto en las formas que puedan implicar la ofensa de los sentimientos religiosos y, por supuesto, aquellas que tiendan a incitar al odio o la violencia.

También, en el asalto a la capilla de la Universidad Complutense, el 10 de marzo de 2011, pudieron leerse proclamas con un contenido similar a las anteriores: «la iglesia que más ilumina es la que arde». Este suceso tiene el triste honor de que supone, desde mi punto de vista, una violación de cuatro artículos del Código penal, el art. 510, al incitar al odio a través de expresiones como la señalada, el art. 523, que alude a la interrupción de un acto religioso o de culto, que aunque en ese concreto momento no se estaba celebrando en la capilla institucionalmente, sí que impidió la libertad de los creyentes del ejercicio de un culto personal, cual es la oración, el art. 524, referido a la profanación de un objeto sagrado, como es el altar de la capilla para los católicos, y que será objeto de análisis en posteriores epígrafes, y el art. 525, alusivo al escarnio de dogmas y creencias que fueron objeto de mofa por parte de los manifestantes.

Todos estos casos son solo un ejemplo que pone de relieve como, realmente, el art. 510 CP es una figura prácticamente olvidada para la jurisprudencia española cuando se refieren al ataque o incitación al odio relacionados con las creencias religiosas.

#### 4. PERTURBACIÓN DE CEREMONIAS RELIGIOSAS

Quizás se trate del tipo penal más evidente y fácil de aplicar, pues la norma ofrece criterios claros al respecto que facilitan su comprensión y dejan poco margen a la interpretación. Aparece recogido en el art. 523 del CP<sup>51</sup>, y viene asociado con el ejercicio colectivo de la libertad religiosa, en cuanto protege la celebración del culto divino, expresión externa de ese derecho fundamental.

Un caso que sirve de modelo para el estudio y aplicación de este artículo viene determinado por la sentencia 102/2016 de 13 de octubre de 2016, de la Audiencia Provincial de Baleares que condenó a cinco jóvenes por interrumpir violentamente la celebración de la misa que se estaba celebrando en una parroquia del centro de Mallorca con el fin de reivindicar el aborto libre y gratuito. En dicha sentencia se recoge: «queda plenamente acreditado que cuando cometieron los hechos (los jóvenes) sabían que se celebraba un acto religioso –la misa– en un templo católico. Conocían, por ser consecuencia necesaria, que con su entrada en grupo, gritos repetidos y exhibición de pancarta necesariamente se perturbaba e interrumpía la celebración»<sup>52</sup>. Dicha sentencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, que en sentencia 835/2017 confirmó la decisión de la Audiencia Provincial de Mallorca. En las alegaciones se recoge que la intención de los acusados era reivindicar la regulación legal del aborto «en el seno de un espacio físico vinculado a la Iglesia católica, con la finalidad de maximizar la repercusión pública de su acción, lo que tiene encaje dentro de la libertad de expresión»<sup>53</sup>. Pero ante este argumento cabe preguntarse si la libertad de expresión es causa suficiente como para justificar la instrumentalización de espacios sagrados, como es una iglesia, para reivindicar po-

---

<sup>51</sup> «El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar».

<sup>52</sup> Sobre la cuestión, *vid.* GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., «El asalto a las capillas universitarias como límite a la libertad de expresión», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n.º 42, 2016, pp. 9-11.

<sup>53</sup> STS 835/2017 de 19 de diciembre de 2017, FJ 1.º

siones políticas concretas. Si así fuera se estaría admitiendo que el fin justifica los medios, aunque ese fin se pudiera conseguir por otros cauces respetuosos para los sentimientos y creencias de terceros.

El Ministerio Fiscal aduce en su argumentación que los acusados «realizaron esos actos conscientemente y que sus posiciones políticas respecto al aborto podían defenderse de otras formas»<sup>54</sup>. La palabra «conscientemente» es muy importante a la hora de fundamentar jurídicamente la decisión, pues expresa un conocimiento, por parte de los autores de los hechos, del daño que se causa con la acción, y si hay conocimiento de que se causa un daño a los sentimientos religiosos de los creyentes, y aun así la acción se lleva a efecto, se deduce claramente que la intención de dañar está latente en el obrar de los acusados, que, desde luego, pudieron expresar sus ideas de manera que no ocasionaran un perjuicio a los derechos de terceras personas.

Utiliza la sentencia un concepto que considero de gran utilidad y que puede abrir la puerta a una nueva visión de la jurisprudencia española de los casos que se le presenten sobre la relación entre libertad religiosa y libertad de expresión, y es el concepto de «dolo genérico». Se trataría de un dolo no circunscrito al ámbito subjetivo de la persona (intencionalidad), sino al daño causado con la acción y del que el autor es consciente desde el primer momento. Si se parte de este dolo genérico, difícilmente se podrá excusar las acciones, que amparadas en la libertad de expresión violen los sentimientos religiosos de los creyentes, bajo la argumentación de no existir una intencionalidad clara, pues el mero conocimiento de que una acción puede causar daños a terceros en sus derechos sería suficiente para entender positivamente la presencia de ese elemento del tipo penal, considerado, hasta ahora, como indispensable por la jurisprudencia y causa justificadora para eximir de responsabilidad toda acción que viola los sentimientos religiosos de los creyentes. Pese a todo, la sentencia del Supremo, en el caso presente, reconoce que no solo se daba ese dolo genérico, sino que «en el ánimo de los actores estaba impedir, interrumpir o perturbar el acto religioso, por lo que no solamente sabían que su conducta afectaba de ese modo a la celebración del acto o ceremonia religiosa, sino que especialmente querían hacerlo»<sup>55</sup>.

La sentencia del Tribunal Supremo, además, entra a valorar un tema de vital importancia, cual es la relación de equilibrio y ponderación que debe existir entre la libertad religiosa y la libertad de expresión, al afirmar que «la ponderación necesaria no siempre debe conducir a establecer la supremacía del

---

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

derecho a la libertad de expresión sobre el derecho a la libertad religiosa, hasta el punto de anular absolutamente el ejercicio de éste último... Para hacer efectivo el derecho a la libertad de expresión y manifestación no siempre es imprescindible impedir a los demás el ejercicio de su derecho, también fundamental, a la libertad de culto como manifestación del derecho a la libertad religiosa. Si ambos derechos pueden ejercitarse de forma libre y suficiente, no es lícito pretender que uno de ellos suprima la posibilidad de ejercicio del otro»<sup>56</sup>.

Finalmente, otro de los temas que aborda la sentencia es el de «sí al contenido, no a la forma», a la hora de ejercer la libertad de expresión, aduciendo al efecto que «a los acusados les asistía el derecho de expresar libremente su opinión, sin embargo, ello no les autorizaba a hacerlo de forma que suprimieran un derecho fundamental de los demás, cuando el ejercicio de ambos era compatible, sin que, por ello, fuera preciso sacrificar uno de ellos para la subsistencia del otro»<sup>57</sup>. Si realmente se tuviera en cuenta este argumento del Tribunal Supremo por parte de la jurisprudencia española sería del todo viable conciliar la libertad de expresión y la libertad religiosa, sin tener por qué hacer uso de expresiones, imágenes u objetos sagrados para reivindicar ideas que en el contexto de una sociedad plural son plenamente lícitas, siempre que las formas a través de la cual se expresen no ofendan los sentimientos religiosos de los creyentes.

## 5. EL DELITO DE PROFANACIÓN Y SUS LÍMITES

En relación al delito de profanación recogido en el art. 524 del CP<sup>58</sup> puede señalarse que ha sufrido una reducción considerable en referencia a su regulación anterior, reducción que ha restringido en exceso su ámbito de aplicación. Resulta contradictorio que un delito, cuya significación religiosa y canónica es tan evidente, se desarrolle en su contenido al margen de lo que la Iglesia entiende por profanar, ciñéndose así a un ámbito jurídico que presenta enormes lagunas, como ha puesto de relieve, por ejemplo, el caso Rita Maestre, que ha llevado, incluso, a una comprensión totalmente opuesta sobre lo que significa profanar por el Juzgado de lo Penal y por la Audiencia Provincial de Madrid, como se verá más adelante.

---

<sup>56</sup> *Ibidem.*, FJ 2.º

<sup>57</sup> *Ibidem.*

<sup>58</sup> Art. 524 del Código penal: «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».

Para alcanzar el ideal de justicia, fin último del derecho, será necesario aplicar la ley no desde una perspectiva meramente objetiva y sin atender ni al contexto, ni a la visión que una determinada religión tenga sobre las cosas, lo que sin duda justifica partir del presupuesto de hecho del Derecho Canónico de la Iglesia para poder comprender adecuadamente conceptos como «cosa sagrada» o «profanación», ya que desde una perspectiva meramente jurídica y civil no puede extraerse el verdadero significado de estos términos, así como las profundas consecuencias que conlleva para el creyente su violación, sin que ello tenga por qué implicar una subjetivación del Derecho penal. La sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 1993, en su FJ 4.º define profanación como «tratar una cosa sagrada sin el debido respeto», y a su vez, ofrece, también, una delimitación del concepto de «cosa sagrada» entendiéndolo por tal «aquellos objetos dedicados a Dios o al culto divino». Así todo, desde la perspectiva del Tribunal, el crucifijo será considerado como el objeto sagrado por excelencia en lo que a la religión católica se refiere, señalando que «deben considerarse punibles no solamente los actos de burla, mofa, escarnio, etc, sino los simplemente atentatorios al debido respeto al crucifijo»<sup>59</sup>. A su vez, el Código de Derecho Canónico refiere que «se han de tratar con reverencia las cosas destinadas al culto mediante dedicación o bendición, y no deben emplearse para un uso profano o impropio, aunque pertenezcan a particulares»<sup>60</sup>. Es por ello, que la tarea del tribunal consistirá, una vez que constate que el objeto en cuestión tenga el carácter de «cosa sagrada» para los creyentes de una determinada confesión religiosa, en determinar si se ha llevado a cabo el acto de profanación que haya podido dañar los sentimientos religiosos de personas creyentes.

Uno de los problemas estriba en la defensa a ultranza, por parte de la jurisprudencia, de la existencia de un código interpretativo propio para las obras de creación artística, sin embargo, cuando se trata de examinar si una determinada acción, amparada en la libertad de expresión, causa ofensa a los sentimientos religiosos de las personas creyentes se opone como excusa que no es tarea del derecho el enjuiciamiento de aspectos subjetivos de la persona, obviando, al efecto, que lo que se juzga no es tanto la subjetividad, sino aspectos totalmente objetivos, como el daño causado a la persona en sí y a su dignidad, que no llega a comprenderse en su justa medida por obviar el auténtico significado de lo que el concepto de «cosa sagrada» implica para una determinada

---

<sup>59</sup> MINTEGUA ARREGUI, I., «Libertad de expresión artística y sentimientos religiosos», *op. cit.*, pp. 572-573.

<sup>60</sup> Código de Derecho Canónico, 25 de enero de 1983, en 'goo.gl/2PPW5u', consultada el 2 de mayo de 2018.

confesión religiosa y para las personas que profesan una determinada fe. Por ejemplo, yo no profeso la religión musulmana, porque soy católico, y para mí el Corán no es un libro que tenga un carácter sagrado, pero, lógicamente, para el creyente en el Islam es el libro entregado por Alá directamente a su profeta, Mahoma. Si yo pisara el Corán o arrancara sus páginas a fin de crear una obra artística en la que se denunciara la situación de sumisión en la que vive la mujer dentro de esa religión, quizás, objetivamente, podría aplaudirse mi actuación y se juzgaría como un ejercicio de la libertad de expresión propio de una sociedad democrática, pero quizás un juicio tal no tomaría en consideración todos los aspectos relacionados con mi acción. El problema estriba, como se ha señalado, en el código interpretativo, ya que lo que para mí no deja de ser un mero libro, y por tanto el uso que de él haga en el ejercicio de mi libertad de expresión no tiene consecuencia alguna, para el creyente musulmán se trata del acto más grave de profanación y ofensa a los sentimientos religiosos que pueda llevarse a cabo, y ni el legislador, ni la jurisprudencia pueden obviar esta realidad si quieren, no solo llegar a soluciones que puedan ser equitativas para todos, sino que fomenten la paz y el pluralismo en la construcción del bien común y de una sociedad democrática.

Emisor y receptor de ese mensaje, parece obvio, llevan a cabo valoraciones diferentes sobre un hecho, y resultaría difícil que pudieran ponerse de acuerdo al respecto, ahora bien, el cauce a través del cual se ejerce la libertad de expresión para manifestar un mensaje es el que debe ser cuidado, a fin de que ni la libertad de expresión del emisor, ni la libertad religiosa del receptor se vean amenazadas la una por la otra. Es claro, por tanto, que el receptor no puede pretender que ninguna idea que se exprese por el emisor no sea contraria a sus creencias, pero, por otro lado, también el emisor deberá cuidar las formas a través de las cuales de cauce a sus ideas, buscando respetar, en todo momento, los sentimientos religiosos de terceros.

Otro punto a estudiar y que guarda relación con todo lo anterior es el referido al contenido y comprensión de lo que significa profanar. El art. 524 del Código penal, con buen criterio, vincula este tipo penal al desarrollo de dicha acción en el ámbito de un lugar sagrado, pero aquí surge la pregunta de si este precepto no está poniendo límite al tipo penal en él incluido, al concretar de una manera tan minuciosa y circunscribir el delito a un hecho concreto, ya que no cabe duda de que determinados comportamientos que pueden desarrollarse en espacios distintos a los destinados al culto o ceremonias religiosas pueden implicar también un acto de profanación, especialmente, todo aquello que pudiera tener relación con el uso de la sagrada eucaristía fuera del ámbito de la liturgia de la Iglesia.



En el fondo, el tipo penal del art. 524 aparece revestido de una serie de requisitos tan específicos que se hace prácticamente inviable su aplicación, ya que en primer lugar identifica el sujeto pasivo con la persona individual, lo que implica subjetivar de una manera absurda el bien típico de la norma penal. En segundo lugar el sujeto activo que lleva a cabo su creación artística o que manifiesta sus ideas u opiniones ha de usar un objeto sagrado por medio del cual se atente contra los sentimientos religiosos. En tercer lugar, la acción típica debe llevarse a cabo en los lugares descritos en la norma y, finalmente, se requiere la existencia de un dolo específico en el que pueda demostrarse la intención de dañar del autor<sup>61</sup>. Si realmente el legislador actuara de manera objetiva e imparcial, y no desde una visión que confiere un carácter de omnipotencia a la libertad de expresión frente a la libertad religiosa, habría desarrollado el precepto de manera que, en primer lugar, no se atendiera exclusivamente a la persona individual y sus sentimientos subjetivos, sino a la propia fe enraizada en el ámbito objetivo de una confesión religiosa; en segundo lugar debería entender, en consonancia con lo conceptuado en las normas y creencias de una determinada fe, que el acto de profanar puede ir más allá de lugares sagrados y afectar a aspectos de la fe considerados como fundamentales para una determinada confesión religiosa (el Corán para los musulmanes o la Biblia y la eucaristía para los católicos) y, finalmente, entender el dolo, no confiriéndole una protección específicamente reforzada para exculpar cualquier acción del sujeto activo, sino desde la perspectiva del dolo genérico anteriormente explicada y que entiende como suficiente, para determinar su existencia y garantizar una intención lesiva en la conducta del actor, el conocimiento, por parte del mismo, de lo que el acto realizado conlleva de daño y ofensa para una confesión religiosa y las personas que profesan su fe.

Partiendo de una adecuada comprensión del principio de laicidad, y sin que el Estado tenga por qué regirse por los criterios fijados por el ordenamiento jurídico de una determinada confesión religiosa, resultaría conveniente, a fin de valorar la gravedad que una acción concreta tiene para la fe de una determinada religión, y para los creyentes que la profesan, llevar a cabo un estudio previo sobre el sentido y significado de determinadas acciones. Así, y en el caso concreto de la Iglesia católica, el c. 1376 del Código de Derecho Canónico castiga el delito de profanación al establecer que «quien profane una cosa sagrada, mueble o inmueble, debe ser castigado con una pena justa». Por su parte, el c. 1171 define las cosas sagradas como «las destinadas al culto mediante dedica-

---

<sup>61</sup> MINTEGUA ARREGUI, I., «El arte ante el debido respeto a los sentimientos religiosos», *op. cit.*, pp. 36-37.

ción o bendición». En cuanto a la acción de profanar aparece recogida en la normativa canónica en el canon 1367 que refiere que «quien arroja por tierra las especies consagradas, o las lleva o retiene con una finalidad sacrílega, incurre en excomunión *latae sententiae* reservada a la Sede Apostólica»<sup>62</sup>.

El acto de profanar no implica exclusivamente la ejecución de una acción, sino que ha de producir una lesión en los sentimientos religiosos de alguien<sup>63</sup>. A tal efecto resulta ilustrativo los argumentos ofrecidos por el magistrado del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 6 de lo Penal de Madrid, encargado de enjuiciar el caso del asalto a la capilla del campus de Somosaguas de la Universidad Complutense de Madrid, quien afirma al respecto que «quitarse la camiseta, quedándose algunas en sujetador y otras desnudas de cintura para arriba, llegando a besarse dos mujeres en la boca con lógicas connotaciones sexuales, alrededor del altar y en relación directa con el mismo, supone una clara y grave falta de respeto al objeto sagrado y su significado y una ofensa a los sentimientos religiosos de los católicos; no se trata de ofensas verbales, sino de actos o hechos adecuados para producir ofensa en los sentimientos religiosos. Un torso desnudo no tiene por qué ser ofensivo, pero ello depende del lugar y las circunstancias en que se realiza y, en este caso se realizó en el interior de una capilla católica con culto consagrado, en relación directa con un objeto sagrado y en presencia de feligreses que estaban en el interior»<sup>64</sup>. La propia sentencia sostiene que «las personas que allí se encontraban rezando se sintieron ofendidas en sus sentimientos religiosos, trascendiendo, posteriormente, estos actos produciendo ofensas en los sentimientos religiosos al ser conocidos»<sup>65</sup>.

Resulta interesante, en la reflexión del juez, la inserción de la palabra «trascender», pues en la sociedad globalizada en la que vivimos, cualquier acto que en este terreno pueda llevarse a cabo en ofensa a los sentimientos religiosos, no queda circunscrito al exclusivo ámbito en el que se realiza, sino que se extiende a todos los creyentes que tengan conocimiento de ellos a través de los medios de comunicación y las redes sociales. Este criterio debería ser también interpretado adecuadamente por parte de los tribunales, ya que las acciones en sí ofensivas tienen una trascendencia mayor a la hora de ofender los sentimientos religiosos, trascendencia que debería agravar los actos realizados por un sujeto determinado en ofensa de las creencias, ya que el número de sujetos pasivos, aunque indeterminado, lógicamente es mucho mayor que el de los testigos directos de la acción.

---

<sup>62</sup> ROCA DE AGAPITO, L., «El delito de profanación como ejemplo de un derecho penal sentimental», *op. cit.*, pp. 182-183.

<sup>63</sup> *Ibidem.*, p. 183.

<sup>64</sup> Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 6 de Madrid 69/2016 de 18 de marzo de 2016, FJ 3.º

<sup>65</sup> *Ibidem.*

Esta decisión fue apelada ante la Audiencia Provincial de Madrid, que en sentencia 14311/2016 falló a favor de la demandante, argumentando, al efecto, criterios que resultan del todo contradictorios con los emitidos por el magistrado del Juzgado n.º 6 de lo Penal de Madrid. En primer lugar, y siguiendo lo que viene siendo una conducta preocupante por parte de los órganos jurisdiccionales, se afirma que «esta audiencia lidia a diario con asuntos en los que se ventilan bienes jurídicos mucho más trascendentes para las personas implicadas»<sup>66</sup>. Cuando menos parece un juicio de valor que requiere, al menos, una mayor justificación, pues la trascendencia de los bienes jurídicos en juego no se puede medir solo con criterios materiales, ya que el caso que nos ocupa incide directamente en los sentimientos religiosos de sujetos cuya concepción de la vida y de la fe forman parte de su misma esencia ontológica, constituyendo la parte más íntima e importante de su dignidad como personas. Aduce la citada sentencia que «entiende el Tribunal que la intención de la autora era protestar»<sup>67</sup>, pero a su vez se contradice cuando señala que «no va a entrar a valorar si en dicha intención estaba o no ofender los sentimientos religiosos»<sup>68</sup>, lo cual no resulta una medida jurídica encaminada a buscar una solución del conflicto en justicia, pues si a la hora de valorar la intención de la demandante solo se atiende a criterios parciales (manifestar una protesta), dejando de lado otros criterios, si cabe, de mayor importancia (herir los sentimientos religiosos de los creyentes), la resolución final dejará sin enjuiciar un ámbito fundamental del caso.

En relación con el tema de la profanación aduce como argumento que los manifestantes «no tocaron el sagrario, no alteraron la disposición del altar, no accedieron a ningún elemento de la capilla y no llevaron a cabo actos obscenos y grotescos». Un argumento jurídico no puede fundamentarse adecuadamente cuando es extraído del contexto en el que los hechos se realizan. Quizás para el Tribunal besarse en la boca y mostrar el torso desnudo puedan ser consideradas acciones normales, pero no puede justificarse, desde ningún punto de vista, que esos mismo actos, realizados en el entorno de un altar, con el significado sagrado que el mismo conlleva para los católicos, no puedan calificarse de obscenos. Si el umbral de la profanación se sitúa en «mover el altar», más que en los actos realizados en torno al mismo, resulta evidente que se abre un amplio abanico de actuaciones que se podrían hacer en el mismo o en torno a él de las que, desde luego, no podría dudarse de su carácter obsceno, como son las que acaecieron en los hechos juzgados. Por otro lado, y para defender su argumento, utiliza un concepto, cuando menos curioso para un terminología jurídica, cual

---

<sup>66</sup> Sentencia Audiencia Provincial de Madrid 14311/2016 de 16 de diciembre de 2016, FJ 1.º

<sup>67</sup> *Ibidem.*, FJ 3.º

<sup>68</sup> *Ibidem.*

es el de «profanación virtual», concepto que se infiere del hecho de que no haya existido contacto directo con el objeto calificado por el propio Tribunal como sagrado. La existencia de un contacto no puede ser considerada como un requisito imprescindible para que pueda hablarse de profanación, y no virtual, sino real y material.

Para finalizar su argumentación el Tribunal acude a un ejemplo ilustrativo que más que confirmar su planteamiento lo desacredita, y es el caso de unas mujeres que accedan a una mezquita sin el velo para leer un manifiesto denunciando el trato de la mujer en el Islam. En palabras textuales del Tribunal se afirma que «para quienes profesan el Islam, el acceso a una mezquita de una mujer sin velo o sin cubrirse las piernas, puede constituir un atentado a sus normas, tanto como para algún católico hacerlo desnudo en una iglesia, si bien tales hábitos o conductas, desde luego reprochables, difícilmente pueden ser calificadas dentro de un sistema democrático como constitutivas de un delito de ofensa a los sentimientos religiosos»<sup>69</sup>. Termina sosteniendo la Audiencia que «se considera desde un punto de vista técnico-jurídico, sin valoraciones ético-morales, que no concurre el elemento objetivo del tipo y que los hechos probados no alcanzan a integrar un acto de profanación en sentido estricto, por lo que no concurre el tipo penal del art. 524 del CP»<sup>70</sup>. Olvida el Tribunal en su argumentación varios aspectos importantes, por un lado, que si la norma penal incluye el concepto de los sentimientos religiosos en varios de los artículos del Código, no es éste un concepto meramente jurídico, sino que se refiere, también, al ámbito de la libertad religiosa, que como derecho abarca no solo la perspectiva jurídica, sino también la dimensión ética, moral y religiosa, de la que no se puede prescindir si se quiere tener una comprensión holística de ese derecho fundamental. A la hora de valorar los hechos tampoco tiene en cuenta el ámbito concreto en el que se desarrollan, ni lo que para la religión católica implica el altar como objeto sagrado destinado al culto divino, por lo que aplicar una norma desde una perspectiva meramente técnico-jurídica, sin referencia alguna a los contenidos de una fe o al Derecho canónico que regula esa fe, conduce a una resolución del caso parcial e injusta. El propio Código penal habla de aspectos relacionados con el ámbito religioso cuando hace referencia a profanar, sagrado, sentimientos religiosos, dogmas, creencias, ritos, ceremonias, templo, etc, lo que sin duda pone de relieve que para enjuiciar, desde una perspectiva jurídica, actos en los que aparecen los citados elementos, no puede hacerse menoscabando o ignorando su significado religioso y la dimensión

---

<sup>69</sup> *Ibidem.*

<sup>70</sup> *Ibidem.*

ética y moral que implican para las personas que profesan una determinada fe, si se quiere llegar a una resolución adecuada en justicia.

Uno de los puntos a resaltar en el análisis del art. 524 del Código penal viene determinado por el hecho de que parece que se da más importancia a la intención, por parte del legislador, de proteger los lugares con preferencia a los sentimientos religiosos de las personas o a los objetos o elementos sagrados en sí mismo considerados, de hecho, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 7 de junio de 2004<sup>71</sup>, en el caso relativo a imágenes aparecidas en la web donde se presentaba una fotografía de la Virgen de Triana junto a atributos masculinos, el juez señala que si fuera de aplicación el art. 208 del antiguo Código penal de 1973, que entendía aplicable este delito a quien ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos, sin ninguna especificación más, y el lugar en el que se realizaran solo se tenía en cuenta a la hora de la agravación de la pena, el caso juzgado se entendería como incluido en ese tipo penal, sin embargo, la expresa mención del lugar en el art. 524 del CP del lugar en el que dicho acto se debe llevar a cabo, como condición indispensable para que los actos juzgados pudieran calificarse de profanación, hacía inviable la aplicabilidad de este ilícito penal. Resulta paradójico que el lugar sea el criterio determinante para fijar la existencia o no de una profanación, cuando lo que en verdad es importante es el trato que de algo sagrado se haga sin el debido respeto, como sin duda acontece con el uso que se lleva a cabo de una imagen sagrada como es la Esperanza de Triana.

Un supuesto específico que reafirma lo hasta ahora argumentado, y que ha sido un caso de enorme repercusión mediática y de gran ofensa y dolor para muchísimos creyentes, lo constituye la obra del artista Abel Azcona, titulada «Desenterrados» y expuesta en el interior del Monumento a Los Caídos de Pamplona, el 20 de noviembre de 2015. Para recrear una de las obras de la exposición, el citado autor asistió a misa en numerosas ocasiones, simulando comulgar y guardando, para uso privado, 242 hostias consagradas que extrajo del templo en el que se celebraba la eucaristía. Con ellas formó la palabra «pederastía», con la intención, como afirmó el propio Abel Azcona, de denunciar una situación que estaba aconteciendo en el seno de la Iglesia.

El titular del Juzgado de Instrucción número 2 de Pamplona, frente al que se interpuso denuncia, archivó la causa porque descartó la existencia de delitos contra los sentimientos religiosos y de odio. Para el juez, resulta acreditado que el investigado aplicó a dichas formas un uso profano, pero añade que ello no es suficiente para apreciar la existencia de delito, ya que dicha conducta no se

---

<sup>71</sup> Sentencia de la audiencia Provincial de Sevilla, 353/2004, de 7 de junio de 2004.

realizó en un lugar destinado al culto –un templo o iglesia– ni en una ceremonia religiosa. De igual forma, respecto al delito de odio imputado, concluye que «en ningún caso puede considerarse que la obra ejecutada por el querellado sea idónea para fomentar, promover o incitar al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, en este caso la Iglesia Católica o sus miembros, pues ni siquiera en la obra objeto de valoración el autor propone a quienes la observen acción alguna a tomar en relación a la realidad que denuncia, más allá de la de tomar conciencia o posicionarse respecto de la lacra de la pederastia». El juez relata que lo expuesto en la sala de la plaza de la Libertad «fueron cuatro fotografías en las que se veía al investigado conformando sobre una superficie colocada sobre el suelo la palabra ‘pederastia’ con unos objetos blancos y redondos de pequeñas dimensiones». En ningún lugar de la exposición, continúa el juez, se indicaba que la palabra «pederastia» se había formado con formas consagradas. Realmente es necesario hilar muy fino, como hace el magistrado, para obviar la realidad de los hechos, cuando el mismo autor de la obra había reconocido que la palabra «pederastia» la había formado con las hostias consagradas extraídas de las eucaristías a las que asistió como fiel.

Contra el auto desestimatorio de 10 de noviembre de 2016 del Juzgado de Instrucción número 2 de Pamplona, la Fiscalía interpuso un recurso de apelación, al entender que existían indicios racionales de criminalidad para proceder contra Azcona. A tal efecto considera que las formas utilizadas en la exposición «necesariamente han de obtenerse en un templo y participando en una ceremonia religiosa, pues en otro caso, no tendrían la condición de consagradas». En concreto, explica que el artista utilizó las redes sociales, como Facebook o Twitter, para señalar el origen de las formas consagradas «con el desprecio que con ello demostraba hacia uno de los elementos más sagrados para la religión católica». Además, el fiscal añade que le dio esta publicidad para «crear la controversia y fomentar, no solo la asistencia de público a su exposición, sino también aumentar el valor económico que la plasmación de la performance realizada podría tener». Por ello, considera que el artista ha incurrido en un delito contemplado en el artículo 524 del Código penal.

Por otro lado, también señala que el artista ha cometido un delito contemplado en el artículo 525 del Código penal, para el cual resulta necesario que el escarnio afecte a dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa y, en este caso, afirma que afecta a uno de los elementos más fundamentales de la religión católica, como es la forma consagrada que se recibe en la comunión.

El fiscal precisa que resulta patente que Azcona «ha hecho escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de la religión católica, dado que se afir-

ma tajantemente que los objetos utilizados para la inicial formación de la obra se trataba de hostias consagradas en misas». También considera que existe vejación pública de los que profesan esta fe, como consecuencia de los comentarios vertidos por él mismo en sus perfiles de Twitter y Facebook<sup>72</sup>.

La Sección Primera de la Audiencia de Navarra confirmó el archivo de la querrela interpuesta señalando, al efecto, que se descarta la existencia de delitos contra los sentimientos religiosos y de odio, y sostiene que el Código penal sanciona actos de profanación en templos y ceremonias religiosas, algo que no ha sucedido en este caso, y a quienes para «ofender» los sentimientos de una confesión religiosa hacen «públicamente» escarnio de dogmas, creencias, ritos y ceremonias, o para «injuriar» vejan «también públicamente» a quienes los profesan o practican, pero no se refiere a expresiones con finalidad crítica o polémica. El fallo precisa, así, que la performance es una muestra escénica en la que «la provocación o el asombro juegan un papel principal, así como el sentido estético», y en la obra artística en litigio, según el tenor literal del texto de la exposición, se pretendía «atraer la atención sobre los casos de pederastia en el seno de la Iglesia católica», sin que por ello se le considere autor en su conjunto del delito<sup>73</sup>.

Si profanar significa tratar algo sagrado sin el debido respeto o aplicarlo a usos profanos que duda cabe de que la acción de Abel Azcona cumple con todos los requisitos. En primer lugar, si bien el destino final de las 242 formas consagradas de las que se apropió simulando en sendas eucaristías que se acercaba a recibir la comunión, era dar forma a un performance en la que se podía leer la palabra «pederastia», sin embargo, como muy bien puede verse en un vídeo al que se puede acceder en youtube, el sr. Azcona se acerca a comulgar simulando ese hecho, para posteriormente guardar la forma consagrada en su bolsillo. Es claro que el acto más sagrado para la fe católica, que es la presencia real de Cristo en la eucaristía, y que tiene por fin, para quien recibe la comunión, participar de la gracia que ese sacramento lleva consigo para el alma del creyente, no se dio en ningún momento en las diferentes participaciones del sr. Azcona en las eucaristías a las que asistió. Parece obvio que esa conducta está en clara consonancia con el canon 1367 que refiere que «quien arroja por tierra las especies consagradas, o las lleva o retiene con una finalidad sacrílega, incurre en excomunión *latae sententiae* reservada a la Sede Apostólica». El segundo requisito exigido por el artículo 524, que se lleve a cabo en un templo, lugar destinado al culto o ceremonia religiosa, también se da en el presente caso, pues

---

<sup>72</sup> Diario de Navarra en '[goo.gl/zXhEczcontent](http://goo.gl/zXhEczcontent)', consultada el 30 de mayo de 2018.

<sup>73</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Navarra 146/2016, de 6 de mayo de 2016.

la apropiación de la forma consagrada, aunque su fin posterior sea otro, se lleva a cabo en dicho lugar. Y finalmente, respecto de la intención de ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa tampoco puede darse que aconteció, pues en una entrevista realizada a Abel Azcona y que aparece recogida en el anteriormente citado vídeo de youtube<sup>74</sup>, ante la pregunta de un periodista sobre si su decisión era coger esas formas consagradas, el autor del performance responde: «me importaba que tuviese ese valor para ellos (los católicos)». Si conoce el valor de la eucaristía para los cristianos, ¿puede negarse la intención de dañar los sentimientos religiosos? ¿Acaso no es sabedor de que el acto que está llevando a cabo, al realizarse en un templo cristiano, tiene una naturaleza profanadora?

En relación con el elemento del dolo, que el tipo penal del art. 524 recoge, se han de precisar dos aspectos fundamentales: en primer lugar para que se entienda que este dolo existe el sujeto tiene que actuar con un total desprecio o desdén hacia las creencias religiosas de ciertas personas, mostrando arrogancia, altivez o soberbia hacia ellas por dicho motivo; en segundo lugar, para demostrar la intención de menospreciar o dañar los sentimientos religiosos de terceros se ha de recurrir a una prueba indirecta o indiciaria que demuestre dicha finalidad<sup>75</sup>.

Frente a estos criterios cabe preguntarse si para que pueda hablarse de profanación es necesario demostrar que la intención del autor de la acción sea profanar sin más. Parece que no, ya que cuando se realiza dicha acción, además de la publicidad que pueda buscarse con ella, es indudable que se puede deducir que hay una intencionalidad clara, ya que el sujeto no solo conoce el sentido trascendente que para el creyente poseen determinadas espacios u objetos, sino que se determina a poner en práctica su libertad de expresión en un lugar concreto o en relación a unos objetos considerados sagrados para una determinada fe, y no en otro lugar cualquiera o a través de otros medios que no tienen por qué ofender los sentimientos religiosos de terceros. Nadie que manifieste una posición discrepante con la Iglesia católica sobre una materia determinada es ajeno al hecho de conocer lo que para un católico implican los lugares y objetos sagrados, por lo que realizar una acción, sabiendo lo que la misma conlleva para los sentimientos religiosos de los creyentes, por más que se justifique que no se realiza con la intención de ofenderlos, se trata de un hecho objetivo del cual se conocen sus consecuencias, por lo que indirectamente se demuestra la intención de dañar dichos sentimientos. Si todo se encauza a la

---

<sup>74</sup> Vídeo en youtube: «La mayor vejación de la historia de España no puede quedar impune», en 'goo.gl/EnCVE8', consultada el 30 de mayo de 2018.

<sup>75</sup> ROCA DE AGAPITO, L., «El delito de profanación como ejemplo de un derecho penal sentimental», *op. cit.*, pp. 187-191.



intencionalidad de ofender del sujeto que realiza la acción, difícilmente podría probarse nunca la existencia de un ilícito penal, pues bastaría la palabra del sujeto reivindicador de que nunca tuvo intención de dañar los sentimientos religiosos de nadie, sino exclusivamente expresar libremente una idea, reivindicación o creación artística, para justificar su comportamiento.

Otro ejemplo de cómo la jurisprudencia camina por senderos opuestos a la argumentación defendida es el Auto de 23 de junio de 2016 del Juzgado de Instrucción n.º 16 de Valencia, en el que se sobreseen las actuaciones derivadas de un cartel que convocaba a una manifestación del orgullo gay en el que aparecían dos imágenes de la Santísima Virgen en su advocación de los Desamparados y Montserrat besándose en actitud lésbica. La argumentación del tribunal se basó en que la intención no podía deducirse de las imágenes y opiniones difundidas<sup>76</sup>. ¿Realmente puede defenderse el argumento de que no hay intención de herir los sentimientos religiosos de los creyentes, cuando se sabe que con dicho cartel se viola no solo un dogma de fe para los católicos que defiende la virginidad de María, sino que se utiliza lo sagrado para ridiculizar unas creencias, aunque ello sea para reivindicar una idea que podría haberse defendido sin ofender sentimientos religiosos de terceros? Por más que quiera conferírsele al arte un propio código interpretativo, o que se subraye el carácter transgresor y subversivo que se supone debe conllevar para ser considerado como una creación artística, no puede justificarse que todo ello se haga a costa de perjudicar la fe de los creyentes.

A ambos casos puede aplicarse la reflexión realizada por Gamper Sachse en relación con los hechos acaecidos tras la publicación de una caricaturas de Mahoma por el Diario Charlie Hebdo, al señalar que «la libertad de expresión es el concepto clave blandido por los periodistas para defender su trabajo. Pero no es una libertad de expresión formal o absoluta la que esgrimen, sino una libertad de expresión adecuada a una finalidad determinada. Y es que la libertad de expresión no es un valor en sí mismo. No puede ser mencionada como justificación de cualquier afirmación. La libertad de expresión en las sociedades democráticas tiene un valor porque sirve a una finalidad democrática y, cuando no persigue esa finalidad, pierde su legitimidad. Los periodistas decían que tal vez hirieron los sentimientos religiosos de alguien, pero afirmaban que ésa no era la finalidad perseguida, sino que era otra: discutir sobre el silencio que los occidentales mantenían ante el Islam. Sin embargo, esa finalidad democrática

---

<sup>76</sup> MINTEGUA ARREGUI, I., «La expresión artística y la tutela de los sentimientos religiosos», *op. cit.*, p. 209.

quedó oscurecida por la finalidad económica y comercial que, indudablemente, está en el trasfondo de toda la cuestión de las caricaturas»<sup>77</sup>.

La libertad de creación artística va a gozar de una protección que prácticamente la sitúa en un ámbito de inmunidad, ya que se considera que debe de ser entendida en el contexto de un código propio, lo que implica que solo dentro de ese código pueda ser interpretada. Junto a ello, se parte de la idea de que toda obra artística lleva consigo la necesidad de apostar por una línea de transgresión que la sitúa en un contexto de vanguardia en la sociedad. El problema viene dado cuando dicha obra se inserta en el contexto de la sociedad y debe someterse a los mismos criterios jurídicos y sociales que el resto de instrumentos en juego. Así, cuando «la transgresión como reclamo comercial es tachada ‘desde fuera’ como violación de sentimientos religiosos, la alegación resultará clara: ‘estamos haciendo arte, no intentamos insultar ni dañar a nadie’. En este caso, la hipotética lesión de intereses nos sitúa ante una *probatio diabólica*: se tendrá que demostrar que había intención de insultar o dañar»<sup>78</sup>.

El periodista Juan Manuel de Prada, en uno de sus artículos titulado «Yo no soy Charlie Hebdo» y publicado en el Diario ABC el 12 de enero de 2015, reflexionaba sobre el hecho de que la libertad de expresión había sido hasta tal punto sacralizada, que se había arrogado el derecho a la blasfemia de las religiones con total impunidad por parte de la opinión pública y de los diferentes órganos de la Administración<sup>79</sup>. Esta conclusión, que no deja de ser cierta si se contempla desde una perspectiva objetiva e imparcial en nuestra sociedad actual, se da de manera más plena cuando la libertad de expresión se orienta hacia la creación artística, por los argumentos anteriormente señalados relativos al propio código interpretativo que se aplica al arte y el carácter subversivo y reivindicativo que se le supone.

No cabe duda que el arte, que tanto contribuye al bien, la belleza, la verdad y el desarrollo del espíritu humano, puede ser considerada hoy en día como «la niña mimada» de la libertad de expresión en lo que se refiere a su inmunidad y al alto grado de protección que adquiere en su relación con otros derechos. Sin embargo, no se puede obviar que las formas a través de las cuales esa creación se manifiesta tienen mucho que decir al respecto, pues la denuncia, la manifestación de ideas, la crítica a determinadas creencias no pueden utilizar «el arte

---

<sup>77</sup> GAMPER SACHSE, D., «Los sentimientos religiosos en los medios de comunicación: estereotipos, libertad de expresión y espacio público democrático», en AA. VV., *Medios de comunicación y pluralismo religioso*, en 'goo.gl/CcxApBcontent', consultada el 15 de mayo de 2018, p. 68.

<sup>78</sup> PALOMINO LOZANO, R., «Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto», en *op. cit.*, p. 42.

<sup>79</sup> DE PRADA, J. M., en 'goo.gl/EZttNPcontent', consultada el 20 de abril de 2018.

por el arte» para ofender los sentimientos religiosos de terceros, máxime a sabiendas de que con estas obras están menoscabando los derechos de terceros, por más que jurídica y jurisprudencialmente se quiera obviar la realidad objetiva de un dolo que en ningún caso es ajeno a la intención del autor, ni puede imputarse a su ignorancia.

## 6. EL DELITO DE ESCARNIO, ¿UNA *FICTIO IURIS*?

El delito de escarnio, recogido en el art. 525.1 del CP<sup>80</sup>, presenta una dificultad esencial, que influye de manera determinante en el hecho de que tras la reforma del Código penal no se haya pronunciado la jurisprudencia española, en ningún caso, a favor de su existencia. ¿Dónde reside la dificultad para que este ilícito penal, en la práctica, sea aplicable? En el elemento subjetivo, es decir, la intención del autor de dañar, hasta tal punto de que la dura exigencia de esa prueba ha convertido a esta figura jurídica en una *fictio iuris*.

Este delito requiere, para que pueda darse, por un lado, que una expresión haya causado ofensa en los sentimientos religiosos y, por otro, que quien la profiere lo haga con el ánimo de ofender. La mayor parte de la jurisprudencia española se ha decantado por entender que, más allá de que las expresiones emitidas puedan considerarse ofensivas, ha de quedar probada la intención del autor, aspecto que difícilmente puede asegurarse con una mínima garantía jurídica. Sin embargo, es difícil entender que una expresión considerada objetivamente ofensiva para herir los sentimientos religiosos de la generalidad de los creyentes de una determinada confesión, y con la que no se busque una creación artística o la expresión de ideas que contribuyan al debate público y al interés y bien común de la sociedad, no pueda considerarse como contraria a los derechos de terceras personas y, por tanto, limitable jurídicamente, más allá del debate de si dicha restricción se ha de llevar a cabo por medio del ámbito penal o del civil<sup>81</sup>.

Como señala Combalía Solís, «si lo que se busca es la no penalización del escarnio religioso, más que una deficiente interpretación del precepto, convendría una nueva redacción del mismo, reconduciéndolo a los delitos de incita-

---

<sup>80</sup> «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».

<sup>81</sup> COMBALÍA SOLÍS, Z., « Los conflictos entre libertad de expresión y religión: tratamiento jurídico del discurso del odio», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 31, 2015, pp. 367-369.

ción al odio o imponiendo unos requisitos más estrictos para su penalización, como la gratuidad de la ofensa y su especial gravedad. Más allá de estos supuestos, quizás convendría trasladar estas conductas del ámbito penal al de la responsabilidad civil o administrativa. La reforma debería acompañarse de un proceso de formación de los operadores jurídicos y otros profesionales afectados, de modo que tengan una visión de conjunto y un conocimiento de la realidad social en esta materia que les facilite el cumplimiento de su difícil tarea, teniendo en cuenta que tanto la libertad de expresión como la de creencias, son pilares que sustentan la convivencia democrática, máxime en nuestras sociedades de creciente diversidad cultural»<sup>82</sup>.

No cabe duda de que la prioridad que en la sociedad actual se confiere a la libertad de expresión sobre la libertad religiosa es tan grande que si ambos derechos pueden ser considerados como los pilares fundamentales de toda sociedad democrática ésta queda del todo desequilibrada. No podrá entenderse hasta qué punto un ejercicio irresponsable de la libertad de expresión puede vulnerar los sentimientos religiosos de las personas y su propia dignidad si aquellos que tienen por tarea aplicar el derecho a los casos concretos no son conscientes, desde una posición de neutralidad, por falta de formación, o por criterios fuertemente ideologizados, de la trascendencia de las continuas violaciones que sobre los sentimientos religiosos se están operando en nuestra sociedad actual.

Sin embargo, en relación con este delito surge la siguiente pregunta: si el bien jurídico protegido son los sentimientos religiosos, ¿si no existe burla, befa o no hay dolo, quiere con ello decirse que no se hieren los sentimientos religiosos? Hacer derivar los efectos dañinos de un acto para un creyente de aspectos formales constitutivos de un tipo delictivo debe hacer pensar al legislador si las condiciones objetivas fijadas en la norma se corresponden o no con un criterio de justicia y adecuadas a la realidad de los casos concretos. La verdadera dificultad de este tipo penal del escarnio residirá, normalmente, en probar el *animus injuriandi* por parte del sujeto activo, lo que llevará como consecuencia la impunidad de expresiones que violan los sentimientos religiosos de terceras personas, más allá de la existencia de una intencionalidad o no por parte del sujeto. La realidad objetiva y el resultado de la acción, herir los sentimientos religiosos de personas creyentes, debería primar sobre la realidad subjetiva o intencionalidad del sujeto activo, o al menos, que se diera la posibilidad de un delito de escarnio de los sentimientos religiosos por imprudencia, ya que de lo que no cabe duda es de que una persona, en su sano juicio, es capaz de discer-

---

<sup>82</sup> *Ibidem.*, pp. 378-379.

nir de manera adecuada si su acción va a causar o no daño en los sentimientos religiosos de terceros, por más que su intención no sea que este daño se produzca. Si bien el art. 7 del Código penal refiere que «las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley»<sup>83</sup>, ello no es óbice para que el legislador pudiera modificar el precepto penal, pero eso solo sería posible si llegara a ser consciente de la gravedad de lo que herir los sentimientos religiosos de una persona creyente implica para su vida.

Frente a aquellos autores que defienden que el delito de escarnio es un delito de resultado y no de mera actividad, donde tales resultados han de ser objetivamente captados por cualquier persona, no pudiendo ser fruto de una percepción subjetiva del sujeto creyente<sup>84</sup>, hay que oponer que la justicia no solo ha de buscarse desde una perspectiva objetiva, ya que con ello se estaría dando pie a una «deshumanización de las normas jurídicas», que solo pueden dar frutos de justicia cuando se toma en consideración el contexto y el ámbito concreto de un determinado caso, de manera que el que una persona no creyente no estime que la forma en la que un sujeto expresa sus ideas pueda resultar ofensiva para los sentimientos religiosos de terceros, no quiere decir que para la persona creyente no sea así.

Por ejemplo, si la letra de una canción y su videoclip correspondiente trataran de acercarse a los horrores de la guerra, la tortura o el sufrimiento humano, y en ese contexto se aludiera al crucifijo, podría interpretarse el uso de este recurso en el sentido de subrayar el sentido del dolor, ahora bien, si esa canción o videoclip tiene por finalidad criticar una determinada religión o sus dogmas de forma burlesca, sí que podría interpretarse el uso que se haga del crucifijo como una intención de escandalizar u ofender a los adeptos de esa confesión religiosa<sup>85</sup>. Por ello, para justificar adecuadamente los límites a los que ha de sujetarse la libertad de expresión se deberá tener en cuenta, a la hora de valorar las expresiones emitidas, no lo que éstas impliquen para el sujeto que las manifiesta, sino cómo afectan al sujeto que las percibe, en función del papel que la religión juega en su vida<sup>86</sup>.

La jurisprudencia, tradicionalmente, ha venido entendiendo que para que una expresión pueda considerarse contraria a la libertad religiosa no solo ha de ofender los sentimientos religiosos, sino que ha de hacer, también, escarnio de los dogmas y creencias de una confesión y se ha de llevar a cabo con la inten-

---

<sup>83</sup> Art. 7 del Código penal, en 'goo.gl/VvDsW4', consultada el 29 de abril de 2018.

<sup>84</sup> FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «Reflexiones acerca del tradicional delito de escarnio de los sentimientos religiosos», *Derecho y religión*, Vol. XII, 2017, p. 164.

<sup>85</sup> MINTEGUA ARREGUI, I., «Libertad de expresión artística y sentimientos religiosos», *op. cit.*, p. 581.

<sup>86</sup> PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., «Hecho religioso y límites a la libertad de expresión», *op. cit.*, p. 221.

ción manifiesta de ofender<sup>87</sup>. Recientemente, y solo a modo de ejemplo, el actor Willi Toledo, el pasado 5 de julio de 2018, hacía las siguientes declaraciones en su cuenta de Facebook, en defensa de tres mujeres a las que se había abierto juicio oral por organizar la que ellas mismas denominaron «procesión del coño insumiso» y que recorrió varias calles de la ciudad de Sevilla: «me cago en Dios y me sobra mierda para cagarme en el dogma de la santidad y la virginidad de la Virgen María»<sup>88</sup>. Frente a tales afirmaciones que llevan consigo una violencia verbal y una provocación y ofensa a los sentimientos religiosos se han abierto diligencias previas en el Juzgado de Instrucción n.º 40 de Madrid. No se puede obviar que la libertad de expresión no puede tener una dimensión de omnipotencia que le confiera carta de libertad para atacar las creencias y los sentimientos religiosos de terceros, sin que se oponga límite alguno a sus formas y contenidos, pues la libertad religiosa es también un derecho fundamental que goza de un ámbito de protección análogo, al menos, al que se aplica a la libertad de expresión.

¿Puede afirmarse que existe una doble vara de medir en relación con la libertad de expresión? Quizás habría que responder afirmativamente a esta cuestión, ya que «por un lado, se criminaliza el racismo, la homofobia, el antisemitismo, el negacionismo; no nos permitimos reírnos del hambre, o de la pobreza, las violencias de género o los enfermos. Hay temas intocables. Mientras que por otro lado excusamos todo tipo de injurias a la religión: todo se considera permitido»<sup>89</sup>. Esta misma idea es defendida por Navarro-Valls cuando afirma que «afrentas y provocaciones que no se aceptarían en materia de raza o de orientación sexual se admiten sin problema cuando se trata de religión»<sup>90</sup>. Como ejemplo de ello baste señalar los recientes sucesos acaecidos en las fiestas de carnaval 2018 de diferentes ciudades, donde claramente se critica la difamación que puedan sufrir determinadas personas o la discriminación que pudiera llevarse a cabo por motivos raciales, sin embargo, cuando la sátira se refiere al Papa o la burla se lleva a cabo sobre algo tan sagrado para los católicos como es la presencia real de Cristo en el sacramento de la eucaristía, todo queda bajo el amparo de una «divinizada» libertad de expresión que, si cabe, todavía alcanza cotas más excelsas en el contexto cómico y satírico de

---

<sup>87</sup> GARCÍA GARCÍA, R., «La libertad de expresión ejercida desde los derechos de reunión y manifestación en colisión con la libertad religiosa», *op. cit.*, pp. 34-37.

<sup>88</sup> Diario *El País*, en 'goo.gl/5obD3y', consultada el 25 de abril de 2018.

<sup>89</sup> TORRES SOSPREDA, D., «Sociedad de la información y libertad religiosa. Cuando la libertad religiosa se convierte en *hate speech*», *Anuario de Derecho Canónico*, n.º 6, 2018, p. 219.

<sup>90</sup> NAVARRO-VALLS, R., «Delito de odio y libertad religiosa», en 'goo.gl/KGJTsc', consultada el 4 de mayo de 2018.

esas fiestas<sup>91</sup>. Así, las diligencias que se abrieron contra «Sethlas» (Borja Casillas), en la que salía vestido de la Virgen y de Cristo crucificado, mientras pronunciaba frases con connotaciones sexuales o burlescas, fueron archivadas por la Fiscalía, pues entendía que no había intención de ofender, sino que más bien se trataba de una crítica «ácida» realizada en el contexto del carnaval, y se fundamentaba su decisión en que para que exista un claro ánimo de ofender no basta con que concurra un sentimiento de ofensa hacia un colectivo de creyentes, ya que ello conllevaría la aplicación del Código penal en base a la mayor o menor sensibilidad de quienes profesan una determinada religión. A ello se añade que en las bases del concurso de Queen del Carnaval de 2017 no se hace mención alguna de prohibiciones o límites en los contenidos de la actuación, a lo que suma las posteriores declaraciones del demandado afirmando que no era su intención ofender a nadie y que pedía disculpas por si alguna persona se pudiera haber sentido ofendida en sus sentimientos religiosos, pues solo pretendía provocar y generar polémica. Pese a todo lo alegado no puede obviarse que si bien la intencionalidad, como elemento subjetivo del tipo penal, pertenece al ámbito más íntimo de la persona, sin embargo, del tono de las palabras o de las expresiones gratuitamente ofensivas, innecesarias para la defensa de las ideas, se puede deducir un ánimo de ofender, burlarse o mofarse de los dogmas y contenidos de la fe católica<sup>92</sup>.

La libertad de expresión debe ser sopesada, y ha de ser ejercida con la debida responsabilidad a fin de propiciar el espíritu de tolerancia que debe regir en toda sociedad democrática, de respetar el derecho de los demás a sus creencias religiosas y de garantizar el orden público debido por medio de lo que podría denominarse una mínima «paz religiosa», pues como afirma Martí Sánchez «si el efecto de la libertad de expresión rectamente ejercida es ensanchar el caudal y la riqueza de la vida en común, su abuso o desnaturalización más bien estrecha y empobrece la convivencia»<sup>93</sup>.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia 267/2011 de la Sección 9.ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en la resolución de un litigio en el que se publicitaban carteles con expresiones ofensivas para la fe católica a fin de dar a conocer la convocatoria de una manifestación en la que se hicieron presentes dichos eslóganes, llegó a sostener,

---

<sup>91</sup> En sentido contrario Cfr. CALVO GONZÁLEZ, J., «Libertad de expresión y libertad cómica», *Dikaiosyne*, n.º 18, 2007, quien afirma que «la parodia sobre convicciones religiosas exige un dolo cualificado, esto es, capaz de sobrepasar la mera pretensión de irrisión, alcanzando el escarnio».

<sup>92</sup> MORENO BOTELLA, G., «La necesaria prueba de la intención en las ofensas a la religión», *Diario La Ley*, n.º 8980, 2017, pp. 5-6.

<sup>93</sup> MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.ª, «La difusión del discurso religioso y el ataque a las convicciones, ante la jurisprudencia del TEDH», *op. cit.*, p. 98.

en el FJ 7.º de su sentencia, que «aunque no se negase la intención de los convocantes de difundir un ideario ateo con valores de racionalidad, fomento del pensamiento crítico, libertad y responsabilidad individuales, rechazo de actitudes fundamentalistas, etc, ello se va a materializar mediante un castigo a la conciencia católica, haciendo daño a la misma y siendo consustancial a la propia convocatoria, la ofensa a la religión católica»<sup>94</sup>. En posteriores sentencias (213/2012 de 30 de marzo y 209/2014 de 14 de abril) el mismo Tribunal, ante supuestos similares, como la organización de procesiones ateas el día previsto para las procesiones católicas de Semana Santa, viene a priorizar la libertad religiosa frente a la libertad de expresión al entender que la relevancia de esos actos religiosos y el respeto a los derechos de terceros son razón justificada para restringir y limitar el derecho de libertad de expresión, de reunión y de manifestación de los demandantes. El uso de la expresión «castigo a la conciencia católica», utilizada en la primera de las sentencias mencionadas, resulta plenamente acertado por parte del Tribunal, ya que hace referencia a un ámbito en el cual el derecho muchas veces se niega a entrar, por entender que forma parte de la dimensión subjetiva de la persona y que no es conveniente regular jurídicamente en aras de alcanzar un mínima seguridad jurídica, sin embargo, no cabe duda que se puede llegar a una unanimidad en la consideración de que expresiones gratuitamente ofensivas, que no buscan transmitir ninguna idea, o que si lo hacen utilizan formas totalmente inadecuadas, puede considerarse como dañinas, con categoría de generalidad, a la conciencia de una confesión religiosa y de las personas que la profesan. Además, parece claro que con dicha resolución se consigue un doble objetivo que debería poder aplicarse a todos los conflictos derivados de la relación entre ambas libertades, por un lado garantizar el orden público o la paz social, así como un ambiente de tolerancia entre todas las creencias de una sociedad pluralista, y por otro, el hecho de que la libertad de expresión que se demanda para realizar una procesión atea, en los casos que nos ocupan, pudiera llevarse a cabo en otro horario distinto al previsto, o se pudiera garantizar del mismo modo esa libertad de expresión de ideas o reivindicaciones sin el uso de expresiones gratuitamente ofensivas, manteniendo el contenido, pero modificando las formas, a fin de que no se vulneraran los sentimientos religiosos de terceras personas.

Como afirma Martínez-Torrón, «la libertad de religión y de creencia requiere un clima de tolerancia y respeto, libre de ataques que puedan retraer a los ciudadanos de manifestar sus creencias sin intimidación... ya que las personas pueden elegir libremente exponer ideas cuya sustancia es ofensiva, pero

---

<sup>94</sup> Sentencia del TSJ de Madrid 267/2011, de 20 de abril de 2011.



también pueden escoger maneras ofensivas de articular sus ideas. En esta categoría podría situarse las denominadas «ofensas gratuitas»... Una expresión será gratuitamente ofensiva cuando no transmita ninguna idea o información, de manera que su finalidad exclusiva sea el insulto o la agresión verbal.»<sup>95</sup>.

Aunque es cierto que un posible abuso, a la hora de restringir la libertad de expresión, podría inhibir el ejercicio de esta libertad, y que cualquier abuso ha de ser desterrado del ámbito jurídico, no por miedo a restringir la libertad de expresión se puede apostar por una defensa a ultranza de la misma, cuando lo que está en juego son las creencias religiosas de las personas y su influencia determinante en la configuración de su propia dignidad, pues si mermar la libertad de expresión puede perjudicar el pluralismo o la democracia, menoscabar las creencias puede dañar a la persona en sí, y aun cuando todos han de aportar para construir una sociedad plural, esto se ha de hacer partiendo del respeto inalienable a la dignidad de la persona. Quizás una posible solución a parte del problema podría venir de la mano de una norma legal que prohibiera la difusión de ofensas contra la religión a través de los medios de comunicación, como radio o televisión, que se financian con fondos públicos<sup>96</sup>.

Toda esta reflexión no hace sino subrayar la idea, ampliamente defendida en la sociedad actual, de que la libertad de expresión, bajo pretexto de tratarse de un derecho fundamental para el desarrollo armónico de una sociedad democrática, goza actualmente de «carta de libertad», y que por más que teóricamente no deje de afirmarse que como todo derecho fundamental no goza de un carácter absoluto, sino que está sujeto a unos límites, con el transcurso de los años estos límites están siendo difuminados por la doctrina jurisprudencial, tanto española como europea, ya que cada vez resulta más complicado probarlos jurídicamente.

Es claro que no todo discurso puede limitarse sin violar con ello el legítimo derecho a la libertad de expresión, pero sí aquél que puede conducir a una imagen estigmatizada de las minorías<sup>97</sup>, lo que sucede con determinadas creencias religiosas, como el cristianismo en España, donde se está generando una especie de aversión a todo aquello que tiene que ver con una concreta visión del hombre y del mundo fundamentada en el evangelio y la doctrina de la Iglesia. En nume-

---

<sup>95</sup> MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, I, 2008, pp. 35-40.

<sup>96</sup> Vid. MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 42.

<sup>97</sup> Vid. COMBALÍA SOLÍS, Z., «Libertad de expresión y religión en Estados Unidos y en Europa: dos modos de entender la democracia», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n.º 45, 2017, p. 43.

rosas ocasiones esta situación se da porque una visión excesivamente individualista y liberal olvida la dimensión social y colectiva que ha de regir en todo ser humano, y mientras que desde la libertad de expresión se potencia dicha concepción individual y liberal, en la configuración social y jurídica de la libertad religiosa se busca omitir la dimensión social de la persona, reduciendo las creencias al ámbito de lo privado y mutilando uno de los aspectos fundamentales de este derecho de libertad inherente a la dignidad de todo ser humano y absolutamente necesario para su desarrollo y maduración como persona.

Un caso que traigo a colación por el interés de su fundamentación, dentro de la larga tradición de procesos incoados sobre esta materia, es el relativo a una serie de documentos gráficos que fueron incluidos en una página web, titulados «Esperanza de Triana» y en los que aparecía, como anteriormente se ha señalado en este artículo, la imagen de la Virgen junto a un órgano genital masculino. Interpuesta demanda por la Hermandad sevillana ante el Juzgado de Primera Instancia, éste, una vez estudiados los hechos, pronunció sentencia condenatoria. Recurrida ésta ante la Audiencia Provincial de Sevilla, el 7 de junio de 2004, su Sección 4.<sup>a</sup> estimó el recurso presentado y revocó la sentencia apelada<sup>98</sup>. Para ello basa su decisión en dos aspectos fundamentales: la defensa de la idea que se pretende transmitir con la obra y que ha de ser amparada por la libertad de expresión, y la falta de dolo específico para herir los sentimientos religiosos. Que duda cabe que el fundamento jurídico de esta sentencia no deja de ser peligroso, pues partiendo de esta argumentación se podría justificar cualquier tipo de representación considerada como artística, por ofensiva o grosera que fuera, aduciendo la intención del autor de manifestar sus ideas y negando la existencia de un dolo específico que pretendiera herir los sentimientos religiosos de nadie. La argumentación jurídica de la Audiencia sevillana comienza reconociendo que la composición de imágenes y el texto que las acompaña constituye una ofensa y un insulto, y que el proceder utilizado para realizar la crítica por parte del autor es burdo, simplista y carente de cualquier virtud intelectual apreciable. Como varias de las resoluciones judiciales sobre la materia, comienza el tribunal reconociendo que el caso que se le presenta hace uso de unos medios y formas inapropiados para el ejercicio de la libertad de expresión, sin embargo, y a renglón seguido, señala que, pese a todo no advierte qué dogmas, creencias, ritos o ceremonias de la religión católica se desprecian con los hechos citados. Resulta casi burlesco que un magistrado de una Audiencia Provincial, que ha de enjuiciar los casos ateniéndose a las circunstancias concretas que los rodean no se haya informado adecuadamente para poder respon-

---

<sup>98</sup> Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla 353/2004 de 7 de junio de 2004.

der a esa apreciación, pues evidentemente las fotografías que aparecen en la web tienen una relación íntima con la defensa de la virginidad y pureza, que la Iglesia católica defiende como creencia fundamental, en relación con María, Madre del Señor. Por otro lado, al manifestar explícitamente que «la obra carece de cualquier virtud intelectual apreciable» se está reconociendo su incapacidad para aportar beneficio alguno al conjunto de la sociedad. Más adelante afirma que el apelante «utiliza una conocida imagen para escandalizar y provocar una polémica que difícilmente conseguiría con el uso de una imagen no religiosa». En el fondo, el proceder del Tribunal casi está reconociendo e incitando implícitamente a otras personas con un slogan que parece indicar: «si realmente tiene usted algo que reivindicar, haga un uso indecente de una imagen religiosa, porque ello le servirá de altavoz para generar una polémica y una publicidad de sus ideas que en caso contrario no conseguirá». ¿Realmente es necesario generar polémica con el uso inapropiado de imágenes religiosas, como único cauce para promover el diálogo sobre un tema concreto o reivindicar una idea cuyo autor considerara que fuera de interés destacar? Esta pregunta plantea una cuestión que no podemos obviar, y es que si el cauce para manifestar una determinada idea solo puede ser el insulto y desprecio de creencias o imágenes religiosas, con dicha acción no solo se está perdiendo ya en sí la fuerza de la razón, sino que también se está dejando al descubierto la incapacidad de una sociedad, que se presupone madura y democrática, para generar opiniones plurales y diálogos fecundos, a través de medios que no sean ofensivos para los sentimientos religiosos de los creyentes.

No tiene inconveniente en reconocer el magistrado que el artículo objeto de litigio ofende los sentimientos religiosos, no solo de los cofrades de dicha Hermandad, sino de muchos otros creyentes, pero eso parece que importa poco, pues se subsume en el hecho de que no se advierte intención por parte del autor de los hechos, sino solo un proceder que lleva consigo una crítica burda e innecesaria. Me remito, al efecto, a todo lo que anteriormente se ha explicado en torno a lo que se podría denominar «dolo genérico», que sin duda también resultaría de aplicación a esta argumentación judicial.

Un cambio de posicionamiento en la materia viene de la mano de la reciente sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Jaén, el 7 de febrero de 2018<sup>99</sup>, en la que se juzga a un joven por haber publicado en abril de 2016 una foto en Instagram de la imagen de Jesús Despojado, titular de la Hermandad de la Amargura, en la que manipuló el rostro de dicha imagen haciendo figurar en ella su propia cara, y acompañando esa composición fotográfica con

---

<sup>99</sup> Sentencia Juzgado de lo Penal n.º 1 de Jaén 59/2018 de 7 de febrero de 2018.

un texto en el que se decía: «sobran las palabras, la cara lo dice todo, makiaveli soy tu Dios». En su sentencia el magistrado afirma que con este acto el demandado manifiesta un desprecio y mofa de una imagen sagrada, todo ello con el propósito de ofender los sentimientos religiosos de los miembros de la Cofradía, y señala que al ejecutar de propia mano esa composición fotográfica pone de manifiesto su conocimiento y voluntad. Hay tres palabras recogidas en el texto de la sentencia que ponen de manifiesto el *animus injuriandi* del demandado y que se resaltan en la sentencia: propósito, conocimiento y voluntad. Todas ellas acentúan el dato de que el autor del caso en cuestión conoce lo que está haciendo, así como las consecuencias que su acción puede tener; sabiendo todo ello, consciente y libremente lo lleva a cabo, ejerciendo con ello su voluntad libremente y finalmente, el propósito de todo ello, sabiendo lo que la imagen de Jesús Despojado implica para los sentimientos religiosos y la fe y devoción de los miembros de la cofradía, no es otro que dañar, pero es más, aunque el propósito no fuera ese, lo que está claro, al hilo de la argumentación defendida a lo largo de este punto, es que objetivamente era consciente de que su acción resultaba dañina a los sentimientos religiosos de muchos cofrades, lo que más allá de que subjetivamente fuera o no su intención dañar esos sentimientos religiosos, lo que no puede negarse es que aun conociendo lo que su acción conllevaba para los derechos de terceras personas la llevó a cabo, y no tuvo, en ningún momento, intención de manifestar su pretensión de una forma distinta y respetuosa con la fe y devoción de terceras personas, a lo que, desde luego, hay que añadir que lo pretendido con esa distorsión de la cara de Jesús no constituía ningún beneficio al bien de la comunidad, sino todo lo contrario, llevaba consigo una distorsión de la paz social y del clima de tolerancia y respeto que debe mediar en el ámbito de las relaciones sociales.

## 7. CONCLUSIONES

Siguiendo el mismo itinerario del TEDH, la jurisprudencia española ha dado prioridad a la libertad de expresión sobre la libertad religiosa. ¿Por qué se da esta situación? Quizás porque en la sociedad actual, a diferencia de lo que sucedió cuando surgieron las grandes Declaraciones de derechos, en las que el derecho a la libertad religiosa era entendido como el primer derecho del hombre, junto al derecho a la vida, se vincula íntimamente democracia y libertad de expresión, lo que lleva consigo la necesidad de salvar este derecho a toda costa, por lo que cualquier límite que sobre él se imponga se interpreta como una merma al sistema democrático, de manera que la libertad religiosa queda en una situación de infe-

rioridad en su relación con la libertad de expresión. No debería existir una jerarquía entre ambas libertades, ya que implican derechos fundamentales que deben gozar de idéntica protección, de manera que los conflictos que pudieran surgir entre ellos habrían de ser resueltos de manera razonada y ponderada, teniendo siempre presentes las circunstancias concretas de cada caso.

¿Cómo solucionar este desequilibrio? Acudiendo a mecanismos de protección que, sumados a los que ya ofrece el sistema penal español, hagan efectiva la concordia entre ambas libertades. Así, por ejemplo la protección de la libertad religiosa podría venir también por el cauce del art. 14 de la CE que garantice la tutela frente a la no discriminación, ante mensajes o expresiones que pudieran implicar un trato diferenciado y excluyente respecto de los miembros de una confesión religiosa en relación al resto de la sociedad. También podría tenerse presente el recurso a los derechos de propiedad industrial e intelectual a la hora de proteger los símbolos religiosos que constituyen el patrimonio de una Iglesia, comunidad religiosa, cofradía, etc, como fue el caso del uso irrespetuoso de la imagen de la Macarena de Sevilla, por parte de una publicación, «Mongolia», que la presentaba revestida de un cinturón con explosivos, y respecto del cual el tribunal decretó su uso indebido, no autorizado y de carácter lucrativo al estar registrada dicha imagen en la Oficina Española de Patentes y Marcas<sup>100</sup>. A todo ello habría que añadir la necesidad de un avance en la promoción de la tolerancia religiosa, a través de políticas educativas, formativas y culturales adecuadas. Por otro lado, la configuración de instrumentos de autorregulación en los medios de comunicación y redes sociales a la hora de abordar la temática religiosa<sup>101</sup> aportaría un criterio importante, pues como defiende Gutiérrez del Moral, «sería de gran interés la existencia de un código deontológico, o un código de contenido ético que permitiera conocer los límites de la libertad de expresión, o sirviera para indicar unas líneas o principios a seguir que garantizaran el ejercicio de ese derecho sin menoscabo de la libertad religiosa de aquellos que reciben las opiniones o informaciones. Un código que incluyera unas pautas de buenas maneras para evitar ofensas gratuitas»<sup>102</sup>. La propia Resolución 71/195 de 19 de diciembre de 2016 de la Asamblea general de Naciones Unidas refiere, en resumen de Rodríguez Blanco lo que sigue: «el debate de ideas público y abierto, así como el diálogo entre religiones, confe-

---

<sup>100</sup> PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., «Hecho religioso y límites a la libertad de expresión», *op. cit.*, pp. 237-239.

<sup>101</sup> *Ibidem.*, p. 257.

<sup>102</sup> GUTIÉRREZ DEL MORAL, M.ª J., «Libertad religiosa y medios de comunicación: derecho de acceso y protección de la libertad religiosa», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 19, 2009, p. 30.

siones y culturas a nivel local, nacional e internacional, pueden ser las mejores formas de protección contra la intolerancia y el odio religioso, ya que pueden contribuir a superar las percepciones erróneas que existen. Es necesaria la existencia de una conciencia a nivel mundial de las graves consecuencias de la incitación a la discriminación y la violencia, por lo que será necesario desarrollar sistemas educativos que promuevan todos los derechos humanos y las libertades fundamentales e impulsen la tolerancia de la diversidad religiosa y cultural, lo cual es esencial para fomentar sociedades multiculturales, tolerantes, pacíficas y armoniosas»<sup>103</sup>. La discusión y el diálogo sería, sin duda, un elemento indispensable para conferir al término laicidad un significado auténtico, a fin de que no degenerara en un «laicismo agresivo», entendido como una ideología no solo negativa y radicalmente restrictiva respecto de las manifestaciones religiosas, sino beligerantemente antirreligiosa<sup>104</sup>. Otra posibilidad que se presenta sería recurrir también a la vía civil, pues el art. 7 del Código civil<sup>105</sup> señala que los derechos se han de ejercitar siempre de buena fe y sin un abuso en su desarrollo que sobrepase los límites normales, ocasionando daños a terceros, en cuyo caso estaría justificada la correspondiente indemnización<sup>106</sup>.

La respuesta de la jurisprudencia española a los diversos supuestos que se le han ido planteando en torno a los artículos del Código penal que abordan el tema de la religión, ha sido diferente según los tipos, tal y como se ha tratado de explicar en este ensayo. El art. 510 relativo al discurso del odio recoge un tipo delictivo al que la jurisprudencia apenas ha prestado la atención necesaria. Quizás la consideración de que estamos en un país democrático, donde la historia pasada haya podido servir de enseñanza para evitar errores similares en el presente, invite a pensar que la incitación al odio o la violencia no tienen ya lugar en nuestro tiempo, sin embargo, los hechos señalan lo contrario, ya que los informes más recientes de organismos independientes ponen de manifiesto que la

---

<sup>103</sup> RODRÍGUEZ BLANCO, M., «La prohibición de la difamación de las religiones en el derecho internacional: ¿una noción inoperante?», *op. cit.*, p. 21.

<sup>104</sup> CAMPS CERVERA, V., «Laicidad y religión en el espacio público», en AA. VV., *Medios de comunicación y pluralismo religioso*, en 'goo.gl/srm9ZJcontent', consultada el 12 de mayo de 2018, p. 21.

<sup>105</sup> Art. 7 Código civil: 1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso, en 'goo.gl/4rW5mjcontent', consultada el 25 de abril de 2018.

<sup>106</sup> GARCÍA GARCÍA, R., «La libertad de expresión ejercida desde los derechos de reunión y manifestación en colisión con la libertad religiosa», *op. cit.*, p. 46.

tendencia a conductas intolerantes que pueden degenerar, como ya se ha visto, en acciones violentas, va en ascenso, lo que sin duda debería hacer que los tribunales españoles se tomaran este asunto más en serio a sabiendas de que, aunque en la mayoría de casos esos discursos de odio no devengaran en acciones violentas, sí que pueden generar una aversión interior en las personas y un clima de intolerancia que dificultan sobre manera una convivencia social pacífica.

El art. 523 CP, que refiere los supuestos de delitos derivados de la interrupción de ceremonias religiosas, quizás sea el tipo penal que menos problemas haya planteado a la jurisprudencia hasta el momento, como ha demostrado el Tribunal Supremo en su reciente sentencia 835/2017 de 19 de diciembre de 2017. Además, el hecho del pronunciamiento, por parte de un tribunal de tan alto rango, permite albergar la esperanza de que su jurisprudencia sirva de fundamento a posibles nuevos casos que en el futuro puedan presentarse ante los tribunales españoles.

Uno de los artículos que más problemas ha planteado a la jurisprudencia de nuestro país ha sido el art. 524 CP, que hace referencia a los delitos de profanación. ¿De dónde han surgido los principales problemas que se han dado en el análisis de estos supuestos? De la equívoca interpretación del concepto y contenido de lo que significa profanar. La falta de preparación teológica de los jueces, y su negativa a remitir los casos al Derecho canónico, que podría ofrecer soluciones a ese problema fácilmente comprensibles, ha dado pie a resoluciones meramente técnicas que han obviado la dimensión religiosa y jurídica del problema, lo que ha conducido a resoluciones injustas y contrarias a la defensa del derecho a la libertad religiosa.

Pero sin duda, ha sido el art. 525 CP, relativo al escarnio, el que mayores problemas ha creado a la jurisprudencia española. Lo primero que salta a la vista es la existencia de resoluciones contradictorias, que en primera instancia consideraban que se daban los elementos objetivos típicos que justificaban este ilícito penal, para, posteriormente, en sede de la Audiencia Provincial, ser corregidas en sentido contrario esas sentencias, como ha pasado en los conocidos casos de la imágenes obscenas en torno a la Esperanza de Triana de Sevilla o en el asalto a la capilla de la Universidad Complutense de Madrid. Además, como señala García Pardo, no solo se trata de un delito del que, desde la reforma del Código penal, no ha llegado a pronunciarse todavía el Tribunal Supremo, quedando las casos resueltos en sede de las audiencias provinciales, sino que en la mayoría de los casos que se han planteado no se ha apreciado, por parte de los órganos jurisdiccionales, delito alguna en relación al escarnio, contrariamente a lo que ocurría con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo código. Todo ello no hace sino poner de manifiesto la prioridad de la libertad

de expresión sobre la libertad religiosa, justificada ya en líneas precedentes. Solo la reciente sentencia del Juzgado de lo Penal de Jaén 59/2018 de 7 de febrero de 2018, permite albergar la esperanza de un cambio de rumbo en la jurisprudencia española que tenga por finalidad lograr el ansiado equilibrio, tras una ponderación fundamentada en criterios de justicia e igualdad, entre una libertad de expresión, extensiva en sus contenidos, pero respetuosa en sus formas, y una libertad religiosa que ha de recuperar el terreno perdido hasta ahora en el contexto jurisprudencial, para posibilitar el desarrollo de una sociedad pluralista, tolerante y pacífica.