

La sanción penal como límite a la libertad de expresión: supuestos de conflicto con la libertad religiosa

JESÚS BERNAL DEL CASTILLO

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Oviedo

RESUMEN

En este trabajo se plantean los conflictos entre el ejercicio de la libertad de expresión y la libertad religiosa, con especial referencia al discurso del odio y a los delitos contra los sentimientos religiosos. Se propone la revisión del delito de escarnio y se valora la posibilidad de su destipificación.

Palabras clave: *libertad de expresión; discurso del odio; sentimientos religiosos.*

ABSTRACT

This work studies the conflicts between freedom of expression and religious freedom, with special reference to hate speech and crimes against religious feelings. It is suggested the review of the crime of scorn and the possibility of its decriminalization.

Key words: *freedom of speech; hate speech; religious feelings.*

SUMARIO: 1. La libertad de expresión: ¿un derecho limitado por la libertad religiosa? 1.1 La libertad de expresión: delimitación conceptual, posición preferente y límites; 1.2 La libertad religiosa como límite a la libertad de expresión. Supuestos de conflicto en el ejercicio de los dos derechos.–2. El discurso del odio por razón de la religión. 2.1 Discurso del odio y delitos de odio; 2.2 Delitos de odio por motivos religiosos. Discriminación y dignidad humana.–3. Libertad de expresión y actividades religiosas.–4. Sentimientos religiosos y expresiones ofensivas. 4.1 Insultos y sentimientos religiosos; 4.2 El caso español: el delito de escarnio; 4.3. Sentimientos religiosos y libertad de expresión.–5. Toma de postura y propuestas.–6. Bibliografía citada.

1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ¿UN DERECHO LIMITADO POR LA LIBERTAD RELIGIOSA?

1.1 La libertad de expresión: delimitación conceptual, posición preferente y límites

El reconocimiento de la libertad de expresión como uno de los derechos humanos es una constante desde las primeras Declaraciones de Derechos(1), y se regula de forma generalizada en las constituciones de los Estados democráticos y en los convenios internacionales(2). Para nuestro estudio resulta relevante su regulación en el ámbito europeo en el artículo 10.1 del CEDH, que expone: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencias por parte de las autoridades y sin con-

(1) Ya en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 se leía en su artículo 11: «La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del Hombre; por consiguiente, cualquier Ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley». Por su parte, la famosa Primera Enmienda a la Constitución americana, de 1791, dice todavía hoy: «El Congreso no podrá hacer ninguna ley con respecto al establecimiento de una religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma, ni limitando la libertad de expresión, ni de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios».

(2) Sin ánimo de ser exhaustivos *vid.* el artículo 19 de la Declaración de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; el artículo 19.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966; o el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), de 22 de noviembre de 1969.

sideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa».

Los Estados occidentales contemporáneos consagran la libertad de expresión, en primer lugar, como uno de los derechos fundamentales de la persona derivados de su dignidad intrínseca(3), los cuales posibilitan su desarrollo como persona y como ciudadano; y, en segundo lugar, la reconocen como uno de los pilares de los sistemas democráticos, en la medida en que posee una dimensión institucional(4), como garante y formador de la opinión pública libre(5), de tal forma que se ha llegado a afirmar que «sobre la libertad de opinión y de palabra, se ha construido, en buena medida, el modelo de la democracia occidental»(6). Aunque tal dimensión institucional se predica de este

(3) *Vid.* por ejemplo el artículo 10.1 CE de 1978: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Por su parte, el artículo 1 de la Constitución alemana de 1949 expone «1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. 2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento (Grundlage) de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo».

(4) Esa dimensión institucional de la libertad de expresión ha sido destacada especialmente por el TEDH en *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, §49, y luego confirmada repetidas veces en la jurisprudencia de este tribunal. Citando numerosas sentencias, *vid.* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., «La relación entre la libertad de expresión y la libertad religiosa en el Consejo de Europa», *Conpedi Law Review*, 2018, pp. 79-97, p. 84, nota 10. En España, esa misma naturaleza se afirmó por nuestro Tribunal Constitucional en varias sentencias; *vid.* por todas, las SSTC 9/2007, de 15 de enero, y 177/2015, de 22 de julio, que citan diversas resoluciones anteriores sobre esta cuestión y declaran que el carácter institucional de la libertad de expresión se considera parte de una «jurisprudencia unánime», desde las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo y 12/1982, de 31 de marzo.

(5) Sobre el concepto de «opinión pública libre», *vid.* CLIMENT GALLART, J. A., «Opinión pública y libertad de expresión», *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, 2017, pp. 240-261.

(6) Así se pronuncia, por ejemplo, CARRILLO DONAIRE, J. A., «Libertad de expresión y ‘discurso del odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular», *Revista de Fomento Social* (70), 2015, pp. 205-243, p. 209. *Vid.* también REVENGA SÁNCHEZ, M., «Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?», *Libertad de expresión y discursos del odio. Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, Madrid, 2015, p. 13 ss. Para GARRIGA DOMÍNGUEZ la opinión pública libre exige «que los ciudadanos tengan la posibilidad de estar debidamente informados de los hechos noticiosos y puedan expresar y cotejar sus opiniones respecto de los mismos», «El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXX, 2014, pp. 97-115, p. 100.

derecho en su globalidad(7), nos referiremos en este trabajo a la libertad de expresión en sentido estricto, en su vertiente de manifestación de ideas, pensamientos y opiniones, según determina el artículo 20.1, a) de la Constitución española(8).

De esa dimensión institucional se desprende el carácter «preferente» (*preferred position*) que se reconoce al derecho a la libertad de expresión con relación a otros derechos fundamentales(9), cuando trata de asuntos o personas de interés público o cuando permita formar la opinión pública (p.ej. el discurso político)(10).

No obstante, ni el carácter institucional ni la posición preferente de la libertad de expresión impiden reconocer que no se trata de un derecho absoluto o ilimitado, sino de un derecho sometido a límites en su ejercicio(11), que entraña «deberes y responsabilidades especia-

(7) Compartimos la idea de la existencia de un derecho general a la comunicación, en el cual cabría distinguir dos manifestaciones: el derecho a la libertad de expresión en sentido estricto y el derecho a la información. Las relaciones sistémicas entre ambas libertades son objeto de discusión. *Vid.*, por ejemplo, la interpretación que hace SOLOZABAL ECHAVARRÍA, J. J., quien señala que «el derecho a la información es no tanto una variedad del derecho a la libertad de expresión, caracterizada por el objeto a que se refiere –relato de hechos o conductas–, cuanto el supuesto de la libertad de expresión en sentido estricto. Sin información no hay opinión». «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11. Núm. 32, mayo-agosto, 1991, pp. 73-113, p. 81.

(8) Constitución española, artículo 20.1, a): «Se reconocen y protegen los derechos... A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción». Igual dimensión institucional posee la libertad de información del artículo 20.1, d): A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión...».

(9) La doctrina de la posición preferente de la libertad de expresión está firmemente asentada en nuestra jurisprudencia constitucional. Por ser recientes, pueden citarse, por todas, las sentencias 190/2020, de 15 de diciembre y 93/2021, de 10 de mayo. Sobre esta doctrina, *vid.* MARCIANI BURGOS, B., «La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos», *Pensamiento Constitucional*, vol. 11, 2005, pp. 351-378,

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional>.

(10) Sobre el discurso político *vid.* Holgado González, M., «Libertad de expresión y discurso político intolerante», *Revista Estudios Jurídicos*. Segunda Época, núm. 22, <https://doi.org/10.17561/rej.n22.7429>; ROCA, M. J., «Límites a la libertad de expresión de los políticos y abuso de derecho. Los casos Féret c. Bélgica y Perincek c. Suiza», UNED. *Revista de Derecho Político* núm. 109, septiembre-diciembre 2020, pp. 345-370; SANJURJO RIVO, V. A., «Discurso antirreligioso y libertad de expresión: la protección penal de los sentimientos religiosos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 51, 2023, pp. 385-415.

(11) *Vid.* CORTINA ORTS, A., «¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática?», *Anales de la Real academia de Ciencias Morales y Políticas*, 2017, fascículo 1, pp. 77-94, p. 77; WEBER, A., *Manual on hate speech*, Conseil de l'Europe, 2009, p. 1.

les», como afirma el artículo 19.3 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*(12), cuestión que no deja de ser objeto de controversia, tanto en la enumeración de dichos límites como en su alcance. En todo caso se afirma que precisamente por esa dimensión institucional, los límites al ejercicio de la libertad de expresión deberán ser interpretados restrictivamente y sometidos a ciertas condiciones(13). Así se pronuncia, entre otros instrumentos internacionales, el artículo 10.2 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (CEDH) que determina que el ejercicio de la libertad de expresión puede ser sometido a restricciones o sanciones, que deben estar previstas por la ley y que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la protección de los derechos ajenos(14).

En nuestro país, la existencia de límites al ejercicio de la libertad de expresión está en ocasiones prevista directamente en la Constitución, como expresamente se manifiesta en el artículo 20.4: «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en

(12) Así, el artículo 29.2 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948 expone para todos los derechos reconocidos en la Declaración que «en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática».

(13) Vid. PRESNO LINERA, M. A., «El derecho a la libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Martín-Herrera (Editor) *La libertad de expresión desde un enfoque global y transversal en la era de los objetivos de desarrollo sostenible*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2022, pp. 59-83, especialmente p. 67.

Es significativo el alcance que da el TEDH al carácter restrictivo de los límites a la libertad de expresión. Vid., por todas, la sentencia del caso *Handyside c. el Reino Unido*, ya citada *supra*, § 49: «Al amparo del artículo 10.2 es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “sociedad democrática”. Esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue». Más recientemente, vid. SSTEDH *Castells c. España*, de 23 de abril de 1992, § 42 y *Fuentes Bobo c. España*, de 29 de febrero de 2000, § 43.

(14) Artículo 10.2 CEDH: «El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». En otras ocasiones, como ha declarado el TC, los límites a la libertad de expresión se derivan de la Constitución de forma indirecta o mediata, «en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos»(15). En todo caso, la aplicación de tales límites no es automática, debiendo realizarse una ponderación entre los derechos en conflicto de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad(16).

1.2 La libertad religiosa como límite a la libertad de expresión. Supuestos de conflicto en el ejercicio de los dos derechos

Dado que las restricciones a la libertad de expresión se encuentran fundamentalmente en el respeto y aseguramiento de los derechos y libertades de los demás (art. 29.2 DDH), debemos concretar entre ellos el derecho a la libertad religiosa, reconocido también a nivel internacional como un derecho humano(17) y como un derecho fundamental en la Constitución española: (art. 16 CE)(18), así como en las leyes que desarrollan estos derechos, de donde se deriva la legitimidad de su protección jurídica(19).

(15) SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; 2/1982, de 15 de enero, FJ 5.

(16) Sobre la aplicación de estos principios, *vid.* HOLGADO GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 19; PAREJO GUZMÁN, M. J., «La libertad religiosa y su protección en nuestro estado laico y democrático de derecho del siglo XXI, desde el derecho eclesiástico del Estado», en Del Carpio Delgado/Holgado González (dir.), *Entre la libertad de expresión y el delito*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 255-289.

(17) Así la reconoce el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia». Prácticamente con las mismas palabras, se reconocen estos derechos en el artículo 18 PIDCP, en el artículo 12 CADH (convenio de S. José) o en el artículo 9 del CEDH. Sobre el objeto y fundamento del derecho a la libertad religiosa, *vid.* el Capítulo I de la Declaración *Dignitatis Humanae*, del Concilio Vaticano II, de 7 de diciembre de 1965.

(18) Artículo 16.1 CE: «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley».

(19) La legitimidad de la protección de la libertad religiosa se deriva de su contenido y naturaleza como derecho fundamental, *vid.* DE LA ROSA CORTINA, J. M.,

No es objeto de este trabajo el estudio del derecho a la libertad religiosa, más bien se trata de exponer la existencia de conflictos entre ambos derechos, libertad de expresión y libertad religiosa. En realidad, no se trata de derechos incompatibles: ambos radican ontológicamente en la dignidad de la persona, tienen el mismo rango jurídico como derechos fundamentales en la Constitución española y desarrollan, como su objeto, aspectos diferentes de la personalidad humana y de las relaciones sociales(20). Por ello, no se puede hablar de una conflictividad de ambos derechos en abstracto sino de situaciones contradictorias en el ejercicio concreto de los mismos, que permiten mantener que recíprocamente se limitan entre sí en su ejercicio práctico(21).

No tratamos de plantear aquí todos los supuestos ni las causas de los conflictos entre ambos derechos, sino desarrollar únicamente aquellos choques que proceden de un ejercicio invasivo de la libertad de expresión en el ámbito jurídicamente reconocido de la libertad religiosa, intentando delimitar cuáles son estos supuestos en el contexto del Derecho penal español, y nos planteamos en qué medida cabe defender la legitimidad de una sanción penal como las representadas por los artículos 510, o 522 a 525 del Código penal español para la resolución de este tipo de conflictos. La pregunta que nos hacemos en concreto es en qué hipótesis cabría admitir la sanción penal como

«Delitos contra los sentimientos religiosos y libertad de expresión», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 7, 2019, p. 13; CARAZO LIÉBANA, M. J., «El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental», *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 14, julio 2011, pp. 43-74.

(20) *Vid.* Recomendación 1396, de 27 de enero de 1999, del Consejo de Europa, *Religion and Democracy*, núm. 5: «Democracia y religión no necesitan ser incompatibles. La democracia ha demostrado ser la mejor estructura para la libertad de conciencia, el ejercicio de la fe y el pluralismo religioso. Por su parte, la religión, a través de su misión moral y ética, los valores que sostiene, su aproximación crítica y su expresión cultural, puede ser una pareja válida para la democracia».

(21) Por lo tanto, se puede hablar de «derechos reconciliables»; *vid.* TORRES SOSPEDRA, D., «Sociedad de la información y libertad religiosa. Cuando la libertad de expresión se convierte en *hate speech*», *Anuario de Derecho Canónico*, 6 supl. [febrero, 2018], pp. 217-268, p. 219. Para PAREJO GUZMÁN, M. J., ambas libertades están en una relación amor-odio, de forma que cuando colisionan la línea que las separa es muy fina; «Libertad religiosa y libertad de expresión: la tolerancia y el discurso religioso por razones de género», en Combalía/Diago/González-Varas (editores), *Libertad de expresión y discurso del odio por motivos religiosos*, ed. del Licregdi, Zaragoza, 2019, pp. 320-348, p. 322. Analizando las causas de esos conflictos, GONZÁLEZ URIEL, D., «La religión y su juridificación (Especial consideración de la colisión entre la libertad religiosa y la libertad de expresión)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXXII, núm. 2209, 18 de junio de 2018; RUBIO FERNÁNDEZ, E. M., «Expresión frente a religión: un binomio necesitado de nuevas vías de entendimiento y superación de sus interferencias», *Anales de Derecho*, núm. 24, 2006, pp. 201-232, p. 212.

medida de contención al ejercicio de la libertad de expresión y para la protección de la libertad religiosa(22).

El tema no es baladí. Además del interés teórico en las cuestiones de fondo que se plantean(23), en España han sido numerosos los supuestos de conflictos entre ambos derechos que han saltado a la luz pública, y que han llevado a cuestionar por algunos penalistas(24) la conveniencia de mantener en el Código penal los delitos contra la libertad religiosa, al menos en lo que se refiere a la protección de los sentimientos religiosos. También la resolución de estos conflictos ha dado lugar a una actividad judicial fluida que ha tomado partido en los últimos años entre admitir o rechazar el recurso al Derecho penal vigente en estas situaciones; de hecho, sin plantearse la supresión teórica de tales delitos, se han desestimado frecuentemente en la práctica las acciones planteadas por lesión de los sentimientos religiosos, argumentando diversas razones, entre ellas, la ausencia del elemento subjetivo del injusto presente en el tipo del delito de escarnio (art. 525 CP)(25). En cambio, parece que el Tribunal Constitucional español va por otro camino y en recientes sen-

(22) No pretende este trabajo analizar aquellos conflictos entre ambos derechos atendiendo a su origen en un ejercicio abusivo de la libertad religiosa ni tampoco el de aquellas confrontaciones que se sustancian y resuelven de *lege lata* en el ámbito del derecho civil o administrativo, aunque a estos últimos supuestos haremos referencia por tratarse de una alternativa a la tipificación penal de los delitos que implican una extralimitación de la libertad de expresión.

(23) Un análisis de las manifestaciones de dichos conflictos entre ambos derechos atendiendo al ámbito geográfico donde se producen, puede verse en COMBALÍA SOLÍS, Z., «Los conflictos entre la libertad de expresión y religión: Tratamiento jurídico del discurso del odio», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 31, 2015, pp. 355-379.

(24) Por ejemplo, RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española», *Revista española de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 21-27 (2019) pp. 1-43. Se manifiesta muy crítico con las tendencias jurídicas y sociales que defienden la protección penal de los sentimientos religiosos ALCÁZER GUIRAO, R., «Símbolos y ofensas. Críticas a la protección penal de los sentimientos religiosos», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, RECPC 21-15 (2019), pp. 1-38. *Vid.* también BAGES SANTACANA, J., «La discutida legitimidad de la protección penal de los sentimientos religiosos. De la publicación de caricaturas de Mahoma a Willy Toledo», *La Ley Penal*, núm. 140, 2019, pp. 1-36; ROIG TORRES, M., *Delimitación entre libertad de expresión y «discurso del odio»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., «Derecho Penal y fenómeno religioso: a propósito del artículo 525 del Código penal español y su tratamiento jurisprudencial», *Revista electrónica de estudios penales y de la seguridad*, REEPS 7 Especial, (2021), pp. 1-18; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, I., «El delito de escarnio de creencias», *La Ley*, 1996-5, pp. 1381-1388.

(25) Un análisis de esta jurisprudencia y su argumentación puede consultarse en RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *op. cit.*, *passim*.

tencias ha refrendado la legitimidad de la normativa penal protectora de la libertad religiosa como límite a la libertad de expresión(26).

En la resolución de estos conflictos es de referencia obligada la jurisprudencia del TEDH que, aunque muy abundante en esta materia(27), resulta en cierta medida confusa, en cuanto ha experimentado una evolución desde las primeras sentencias, en las cuales se aceptaba un amplio margen de acción de los Estados a la hora de establecer restricciones a la libertad de expresión en defensa de la libertad religiosa(28), hasta la posición contraria manifestada en sentencias más recientes(29), que entienden que la prevalencia de la libertad de expresión dentro de los sistemas democráticos exige una interpretación restrictiva de sus límites y que, por ello, niegan legitimidad en muchos casos a las restricciones estatales represivas materializadas en la vigencia de los delitos de opinión, que para el Tribunal se traduce en la falta de proporcionalidad de las sanciones penales(30).

El tema planteado deviene, por decirlo así, inabarcable y, por ello, hemos optado, por simplificar su desarrollo. En concreto, para exponer las tesis mantenidas en este trabajo, podemos determinar tres supuestos de desencuentro entre ambos derechos, que dan lugar, en el Derecho penal vigente en España, a tres formas distintas de solucionar dichos conflictos acudiendo a la aplicación de las sanciones penales vigentes en nuestro Código.

(26) Por ejemplo, STC 192/2020, de 17 de diciembre, FJ 4.º: «Tampoco cabe dudar de que la sanción, que está prevista en la ley, persigue una finalidad legítima, en cuanto que con ella se garantiza la dimensión colectiva de la libertad religiosa, consistente en el derecho a reunirse para desarrollar actividades de culto propias de una confesión religiosa».

(27) Una explicación de la jurisprudencia reciente del TEDH sobre esta materia puede verse en MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Discurso de odio, injurias a la religión y moralidad pública», en Martínez-Torrón, J., Cañamares Arribas, S., González Sánchez, M., *Libertad de expresión y libertad religiosa: una perspectiva transatlántica*, Iustel, Madrid, 2023, pp. 21-56; SALINAS MENGUAL, J., «¿Hacia dónde camina la relación entre la libertad religiosa y la libertad de expresión? Estudio de la evolución de la jurisprudencia del TEDH en relación al caso Sekmanienis c. Lituania», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 48, 2021, pp. 1-47.

(28) Es paradigmática en este sentido, la sentencia del caso *Otto-Preminger Institut c. Austria*, de 20 de septiembre de 1994. Vid. también *Wingrove, c. Reino Unido*, de 25 de noviembre de 1982, y más recientemente *E. S. c. Austria*, de 18 de marzo de 2019.

(29) Véase, por ejemplo, las SSTEDH *Paturel c. Francia*, de 22 de diciembre de 2015; *Aydin Tatlav c. Turquía*, de 2 de mayo de 2006; *Klein c. Eslovaquia*, de 31 de octubre de 2016; *Radczewska c. Polonia*, de 15 de septiembre de 2022.

(30) Véase, STEDH *Mariya Alhekina y otras c. Rusia*, de 17 de julio de 2018.

En primer lugar, plantaremos el caso del discurso del odio por razón de la religión, especificando los supuestos en que se incita o promueve directa o indirectamente la violencia o discriminación por motivos religiosos y las injurias colectivas de odio, todo ello, en el contexto del artículo 510 CP.

En segundo lugar, nos ocuparemos de la palabra o el discurso que se utiliza como medio para impedir u obstaculizar el ejercicio de alguna de las facultades comprendidas en el derecho a la libertad religiosa, como puede ser la asistencia a actos religiosos, oración comunitaria, etc., supuestos contemplados en el artículo 523 CP.

Y, en tercer lugar, plantaremos el caso de la ofensa a los sentimientos religiosos llevado a cabo alegando el ejercicio de la libertad de expresión(31), penalmente resuelto en el Código Penal mediante la figura del delito de escarnio del artículo 525 CP.

2. EL DISCURSO DEL ODIOS POR RAZÓN DE LA RELIGIÓN

2.1 Discurso del odio y delitos de odio

El primero de los conflictos se refiere a aquellas conductas que, amparadas en el ejercicio de la libertad de expresión, incitan o promueven el odio, la discriminación, hostilidad o la violencia por razones o motivos religiosos(32). Estamos hablando propiamente de una de las manifestaciones que adopta el discurso del odio o *hate speech*, que se puede definir como «toda forma de expresión que difunde o

(31) Desde otra perspectiva CABELLOS ESPIERREZ, M. A., distingue entre los siguientes supuestos de conflicto: (a) la opinión molesta, por discrepante, para los miembros de una confesión religiosa; (b) la opinión molesta que incorpora algún componente secundario de tipo ofensivo; (c) la opinión que esencialmente ofende a aquellos miembros y cuyo contenido se agota en eso; y (d) el discurso del odio; «Libertades de expresión y libertad religiosa: situaciones de conflicto y criterios para su tratamiento», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII (2017), pp. 257-297, p. 259. Por su parte, desde la óptica de la libertad de expresión, PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., desarrolla el conflicto consistente «en aquellos discursos o expresiones críticos con la religión, con quienes las profesan, con determinadas manifestaciones de las mismas, censores de sus postulados, imágenes, símbolos o ministros». «Hecho religioso y límites a la libertad de expresión», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXII (2016), pp. 205-261, p. 217. La conexión del conflicto entre ambos derechos: libertad de expresión y libertad religiosa con el fenómeno de la multiculturalidad es la perspectiva de análisis elegida por PALOMINO LOZANO, R., «Libertad religiosa y libertad de expresión», *Ius Canonicum*, XLIX, núm. 98, 2009, pp. 509-548.

(32) GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., *op. cit.*, p. 82.

incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia»(33).

Evidentemente, no todos los casos de discurso del odio se convierten ni deben convertirse en delitos(34), y así debe distinguirse entre «discurso del odio» y «delitos de odio»(35), constituyendo éstos últimos formas especialmente graves del discurso de odio. Por otra parte, no todos los delitos de odio se cometen a través del discurso o de la expresión, ya que bajo la denominación «delitos de odio» se comprenden además delitos comunes, por ejemplo, torturas y delitos contra la integridad, en los que concurre un ánimo discriminatorio(36). Dado

(33) Recomendación No. R (97) 20 sobre «hate speech» del Comité de ministros del Consejo de Europa, adoptada el 30 octubre 1997. *Vid.* también el Anexo de la Comunicación (2021) 777, que publica la Decisión del Consejo relativa a añadir la incitación al odio y los delitos de odio, a los ámbitos delictivos establecidos en el artículo 83.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de forma que pasan a ser delitos de la UE, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0777>.

(34) TERUEL LOZANO, G. M., «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (REDCE), núm. 27, enero-junio de 2017.

(35) Sobre la distinción entre ambos, *vid.* la exposición que hace DE LA MATA BARRANCO, N. J., en su breve comentario «Discurso de odio y delito de odio, no, no es lo mismo», publicado en el blog «Almacén del Derecho», 14 de noviembre de 2021, <https://almacendederecho.org/discurso-de-odio-y-delito-de-odio-no-no-es-lo-mismo>. Por su parte, DÍAZ LÓPEZ, J. A., señala que la distinción entre ambos conceptos procede fundamentalmente del derecho anglosajón: «En ordenamientos anglosajones, parece más clara la diferencia entre un discurso de odio, que lo es, aunque no esté penalmente tipificado (hate speech), y un delito de discurso de odio, esto es, el discurso sancionado por la Ley penal (hate speech crime)», *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio*, https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/Informe_Delitos_Odio_Final_pdf., Madrid, 14 de marzo de 2018, p. 38 ss. Sobre la ambigüedad del concepto de «delitos de odio», DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, especialmente p. 31 ss. *Vid.* también el exhaustivo análisis de estos conceptos en CÁMARA ARROYO, S., «El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXX, 2017, pp. 139-225; del mismo autor «Delitos de odio: concepto y crítica: ¿límite legítimo a la libertad de expresión?», *La Ley penal*, núm. 130, 2018, pp. 1-37; FUENTES OSORIO, J. L., «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC) 19-27, 2017, criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-27.pdf. GÓMEZ MARTÍN, V., (2021). «Daño, ofensa y discurso del odio», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I*, pp. 235-256. *Vid.* la abundante bibliografía sobre este tema citada por ROIG TORRES, M. «El enaltecimiento de los delitos previstos en el artículo 510 del CP a la luz de la última jurisprudencia constitucional», *Estudios penales y criminológicos*, vol. 41, 2021, pp. 233-305.

(36) Puede verse una enumeración de los que, en nuestro Código penal, se consideran delitos de odio, en la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General

que ambas categorías no son equiparables(37), en este trabajo consideramos que el concepto de delito de odio que manejamos se limita al discurso de odio punible, regulado en el artículo 510 del CP.

Esta concreción es importante desde el punto de vista de la libertad de expresión. Todo discurso de odio implica una extralimitación en el ejercicio de esta(38) o, si se prefiere, un ejercicio ilegítimo de la misma, pero no todos estos supuestos dan pie a legitimar la sanción penal. La tipificación del discurso del odio requiere una especial gravedad en la conducta desde la perspectiva de los principios de última «ratio» y proporcionalidad, a fin de evitar el efecto desaliento (*chilling effect*) en el ejercicio de la libertad de expresión(39). De ahí que la regulación penal del discurso de odio sea discutida y que el vigente artículo 510 sea ampliamente criticado por la doctrina, entre otras razones, por la amplitud de los actos en él tipificados, las dudas que plantea la configuración de los tipos y la restricción que implica para la libertad de expresión(40). No siendo objeto del trabajo el desarrollar aquí todas estas cuestiones, expondremos únicamente algunas observaciones críticas sobre las definiciones de las conductas reguladas en los tipos básicos, que nos parecen especialmente relevantes para fundamentar la crítica doctrinal a este precepto(41).

del Estado, la cual, además de los distintos supuestos del artículo 510 CP, considera las siguientes: las amenazas a determinados colectivos prevista en el artículo 170.1 CP, el delito de torturas por razón de discriminación del artículo 174.1 CP, el delito de discriminación en el ámbito laboral del artículo 314 CP, el delito de denegación discriminatoria de servicios públicos del artículo 511 CP y su correlativa figura en el ámbito de actividades profesionales o empresariales previsto en el artículo 512 CP, el delito de asociación ilícita para promover o incitar a la discriminación del artículo 515.4.º CP, los delitos contra los sentimientos religiosos previstos en los arts. 522 a 524 CP, o el delito de escarnio o vejación previsto en el artículo 525 CP.

(37) REY MARTÍNEZ, F., «Discurso del odio y racismo líquido», en Revenga Sánchez (dir.) *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, 2015, pp. 51-88.

(38) Para el TEDH (*vid.* por todas *Gündüz c. Turquía*, de 4 de diciembre de 2003, núm. 51), la incitación a la intolerancia y al odio cae fuera del ámbito de protección del artículo 10 del CEDH.

(39) Como este tema se plantea en todos los supuestos analizados en este trabajo, consideramos más conveniente tratarlo conjuntamente después de desarrollar cada uno de los conflictos.

(40) Un ejemplo de esta crítica doctrinal del art.510 CP puede verse en PORTILLA CONTRERAS, G., «El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas», en Miró Llinares (dir.) *Cometer delito en 140 caracteres*, Marcial Pons, 2017, pp. 87-105.

(41) Un análisis de los tipos básicos y cualificados incluidos en el artículo 510 CP puede verse en GÓMEZ MARTÍN, V., «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», en Miró Llinares (dir.) *Cometer el delito en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 189-193; del mismo

El número 1 del art.510 CP, describe un primer grupo de conductas que castigan a quienes «públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, violencia o discriminación...» conductas que podrían resumirse con la expresión «incitación al odio». Tienen en común el tratarse de discursos contra un grupo social o sus miembros, expuestos públicamente, que tienen un contenido objetivamente ofensivo y que deben estar dirigidos intencionalmente a la comisión de actos de odio, hostilidad, violencia o discriminación, con unas motivaciones concretas: razones de raza, sexo, nacionalidad, religión... (42). Se remarca en estas figuras el elemento incitador. No basta, por lo tanto, el discurso objetivamente ofensivo, sino que es necesaria la finalidad incitadora, que, como define la ECRI, consiste en «tener la intención de incitar a otros a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a quienes van dirigidas, o cabe razonablemente esperar que tenga tal efecto» (43).

Precisamente a través de los verbos «fomentar», «promover» e «incitar» se está produciendo una extensión del discurso del odio punible, en el sentido de abarcar no sólo los supuestos que implican una incitación directa a la violencia, sino también aquellos que al menos incorporen una incitación indirecta a la comisión de delitos, o bien una provocación de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia(44).

A raíz de la reforma 1/2015 CP, desde esta misma perspectiva expansiva, admite en el nuevo artículo 510.1 CP que la conducta típica consista en públicamente fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio (510.1, a); o se refiere a la producción, distribución, etc. de escritos o materiales «idóneos para fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio...» (510.1, b). También como

autor, *Delitos de discriminación y discurso de odio punible. Nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Juruá Editorial, 2019.

(42) Así se pronuncia, por ejemplo, TERUEL LOZANO, *El discurso del odio... cit.*

(43) Vid. la *Recomendación General* núm. 15 relativa a la lucha contra el discurso del odio y memorándum explicativo, adoptada por la ECRI (Comisión europea contra el racismo y la intolerancia) del Consejo de Europa, de 8 de diciembre de 2015.

(44) Así señala la ECRI que «tal y como describe la definición, el elemento de incitación significa que o bien existe una intención clara de cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, o bien existe un riesgo inminente de que tales hechos ocurran como consecuencia de haber utilizado el discurso de odio». Sobre el carácter tendencial de los delitos de odio del artículo 510 CP, en virtud del concepto de incitación, vid. LANDA GOROSTIZA, J. M., «El discurso del odio criminalizado: propuesta de interpretación del artículo 510 CP», en Landa Gorostiza, J. M./ Garro Carrera, E. (directores) *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 227 ss.

forma del discurso del odio, se castiga en el artículo 510.1, c) «a quienes 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 de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos».

La doctrina española se encuentra dividida sobre la naturaleza jurídica de los delitos de odio y se mantienen posturas como la consideración de delitos de lesión o de peligro, abstracto o concreto(45). Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo(46) ha especificado que estamos ante unos delitos en los que se produce un adelanto de la intervención penal, en cuanto basta la creación de un peligro abstracto,(47) sin que sea necesaria la producción de un peligro concreto(48), ni mucho menos la de una lesión de alguno de los derechos de las personas ofendidas. Dicho de otro modo, ese peligro se materializa en la aptitud o idoneidad de la conducta en la creación de un clima favorable para afectar los derechos fundamentales de los demás. Nos parece que por esta vía del peligro abstracto se está ampliando excesivamente la aplicación del tipo penal, de ahí que compartamos la opinión de algunos autores de exigir un peligro concreto, no meramente potencial, en la creación de ese clima de violencia, odio u hos-

(45) Una exposición extensa sobre estas cuestiones puede verse en FUENTES OSORIO, J. L., *El odio como delito*, *cit.*

(46) Por ejemplo, la STS 72/2018, de 9 de febrero afirmaba que los Convenios Internacionales «refieren la antijuridicidad del discurso de odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene un mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia» (FJ único). En el mismo sentido se pronuncia la STS 97/2018, de 15 de febrero y más recientemente la STS 488/2022, de 19 de mayo.

(47) La STS 259/2011, de 12 de abril incidió en esta exigencia y destacó que la difusión de ideas o doctrinas excluyentes son perseguibles penalmente en cuanto que suponen «un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación contra determinados grupos o sus integrantes como tales». La STS 675/2020, de 11 de diciembre exponía que «lo fundamental no es entrar en disquisiciones sobre si la provocación ha de ser directa o indirecta, adjetivos cuyos contornos no siempre están claros, sino en precisar la eficacia de esa provocación, esto es, si es capaz de incitar al odio, la violencia o la discriminación, porque, si esto es así, el delito, como de riesgo abstracto que es, quedará consumado» (FJ1).

(48) TERUEL LOZANO expone los peligros de esta extensión del discurso del odio, citando, por ejemplo, la sentencia del caso *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009. Este autor critica la tendencia en el TEDH a aceptar lo que llama una situación de «peligro especulativo», es decir, no real o concreto, para confirmar la injerencia en la libertad de expresión. «El discurso del odio...», *cit.*, especialmente nota 69.

tilidad, peligro que podría entenderse en términos de cercanía temporal o de inminencia de alguna acción lesiva(49).

Mención aparte merecen el segundo grupo de conductas tipificadas en el artículo 510.2, a). Aquí no se trata ya de una incitación directa o indirecta a cometer actos de violencia o discriminación, sino de acciones (en sentido amplio) que lesionan la dignidad de las personas «...que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior». Estamos ante lo que se podría denominar injurias colectivas de odio(50), que suponen un adelanto de la intervención penal a niveles anteriores a la incitación incluso indirecta y que plantean problemas importantes, como es la determinación del bien jurídico protegido y de quienes son sus titulares(51).

En efecto, se trata de conductas que objetivamente lesionan el honor o la integridad moral de las personas físicas miembros de un grupo, por su pertenencia o adscripción a este, pero entonces debemos plantearnos por qué no se encuentran reguladas entre los delitos contra el honor, aplicándose en todo caso la agravante de discriminación (art. 22.4 CP).

El texto legal menciona expresamente a los «grupos» y Landa Gorostiza(52) entiende que a través de la lesión del honor personal o colectivo o de su integridad moral, se pretende intencionalmente degradar al grupo, definido por su raza, religión, etc., presentándoles como merecedores de escarnio y de desprecio. Por eso están reguladas entre los delitos de odio y, como expresa dicho autor, cuya opinión compartimos, constituyen la antesala de actos de odio, violencia o discriminación(53). Se puede decir que lo que justifica la inclusión de

(49) En concreto TERUEL LOZANO, quien propone utilizar el criterio norteamericano del «*clear and present danger*», en TERUEL LOZANO, G. M., (2018). «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, 2018, pp. 13-45.

(50) Así las denomina LANDA GOROSTIZA, J. M., «El delito de incitación al odio (art. 510 CP): quo vadis», *Azafea. Revista de Filosofía*-febrero 2022, pp. 57-81.

(51) Sobre las diferentes opiniones doctrinales en la concreción del bien jurídico protegido en este precepto *vid.* DE PABLO SERRANO A., L. «En defensa de la tipificación penal del discurso difamatorio contra colectivos vulnerables», en Del Carpio Delgado/Holgado González, *Entre la libertad de expresión y el delito*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 69-73; GORDON BENITO, I., *Delitos de odio y ciberodio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

(52) LANDA GOROSTIZA, J. M., *El delito de incitación al odio... cit.*, pp. 68 y 69.

(53) LANDA concreta el objeto de protección de estas injurias en la seguridad existencial de los grupos, cuya puesta en peligro se produce precisamente por el

estos actos difamatorios entre los delitos de odio es la instrumentalización de la difamación para conseguir el resultado discriminatorio de los grupos ofendidos(54).

Muy discutible es la tipificación de las conductas del artículo 510. 2, b) CP, que se refiere «a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada...». Aquí se equiparan punitivamente el ensalzamiento o la justificación de cualquier delito y los supuestos del artículo 510.1, c) CP, cuando «de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos». Se está adelantado la intervención penal a supuestos que, aunque sean ofensivos, carecen de la gravedad suficiente para sancionarlos penalmente(55), entre otras razones, porque la creación de un «clima» no representa una peligrosidad concreta de que se promuevan actos de violencia o discriminación, volviendo a adelantarse la intervención penal a ámbitos que, aunque sean rechazables, entran dentro del ámbito de lo que debe ser tolerado.

El resultado de una tipificación tan amplia del discurso del odio en el artículo 510 CP, es, según la doctrina, la excesiva restricción a la que somete el citado precepto a la libertad de expresión(56) y, por eso, la necesidad de limitación de estos tipos penales subyace a las propuestas de reforma, finalidad que es conforme con una política criminal europea centrada en garantizar la mayor extensión posible a la libertad de expresión. En sentido opuesto, sin embargo, se encuentran algunas resoluciones del Tribunal Constitucional, por ejemplo, las sentencias 235/2007 y 112/2016, que extienden todavía más la posibilidad de perseguir penalmente el discurso del odio con el único límite

estado de anonadamiento y degradación en el que desemboca el tratamiento humillante recibido. *El delito de incitación al odio...*, cit., p. 69. Según DE PABLO SERRANO, A. L., este delito constituye una incitación al odio y pone las bases sociales para que los colectivos ofendidos sufran en el futuro discriminación, violencia, odio u hostilidad, *op. cit.*, p. 79.

(54) De forma alternativa, se tipifican las llamadas «cadenas de propaganda injuriosa» en el mismo 510.2, a), cuya legitimidad es criticada por la doctrina; *vid. DE PABLO SERRANO, A. L., op. cit.*, p. 98.

(55) *Vid. la crítica que hace a este supuesto PORTILLA CONTRERAS, G., El retorno de la censura...*, cit., pp. 102 y 103.

(56) Por ejemplo, ALCÁCER GUIRAO, R., «Discurso de odio, derecho penal y libertad de expresión», *Cuestiones de Pluralismo*, Vol. 1, núm. 2 (segundo semestre de 2021), https://www.observatorioreligion.es/revista/articulo/discurso_de_odio_derecho_penal_y_libertad_de_expresion/index.html; del mismo autor, «Opiniones constitucionales», *Indret. Revista para el análisis del derecho*, enero 2018, www.indret.com

«que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el artículo 16 CE y, en conexión, por el artículo 20 CE»(57). A esta jurisprudencia se remiten críticamente algunos autores como Alcácer Guirao, cuando señala que el Tribunal Constitucional opta por «una exclusión categorial del discurso intolerante de los contornos protegidos por el derecho fundamental, obviando con ello la necesidad de analizar si la restricción del discurso público es o no proporcionada»(58).

En mi opinión, además de la perspectiva de la libertad de expresión, habría que preguntarse por qué las conductas tipificadas en el artículo 510 revisten una peculiar gravedad, lo cual implica la tarea de identificar el bien o bienes jurídicos protegidos y determinar quiénes son sus titulares.

A estos efectos, no podemos perder de vista que, desde un punto de vista sistemático, el artículo 510 CP se enmarca en la protección penal del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Se trata de un bien jurídico sustantivo tal y como expone la STC 91/2019, de 3 de julio, que sobrepasa el principio formal de igualdad ante la ley(59) y que hunde sus raíces en la dignidad de la persona(60),

(57) Aunque estas sentencias se refieren a otros delitos: enaltecimiento del genocidio y terrorismo, la relación de estos supuestos con el discurso del odio, permite, como dice la STC 112/2016, de 20 de junio (FJ5) verlos como «supuestos en que quedaba acreditado que la condena penal se derivaba de conductas que eran concreta manifestación del discurso del odio por justificar el recurso a la violencia para la consecución de objetivos políticos», de forma que la sanción penal «...supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades».

(58) ALCÁCER GUIRAO, R., *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, 2020, p. 166.

(59) Vid. CÉRDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. M., «Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 50/51, 2005, ps. 193-218, p. 214; TAPIA BALLESTEROS, P., «El discurso del odio del artículo 510.1, a) del Código penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación», en Del Carpio Delgado J./Holgado González, M. *Entre la libertad de expresión y el delito*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 25-66.

(60) Ese carácter originario de la dignidad humana y, por ello, fundante de los derechos humanos, es expresado por SPAEMANN, R., «Sobre el concepto de dignidad humana», *Persona y Derecho*, núm. 19, 1988, pp. 13-33; HABERMAS, J., «La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos», *Un panorama de filosofía jurídica y política (50 años de Anales de la Cátedra Francisco Suárez)*, *Temas y problemas*, Vol. 44 (2010), pp. 105-121. Sobre el principio constitucional de

por lo cual tiene en su fundamento una delimitación personalista, pudiendo entenderse la discriminación como la negación del reconocimiento de los derechos de una persona por su pertenencia a alguno de los grupos o colectividades mencionados en la ley(61). A partir de este fundamento personalista debe reconocerse, entre otras consecuencias, que todos los componentes de cada grupo mencionado puedan ser sujetos pasivos de los delitos contra este derecho, puesto que es precisamente su pertenencia o adscripción al mismo la causa del trato discriminatorio. De ahí que las acciones de discriminación tengan como objeto a todos, a parte o algunos de los miembros de ese colectivo. La prohibición de no discriminación cumple además la función de garantía de la diversidad y del respeto a las diferencias, por lo cual constituye «un reconocimiento normativo del principio de dignidad personal» (62).

A pesar de lo expuesto, no se pueden identificar todos los actos discriminatorios como delitos de odio. Estos exigen un plus de gravedad frente al resto de las conductas discriminatorias(63), en la medida en que además de la negación de derechos individuales se vean afectados otros bienes jurídicos como la existencia del grupo o de sus miembros, la identidad o desarrollo de ese grupo, aspectos que son los que deben ser recogidos en la tipificación de los delitos de odio del artículo 510 CP. A esto se refiere la ya citada *Circular 7/2019*, de la Fiscalía General del Estado, la cual deduce que «a la hora de abordar cualquier asunto de esta naturaleza, los/las Sres./Sras. Fiscales habrán de valorar si la conducta del sujeto activo supone no sólo un trato desigual o discriminatorio, es decir, una diferencia de trato que no responde a una justificación objetiva, razonable, necesaria y proporcionada, pues no toda discriminación reúne las características específicas que la cualifican como expresiva de un delito de odio».

dignidad de la persona, *vid.* PORRAS RAMÍREZ, J. M., «Eficacia jurídica del principio constitucional de dignidad de la persona», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIV, 2018, pp. 201-223.

(61) Definiendo la discriminación como el trato desigual no justificado que afecta a los derechos de los demás, *vid.* BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 1998, ps. 17-30. Sobre la formulación del derecho a la no discriminación en los instrumentos internacionales, *vid.* BETRIÁN CERDÁ, P., *El principio de igualdad y no discriminación por razón de religión. Perspectiva global de su regulación jurídica*, Cuadernos Democracia y derechos humanos, Universidad de Alcalá, 2017; SOUTO GALVÁN, B., «La protección penal contra ofensas de los sentimientos religiosos: ¿discurso de odio o salvaguardia de la supremacía confesional?», *Laicidad y libertades*, núm. 17, pp. 267-294.

(62) LAURENZO COPELLO P., «La discriminación por razón de sexo en la legislación penal», *Jueces para la democracia*, núm. 34, 1999, p. 20.

(63) Sobre las conductas de discriminación véase la Ley 15/2022, de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación.

El discurso de odio como acto discriminatorio punible debería ser objeto de sanción penal únicamente en los supuestos más graves, es decir, cuando ese discurso sea público y tendencial para causar violencia, hostilidad o para causar discriminación a cada uno, a algunos o a todos los miembros del grupo ofendido. Se trata en definitiva de restringir el concepto de delito de odio para alejar el riesgo de sancionar penalmente cualquier forma ofensiva de discurso y en este sentido hablarse de una extensión no justificada del odio punible en nuestro Código Penal(64).

2.2 Delitos de odio por motivos religiosos. Discriminación y dignidad humana

La relación entre el discurso del odio y la prohibición de la discriminación es un dato determinante(65) que constituye un punto de partida sólido para legitimar la intervención estatal en el supuesto concreto del discurso del odio religioso que incita a la discriminación o la violencia(66), intervención que debería ubicarse principalmente

(64) Pone de relieve esa falta de justificación MIRÓ LLINARES, F., cuando expresa que la mayor parte de los actos del 510 CP deberían reconducirse a las ofensas contra el honor y al ámbito civil, en *Cometer el delito en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 60. Por su parte, ROLLNERT defiende la limitación del odio punible a los supuestos de incitación, ROLLNERT LIERN, G., «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, 2019, pp. 81-109.

(65) *Vid. Resolución 1510 (2006) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa*, en su número 17: «La Asamblea encarece a los distintos miembros del Consejo de Europa a trabajar activamente en la prevención del discurso del odio dirigido a las diferentes religiones y grupos étnicos». *Vid. también la Decisión Marco (DM) 2008/913/JAI*, de 28 de noviembre, del Consejo de la Unión Europea, que en su artículo 1 se refería a «la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico». En España, la Circular 7/2019 de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado señala que «no toda agresión es delito de odio, aunque denote un cierto desprecio hacia la víctima. La conducta ha de estar orientada hacia la discriminación como expresión de la intolerancia excluyente frente a un determinado grupo o sus integrantes. Lo que se sanciona es el odio que denota una cosificación de otro ser humano, un desprecio hacia su dignidad, por el mero hecho de ser diferente».

(66) GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 82: «...las Naciones Unidas han alertado en repetidas ocasiones de la inquietud que les producen los actos que, difundidos en diferentes partes del mundo, suponen una apología del odio religioso o constituyen una incitación a la hostilidad o a la violencia, especialmente por motivos de filiación religiosa». Puede verse también en dicho trabajo una amplia referencia a la abundante bibliografía sobre el tema del discurso del odio y la libertad religiosa,

en los ámbitos sancionatorios civil y administrativo(67), pero que, como hemos visto, permite también justificar la sanción penal para este tipo de conductas por la gravedad de estas, respetando el carácter de última *ratio* del Derecho penal y el principio de proporcionalidad(68). En concreto, nuestro ordenamiento no ha dudado en incluir el discurso religioso en el artículo 510 CP, precepto en el cual no se establece diferencia entre la incitación al odio por razones religiosas y la incitación al odio por razón de la raza, sexo, orientación o identidad sexual, etc.(69) De hecho, en no pocas ocasiones, la discriminación religiosa viene unida a la discriminación racial, étnica o ideológica y sociológicamente representa una de las formas más comunes de discriminación(70).

en p. 90, nota 37. PALOMINO LOZANO, R., «Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto», en Martínez-Torrón/Cañameres Arribas *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 67.

(67) *Vid. Recomendación General* núm. 15 (ECRI), *cit.*, recomendación núm. 8.

(68) *Vid. Recomendación General* núm. 15 (ECRI), *cit.*, recomendación núm. 10: «Su imposición se deja para casos limitados por el riesgo potencial que plantea de vulnerar la libertad de expresión...Sin embargo, en estos casos no se debe acudir a las sanciones penales si se puede tratar eficazmente el uso del discurso del odio con medidas menos restrictivas». *Vid.* también el así llamado Plan de Acción de Rabat, de 2017 recogido en el «Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred» https://www.ohchr.org/sites/default/files/Rabat_draft_outcome.pdf, el cual en el núm. 12 de su anexo, explicaba que respecto a las sanciones establecidas por los Estados para estos supuestos, «es esencial distinguir cuidadosamente entre a) formas de expresión que deberían constituir un delito; b) formas de expresión que no son punibles criminalmente, pero pueden justificar una medida civil; y c) formas de expresión que no dan lugar a sanciones penales o civiles, pero que son rechazables en términos de tolerancia, civilización y respeto hacia las convicciones de otros».

(69) De esta opinión son, entre otros, ELÓSEGUI ITXASO, M., «Las Recomendaciones de la ECRI sobre el discurso del odio y la adecuación del ordenamiento jurídico español a las mismas», *Revista general de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 44, 2017 y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico» *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 50, febrero 2015, p. 32.

También se pronuncia de esta manera el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 136/1999 de 20 de julio, que menciona entre las manifestaciones «más toscas» del discurso del odio, las que se proyectan contra las condiciones religiosas de las personas.

(70) Esta conexión entre las diversas razones de los actos discriminatorios es puesta de manifiesto por la DM 2008/913, *cit.*, en su artículo 1. 3: «A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, la referencia a la religión tiene por objeto abarcar, al menos, las conductas que sean un pretexto para dirigir actos contra un grupo de per-

Aunque en este artículo 510 CP se contemplan las razones o motivos religiosos como una de las causas de las conductas delictivas, la ubicación sistemática de este precepto y su descripción típica revelan que no es propiamente la libertad religiosa uno de los bienes jurídicos protegidos en este delito, sino que se trata, como ya hemos mencionado, del derecho a la no discriminación derivado del respeto a la dignidad de las personas atacadas(71) y que se debe entender como el reconocimiento debido a cada persona por el hecho de serlo, con independencia de sus creencias concretas, de forma que pueda fundamentar el mandato jurídico de no discriminación(72). De aquí se deduce la interpretación del bien jurídico protegido como derecho al reconocimiento de la identidad religiosa, así como la atribución de la condición de sujeto pasivo tanto a los grupos o colectivos religiosos, como a las personas individuales en cuanto miembros o adscritos a los mismos. En este sentido, la nueva redacción del artículo 510 CP, procedente de la reforma 1/2015 se refiere a «un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a él».

La noción de grupo religioso no equivale al concepto de minoría religiosa puesto que lo que identifica al grupo no es el número de sus miembros sino la concreta adscripción a unas ideas o doctrinas y, por ello, aunque sean las minorías religiosas los grupos susceptibles de verse discriminados, no es correcto limitar a las mismas la protección penal que brinda el artículo 510 CP. En concreto, pienso que la posible ofensa puede extenderse también a los miembros de, por ejemplo, la confesión religiosa mayoritaria en una sociedad, siempre y cuando se cumpla la condición de que sea el hecho de la adscripción religiosa el que motiva la incitación al odio(73).

sonas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico». *Vid.* también LANDA GOROSTIZA, J. M., «Igualdad de trato, no discriminación y delitos de odio» en Shersheva, Julia (2023), *Zabaldu#1. Dimensiones desde la desigualdad*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, pp. 31-50, <http://www/ikuspegi.eus/documentos/zabaldu/zabaldulcas.pdf>.

(71) Sobre las relaciones entre el derecho a no ser discriminado y la libertad religiosa, *vid.* BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, ps.141-144, donde se especifica que la protección penal a la libertad religiosa implica una protección indirecta al derecho a no ser discriminado.

(72) *Vid.* PORRAS RAMÍREZ, J. M. *op. cit.*, p. 223.

(73) Esta opinión no es compartida por otros autores, que utilizan el calificativo de «hegemónicos» para excluir a los grupos religiosos mayoritarios del ámbito de protección del artículo 510 CP, reconduciendo las ofensas contra éstos a los delitos contra los sentimientos religiosos o a la atipicidad; en este sentido, ALCÁZER GUIRAO, R., «Protección de sentimientos religiosos y discurso del odio», *Azafa*, Rev. Filos. 23, 2021, pp. 107-134. También en contra LAURENZO COPELLO, P., «Sentimientos

Cuestión distinta es la de limitar el ámbito de protección del artículo 510 CP a las personas y grupos «vulnerables». Desde un punto de vista literal el precepto no exige tal condición(74); pero, desde la perspectiva de la aplicación restrictiva del tipo, no son pocos los argumentos que exigen tal condición de vulnerabilidad de los sujetos pasivos. Así, por ejemplo, se entiende que la génesis de la interdicción de la discriminación está vinculada a grupos que arrastran histórica o estructuralmente una situación de marginación y desigualdad y que socialmente han sido o son susceptibles de sufrir la incitación de ser violentados o expuestos al odio o a la discriminación(75). El problema radica, en mi opinión, en la determinación de criterios lo más objetivos posibles para atribuir esa consideración a un grupo, sin caer en posturas ideológicas que atribuyan a unos esa condición y la nieguen a otros(76).

En definitiva, se trata de hacer una interpretación restrictiva del delito del artículo 510 CP desde la perspectiva de su peligrosidad para el bien jurídico que, no lo olvidemos, no se concreta en la mera igualdad formal, sino en el derecho a no ser discriminado y, para ello, puede acudir al criterio de la efectiva vulnerabilidad del grupo en el momento del acto incitador, entendiéndose por tal condición la posibilidad objetiva de sufrir en sus miembros la violencia, intimidación u discriminación efectiva. Lo que me parece excesivo es exigir unas condiciones de vulnerabilidad extremas, que restrinjan tanto el tipo que hagan inoperante su aplicación. En este difícil equilibrio, lo que se trata es de garantizar no sólo la seguridad física del grupo o su supervivencia frente a ataques dolosos incitadores(77), sino el ejerci-

religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados», VVAA *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 1300.

(74) La ya citada Circular 7/2019, en su apartado 2.4 señala que «la vulnerabilidad no es un elemento del tipo que requiera ser acreditado, sino que el legislador, haciendo ese juicio de valor previo, al incluirlo en el tipo penal, ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social. Tampoco lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo...»

(75) *Vid.*, entre otros argumentos, los expuestos por CORRECHER MIRA, J., «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *InDret*, 2, 2021, pp. 87-149.

(76) De una forma minuciosa analizan las cuestiones relativas a la vulnerabilidad de los grupos y personas CUEVA FERNÁNDEZ, R., «El ‘discurso del odio’ y su prohibición», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35 (2012), pp. 437-455; DAUNÍS RODRÍGUEZ, A., «La confusión de los delitos de odio», en Del Carpio Delgado/Holgado González, *Entre la libertad de expresión y el delito*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 223-249.

(77) En un sentido más amplio que el relativo a la mera supervivencia de los grupos, LANDA GOROSTIZA lanza su interesante propuesta de bien jurídico identi-

cio de los derechos y la posibilidad de participación en la plenitud de la vida social. Esta objetivación del bien jurídico: disfrute de los derechos y participación en la vida social, es necesaria para distinguir este delito de los tipos que protegen los sentimientos religiosos. En el artículo 510 CP no se protegen los «sentimientos» de los miembros de un grupo religioso, sino las posibilidades legítimas de su participación social, lo que implicará una aplicación restrictiva del tipo penal.

3. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ACTIVIDADES RELIGIOSAS

El segundo supuesto de conflicto que aquí analizamos comprende determinados supuestos contra las manifestaciones externas, individuales o colectivas, de la libertad religiosa, actos que son realizados mediante gestos o palabras que implican un discurso o un acto comunicativo de ideas u opiniones críticas o negativas contra el desarrollo de actos religiosos; por ejemplo, interrumpir o impedir una ceremonia o manifestación religiosa con el fin de comunicar una determinada opinión o posición ideológica o política.

Son casos diferentes del discurso del odio y, de hecho, no tienen por qué implicar una actitud de incitación o promoción al mismo. Tampoco son actos contra los sentimientos religiosos de los asistentes individuales⁽⁷⁸⁾; lo que se lesiona es la libertad de desarrollar sin coacción una actividad religiosa, contenido esencial de este derecho y manifestación externa del mismo, de manera que no pueda ser justifi-

cándolo como la «seguridad existencial de colectivos o minorías especialmente vulnerables, refiriéndose no sólo al posible daño físico procedente de la incitación sino al peligro de que se vean reducidas a escala grupal «esferas de libertad de otros derechos fundamentales», *Los delitos de odio, cit.*, pp. 258 y 259.

(78) *Tagiyev y Huseinov c. Azerbaijan*, 5 de diciembre 2019, núm. 36: «El párrafo 2 del Artículo 10 reconoce, sin embargo, que el ejercicio de la libertad de expresión implica deberes y responsabilidades. Entre ellas y en el contexto de las creencias religiosas, se encuentra el requisito general de asegurar el disfrute pacífico de los derechos garantizados en el Artículo 9 para los que sostienen dichas creencias, incluyendo el deber de evitar, en la medida de lo posible, aquella expresión que, referida a los objetos de veneración religiosa, sea gratuitamente ofensiva para otros y profana (véase *Giniewski c. Francia*, núm. 64016/00, de 31 de enero de 2006 § 43; *Sekmadienis Ltd. c. Lithuania*, núm. 69317/14, § 74, 30 de enero de 2018). Allí donde tales expresiones vayan más allá de los límites de una crítica negativa a las creencias religiosas de otros y sean idóneas para incitar a la intolerancia religiosa, por ejemplo, en el supuesto de un abusivo e impropio ataque a un objeto de veneración religiosa, un Estado puede legítimamente considerarlas como incompatibles con respecto a la libertad de pensamiento, conciencia y religión y adoptar medidas restrictivas proporcionadas».

cado ese acto comunicativo ni por su fin: lesión del ejercicio de un derecho fundamental, ni por sus circunstancias: utilización de medios ilegítimos para manifestar una opinión.

La utilización del Derecho Penal para proteger las manifestaciones colectivas del ejercicio de la libertad religiosa constituye una tradición en España, que deberá atender para la configuración de los ilícitos a su gravedad y al grado de extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión(79). Entendemos que esta protección se encuentra regulada en el actual artículo 523 del Código penal español(80) y no en el artículo 524, referido a la profanación de objetos religiosos, el cual se ha interpretado como un delito contra los sentimientos religiosos, más que contra el ejercicio de la libertad religiosa.

Sin detenernos en un análisis pormenorizado del delito del artículo 523 CP(81), cabe realizar las siguientes observaciones:

La conducta debe consistir en algo más que la mera expresión de opiniones o críticas hacia los actos religiosos, de lo contrario estaríamos restringiendo indebidamente el ejercicio de la libertad de expresión(82). Por ello, la comunicación del mensaje debe ir acompañada de medios eficaces para causar la interrupción, perturbación o el impedir los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones religio-

(79) Véase la Recomendación General (ECRI) 1805, 2007, núm. 13: «El reto al que deben hacer frente las autoridades es cómo mantener un equilibrio justo entre los intereses de los individuos miembros de una comunidad religiosa de asegurar el respeto hacia su derecho a manifestar su religión o su derecho a la educación, y el general interés o los derechos o intereses de otros».

(80) Artículo 523: «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 multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar».

(81) Puede verse un desarrollo de este delito en CÁMARA ARROYO, S., «Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. LXIX, 2016, pp. 123-210.

(82) STS 2.ªS 835/2017, de 19 de diciembre: «en el caso del ejercicio de la libertad de culto, cuando el ejercicio de ambos era compatible...No era preciso sacrificar uno de ellos para la subsistencia del otro: no era preciso resolver la colisión mediante el establecimiento de una relación de supremacía. La ley penal solamente castiga los actos descritos en el artículo 523 cuando se cometen en relación con los actos, funciones, ceremonias o manifestación de las confesiones religiosas, pero no, como es lógico, cuando se limiten a expresar opiniones o posiciones políticas, religiosas o de otro tipo, contrarias a las que se desprenden en la práctica de aquellas actividades religiosas».

sas(83). Estos medios son, en concreto, la violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho para causar uno de dichos resultados(84). La definición de alguna de esas conductas es a veces problemática como el supuesto de la utilización de vías de hecho(85), criticada en cuanto convierte este delito en un tipo de medios indeterminados. Se añade, además, la exigencia de un dolo específico consistente en el conocimiento y voluntad de interrumpir o parar la ceremonia(86), pero sin que sea exigible un ulterior elemento subjetivo, como sí existe en los delitos contra los sentimientos religiosos de los artículos siguientes.

Este tipo de conflictos, de escasa trascendencia práctica, ha sido objeto de análisis por una reducida jurisprudencia del Tribunal Supremo. Mencionamos las Sentencias 835/2017, de 19 de diciembre y 620/2018, de 4 de diciembre. El supuesto de hecho es idéntico en ambos casos: la interrupción de una ceremonia litúrgica en una iglesia por un grupo de personas que gritaban su opinión contraria a la postura de la Iglesia católica en contra del aborto. Por su parte, el Tribunal Constitucional español se ha planteado la constitucionalidad del recurso a la sanción penal, aplicando el artículo 523, cuando el proceso de comunicación de una idea política causa una interrupción no justificable de una reunión religiosa (STC 192/2020, de 17 de

(83) Perturbar, interrumpir e impedir constituyen el resultado de la acción, aunque algún autor entiende que «perturbar» configura un delito de mera actividad y no de resultado; por ejemplo, TAMARIT SUMALLA, J. M., «Artículo 523», en G. Quintero Olivares (director)/ F. Morales Prats (coordinador) *Comentarios al Código penal*, t. II, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 1707.

(84) *Vid.* SAP Cuenca, sec.1.ª, 56/2021, de 13 de abril: «Lo que podría ser una desmesurada extensión de la conducta típica, según la literalidad del texto, se corrige por dos vías. De un lado, la propia ley exige que se actúe con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, de manera que el impedimento, la interrupción o la perturbación ocasionada de cualquier otra forma no sería delictiva. Y, de otro lado, la doctrina ha exigido con buen criterio que cualquiera de esos resultados presente cierta relevancia, que debe establecerse teniendo en cuenta las características del caso, especialmente, el tiempo de duración, la forma en la que se ha causado y la forma en la que cesó. Ello permite excluir del tipo los supuestos en que por breves instantes se causa una pequeña interrupción o una perturbación, que cesa inmediatamente y que pueda considerarse menor. Incluso algunas conductas que, formalmente, pudieran calificarse como impeditivas, por momentos muy breves, del acto religioso, si cesan inmediatamente, podrían entenderse no delictivas». *Vid.* igualmente SAP IB, sec. 2.ª, 1826/2016, de 13 de octubre.

(85) Expone MORILLAS CUEVA, L., que las vías de hecho se han definido «como actos atentatorios cuya irregularidad sea tan grave y evidente que no puedan ser atribuidos, ni siquiera en virtud de un vínculo dudoso, a la acción constitucional de los organismos estatales», en Morillas Cueva, L. (dirección), *Sistema de Derecho penal*, 2.ª ed. 2016, p. 1310.

(86) *Vid.* SAP Valladolid, sec. 2.ª, 350/2021, de 17 de junio.

diciembre)(87). Los argumentos de la postura mayoritaria del Tribunal son precisamente los aquí manifestados, negando el amparo solicitado por haberse producido una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión, y no sólo porque se hubiera realizado el tipo del artículo 523 CP. El TC no sitúa en el tipo penal el límite a la libertad de expresión, sino que se sitúa en una perspectiva anterior: la legitimidad del ejercicio a la libertad de expresión vista desde sí misma, desde su propio contenido, que no puede comprender la eliminación del otro derecho en conflicto, resultando, por ello, innecesaria la lesión de la libertad religiosa.

En mi opinión, el TC cumple con las condiciones señaladas por la jurisprudencia –también la del TEDH– ponderando los derechos en conflicto e introduciendo la llamada «perspectiva constitucional» en dicha ponderación. No me parece que esta decisión del Tribunal Constitucional prescinda o ignore la perspectiva del denominado efecto desaliento(88), pues según el Tribunal no se ha respetado el contenido esencial de la libertad de expresión, es decir no hay ejercicio de un derecho fundamental en ese tipo de conductas con esas características y, sobre todo, se ha anulado el contenido de otro derecho fundamental: la libertad religiosa. Se podría hablar así de un ejercicio aparente de la libertad de expresión y, como consecuencia, de una lesión no justificable de la libertad religiosa.

No es ésta la opinión de los votos particulares emitidos en esta sentencia(89) que acuden, entre otros argumentos, a la STEDH *Mariya Alehkina y otras c. Rusia* que establece para un supuesto similar(90) la proscripción de la sanción penal cuando los hechos no implican una incitación o justifican el odio o la violencia contra los creyentes, señalando en concreto que «en principio, las formas de expresión pacíficas y no violentas no deben estar sujetas a la

(87) *Vid.* STC 192/2020, de 17 de diciembre, FJ 3, b). *Vid.* también y especialmente, la STC 104/2011, de 20 de junio

(88) En contra se pronuncia CUERDA ARNAU, M. L., «La doctrina del efecto desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia», *InDret*, 2.2022, pp. 88-131, p. 117.

(89) Es de señalar la formulación de dos votos particulares, que contradicen la postura mayoritaria. Creo que ambos votos se fundan en una concepción expansiva en demasía de la legitimidad del ejercicio de la libertad de expresión, perspectiva que se adopta en detrimento de otros derechos fundamentales, como la libertad religiosa. Trataremos estas cuestiones de forma más desarrollada en el siguiente apartado.

(90) En realidad, no se trata de supuestos idénticos, pues en el caso ruso no se interrumpe ninguna ceremonia religiosa, lo que sí sucede en el caso español; lo que tienen en común es que en ambos casos los actos de opinión reivindicativos se producen en un espacio sagrado, en un templo.

amenaza de imposición de una sanción privativa de libertad» y que « la interferencia con la libertad de expresión en la forma de sanciones criminales puede tener un efecto desaliento en el ejercicio de dicha libertad, lo cual es un elemento para ser tomado en consideración cuando se examina la proporcionalidad de la interferencia en cuestión»(91).

Como ya he señalado previamente, comparto la postura mayoritaria del Tribunal Constitucional en la sentencia citada, pero creo que debe ser atendida la opinión minoritaria en su valoración negativa de la pena prevista en el tipo penal del artículo 523. Aunque el hecho de la intervención penal en la protección de este bien jurídico mediante la tipificación del artículo 523 sea aceptable, no lo es la pena privativa de libertad prevista en el tipo (prisión de seis meses a seis años si el hecho se hubiera cometido en lugar destinado al culto). Es una pena desproporcionada a la gravedad de la acción y a los resultados que se derivan ordinariamente de dicha conducta y, por ello, creo que deberían ser paliadas esas consecuencias, por ejemplo, mediante la apreciación de una eximente incompleta(92); o bien, en una reforma futura de este precepto, sustituyendo la pena privativa de libertad por una pena de multa(93) en una cuantía que recogiera todo el desvalor de acción de estas conductas.

4. SENTIMIENTOS RELIGIOSOS Y EXPRESIONES OFENSIVAS

Finalmente, como tercer supuesto de conflictos, nos encontramos ante discursos y expresiones, orales o escritas, difundidas públicamente, que afectan a los sentimientos religiosos de terceras personas, bien porque se dirigen contra las creencias ajenas, bien en cuanto utilizan formas o modos de expresión de por sí ofensivos.

(91) Vid. *Mariya Alehkina y otras c. Rusia*, *cit.*, núm. 227.

(92) En el análisis que hace de esta sentencia, CARDENAL MONTRAVETA, S., llega también a la opinión de la desproporcionalidad de la pena impuesta (6 meses de prisión), señalando que podría haber sido apreciada una eximente incompleta, que hubiera permitido afirmar la antijuridicidad de los hechos, a la par que contemplar las circunstancias y escasa gravedad de estos; «Expresiones, prohibiciones y penas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2022, núm. 24-13, p. 21.

(93) Las críticas a las distorsiones penológicas perceptibles en este delito pueden verse en CÁMARA ARROYO, *op. cit.*, p. 179 ss.; VALMAÑA OCHAÍTA, S., «Los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos», en VV. AA.: *Estudios en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008.

4.1 Insultos y sentimientos religiosos

Aproximadamente en la mitad de los Estados europeos se protegen penalmente los sentimientos religiosos(94), aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos no protege explícitamente estos sentimientos. No obstante, algunos autores exponen que puede deducirse a partir de una interpretación sistemática y conjunta de los artículos 9 y 10.2 del Convenio que tales sentimientos forman parte de la protección de la libertad religiosa, lo cual sería conforme con la jurisprudencia del TEDH(95).

A pesar del efectivo reconocimiento de la protección de los sentimientos religiosos(96) en diversos países, los vientos en Europa soplan hoy día en contra de constituir dichos sentimientos en límites al ejercicio de la libertad de expresión(97) y, como consecuencia, se ha recomendado la despenalización de los delitos contra los mismos. Los fundamentos en que se apoya esta orientación político criminal son diversos; parten de una interpretación extensiva de la libertad de expresión, justificada por su papel constitucional relevante(98); se alimentan del temor a que dichos delitos se conviertan en un instrumento de discriminación sobre las minorías religiosas dentro de un Estado y que se castiguen con penas inhumanas(99); y también se argumenta, desde posiciones más extremas, con la incompatibilidad con el princi-

(94) Por ejemplo, a través del parágrafo 166 Código Penal alemán, o del artículo 188 del Código Penal austríaco o del artículo 196 del Código penal polaco.

(95) Esta opinión la expone ROSZKIEWICZ, J., «The right to the protection of religious feelings versus freedom of expression in the light of the Constitution of the Republic of Poland and the European Convention on Human Rights», *Kultura prawna. Godność jako źródło praw i wolności*. Núm. 2 (2/2018), p. 64. Este autor señala, citándola, que la Jurisprudencia consolidada del TEDH, desde los años 90, incluye los sentimientos religiosos dentro del límite de la «protección de derechos de terceros» recogido en el artículo 10.2 del Convenio.

(96) ROSZKIEWICZ, J., *op. cit.*, p. 65; EVANS, C., *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2001, pp. 69-71.

(97) Sobre la postura ambigua del TEDH en estas cuestiones, *vid.* MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Libertad de expresión y lenguaje ofensivo: algunos criterios prácticos de análisis jurídico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60, 2016, p. 30.

(98) En este sentido se manifiesta ALCÁCER GUIRAO, para el cual todo discurso antirreligioso es discurso político y, por lo tanto, sometido a las exigencias derivadas de la crítica a lo público, «Cocinar cristos y quemar coranes», en Miró Llinares, F. *Cometer delitos en 140 caracteres*, *cit.*, p. 82.

(99) *Vid.* respuesta escrita de la Comisión Europea a la pregunta formulada en el Parlamento Europeo E-000485/2016(ASW), consultada el 7. X.2022, en www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2016-000485-ASW_ES.html

pio de laicidad del Estado(100). Como ejemplo, podemos citar la Recomendación 1805 (2007) sobre la «Blasfemia, insultos religiosos y discurso del odio por razones religiosas», de la Asamblea legislativa del Consejo de Europa en la cual se señalaba que «las leyes nacionales sólo deberían penalizar expresiones sobre asuntos religiosos que intencionada y gravemente perturben el orden público e inciten a la violencia pública»(101).

Creo que esta tendencia despenalizadora que en nuestro país recae sobre los arts. 524 y 525 CP, es matizable, encontrándose argumentos contrarios a la despenalización de los delitos contra los sentimientos religiosos. Por una parte, al menos en España, el fenómeno religioso no es un factor discriminante, sino más bien una manifestación social y cultural de diversidad y de identidad y ello está en la base del respeto hacia las mayorías y minorías religiosas. Por otra parte, la protección de los sentimientos religiosos no es incompatible con las exigencias derivadas del principio de aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 CE), siempre y cuando se entiendan como parte del contenido del derecho fundamental a la libertad religiosa. Finalmente, la protección penal de los sentimientos religiosos no es incompatible *ab initio* con una comprensión de la libertad de expresión que, consciente de sus límites, ponga de manifiesto su carácter expansivo y su función institucional. Todos estos argumentos permiten entender la tipificación histórica de los delitos contra los sentimientos religiosos y plantear la conveniencia de reconocerlos como objeto de protección en el Código penal.

Con relación a los sentimientos religiosos, la libertad de expresión, lo mismo que la libertad ideológica, comprende el derecho a criticar o discrepar en materia religiosa y, por lo tanto, no tiene sentido tipificar como delitos las opiniones o ideas negativas sobre las creencias ajenas, debiendo tolerarse esas ideas, aunque molesten, choquen

(100) Así se manifiesta, entre otros, ROCA DE AGAPITO, L., «El delito de profanación como ejemplo de un Derecho Penal sentimental», *Derecho y religión*, vol. XII, 2017, p. 188. En este sentido *vid.* también Asociación Parlamentaria del Consejo de Europa (APCE), Resolution 2031 (2015), párr. 11.

(101) Debate de la Asamblea de 29 de junio de 2007. Véase también resolución de la Asamblea del Consejo de Europa 1510 (2006), de 28 de junio, sobre «Libertad de expresión y respeto por las creencias religiosas». Más recientemente, *vid.* el voto conjunto de los jueces Felici y Tsitakis, en la sentencia del TEDH Rabczewska c. Polonia, ya citada. Ambos jueces califican de antiguas las sentencias Otto-Premminger y Wingrove y señalan que actualmente debe interpretarse el Convenio en el sentido de penalizar las expresiones contra la libertad religiosa como límite a la libertad de expresión sólo cuando, intencionada y gravemente, afecten al orden público y provoquen a la violencia pública.

u ofendan a otras personas(102). Esta apreciación impide, en mi opinión, dar relevancia penal a la blasfemia, entendida como ofensa hacia las creencias de terceras personas(103), así como rechazar la naturaleza punitiva del concepto denominado «difamación de las religiones»(104).

No obstante, la forma de expresar esas ideas es importante(105) y puede conducir al insulto formal o a la burla sobre la persona que sustenta unas creencias (*religious insult, insult to religious feelings*). A pesar de que con frecuencia se equiparen y sea difícil distinguirlos(106), creo que el concepto de insulto religioso que aquí nos interesa como posible objeto de sanción penal debe ser entendido como algo diferente de la blasfemia, designando aquellas expresiones que, por su falta de necesidad, oportunidad o contexto, tienen un significado ofensivo en sí mismas y no se dirigen ya contra las ideas o creencias religiosas ni manifiestan opiniones, sino que formalmente expresan desprecio o humillación contra una persona como depositaria de unas determinadas creencias(107) y, por ello, lesionan directa-

(102) Así se pronuncia el TEDH, el cual entiende que éstas son las exigencias del pluralismo, tolerancia y amplitud de miras sin las cuales no hay sociedad democrática (*Tagiyev y Huseinov c. Azerbaijan*, 5 de diciembre 2019, núm. 36; *E. S. c. Austria*, 18 de marzo de 2019, núm. 42, entre otras sentencias). Véase también *European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) Report*, 23 de octubre de 2008, núms. 43 y 44.

(103) Sobre la blasfemia y las leyes antiblasfemia en el derecho comparado, especialmente el anglosajón, *vid.* SCOLNICOV, A., «La libertad religiosa como derecho a la libertad de expresión» *Derecom, Revista Internacional de derecho de la comunicación y de las nuevas tecnologías*, núm. 20, 2016, pp. 1-28, www.derecom.com

(104) Sobre este concepto *vid.* RODRÍGUEZ BLANCO, M., «La prohibición de la difamación de las religiones en el derecho internacional. ¿Una noción inoperante?» *Derecho y Religión*, núm. 12, 2017, pp. 11-26.

(105) La importancia de las formas o modos de actuación en la valoración de la extralimitación de la libertad de expresión es recalcada por la *cit.*, STC 192/2020, de 17 de diciembre, FJ 3, b).

(106) Sobre las diferentes maneras de abordar en los diversos países europeos cuestiones como la blasfemia o el insulto religioso, véase el sugerente artículo de CARRILLO DONAIRE, J. A., «Libertad de expresión y ‘discurso del odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular», *Revista de Fomento Social* (70), 2015, pp. 205-243.

(107) El insulto o la ofensa gratuita se constituyen así en un límite interno a la libertad de expresión, ya que «no tiene cabida en una Constitución que, a su vez, reconoce la dignidad de la persona como valor fundamental», GARCÍA GARCÍA, R., «La libertad de expresión en colisión con la libertad religiosa: propuestas de consenso», *Anuario de Derecho Canónico*, 6, febrero 2018, pp. 272 y 273. Este autor cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional: SSTC 62/1983, de 11 de julio (FJ2.º); 105/1990, de 6 de junio, FJ4.º; 85/1992, de 8 de junio, FJ4.º; 240/1992, de 21 de diciembre, FJ8.º

mente la dignidad del receptor(108). El insulto gratuito es algo más que el disenso o la crítica incluso irónica o irreverente; lesiona el disfrute social pacífico de una opción vital como es la religiosa y, por ello, afecta a la dignidad de los ofendidos(109). Entendido de este modo el insulto constituye, en todo caso, una injuria a la persona y, en ocasiones más graves, un atentado a su libertad religiosa porque puede retraerle de su ejercicio o coartar su libertad de acción en este ámbito(110).

De la delimitación que hemos hecho del insulto formal se deriva la posibilidad de reconocer la naturaleza normativa de los sentimientos religiosos en cuanto constituyen manifestaciones o consecuencias de la dignidad de la persona, sujeto del derecho a la libertad reli-

(108) El fundamento de los sentimientos religiosos en la dignidad de la persona es puesto de manifiesto por FERREIRO GALGUERA, J., al señalar que se derivan de la «dignidad dinámica» de la persona; «Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 35, 2014.

(109) En este sentido puede citarse la opinión del juez WOJTYCZEK en el voto discrepante que formuló en la STEDH Radczewska c. Polonia, de 15 de septiembre de 2022: «... las expresiones impugnadas afectaban un elemento esencial de la identidad de numerosos grupos religiosos e iban dirigidas a ridiculizar dichos grupos. Estaban motivadas por los prejuicios y contribuían a una estereotipada y negativa imagen de los creyentes de varias denominaciones, estigmatizando grupos religiosos como personas poco instruidas que creían en supersticiones. Podían ser percibidas por estos grupos religiosos como gravemente impactantes sobre la dignidad, sentido de identidad y sentimientos de confianza... La agresión dirigida contra el *sacrum* afecta a los individuos y grupos de individuos. El problema legal a tener en cuenta afecta a los individuos, no a religiones o ideologías. Los insultos gratuitos dirigidos contra lo «sagrado» constituyen una agresión verbal contra los creyentes, que normalmente los consideran mucho más ofensivas y dolorosas que los insultos dirigidos contra ellos directamente. Insultar o burlarse de lo «sagrado» es también una herramienta para promover la exclusión, desarrolla prejuicios sociales contra los creyentes y afecta la dignidad... Como resultado, la paz religiosa y la coexistencia pacífica de religiones y convicciones filosóficas pueden verse afectadas (ver Gorzelik y otros c. Polonia, [GC], núm. 44158/98, §§ 92-93, ECHR 2004-I; y «Orthodox Ohrid Archdiocese (Greek-Orthodox Ohrid Archdiocese of the Peć Patriarchy)» c. la antigua república de Macedonia, núm. 3532/07, § 95, 16 November 2017).

(110) Compartimos la opinión de PALOMINO LOZANO, R., cuando señala que una expresión dañina puede afectar al objeto de la libertad religiosa: «...en este contexto, se afirma que la protección no lo sería tanto a la religión como tal, sino a los sujetos creyentes en sus vidas, en sus propiedades o en su reputación... puede entonces limitarse la libertad de expresión que refuerce modelos de discriminación que, a su vez causen daño a grupos minoritarios o desaventajados», «Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto», en Martínez Torrón/ Cañamares García (coord.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 52-54.

giosa(111). Así objetivados(112), los sentimientos podrían ser considerados como parte del contenido de este derecho fundamental(113), consecuencia y presupuesto de su ejercicio y encontrar por esta vía un bien jurídico protegible(114), susceptible de ser lesionado o dañado y no meramente ofendido.

No se trata de crear un bien jurídico nuevo, ni de forzar su concepto. Se trata de señalar que las expectativas legítimas de posesión pacífica de las creencias pueden adquirir el estatus de un bien o interés que sería lesionado por el insulto o vejación, superando el ámbito de la «ofensa moral»(115), en la medida en que tengan repercusiones

(111) Así lo entiende, entre otros, PÉREZ MADRID, F., «Protección penal de la libertad religiosa y límites de la libertad de expresión», en Ruano Espina y Sánchez Girón (eds.) *A un año de la reforma del proceso matrimonial*, ed. Dykinson, Madrid, 2017, p. 138; CARRILLO DONAIRE, J. A., op. cit., p. 238; MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, M., «Los sentimientos religiosos desde la perspectiva de los sentimientos en el derecho», *Laicidad y Libertades*, núm. 21, 2021, p. 213.

(112) Para HÖRNLE, T., la protección de los sentimientos religiosos es dudosa y como se trata de estados emocionales, no pueden identificarse con otros derechos, «La protección de sentimientos en el StGB», (trad. de M. Martín Lorenzo), en Hefendehl/Von Hirsch/Wohlers (eds.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, 2016, pp. 387 y 388. Para LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., los sentimientos pueden formar parte del catálogo de lo protegible «en la medida en que, como demuestran las injurias, su lesión puede constituir una lesión objetiva y relevante de la autonomía personal», «Bien jurídico y objeto protegido», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. LX, 2007, p. 163.

(113) Véase la opinión de FERNÁNDEZ BERMEJO, D., sobre el bien jurídico protegido por el delito de escarnio en el artículo 525 del código penal y que cifra este autor, desde un punto de vista normativo, en el interés social respecto a la protección de los sentimientos religiosos, «Reflexiones acerca del tradicional delito de escarnio de los sentimientos religiosos», *Derecho y Religión*, vol. XII, 2017, p. 165. Para BAGES SANTACANA, J., «negar que los sentimientos religiosos puedan ser una emanación de la dignidad personal –es decir, una expresión de la personalidad de quien los alberga–, parece una premisa poco acertada», *La protección penal de los sentimientos religiosos*, cit., p. 221.

(114) Una exposición breve pero completa de las diversas posturas doctrinales en España sobre la naturaleza y protección de los sentimientos religiosos (a favor y en contra), puede verse en ADNANE RIKOUA, A., «La paz social como proyección objetiva de un posible derecho constitucional al bienestar emocional en el marco español y europeo», *Estudios de Deusto*, vol. 70/1, enero-junio 2022, pp. 161-191, en concreto, pp. 165-169. Una interesante perspectiva es la ofrecida por este autor, especialmente en p. 27 ss., que liga los sentimientos religiosos con el bienestar del individuo y los convierte en bien jurídico constitucional por formar parte necesaria de la «paz social».

(115) Otra posibilidad distinta del reconocimiento de los sentimientos religiosos como bienes jurídicos, radica en examinarlos bajo el prisma del principio de la ofensa (*offence principle*), procedente del derecho anglosajón, cuestión que está tratada por extenso en MIRÓ LLINARES, F. «La Criminalización de conductas “ofensi-

sobre el libre desarrollo del individuo o afecten a sus posibilidades sociales de actuación(116). En este sentido creemos que se puede interpretar la afirmación de Alonso Álamo de que los delitos contra los sentimientos religiosos no son, en rigor, delitos contra los sentimientos(117).

Se intenta superar por esta vía una visión meramente psicológica de los sentimientos(118) y se puede contestar a la crítica contra ellos basada en la idea de que el Derecho penal no puede proteger senti-

vas”. A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho Penal», *RECPC*, 17-23, 2015, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>. También analiza este principio GÓMEZ MARTÍN, V., *Daño, ofensa y discurso del odio*, cit., (aunque lo refiere al delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578, sus consideraciones son trasladables al ámbito de la protección de los sentimientos religiosos). Se muestra crítica en la aplicación de este principio a los sentimientos religiosos, HÖRNLE, T., «Libertad de expresión y derecho penal en una sociedad pluralista», en Landa Gorostiza, J. M./Garro Carreras, E. (dir.) *La libertad de expresión en tiempos convulsos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 67-91.

(116) Estas condiciones son las señaladas por ROXIN cuando expone que «las normas penales son ilegítimas cuando tienen como objeto un comportamiento que no afecte ni al libre desarrollo del individuo ni a sus presupuestos sociales»; *vid.* «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-01, 2013 (Traducción de Cancio Meliá).

(117) ALONSO ÁLAMO, M., «Sentimientos y Derecho Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 116, 2012, p. 83. Entiendo que en un sentido similar se pronuncia ROXIN, aunque refiriéndose al caso de ofensas contra los difuntos o al maltrato animal: «También ha de considerarse que un tratamiento respetuoso hacia los difuntos es parte de una vida digna de un ser humano en nuestra sociedad. La profanación de una tumba o un trato denigrante e insultante de un cadáver afectan negativamente a la convivencia y a los derechos de la personalidad subsistentes del fallecido. Las reacciones emocionales tan sólo suponen el reflejo de estas afectaciones... Por consiguiente, desde mi punto de vista, en los casos mencionados, los legítimos sentimientos de indignación de terceros no son el bien jurídico mismo, sino sólo una justificada reacción a su lesión», *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, cit.

(118) En este sentido psicológico (como bienestar emocional) entienden los sentimientos religiosos, entre otros, MINTEGUA ARREGUI, I., *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, Colección Conciencia y Derecho, Dykinson, Madrid, 2006, p. 224; ROCA DE AGAPITO, L., «El delito de escarnio de los sentimientos religiosos», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 33, 2017, p. 556; SANJURJO RIVO, V. A., «Discurso antirreligioso y libertad de expresión: la tutela penal de los sentimientos religiosos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 51, pp. 381-415. También ALCÁZER GUIRAO, el cual siguiendo el modelo anglosajón califica al ataque contra los sentimientos como una ofensa y no como un daño, y entiende dicha ofensa como «un estado mental de desagrado o indignación, hiriendo su sensibilidad moral, pero sin necesidad de causar un daño psicológico evaluable», «Cocinar cristos y quemar coranes», en Miró Llinares, F. *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 73.

mientos en cuanto no reúnen la condición de bien jurídico precisamente por tratarse de estados psicológicos o emocionales de la persona, tratándose de «bienes jurídicos aparentes»(119), sin relación con derechos personales, sentido en que se pronuncia, por ejemplo, Alcácer Guirao, para quien lo protegido «no son bienes jurídicos vinculados a la autonomía personal o a las posibilidades de participación social»(120). En sentido contrario se pronuncia Gómez Martín, quien señala que «nada impide albergar en el concepto de bien jurídico intereses o sentimientos colectivos como, por ejemplo, los religiosos o los relativos a la seguridad»(121).

Cuestión distinta de su reconocimiento es la oportunidad o conveniencia del recurso al Derecho penal. En mi opinión, aunque es un tema muy discutido –y discutible–, no creo que deba rechazarse absolutamente y *a priori* el recurso a la vía penal en los casos de «insultos u ofensas formales y gratuitas», sino que podrá ser aceptable en los casos más graves de lesión a los sentimientos religiosos, en concreto cuando pongan en peligro el ejercicio de la libertad religiosa por tener un efecto disuasorio de la práctica religiosa o coarten la expresión de la identidad, afectando a la autonomía personal y a la actuación social de los individuos. Además, como veremos más adelante, la intervención penal queda condicionada por la interacción con la libertad de expresión, por lo que los sentimientos religiosos serán protegibles siempre que la conducta se sitúe fuera del contenido esencial y de los fines legítimos del derecho a la libertad de expresión(122), cuando se trate de una medida proporcionada y en ausencia de medidas extrapenales civiles o administrativas que fueran eficaces para la reparación del daño o la restauración del derecho(123).

(119) Nos referimos a «bienes jurídicos aparentes», en el sentido expuesto por AMELUNG, K., «El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos» (trad. de Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno) en Hefendehl/Von Hirsch/Wohlers (eds.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, cit., pp. 242 y 243

(120) ALCÁCER GUIRAO, R., *La libertad del odio...*, cit., p. 240

(121) GÓMEZ MARTÍN, V., *Daño, ofensa y delitos de odio*, cit., p. 249.

(122) Como establece la jurisprudencia constitucional española, si la conducta constituye un acto ajustado al ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, respondiendo por su contenido, finalidad o medios empleados a las posibilidades de actuación o resistencia que el derecho otorga, entonces no será constitucionalmente legítima la imposición de una sanción penal (véase, por todas, STC 24/2019, de 25 de febrero, FJ 3, a).

(123) *Venice Commission Report*, cit., núm. 55: «Las sanciones penales relativas a formas ilegítimas de expresión que vulneran el derecho al respeto a las propias creencias...deben considerarse como el último recurso en ser aplicadas de forma jus-

Sin embargo y como hemos dicho anteriormente, no es ésta la orientación que actualmente predomina en el *soft law* emanado del seno del Consejo de Europa, trasmitiéndose a los Estados la idea de que no resulta deseable la sanción penal de los insultos religiosos «*simpliciter*», sino en cuanto éstos constituyan además una incitación al odio(124). Se dan varios argumentos al respecto que pueden ser resumidos en la necesidad de evitar el efecto desaliento (*chilling effect*)(125), la consideración del recurso al Derecho penal como última *ratio*(126), y las dificultades para medir los parámetros de la gravedad de las declaraciones ofensivas, como son la intención del autor, el carácter público de la ofensa y el contexto social, político o científico en el que emiten las declaraciones(127).

No obstante, esta postura no aparece como unánime en la jurisprudencia del TEDH, puesto que se ve apoyada en algunas sentencias(128), pero contradicha en otras(129) en el sentido de afirmar el mayor margen de apreciación que tienen los Estados para configurar los límites al ejercicio de la libertad de expresión en materias en las que existe tanta disparidad, como es la tipificación o no del insulto religioso(130). Por ello se puede mantener como válido el criterio de

tificada, cuando no hay otros medios capaces de alcanzar la deseada protección de los derechos individuales en interés público».

(124) *Venice Commission Report, cit.*, núm. 63: «La Comisión no considera necesario ni deseable crear un delito de insulto religioso (esto es, de insulto a los sentimientos religiosos *simpliciter*), sin el elemento de incitación al odio como componente esencial. Tampoco la Comisión considera esencial imponer *sanciones criminales* por un insulto basado en la pertenencia a una religión concreta. Si una declaración u obra de arte no está calificada como incitación al odio, entonces no debería ser objeto de sanciones criminales».

(125) En este sentido, se pronuncia, por ejemplo, BAGES SANTACANA, J., quien argumenta que dicho efecto provendría por una amplitud aplicativa de los sentimientos religiosos, ya que produciría una disuasión no sólo de las conductas prohibidas, sino también de otras, más o menos próximas a ellas, amparadas por el derecho fundamental a la libertad de expresión, *La protección penal de los sentimientos religiosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 165.

(126) En virtud del principio de proporcionalidad no toda extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión debería dar lugar a la tipificación de un delito, sino únicamente de aquellas conductas que impliquen no sólo una lesión de los sentimientos religiosos, sino además una incitación al odio, o un delito contra las personas, por ejemplo, coacciones o contra su dignidad, como las injurias.

(127) *Venice Commission report, cit.*, núm. 69.

(128) *Vid.* por ejemplo, *Aydın Tatlav c. Turquía*, de 2 de mayo de 2006; *Klein c. Eslovaquia*, de 31 de octubre de 2016.

(129) Ver, por todas, *STEDH Otto Preminger Institute c. Austria*, de 24 de septiembre 1994.

(130) A este respecto recuerda MARTÍNEZ-TORRÓN, J., que el Tribunal de Estrasburgo no impone una política uniforme en esta materia y «que los ordenamien-

la autonomía de los derechos nacionales en la decisión de la protección penal de los sentimientos religiosos.

4.2 El caso español: El delito de escarnio

En España, el recurso al Derecho Penal en el caso del insulto religioso o insulto formal se concreta en el delito de escarnio del artículo 525 del Código penal, regulado dentro de los delitos contra la libertad religiosa, distinto por ello de otros delitos similares como las injurias o la incitación al odio(131). Ha sido objeto de polémica entre la doctrina y en la práctica de los tribunales y se ha criticado su permanencia en el Código alegando, por una parte, la ausencia de un bien jurídico(132) y, por otra, la anticuada(133) y confusa redacción del tipo penal que conlleva la dificultad probatoria de sus elementos, objetivos y subjetivos(134), poniéndose en duda el respeto al principio de legalidad por la excesiva indeterminación de la conducta típica.

No es éste el momento de realizar un análisis sistemático de este delito, pero sí que podemos afirmar la acertada crítica a la configura-

tos jurídicos de cada país tienen cierta discrecionalidad para sancionar las expresiones gratuitamente ofensivas contra una religión o contra sus símbolos sagrados», *Libertad de expresión y lenguaje ofensivo...*, *cit.*, p. 30.

(131) También atenta contra los sentimientos religiosos el delito de profanación del artículo 524 Cp, que no analizamos en este trabajo porque no lo consideramos una forma de discurso o difusión de ideas. Su estudio queda para un trabajo posterior.

(132) Se critica en concreto la incapacidad de los sentimientos religiosos para configurar un bien jurídico merecedor de protección penal, cuestión a la que nos hemos referido en el apartado anterior. *Vid.* por todos ALCÁCER GUIRAO, R., *Cocinar cristos y quemar coranes*, *cit.*, p. 75 ss.; CUTIÑO RAYA, S. «Ofensas a la religión y sistema penal: la descripción de los conflictos en la jurisprudencia penal», en Del Carpio Delgado J./Holgado González, M. (dir.); De Pablo Serrano, A. L. (coord.) *Entre la libertad de expresión y el delito. Cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 319-373.

(133) Sobre la evolución histórica de este delito, *vid.* MORILLAS CUEVA, L. *Los delitos contra la libertad religiosa (especial consideración del artículo 205 del Código Penal)*, Granada, 1977, especialmente, p. 103 ss.; TAMARIT SUMALLA, J. M., *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1989.

(134) Sobre esta dificultad probatoria, en especial sobre las dificultades de valorar el elemento subjetivo de la intención escarnecedora, véase CARRILLO DONAIRE, J. A., *op. cit.*, p. 223 ss. Una crítica a la actitud procesal de admitir como regla general todas las querellas en los casos de delitos de opinión puede verse en DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «El juez instructor ante querellas infundadas por actos de expresión satírica, política, artística o activista», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología (REDPC)*, 24-10, 2022.

ción típica del mismo(135). Se observa en particular que la redacción del tipo objetivo utiliza conceptos normativos de difícil precisión, especialmente el término «escarnio», cuyo significado es demasiado amplio, en el sentido de que introduce un factor de inseguridad respecto a las conductas incluidas en este término(136). Por otra parte, no queda muy claro quiénes son los titulares del bien jurídico protegido, es decir, si se trata de un bien jurídico individual o colectivo(137); y si estamos ante un delito de mera actividad o de resultado(138). Tampoco es necesario tipificar en el segundo párrafo el escarnio de los no creyentes, aunque sea en aras del principio de igualdad(139). En cambio, debe ser valorada positivamente la exigencia de que el escarnio y la vejación se hagan «públicamente», precisando además en el caso del escarnio que se realice por palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento(140).

En especial se discute si el tipo exige un elemento subjetivo del injusto, a partir de la expresión «para ofender los sentimientos religiosos», elemento al que los tribunales recurren, decretando su ausencia en la

(135) Son varios los análisis críticos de los elementos típicos del delito de escarnio. Entre otros, podemos citar JERICÓ OJER, L., «La relevancia de los sentimientos religiosos como límite de la libertad de expresión. Especial referencia al delito de escarnio», en M. Díaz y García-Conlledo (coord.). AAVV, Libertad de expresión y sentimientos religiosos, Juruá, Lisboa, 2012, pp. 103-151; PÉREZ FERRER, F., «A propósito de la tutela penal de la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos en el ordenamiento español», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 129, 2019, pp. 65-107; RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española*, cit., p. 7 ss.; ROCA DE AGAPITO, L., «El delito de escarnio de los sentimientos religiosos», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 33, 2017, pp. 557-597.

(136) El Diccionario de la Real Academia Española define el escarnio como «burla tenaz que se hace con el propósito de afrentar» y concreta como sinónimos: escarnecimiento, burla, mofa, ridiculización, bufa, befa, afrenta, pifia.

(137) PÉREZ FERRER, F., *op. cit.*, p. 91, quien sostiene que los sujetos pasivos son los miembros de una confesión religiosa, planteándose la duda de si ésta tiene que estar inscrita en el Registro de Entidades Religiosas. En mi opinión no es necesario que lo estén.

(138) Para ROCA DE AGAPITO estamos ante un delito de resultado, *El delito de escarnio...cit.*, pp. 580 y 581. En cambio, PÉREZ FERRER señala que se trata de un delito de mera actividad, donde la conducta típica se completa cuando se expresan o transmiten las opiniones objetivamente ofensivas e idóneas para ofender los sentimientos religiosos, *A propósito de la tutela penal...cit.* p. 92.

(139) Artículo 525.2: «En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna».

(140) La utilización del concepto de documento permite considerar incluidas las caricaturas ofensivas, en la medida en que están incorporadas a un soporte material (art. 26 CP). Por la misma razón quedan excluidos los «gestos».

mayor parte de los casos, para excluir la comisión del hecho típico y restringir así su aplicación(141). La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia(142) consideran que de *lege lata* tiene esa naturaleza de elemento subjetivo específico diferente al dolo, aunque cabría replantearse la misma si se tiene en cuenta la semejanza del delito de escarnio con el de injurias, delito en el que la mayor parte de la doctrina no aprecia el *animus iniuriandi* como un elemento subjetivo distinto del dolo(143). En la misma línea tendríamos también que rechazar la posibilidad de cometer el escarnio a título de dolo eventual.

Es cierto que la prueba del dolo de escarnio deviene dificultosa(144) y que plantea otros problemas como la concurrencia de distintos *animi* en un mismo supuesto de hecho, con el problema adicional de determinar cuál de esas intenciones era la predominante, y que ello implica también una cierta inseguridad jurídica en el sentido de que será la prueba de la ausencia de la intención ofensiva la que determina la legitimidad de lo expresado, cuestión nada fácil(145).

(141) Así, en sentido absolutorio, vid, entre otros SAPSE 2344/2004, de 7 de junio (caso de la Hermandad); AAPVA,410/2011, de 9 de junio (caso Leo Bassi); SAPM, secc.1.º 5364/2013, de 2 de abril (caso Krahe); AAPM 1048/2013, de 24 de enero (caso del preservativo contra el sida); SJPM de lo Penal núm. 23 433/2018, de 26 de noviembre.

(142) Vid. ATS 18765/2005, de 10 de octubre (caso corona de espinas): «elemento subjetivo que está constituido, según opinión doctrinal unánime, por el dolo específico o ánimo deliberado de ofender los sentimientos religiosos legalmente tutelados». Entre la doctrina vid. por todos ROCA DE AGAPITO, L., «Delitos contra la libertad de conciencia y sentimientos religiosos» en J. Álvarez García (dir.) *Tratado de Derecho Penal español. Parte Especial, IV. Delitos contra la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 530 ss.

(143) Sobre la exigencia del *animus iniuriandi* en los delitos de injurias en el Código penal vigente, vid. PÉREZ DE LA FUENTE, O., «Libertad de expresión y escarnio de los sentimientos religiosos. Enfoques sobre la ponderación en algunos casos de los tribunales españoles», *Revista telemática de Filosofía del Derecho* núm. 18, 2015, p. 134 ss.

(144) El ATS 18765/2005, de 10 de octubre, comentaba estas dificultades de prueba del elemento subjetivo del escarnio, señalando que «la intención, por pertenecer a lo más recóndito del ser humano, nunca puede ser objeto de prueba directa, por lo que necesariamente ha de ser de prueba indirecta o indiciaria, debiendo deducirse o inferirse el ‘animus’ del conjunto de circunstancias fácticas objetivas que, por serlo, hayan podido quedar cumplidamente acreditadas». Se remite en el mismo sentido a las SSTs 2.ªS 688/93, de 25 de marzo y 766/84, de 14 de febrero.

(145) Sobre esta inseguridad jurídica, COMBALÍA SOLIS, Z., expone una consideración que viene a cuento: «es cuestionable de que no basta la idoneidad objetiva de la conducta para herir los sentimientos religiosos de la generalidad de los miembros de una confesión. Entiendo que si la conducta o expresión es ‘objetivamente’ idónea para herir y no conste que en el acusado concurriera otra intención –no se trata de una expresión artística, de una reflexión crítica, etc. es difícil de entender que no hay ánimo de ofender. Cuestión distinta es la oportunidad de que exista un delito que

A partir de estas críticas se hace necesario señalar la oportunidad, al menos, de una simplificación y modernización de los elementos del escarnio, de forma que gane en objetividad y sea más patente su gravedad, destacando la idoneidad de la conducta para ofender el bien jurídico protegido(146). En este sentido, algún autor ha considerado oportuno introducir en el tipo penal una fórmula que establezca como elemento objetivo el requisito de que el insulto religioso sea idóneo para causar una alteración a la paz pública(147), o bien que impida o dificulte el ejercicio de la libertad religiosa, a la vez que se interpreta el escarnio no como una ofensa a los dogmas o creencias en sí consideradas sino como un agravio: burla o vejación de las personas que sostienen una concreta opción religiosa.

Otra posible intervención en el delito de escarnio puede consistir en reconducir los supuestos de lesión de los sentimientos religiosos a los delitos de odio o de injurias, por la proximidad con ellos(148). No obstante, entiendo que, aunque exista semejanza, se trata de infracciones diferentes con un bien jurídico distinto de la libertad religiosa, que es el que hemos identificado en el escarnio(149) y, por ello, la conversión de este delito en una modalidad de injurias o de incitación a la discriminación, dejaría impunes todas las ofensas a los sentimientos que no implicaran una ofensa al honor personal o una incitación al odio o a la discriminación, propuesta esta última planteada, como ya hemos mencionado, en las recomendaciones europeas.

penalice el insulto religioso»; en «Los conflictos entre libertad de expresión y religión: Tratamiento jurídico del discurso del odio», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 31, 2015, p. 369.

(146) JERICÓ OJER, L., *op. cit.*, p. 131.

(147) Esta propuesta procede de GONZÁLEZ URIEL, D., en su trabajo «La religión y su juridificación», *Boletín del Ministerio de Justicia*, junio 2018, en su página 14. Son muy interesantes las ideas expuestas por este autor relativas al mantenimiento en el Código penal del delito de escarnio, eso sí, con la introducción de la fórmula comentada, a semejanza de lo previsto en el Código penal alemán y el portugués. En cambio, de forma crítica sobre esta fórmula en el Código alemán, se manifiesta HÖRNLE, T., *La protección de sentimientos...cit.* p. 390.

(148) No queda lejos de esta opinión la propuesta de COMBALÍA SOLÍS, Z.,: «... 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 incitación 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», «Los conflictos entre libertad de expresión y religión: tratamiento jurídico del discurso del odio», *cit.*, pp. 378 y 379.

(149) *Vid.* FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «Reflexiones acerca del tradicional delito de escarnio de los sentimientos religiosos», *Derecho y Religión*, XII, 2017, *cit.*, p. 150.

En mi opinión, el gran problema que plantea el delito de escarnio en España no es simplemente la necesidad de modificar su regulación, o de mejorar su definición, sino la posibilidad de su supresión como consecuencia de su comprensión como un obstáculo para el ejercicio legítimo de la libertad de expresión(150). De ahí que se afirme la falta de justificación de la sanción penal como vía de solución deseable de los conflictos y que se proponga, como hemos visto, la despenalización de los insultos religiosos(151).

4.3 Sentimientos religiosos y libertad de expresión

Por mucho que se defienda la posición preferencial de la libertad de expresión dentro de un ordenamiento y que se proponga o vea como deseable la despenalización del escarnio, es indudable que debe preverse una respuesta al ejercicio ilegítimo de dicha libertad cuando choca con los sentimientos religiosos de otras personas. De ahí que sea razonable defender que los conflictos entre ambos derechos – libertad de expresión y sentimientos religiosos– deban contar con una solución en las legislaciones estatales y que requieran de un ejercicio de ponderación en los casos concretos para determinar bien que se ha actuado dentro del ámbito legítimo de la libertad de expresión bien que se ha producido una intromisión no justificada en los sentimientos religiosos, dando lugar en los casos más graves a la infracción penal(152). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en nuestro caso, el Tribunal Constitucional español han asumido esa necesidad de ponderación en los casos concretos de conflicto.

(150) Posibilidad que se plantea, por ejemplo, MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «Un posible abuso del poder para restringir la libertad de expresión es más peligroso para la democracia y el pluralismo que el perjuicio para las creencias religiosas que podrían causar ciertas formas abusivas de expresión», «¿Libertad de expresión amenazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo», en Martínez-Torrón/Cañamares Arribas, *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 120.

(151) En España, concretamente, se ha señalado como argumento a favor de despenalización la inseguridad que produce acudir al criterio de la ausencia del elemento subjetivo para excluir el escarnio y afirmar así el ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

(152) Aquí no analizamos ya la posible despenalización de los delitos contra los sentimientos religiosos, sino la aplicación de las sanciones penales vigentes en los casos concretos de conflicto, aquellos que implican la posibilidad de una condena penal a un caso determinado, que cumple las características de un tipo penal y frente al cual se alega la justificación del ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

1. El TEDH, sobre todo en una época reciente, acepta restrictivamente la posibilidad de limitar el ejercicio de la libertad de expresión desde la óptica del artículo 9 del CEDH (libertad religiosa), para lo cual acude a criterios diversos, que pueden ser resumidos en los siguientes: Que la acción concreta de los Estados que limita la libertad de expresión esté prevista en la ley(153); que dicha acción persiga un fin legítimo(154) y, en tercer lugar, que sea considerada como necesaria en una sociedad democrática, valorando en particular que la injerencia obedezca a una necesidad social imperiosa(155), lo que se traduce en términos de exigir «proporcionalidad» de la medida, sobre todo si ésta es privativa de libertad(156), teniendo en perspectiva las

(153) Sobre esta exigencia, expone RUBIO FERNÁNDEZ, E. M., que «... ello significa que la ley tiene que ser adecuadamente accesible al particular, no estar expresada en términos de un poder general y ser lo suficientemente precisa como para que éste sepa regular su conducta, lo cual dependerá del contexto del instrumento en cuestión, del campo que se propone cubrir y del número y condición de aquéllos a los que se dirige» y cita como referencias las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Sunday Times c. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, parág. 49; *Hasan y Chaush c. Bulgaria*, de 26 de octubre 2000, parág. 86; *Hashman y Harrup c. Reino Unido*, de 25 de noviembre de 1999, parág. 31; *Groppera Radio AG y otros c. Suiza*, de 28 de marzo de 1990, parág. 68 y *Metropolitan Church of Bessarabia y otros c. Moldavia*, de 13 de diciembre de 2001, parág. 110; *vid.* «Expresión frente a religión: un binomio necesitado de nuevas vías de entendimiento y de superación de sus interferencias», *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. Número 24. 2006, pp. 201-231, nota 46.

(154) Se considera, por ejemplo, un fin legítimo la defensa de la paz religiosa o el orden público dentro de un país; sobre esta cuestión podemos mencionar *E. S c. Austria y Rabczewska c. Polonia*, ya citadas, que llegan a conclusiones opuestas: afirmar en la primera la legitimidad de la acción restrictiva del Estado en beneficio de la paz pública; y rechazar en la segunda la intromisión del Estado en la libertad de expresión porque la norma aplicada no especifica el fin de proteger el orden público (núm. 62). Expresamente se dice que «no ha sido demostrado que, en el presente caso, la interferencia (en la libertad de expresión) venía exigida, de acuerdo con las obligaciones positivas del Estado bajo el artículo 9 del Convenio, para asegurar la coexistencia pacífica de individuos y grupos religiosos y no religiosos, en una atmósfera de tolerancia mutua» (núm. 64).

(155) *Vid. Norwood c. Reino Unido*, 16 de noviembre de 2004.

(156) *Vid. Mariya Alehkina y otras c. Rusia, cit.*, núm. 211: «En su actividad supervisora, el Tribunal debe examinar la interferencia impugnada a la luz del caso completo. En particular, debe determinar si la interferencia en cuestión era «proporcionada a los fines legítimos perseguidos» (véase *Chauvy y otros c. Francia*, núm. 64915/01, § 70, ECHR 2004-VI) y si cualquiera otra de las razones aducidas por las autoridades nacionales para justificarla, son «relevantes y suficientes» (véase, entre otras *Fressoz and Roire c. France* [GC], núm. 29183/95, § 45, ECHR 1999-I). Especialmente, el Tribunal debe revisar con particular escrutinio los casos en los cuales las sanciones impuestas por las autoridades nacionales para conductas no violentas implican una condena de prisión (véase *Taranenko c. Russia*, núm. 19554/05, § 87, 15 May 2014).

circunstancias concretas del país y el contexto social en que se produce el conflicto(157). Atendiendo a estos criterios se podría llegar a aceptar la aplicación de una sanción, pero con la premisa de que esos límites a la libertad de expresión deberán ser interpretados restrictivamente, dada la naturaleza prevalente de ese derecho, sobre todo en lo que se refiere a materias políticas y de interés público(158). Esta interpretación tan restrictiva de la sanción penal afectará a las ofensas contra los sentimientos religiosos cuando éstas puedan encuadrarse dentro del discurso político o interpretarse como asuntos de interés general, lo cual no tendrá lugar, en mi opinión, cuando la conducta se mantenga en el ámbito de un ataque personal contra las personas que practican o expresan sus convicciones religiosas, utilizando palabras ofensivas dirigidas a herir a través del insulto o burla a esas creencias.

2. Para el Tribunal Constitucional español, la legitimidad de la aplicación de la sanción penal exige la ponderación de los intereses en conflicto, ponderación que debe partir de una interpretación restrictiva de los límites a la libertad de expresión, dado su papel institucional(159), lo cual implica adoptar como primer paso una perspectiva

(157) Vid. *Rabczewska c. Poland*, cit., núm. 52: «...En aquellos casos que implican la ponderación de dos libertades fundamentales en conflicto, en concreto, el derecho del recurrente a expresar sus puntos de vista sobre materia religiosa de una parte y, por otra, el derecho de otros a verse respetados en su libertad de pensamiento, conciencia y religión, el efecto positivo de las ideas expresadas depende, en un cierto grado, de la situación del país donde se expresaron las opiniones y el contexto en que fueron hechas. En tales casos, las autoridades de ese país tienen un mayor margen de apreciación, en cuanto están en mejor posición de evaluar cuáles de las expresiones se consideraban idóneas para lesionar la paz religiosa en dicho país».

Vid. también, *E. S. c. Austria*, cit., núm. 50). En *Mariya Alekhina y otras c. Rusia* se lee textualmente: «. En todos los casos anteriores, la solución del caso venía determinada por la interrelación entre los diversos factores implicados más que por uno de ellos tomado aisladamente. La aproximación del Tribunal a ese tipo de casos puede ser descrita como “sumamente específica en su contexto” (*highly context-specific*) (véase *Perincek c. Switzerland* [GC], núm. 27510/08, § 208, ECHR 2015 (extracts))» (núm. 221).

(158) Sobre el discurso político puede ser citada la STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 13 de mayo 2018, en la cual se expone que la admisibilidad de la sanción penal en el caso del discurso político queda restringida al ámbito de lo excepcional y su necesidad sólo será viable cuando se incite a la violencia o constituya un discurso de odio (núm. 41).

(159) Como afirma, entre otras, la STC (pleno) 190/2020, de 15 de diciembre, FJ 3: «...la posibilidad de limitación del derecho fundamental a la libertad de expresión ha de ser menor, de suerte que, salvo los casos de insulto, de incitación a la violencia (“discurso del odio”) y alteración del orden público protegido por la ley, debe permitirse su libre exposición “en los términos que impone una democracia avanzada” (STC 20/1990, FJ 5)».

constitucional(160), que antecede al examen del tipo penal y consiste en determinar si en ese caso concreto la conducta realizada no sólo ha sobrepasado el ámbito de lo legítimo, sino que ha quedado claramente fuera del contenido y de los fines esenciales del derecho a la libertad de expresión(161). La necesidad de ese juicio de inconstitucionalidad parte de que no es posible aplicar la sanción penal cuando la conducta está realizada dentro del ámbito de protección jurídica del derecho fundamental(162). Y su fundamento radica en que no están próximos el ámbito de lo permitido y de lo delictivo, y que no es lo mismo la extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión que tomar ésta «como un mero pretexto o subterfugio para, a su pretendido amparo, cometer actos antijurídicos(163). Dicho de otra forma, la sanción penal sólo tendrá sentido en aquellos casos de excesos en el ejercicio de la libertad de expresión que no pueden incluirse en su contenido esencial(164) porque implican una separación del contenido y de los fines de la libertad de expresión, de forma que su ejerci-

(160) STC (pleno) 190/2020, de 15 de diciembre, FJ 3.º: «...el juez penal ha de tener siempre presente su contenido constitucional para «no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático» (entre otras, *vid.* SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8; 287/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 127/2004, de 19 de julio, FJ 4; 253/2007, de 17 de diciembre, FJ 6; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2; 112/2016, de 20 de junio, FJ 2, y 35/2020, de 25 de febrero, FJ 4; y STEDH de 23 de abril de 1992, caso *Castells c. España*, § 46).

(161) *Vid.* SSTC 278/2005, de 7 de noviembre, 177/2005, de 22 de julio; 24/2019, de 25 de febrero; 35/2020, de 25 de febrero.

(162) STC 24/2019, de 25 de febrero, FJ 3: «Es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo, valorados como actos de un ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constituyentes de un delito...». En este sentido, *vid.* SSTC 2/2001, de 15 de enero, FJ 3 y 177/2015, de 22 de julio, FJ 2.

(163) STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5: «...La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico, permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir «por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto... disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada». Más recientemente, incidiendo en la misma idea, *vid.* STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 4. Sobre la delimitación del contenido esencial de los derechos fundamentales y su dimensión institucional, *vid.* MARTÍNEZ-PUJALTE. A. L., «Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad», *Persona y Derecho*, núm. 54, 2006, pp. 75-116.

(164) Es cuestión problemática la determinación del contenido esencial de un derecho. ALCÁCER GUIRAO, siguiendo a MEDINA GUERRERO, especifica que se trataría de «aquel conjunto de garantías y facultades sin las que el propio sentido, fundamento y contenido del derecho queda completamente desfigurado», *Opiniones*

cio cae fuera de la posición privilegiada que se le reconoce en los sistemas democráticos.

Se trata, al menos así lo entendemos, de establecer una diferencia entre la mera exlimitación en el ejercicio de la libertad de expresión y el ejercicio «aparente» de la misma, y de plantear en cuáles de estos dos ámbitos podría excluirse la sanción desde la perspectiva del principio de proporcionalidad penal y la doctrina del efecto desaliento (165). En este sentido, podemos compartir la opinión de Cardenal Montraveta cuando señala que «el castigo desproporcionado de expresiones ilícitas no determina que pasen a ser lícitas, pero infringe el derecho a la libertad de expresión» (166).

Entendiendo la proporcionalidad en términos de costes y beneficios, se debe exigir que los beneficios de las penas sean superiores a sus costes y «mientras que las primeras dependerán de la eficacia preventiva de la pena y de la gravedad de la expresión ilícita que se intenta prevenir, los costes dependen, esencialmente, de la gravedad de la pena y de su posible efecto desaliento» (167).

En cuanto a la gravedad de la pena, debemos recordar la orientación del TEDH, que defiende una aplicación muy restrictiva de la sanción penal y que considera que en el caso de que se prevea ésta, debe excluirse la pena privativa de libertad o, por lo menos debe reservarse para aquellos excesos de la libertad de expresión que impliquen violencia o una incitación al odio (168). Siguiendo este criterio, podría ser aceptable una sanción penal no privativa de libertad, por ejemplo, la previsión de una multa, en los casos más graves de lesión a los sentimientos religiosos y no comprendidos en los casos anteriores. No obstante, junto al criterio de la gravedad de la pena, la proporcionalidad

Constitucionales, cit., p. 24. Del mismo autor, *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, 2020, pp. 163-166.

(165) Sobre el efecto desaliento y su aplicación en el ámbito penal *vid.* el clarificador estudio de CUERDA ARNAU, M. L., «La doctrina del efecto desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia» *cit.*, con abundantes referencias a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia. No menos interesante, con un planteamiento diferente, es el trabajo de NAVARRO FRÍAS, I., «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?», *InDret*, núm. 2, 2010. Muy crítico en el análisis del efecto desaliento se muestra BILBAO UBILLOS, J. M., «La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana al legislador. (Comentario de la STC 136/1999, en el caso de la Mesa Nacional de HB)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000, pp. 277-342.

(166) CARDENAL MONTRAVETA, S., *op. cit.*, p. 7.

(167) CARDENAL MONTRAVETA, S., *op. cit.*, p. 9.

(168) *Vid.* STEDH Mariya Alehkina, *cit.*, núm. 211.

exige el examen del efecto desaliento que pudiera tener la pena privativa de libertad sobre la libertad de expresión.

La evitación del efecto desaliento corresponde en primer lugar al legislador penal, excluyendo la tipificación de conductas que están consideradas o son próximas al ejercicio de un derecho fundamental, en este caso la libertad de expresión(169) y, en segundo lugar al juez ordinario, que deberá evitar la aplicación de la sanción penal cuando la gravedad de ésta se encuentre en franca desproporción con el daño (desaliento) que produciría sobre el ejercicio «futuro y legítimo» de la libertad de expresión. Ese desaliento «es el efecto disuasorio indirecto que sobre el ejercicio de un derecho fundamental produce la sanción penal de una conducta ilícita pero muy cercana a las que resultan amparadas por el derecho en cuestión, razón por la cual se estima que recurrir al Derecho penal para sancionar esas extralimitaciones resulta desproporcionado»(170).

No será necesaria la valoración del posible efecto desaliento cuando se ha actuado típica pero legítimamente en el ejercicio de la libertad de expresión, dado que en este caso ha quedado excluida la pena por aplicación de la eximente del artículo 20.7 del Código penal(171). Al restringir el ámbito del efecto desaliento a las conductas típicas y antijurídicas se consigue distinguir y dar autonomía a la antijuridicidad frente a la proporcionalidad, en el sentido de que ésta se valorará frente a una acción previamente declarada como antijurídica(172).

(169) *Vid.* STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ8.º En la acción del legislador se trata de evitar las consecuencias desproporcionadas de los tipos penales y aquí intervienen consideraciones como la prohibición de conductas indeterminadas (exigencia de taxatividad penal), la adecuación de la pena a la gravedad de la conducta y la perspectiva de la afectación de la sanción al contenido de otros derechos fundamentales. Como expone CUERDA ARNAU: «a la carga coactiva de la sanción también pertenece el efecto que esta provoca sobre otros derechos del condenado (p. ej. honor) o sobre los derechos de terceros, que, en lo que ahora interesa, podrían sentirse desalentados del ejercicio legítimo de sus derechos». Precisamente esta autora pone como ejemplo de falta de racionalidad de la pena el caso del delito de escarnio, en el sentido de que la escasa gravedad de las conductas tipificadas difícilmente justifica la sanción penal, si nos atenemos al principio de proporcionalidad estricta, *La doctrina del efecto desaliento...cit.* pp. 104 y 105.

(170) CUERDA ARNAU, M. L., *La doctrina del efecto desaliento...cit.* p. 92.

(171) En este sentido COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 41, 2019, p. 101.

(172) Sobre las relaciones entre antijuridicidad y proporcionalidad, *vid.* GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre ponderación y penas. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal) 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña», *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, M L.

La aplicación del efecto desaliento plantea delimitar cual es esa «zona intermedia», ese exceso o ilegitimidad «moderada» de la libertad de expresión y que condiciona la sanción penal, la cual, sin embargo, debe excluirse porque su aplicación sería disuasoria para el ejercicio futuro de la libertad de expresión. En una primera aproximación podríamos concretarlo como aquel ámbito de actuación que no puede ser legitimado penalmente por la concurrencia de una causa de justificación completa y que, sin embargo, todavía está dentro del contenido material de la palabra «expresión» (173).

Esta indeterminación genera el deber de concretar en cada caso de conflicto qué se entiende por un mero «exceso» en el ejercicio de la libertad de expresión y cuándo se debe considerar que se ha desnaturalizado este derecho fundamental, alejándose de lo que es el contenido esencial del mismo. A estos efectos se ha señalado, por ejemplo, que es necesario «atender a las circunstancias de los hechos y a la intensidad del exceso, así como la vinculación o distancia de la conducta respecto al contenido y fines del derecho», dejando fuera de lo prohibido conductas de escasa lesividad(174).

Cuerda Arnau, J. A. García Amado (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 195. Este autor se muestra muy crítico en la fundamentación de esos excesos, «zonas intermedias», o «tierra de nadie», en los cuales hay antijuridicidad, pero no se ve conveniente la pena. Por ejemplo *vid.* p. 198, donde argumenta, entre otras consideraciones, que la aplicación del principio de proporcionalidad conduciría al riesgo de hacer depender la responsabilidad penal de un cúmulo de circunstancias y contextos, incluso consideraciones de oportunidad política o ideológica (en este contexto sitúa la crítica de la Sentencia de la Audiencia Nacional (sección 1.ª de la sala de lo penal), de 7 de julio de 2014).

(173) En concreto, MARTÍNEZ-PUJALTE determina que esa zona que no supera el contenido esencial de un derecho fundamental es la que todavía está comprendida dentro del ámbito material del ejercicio de ese derecho: expresar, opinar, etc. Es en este ámbito donde la aplicación de la sanción penal debe ser valorada desde la óptica del efecto desaliento, «Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad», *Persona y Derecho*, núm. 54, 2006, p. 115.

(174) Sentencia de la Audiencia Nacional (sección 1.ª de la sala de lo penal), de 7 de julio de 2014. Reproduzco aquí, por su interés, parte del razonamiento expuesto en la STC 35/2020: «El Tribunal constata que en las resoluciones impugnadas se ha hecho también una referencia al uso de las nuevas tecnologías como elemento amplificador del daño e, igualmente, que se ha dedicado especial atención al contenido de los mensajes emitidos por el recurrente y su efecto sobre la dignidad e integridad moral de las personas mencionadas en ellos. Ambos aspectos –contenido, emisión y efectos de los mensajes–, como se desprende de lo que hemos afirmado, forman parte de los criterios que hay que tomar en consideración cuando se da cumplimiento a la exigencia previa de ponderación del derecho a la libertad de expresión antes de analizar la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo aplicable a la conducta imputada al recurrente» (FJ5.º 2, c).

La aplicación de la doctrina del efecto desaliento a los conflictos entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos pone encima de la mesa las dudas sobre la permanencia en el Código penal de estos delitos, cuestionando desde un punto de vista político criminal su legitimidad. En efecto, si la barrera a las ofensas contra los sentimientos no está ya en la realización del tipo no justificado, sino en la ulterior ausencia del efecto desaliento, entonces para qué tipificar unas conductas cuya sanción va a quedar en letra muerta o casi muerta. La inaplicación de los tipos penales protectores de los sentimientos religiosos constituye, de esta forma, una consecuencia directa del efecto desaliento que opera en favor de la libertad de expresión. De ahí a reclamar la destipificación de estos delitos hay solo un paso.

En mi opinión, la supresión del Código penal de los delitos contra los sentimientos religiosos no es la única vía de evitar el efecto desaliento. Creo que no se han desarrollado suficientemente otros recursos para evitar dicho efecto que no impliquen la exclusión de la sanción penal y que pongan el acento más bien en la «excesiva gravedad» de la misma, permitiendo la reducción de la pena. En efecto, si el problema es la desproporción entre la gravedad de la pena y la escasa lesividad del hecho, aún cabe la posibilidad de utilizar diversas herramientas para disminuir la gravedad de la sanción, promoviendo, en concreto, la atenuación mediante la aplicación de la eximente incompleta(175) o, en su caso, de la atenuante analógica, la suspensión de la condena o la solicitud de indulto(176).

También el efecto desaliento se podrá evitar a través de la interpretación restrictiva del tipo penal que se pretende aplicar entendiéndose que no se ven cumplidos en el caso particular alguno de los elementos objetivos o subjetivos del tipo. Este es el procedimiento que han seguido algunas sentencias que, en el caso de ofensas a los sentimien-

(175) Aunque se refiere al ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, creo que es aplicable al ejercicio de la libertad de expresión la idea expuesta por PAREDES CASTAÑÓN de que se deben reconocer efectos al ejercicio de un derecho, aunque sea excesivo, y en este último caso, esos efectos se concretarán en una disminución del desvalor objetivo de una conducta típica, disminución que fundamentará la aplicación de la eximente incompleta del art.21.1 CP en relación con el artículo 20.7 CP. Vid. PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Caso 'aturem el Parlament': una cuestión de atipicidad, no (sólo) de ponderación», en *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Cuerda Arnau, M. L.; García Amado, J. A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 178.

(176) Vid. CUERDA ARNAU, M. L., *La doctrina del efecto desaliento...cit.*, p. 126.

tos religiosos, han excluido la aplicación de la sanción penal por no encontrar presente el elemento subjetivo del injusto exigido en el artículo 525 CP(177).

5. TOMA DE POSTURA Y PROPUESTAS

Las reflexiones efectuadas a lo largo de estas páginas conducen a exponer las siguientes consideraciones que necesariamente deberán ser desarrolladas posteriormente, dadas las posibilidades de investigación que abren las cuestiones aquí planteadas.

I. El hecho religioso y la libertad de expresión entran en conflicto con cierta frecuencia a través del llamado discurso del odio. Valoramos positivamente la inclusión en nuestro Código penal de figuras que regulan la incitación o provocación al odio religioso, en concreto, algunas de las conductas tipificadas en el artículo 510.1 y 2 CP. Aunque debemos recordar que a través de estos tipos penales no se regulan propiamente delitos contra la libertad religiosa, sino delitos de odio, punibles desde la perspectiva de la seguridad personal y colectiva y del derecho a no ser discriminados.

En nuestro trabajo hemos examinado los elementos que definen los delitos de odio y proponemos –al menos– una interpretación restrictiva de los mismos, que implica exigir que se trate de conductas que tendencialmente inciten o provoquen a la discriminación de los sujetos pasivos, o que los injurien gravemente, sujetos que pueden ser cada uno de los miembros de un grupo o el conjunto de los miembros. La interpretación restrictiva de las conductas tipificadas es compartida mayoritariamente por la doctrina en España, sobre todo por aquellos autores que encuentran en estos delitos un peligro para la seguridad existencial o la identidad de los grupos minoritarios(178). Por nuestra parte entendemos que, al menos en los casos de odio por motivos religiosos, no es necesario que el ataque se dirija

(177) Algunos autores se muestran muy críticos con esta práctica de resolución de las querellas contra los sentimientos religiosos que recurren a la no apreciación de la intención de ofender, entre otras razones, porque supone previamente llamar a declarar al querellado como investigado, lo cual se convierte en una «pena de banquillo» e implica un mensaje intimidatorio al ejercicio de la libertad de expresión; *vid.* DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *ob. cit.*

(178) Como ya expusimos anteriormente (*vid.* nota núm. 77), el autor cuyas tesis nos parecen más acertadas es LANDA GOROSTIZA, en su interpretación del bien jurídico como la «seguridad existencial» de los grupos.

sólo contra las minorías religiosas, aunque sí se debe exigir la vulnerabilidad del grupo o de sus miembros.

II. La libertad religiosa tiene entidad suficiente para ser considerada merecedora de protección penal, al menos en sus manifestaciones externas, dada su naturaleza de derecho fundamental. Entendemos, por ello, que es legítimo el recurso a las sanciones penales en los supuestos más graves contra este derecho y de acuerdo con la tradición legislativa de los Estados. Esta afirmación implica aceptar la tipificación de las conductas que consisten en imponer o en impedir la práctica o las creencias o en obligar a las mismas, vulnerando la libertad de las personas (art. 522 CP). Incluyo también la aceptación del delito de interrupción de ceremonias públicas (art. 523 CP).

La negación del derecho de libertad que supone la interrupción de una ceremonia cae fuera del contenido legítimo de la libertad de expresión y, aplicando los criterios de la jurisprudencia constitucional, podrá afirmarse que estamos ante un ejercicio «aparente» de la libertad de expresión, fuera de su contenido legítimo y no ante una mera extralimitación. Por esta razón no cabe justificar la anulación «innecesaria» del otro derecho.

Como ya se ha señalado, criticamos la gravedad punitiva del artículo 523 CP. Se trata de una pena desproporcionada a la gravedad de los hechos y a los resultados producidos por estas conductas. Por ello, se propone la revisión de las penas del artículo 523 CP.

III. Un análisis particular merece la protección penal de los sentimientos religiosos, objeto de polémica en la normativa europea y entre la doctrina española, penal, canonista y constitucional.

1. La primera dificultad para justificar dicha protección radica en la discusión sobre su naturaleza y sobre su condición de bien jurídico. Aun reconociendo que los sentimientos religiosos tienen una primera significación como estados emocionales, creemos que trascienden esa dimensión psicológica y adquieren un contenido normativo, como un valor que se deriva de la dignidad de la persona y que puede ser condición del desarrollo de su personalidad. Su contenido normativo será el derecho al respeto de la elección religiosa, que se manifiesta en no sufrir interferencias por las decisiones religiosas tomadas. Estaríamos, por tanto, ante una manifestación externa del ejercicio de la libertad religiosa, no meramente interna o subjetiva.

La afectación de ese sentimiento adquiere autonomía dentro del ejercicio de la libertad religiosa por la peculiar forma de lesión del mismo, que es el insulto formal, definido como la ofensa a la persona a causa de una opción religiosa adoptada o asumida. Entendido de esta manera, el insulto es un ataque contra la persona que trasciende

hasta ella y que puede formularse como una vejación o burla del sujeto a causa de sus creencias. Al personalizar esta modalidad de insulto, nos alejamos del ámbito tradicional de la blasfemia, entendida como ofensa a las ideas o creencias en sí mismas consideradas y cuya sanción no corresponde al Derecho penal.

Incluso con ese contenido normativo, es necesario plantearse la gravedad de la ofensa o lesión del sentimiento religioso, pues no todo insulto reúne las condiciones para ser calificado como injusto penal. En concreto, la protección de los sentimientos religiosos sólo debe adquirir entidad en el ámbito penal si el insulto tiene un efecto negativo grave sobre el ejercicio de la libertad religiosa, en concreto, si retrae a quien lo sufre de algún acto de libertad o dificulta el desarrollo de sus decisiones u opciones o si le priva de una interacción social. A partir de estas premisas se puede defender la posibilidad de proteger penalmente los sentimientos religiosos, cuestión que está abierta en el derecho comparado(179).

Otro tema para desarrollar es la diferencia entre los sentimientos religiosos y otros bienes jurídicos, como puede ser el derecho al honor. Se trata de una cuestión que afecta a la necesidad de protección penal de los sentimientos, pues la proximidad entre ambos delitos –escarnio e injurias– es notoria y, por ello, podría plantearse la absorción del primero dentro del segundo como una injuria especial. No obstante, el bien jurídico protegido es diferente: el honor en un caso y la libertad religiosa en otro, y ello permite su regulación autónoma, aunque para justificar la tipificación del escarnio sea necesario que la ofensa o vejación reúna unas condiciones de gravedad que hoy día no tiene y que hemos enunciado anteriormente, en particular que dificulte o impida el desarrollo de la personalidad religiosa de los ofendidos.

El mismo planteamiento debería hacerse respecto de las relaciones entre los delitos de odio por razón de la religión y los delitos contra los sentimientos religiosos. Protegen bienes jurídicos diferentes y, por ello, cabría defender su autonomía, en un caso como delitos contra la discriminación y, en el otro, contra la libertad religiosa. No obstante, la separación entre ellos constituye una «delgada línea roja» y, por razones de política criminal, podría reconducirse el delito de escarnio

(179) En concreto, queda pendiente un estudio comparado entre las distintas concepciones del bien jurídico y su posible extensión a los sentimientos en general y a los sentimientos religiosos en particular. Sobre esta cuestión se tomarían como puntos de referencia las aportaciones de Hefendehl y Hörnle, en Alemania; y las teorías sobre el «*offence principle*» en el derecho anglosajón, con especial referencia a Feinberg, Simester y Von Hirsch. En lo que respecta a España deben estudiarse las tesis enunciadas por Miró Llinares.

a los delitos de odio, como así se demanda en algunos de los recientes documentos europeos.

3. Aunque se pueda reconocer en los sentimientos religiosos un bien jurídico con contenido propio y no un mero valor moral, ello no sería suficiente para aceptar la protección penal de los mismos, pues es necesario plantearse no sólo el merecimiento de protección sino la necesidad de protección. En concreto, la pregunta que debemos responder es la siguiente: ¿desde una perspectiva político-criminal está justificada la consideración de los sentimientos religiosos como un bien jurídico penal necesitado de protección y es conforme a los postulados de legitimidad del *ius puniendi*?

Sobre este tema hemos tomado en consideración dos perspectivas. En primer lugar, el examen de los tipos penales –fundamentalmente el escarnio(180)– a la luz de los principios limitadores del ejercicio del *ius puniendi*, en especial la proporcionalidad y subsidiariedad. La segunda perspectiva es la necesidad político criminal de valorar la incidencia de tal regulación frente al derecho a la libertad de expresión, desarrollando especialmente el posible efecto desaliento. Ambas perspectivas arrojan luz sobre la necesidad y oportunidad de la sanción penal en la protección de los sentimientos y sobre la vigencia del delito de escarnio en nuestro Código penal. El análisis realizado nos lleva a plantear dos opciones:

La primera sería la de mantener en el Código penal el delito de escarnio en el artículo 525, modificando su definición y simplificando su estructura en consonancia con la determinación que hemos propuesto de los sentimientos religiosos. Deberá explicitarse la publicidad, gratuidad y gravedad de la ofensa y se construiría el tipo subjetivo sobre la intención ofensiva del autor. La nueva redacción de este precepto podría ser la siguiente: «Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos religiosos, vejen o insulten públicamente a una o varias personas por razón de sus creencias, dificultando o impidiendo la práctica de sus convicciones religiosas».

La segunda opción consiste en proponer la destipificación de este delito, postura que mantiene un considerable número de penalistas en nuestro país y que está en sintonía con las tendencias dentro de la Unión europea, donde se considera que, dada la gravedad de la sanción penal, es preferible el recurso a las sanciones o restricciones no

(180) Como ya comentamos anteriormente, dejamos para un estudio posterior la permanencia en el Código penal del delito de profanación (art. 524 CP).

penales en la protección de los sentimientos religiosos(181), atendiendo, por una parte, a la evitación del efecto desaliento sobre la libertad de expresión(182) y, por otra, al carácter subsidiario del Derecho penal(183).

El principal argumento que, en mi opinión, puede alegarse para aceptar despenalizar el escarnio radica en el carácter de «última ratio» del Derecho penal, que requiere en nuestros días una especial consideración. Así resulta necesario corregir el impulso criminalizador que se concreta en la huida hacia el Derecho penal como tendencia de resolución de los conflictos sociales, por ejemplo, con relación al medio ambiente, al maltrato animal, a la defensa de los símbolos y sentimientos, etc. Y conflictos como los que origina el ejercicio de la libertad de expresión deben ser resueltos en la medida de lo posible fuera del ámbito penal o, al menos, excluyendo la posibilidad de aplicar una pena privativa de libertad. No obstante, la importancia de los sentimientos religiosos no debe ser minusvalorada jurídicamente. En primer lugar, frente al insulto religioso la persona debe poder recurrir a la protección civil o administrativa, sin dejar de señalar como objeción el escaso desarrollo de ambas vías como barreras preventivas y repa-

(181) El recurso a las sanciones no penales –civiles o administrativas– aparece aconsejado en la Recomendación núm. 15 de la ECRI, ya citada, en el número 19 de su memorándum explicativo, en relación a la prevención del discurso del odio: «la imposición de restricciones diferentes a las sanciones penales cuando cabe esperar razonablemente que un uso determinado del discurso de odio tenga el efecto de incitar a otros a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a los que se dirige, podría, en circunstancias específicas, ser una respuesta más proporcionada a la necesidad social apremiante que crea su uso». Igualmente, STEDH *Lehideux y Isorni c. Francia*, de 23 de septiembre de 1998, apartado 57: «teniendo en cuenta la existencia de otros medios de intervención y refutación, especialmente con recursos civiles, una condena penal es desproporcionada».

(182) Sobre el denominado efecto desaliento en esta materia, véase TORRES SOSPEDRA, D., «Efecto desaliento y libertad religiosa: la crisis de un sistema», en Combalía/Diago/González Varas (edit.), *Libertad de expresión y discurso del odio por motivos religiosos*, Universidad de Zaragoza, 2019, pp. 27-41. Del mismo autor, en *Anuario de Derecho Canónico* 6, supl, febrero 2018, pp. 217-268, p. 265: «la última ratio no es la única ratio, por tanto, caben otras vías. Es interesante como vía alternativa la indemnización de daños. Y es que la reparación en vía civil tiene, entre otras bondades, la no producción del famoso ‘efecto desaliento’».

(183) Por ejemplo, desde la perspectiva del principio de subsidiariedad, me parece que el delito de escarnio no cumpliría los requisitos expuestos por PAREDES CASTAÑÓN para validar la justificación de la intervención penal en la protección de un bien jurídico, en particular que la conducta del agresor no sólo dañe las posibilidades de interacción social de la persona, sino que «provoque una verdadera desestabilización sistémica», en *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 325.

radoras tanto del discurso del odio como de la discriminación en general(184).

En segundo lugar, debe reconocerse la posibilidad de acudir a otras figuras delictivas en el caso de ataque a los sentimientos religiosos. Se trataría no tanto de valorar esas conductas desde la perspectiva de la libertad religiosa, sino, como hemos comentado antes, desde la perspectiva del derecho al honor o al derecho a no ser discriminados, o desde la perspectiva de la libertad de obrar.

Como consecuencia de estas consideraciones entiendo que, si bien podemos reconocer la naturaleza de bien jurídico a los sentimientos religiosos, como parte del contenido de la libertad religiosa existen razones político criminales suficientes para excluir la sanción penal como vía de solución de los conflictos con la libertad de expresión.

IV. En todo caso es también deseable, fuera del ámbito jurídico, el crecimiento de una conciencia ética que promueva el ejercicio del derecho a la libertad de expresión dentro de unos límites de respeto y tolerancia hacia las creencias de los demás.

Cabe destacar dentro de esta línea la propuesta de la Asamblea del Consejo de Europa 1510 (2006), que pone de parte de los profesionales de los medios de comunicación el deber de formación ética en el respeto de los valores religiosos y de conciencia: «La Asamblea invita también a los profesionales de los medios y a sus organizaciones profesionales a plantear una ética de los medios de comunicación respecto a las creencias y sensibilidades religiosas. La Asamblea propugna la creación de instrumentos reguladores de la prensa, defensores de los medios y otros instrumentos auto reguladores, allí donde todavía no existen, los cuales pueden ofrecer posibles soluciones para las ofensas a las convicciones religiosas»(185).

(184) Sobre cuáles sean en nuestro ordenamiento los procedimientos civiles y administrativos de protección de los sentimientos religiosos, *vid.* ANDREU MARTÍNEZ, M. A., «Tutela administrativa y judicial de los sentimientos religiosos», <https://riucv.ucv.es/handle/20.500.12466/1226>. Entre estas medidas puede citarse la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, la LO 4/2015 de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, o la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

(185) En este sentido, PALOMINO LOZANO, R., plantea la necesidad de una conciliación en el ejercicio de ambos derechos y, dice que «dicha conciliación proviene de un uso responsable y armónico de ambas libertades, sin confiar todo el peso de la solución a las aportaciones que, siempre sometidas a la mejora, pueda proporcionar el Derecho», «Libertad religiosa y libertad de expresión», *Ius Canonicum* XLIX, núm. 98, 2009, p. 546. Véase también la propuesta ética de CORTINA ORTS, A., *op. cit.*, especialmente, p. 87.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ADNANE RKIOUA, A., «La paz social como proyección objetiva de un posible derecho constitucional al bienestar emocional en el marco español y europeo», *Estudios de Deusto*, vol. 70/1, enero-junio 2022, pp. 161-191.
- ALCÁCER GUIRAO, R., «Cocinar cristos y quemar coranes», en Miró Llinares, F., *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 67-85.
- «Símbolos y ofensas. Críticas a la protección penal de los sentimientos religiosos», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, RECPC 21-15 (2019), pp. 1-38.
- «Opiniones constitucionales», *InDret. Revista para el análisis del derecho*, enero 2018, pp. 1-39.
- *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, 2020.
- «Discurso de odio, derecho penal y libertad de expresión», *Cuestiones de Pluralismo*, Vol. 1, núm. 2 (segundo semestre de 2021), https://www.observatoriorreligion.es/revista/articulo/discurso_de_odio__derecho_penal_y_libertad_de_expresion/index.html
- «Protección de sentimientos religiosos y discurso del odio», *Azafea*, Rev. Filos. 23, 2021, pp. 107-134.
- ALONSO ÁLAMO, M., «Sentimientos y Derecho Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 116, 2012, pp. 35-96.
- AMELUNG, K., «El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos» (trad. de Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno), en Hefendehl/Von Hirsch/Wohlers (eds.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, 2016, pp. 221-258.
- ANDREU MARTÍNEZ, M. A., «Tutela administrativa y judicial de los sentimientos religiosos», <https://riucv.ucv.es/handle/20.500.12466/1226>.
- BAGES SANTACANA, J., «La discutida legitimidad de la protección penal de los sentimientos religiosos. De la publicación de caricaturas de Mahoma a Willy Toledo», *La Ley Penal*, núm. 140, 2019, pp. 1-36.
- *La protección penal de los sentimientos religiosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 1998.
- BETRIÁN CERDÁ, P., *El principio de igualdad y no discriminación por razón de religión. Perspectiva global de su regulación jurídica*, Cuadernos Democracia y Derechos humanos, Universidad de Alcalá, 2017.
- BILBAO UBILLOS, J. M., «La excarcelación tenía un precio: el Tribunal emienda la plana al legislador. (Comentario de la STC 136/1999, en el caso de la Mesa Nacional de HB)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20. Núm. 58. Enero-abril 2000, pp. 277-342.

- CABELLOS ESPIERREZ M. A., «Libertades de expresión y libertad religiosa: situaciones de conflicto y criterios para su tratamiento», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII (2017), pp. 257-297.
- CÁMARA ARROYO, S., «Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXIX, 2016, pp. 123-210.
- «El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXX, 2017, pp. 139-225.
- «Delitos de odio: concepto y crítica: ¿límite legítimo a la libertad de expresión?», *La Ley penal*, núm. 130, 2018, pp. 1-37.
- CARAZO LIÉBANA, M. J., «El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental», *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 14, julio 2011, pp. 43-74.
- CARDENAL MONTRAVETA, S., «Expresiones, prohibiciones y penas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (REDPC)* 24-13, 2022.
- CARRILLO DONAIRE, J. A., «Libertad de expresión y ‘discurso del odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular», *Revista de Fomento Social* (70), 2015, pp. 205-243.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. M., «Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 50/51, 2005, pp. 193-218.
- CLIMENT GALLART, J. A., «Opinión pública y libertad de expresión», *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, 2017, pp. 240-261.
- COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 41, 2019, pp. 97-116.
- COMBALÍA SOLÍS, Z., «Los conflictos entre libertad de expresión y religión: Tratamiento jurídico del discurso del odio», *Anuario de derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 31, 2015, pp. 355-379.
- CORRECHER MIRA, J., «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *InDret*, 2, 2021, pp. 87-149.
- CORTINA ORTS, A., «¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática?», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 2017, fascículo 1, pp. 77-92.
- CUERDA ARNAU, M. L., «La doctrina del efecto desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia», *InDret*, 2.2022, pp. 88-131.
- CUEVA FERNÁNDEZ, R., «El ‘discurso del odio’ y su prohibición», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35 (2012), pp. 437-455.
- CUTIÑO RAYA, S., «Ofensas a la religión y sistema penal: la descripción de los conflictos en la jurisprudencia penal», en Del Carpio Delgado J./Holgado González, M. (dirs.); De Pablo Serrano, A. L. (coord.) *Entre la*

- libertad de expresión y el delito. Cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 319-373.
- DAUNÍS RODRÍGUEZ, A., «La confusión de los delitos de odio», en Del Carpio Delgado/Holgado González, *Entre la libertad de expresión y el delito*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 223-249.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Discurso de odio y delito de odio, no, no es lo mismo», publicado en el blog «Almacén del Derecho», 14 de noviembre de 2021, <https://almacendederecho.org/discurso-de-odio-y-delito-de-odio-no-no-es-lo-mismo>.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M., «Delitos contra los sentimientos religiosos y libertad de expresión», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 7, 2019, <https://www.fiscal.es>
- DE PABLO SERRANO, A. L., «En defensa de la tipificación penal del discurso difamatorio contra colectivos vulnerables», en Del Carpio Delgado J./Holgado González, M. *Entre la libertad de expresión y el delito*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 69-73.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- DÁZ LÓPEZ, J. A., *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio*, https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/Informe_Delitos_Odio_Final_pdf, Madrid, 14 de marzo de 2018.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «El juez instructor ante querellas infundadas por actos de expresión satírica, política, artística o activista», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (REDPC)*, 24-10, 2022, <http://criminet.ugr.es/recpc>.
- ELÓSEGUI ITXASO, M., «Las Recomendaciones de la ECRI sobre el discurso del odio y la adecuación del ordenamiento jurídico español a las mismas», *Revista general de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 44, 2017.
- EVANS, C., *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2001.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «Reflexiones acerca del tradicional delito de escarnio de los sentimientos religiosos», *Derecho y Religión*, vol XII, 2017, pp. 137-166.
- FERREIRO GALGUERA, J., «Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial», *Revista general de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 34, 2014.
- FUENTES OSORIO, J. L., «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)* 19-27, 2017.
- GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre ponderación y penas. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal) 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña», *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, M L. Cuerda Arnau, J. A. García Amado (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 183-210.

- GARCÍA GARCÍA, R., «La libertad de expresión en colisión con la libertad religiosa: propuestas de consenso», *Anuario de Derecho Canónico*, 6, febrero 2018, pp. 269-295.
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXX, 2014, pp. 97-115.
- GÓMEZ MARTÍN, V., «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», en Miró Llinars (dir.) *Cometer el delito en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 177-204.
- *Delitos de discriminación y discurso de odio punible. Nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Juruá Editorial, 2019.
- «Daño, ofensa y discurso del odio». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I, 2021*, pp. 235-256.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., «La relación entre la libertad de expresión y la libertad religiosa en el Consejo de Europa», *Conpedi Law Review*, 2018, pp. 79-97.
- GONZÁLEZ URIEL, D., «La religión y su juridificación (Especial consideración de la colisión entre la libertad religiosa y la libertad de expresión)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXXII, núm. 2209, 18 de junio de 2018.
- GORDON BENITO, I., *Delitos de odio y ciberodio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J., «El odio religioso en las recomendaciones de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI)», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 56, 2021.
- HABERMAS, J., «La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos», *Un panorama de filosofía jurídica y política (50 años de Anales de la Cátedra Francisco Suárez)*, *Temas y problemas*, Vol. 44 (2010), pp. 105-121.
- HOLGADO GONZÁLEZ, M., (2022). «Libertad de expresión y discurso político intolerante». *Revista Estudios Jurídicos*. Segunda Época, 22, <https://doi.org/10.17561/rej.n22.7429>.
- HÖRNLE, T., «La protección de sentimientos en el StGB», (trad. de M. Martín Lorenzo), en Hefendehl/Von Hirsch/Wohlers (eds.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, 2016, pp. 383-402.
- «Libertad de expresión y Derecho penal en una sociedad pluralista», en Landa Gorostiza, J. M./Garro Carreras, E. (dir.) *La libertad de expresión en tiempos convulsos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 67-91.
- JERICÓ OJER, L., «La relevancia de los sentimientos religiosos como límite de la libertad de expresión. Especial referencia al delito de escarnio», en M. Díaz y García-Conlledo (coord.). AAVV, *Libertad de expresión y sentimientos religiosos*, Juruá, Lisboa, 2012, pp. 103-151.

- LANDA GOROSTIZA, J. M., «El discurso del odio criminalizado: propuesta de interpretación del artículo 510 CP», en Landa Gosrostiza, J. M./Garro Carrera, E. (directores) *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 221-260.
- «El delito de incitación al odio (art. 510 cp): quo vadis», *Azafea. Revista de Filosofía*-febrero 2022, pp. 57-81.
- «Igualdad de trato, no discriminación y delitos de odio» en Shersheva, Julia (2023), *Zabaldu#1. Dimensiones desde la desigualdad*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, pp. 31-50, <http://www//ikuspegi.eus/documentos/zabaldu/zabaldulcas.pdf>.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., «Bien jurídico y objeto protegido», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. LX, 2007, pp. 119-163.
- LAURENZO COPELLO P., «La discriminación por razón de sexo en la legislación penal», *Jueces para la democracia*, núm. 34, 1999, pp. 16-23.
- «Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados», *VVAA Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1287-1300.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., «Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad» *Persona y Derecho*, núm. 54, 2006, pp. 75-116.
- MARCIANI BURGOS, B., «La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos», *Pensamiento Constitucional*, vol. 11, 2005, pp. 351-378; <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional>.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «¿Libertad de expresión amenazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo», en Martínez-Torrón/Cañamares Arribas, *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 83-120.
- «La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico» *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 50, febrero 2015.
- «Discurso de odio, injurias a la religión y moralidad pública», en Martínez-Torrón, J., Cañamares Arribas, S., González Sánchez, M. *Libertad de expresión y libertad religiosa: una perspectiva transatlántica*, Iustel, Madrid, 2023, pp. 21-56
- «Libertad de expresión y lenguaje ofensivo: algunos criterios prácticos de análisis jurídico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60, 2016.
- MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, M., «Los sentimientos religiosos desde la perspectiva de los sentimientos en el derecho», *Laicidad y Libertades*, núm. 21, 2021, pp. 193-217.
- MINTEGUA ARREGUI, I., *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, Colección Conciencia y Derecho, Dykinson, Madrid, 2006.

- MIRÓ LLINARES, F., «La Criminalización de conductas “ofensivas”. A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho Penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 17-23, 2015, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>.
- *Cometer el delito en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- MORILLAS CUEVA, L., *Los delitos contra la libertad religiosa (especial consideración del artículo 205 del Código Penal)*, Granada, 1977.
- *Sistema de Derecho penal*, 2.ª ed. 2016.
- NAVARRO FRÍAS, I., «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?», *InDret*, núm. 2, 2010
- PALOMINO LOZANO, R., «Libertad religiosa y libertad de expresión», *Ius Canonicum*, XLIX, núm. 98, 2009, pp. 509-548.
- «Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto», en Martínez-Torrón/Cañameres Arribas *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 34-68.
- PAREDES CASTAÑÓN J. M., *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, 2013.
- «Caso “atorem el Parlament”: una cuestión de atipicidad, no (sólo) de ponderación», en *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, M. L. Cuerda Arnau, J. A. García Amado (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 171-192.
- PARERO GUZMÁN, M. J., «Libertad religiosa y libertad de expresión: la tolerancia y el discurso religioso por razones de género», en Combalía/Diago/González-Varas (editores), *Libertad de expresión y discurso del odio por motivos religiosos*, ed. del Licregdi, Zaragoza, 2019, pp. 320-348.
- «La libertad religiosa y su protección en nuestro estado laico y democrático de derecho del siglo XXI, desde el derecho eclesiástico del Estado», en Del Carpio Delgado/Holgado González (dir.), *Entre la libertad de expresión y el delito*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 255-289.
- PÉREZ DE LA FUENTE, O., «Libertad de expresión y escarnio de los sentimientos religiosos. Enfoques sobre la ponderación en algunos casos de los tribunales españoles», *Revista telemática de Filosofía del Derecho* núm. 18, 2015, pp. 131-158.
- PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., «Hecho religioso y límites a la libertad de expresión», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXII (2016), pp. 205-261.
- PÉREZ FERRER, F., «A propósito de la tutela penal de la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos en el ordenamiento español», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 129, 2019, pp. 65-107.
- PÉREZ MADRID, F., «Protección penal de la libertad religiosa y límites de la libertad de expresión», en Ruano Espina y Sánchez Girón (eds.) *A un año de la reforma del proceso matrimonial*, ed. Dykinson, Madrid, 2017, pp. 111-141.

- PORRAS RAMÍREZ, J. M., «Eficacia jurídica del principio constitucional de dignidad de la persona», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIV, 2018, pp. 201-223.
- PORTILLA CONTRERAS, G., «El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas», en Miró Llinares (dir.) *Cometer delito en 140 caracteres*, Marcial Pons, 2017, pp. 87-105.
- PRESNO LINERA, M. A., «El derecho a la libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Martín-Herrera (editor) *La libertad de expresión desde un enfoque global y transversal en la era de los objetivos de desarrollo sostenible*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2022, pp. 59-83.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española», *Revista española de Ciencia Penal y Criminología*, REPCPC 21-27 (2019) pp. 1-43.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., «Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?», *Libertad de expresión y discursos del odio. Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, Madrid, 2015, pp. 15-32.
- REY MARTÍNEZ, F., «Discurso del odio y racismo líquido», en Revenga Sánchez (dir.) *Libertad de expresión y discursos del odio. Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, Madrid, 2015, pp. 51-88.
- ROCA, M. J., «Límites a la libertad de expresión de los políticos y abuso de derecho. Los casos Féret c. Bélgica y Perincek c. Suiza», UNED. *Revista de Derecho Político* núm. 109, septiembre-diciembre 2020, pp. 345-370.
- ROCA DE AGAPITO, L., «Delitos contra la libertad de conciencia y sentimientos religiosos» en J. Álvarez García (dir.) *Tratado de Derecho Penal español. Parte Especial, IV. Delitos contra la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- «El delito de profanación como ejemplo de un Derecho Penal sentimental», *Derecho y religión*, vol. XII, 2017, pp. 167-192.
- «El delito de escarnio de los sentimientos religiosos», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 33, 2017, pp. 557-597.
- RODRÍGUEZ BLANCO, M., «La prohibición de la difamación de las religiones en el derecho internacional. ¿Una noción inoperante?» *Derecho y Religión*, núm. 12, 2017, pp. 11-26.
- ROIG TORRES, M., *Delimitación entre libertad de expresión y «discurso del odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- «El enaltecimiento de los delitos previstos en el artículo 510 del CP a la luz de la última jurisprudencia constitucional», *Estudios penales y criminológicos*, vol. 41, 2021, pp. 233-305.
- ROLLNET LIERN, G., (2019) «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, pp. 81-109.

- ROSZKIEWICZ, J., «The right to the protection of religious feelings versus freedom of expression in the light of the Constitution of the Republic of Poland and the European Convention on Human Rights», *Kultura prawna. Godność jako źródło praw i wolności*, núm. 2 (2/2018).
- RUBIO FERNÁNDEZ, E. M., «Expresión frente a religión: un binomio necesitado de nuevas vías de entendimiento y superación de sus interferencias», *Anales de Derecho*, núm. 24, 2006, pp. 201-232.
- SALINAS MENGUAL, J., «¿Hacia dónde camina la relación entre la libertad religiosa y la libertad de expresión? Estudio de la evolución de la jurisprudencia del TEDH en relación al caso Sekmanienis c. Lituania», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 48, 2021, pp. 1-47.
- SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., «Derecho Penal y fenómeno religioso: a propósito del artículo 525 del Código penal español y su tratamiento jurisprudencial», *Revista electrónica de estudios penales y de la seguridad*, REEPS 7 Especial, (2021), pp. 1-18.
- SANJURJO RIVO, V. A., «Discurso antirreligioso y libertad de expresión: la tutela penal de los sentimientos religiosos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 51, 2023, pp. 385-415.
- SCOLNICOV, A., «La libertad religiosa como derecho a la libertad de expresión» *Derecom, Revista Internacional de derecho de la comunicación y de las nuevas tecnologías*, núm. 20, 2016, pp. 1-28.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, I., «El delito de escarnio de creencias», *La Ley*, 1996-5, pp. 1381-1388.
- SOLOZABAL ECHAVARRÍA, J. J., «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11. Núm. 32, mayo-agosto, 1991, pp. 73-113.
- SOUTO GALVÁN, B., «La protección penal contra ofensas de los sentimientos religiosos: ¿discurso de odio o salvaguardia de la supremacía confesional?», *Laicidad y libertades*, núm. 17, pp. 267-294.
- SPAEMANN, R., «Sobre el concepto de dignidad humana», *Persona y Derecho*, núm. 19, 1988, pp. 13-33.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1989.
- «Artículo 523», en G. Quintero Olivares (director)/ F. Morales Prats (coordinador) *Comentarios al Código penal*, t. II, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 1707.
- TAPIA BALLESTEROS, P., «El discurso del odio del artículo 510.1.a) del Código penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación», en Del Carpio Delgado, J./Holgado González, M. *Entre la libertad de expresión y el delito*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 25-66.

- TERUEL LOZANO, G. M., «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo», REDCE, núm. 27, enero-junio de 2017.
- «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, 13-45, 2018, pp. 13-45.
- TORRES SOSPEDRA, D., «Sociedad de la información y libertad religiosa. Cuando la libertad de expresión se convierte en *hate speech*», *Anuario de Derecho Canónico*, 6 Supl. [febrero, 2018], pp. 217-268.
- VALMAÑA OCHAÍTA, S., «Los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos», en VVAA: *Estudios en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 2285-2310.
- WEBER, A., *Manual on hate speech*, Conseil de l'Europe, 2009. <https://book.coe.int/en/human-rights-and-democracy/4198-pdf-manual-on-hate-speech.html#>.