

RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ

**LA IMPOSIBLE PROTECCIÓN  
DE LOS SENTIMIENTOS  
OFENDIDOS**

**Marco constitucional para futuras  
decisiones legislativas sobre  
los sentimientos religiosos**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO  
2021

# ÍNDICE

	Pág.
<b>ABREVIATURAS</b> .....	13
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	15
<b>CAPÍTULO I. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS CONVICCIONES Y SENTIMIENTOS RELIGIOSOS Y SU INFLUENCIA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL</b> .....	19
1. <b>INTRODUCCIÓN</b> .....	19
2. <b>EL FIN PERSEGUIDO POR LAS MEDIDAS LIMITADORAS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN</b> .....	21
2.1. Consideraciones generales .....	21
2.2. La protección de los derechos de los demás: la libertad religiosa.....	23
2.2.1. Introducción. El requisito de gravedad del ataque.....	23
2.2.2. Mensajes gratuitamente ofensivos o profanos .....	25
2.2.3. Ataques injustificados o abusivos a una religión.....	27
2.2.4. Incitación al odio, a la violencia o a la intolerancia por razones religiosas.....	29
2.3. La prevención del desorden (defensa del orden).....	33
2.4. Sentimientos religiosos y protección de la moral .....	36
3. <b>EL CONTROL DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA</b> .....	39
3.1. Planteamiento general .....	39
3.2. El examen de la proporcionalidad de la medida .....	42
3.2.1. Introducción .....	42
3.2.2. El margen de apreciación nacional .....	43
3.2.3. El valor de la libertad de expresión .....	47
3.2.4. El alcance público de la ofensa .....	51
3.2.5. La gravedad de la sanción.....	54
4. <b>CONSIDERACIONES CRÍTICAS</b> .....	57

	Pág.
5. ALCANCE DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL .....	62
5.1. ¿Obliga el CEDH a España a proteger los sentimientos religiosos de las personas?.....	62
5.2. ¿Es incompatible con el Convenio la extensión de la protección de los sentimientos religiosos más allá de los casos de incitación al odio?.....	64
 <b>CAPÍTULO II. SOBRE EL IMPOSIBLE ENCUADRE DE LA PROTECCIÓN DE CONVICCIONES Y SENTIMIENTOS RELIGIOSOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.....</b>	<b>73</b>
1. LA PROTECCIÓN DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS COMO LÍMITE A LAS LIBERTADES IDEOLÓGICA Y DE EXPRESIÓN. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA NORMA PENAL.....	73
2. ¿PROTEGE LA CONSTITUCIÓN LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS?.....	78
2.1. Bases de la convivencia democrática y paz social .....	78
2.2. Honor, identidad personal y dignidad.....	80
2.3. Sentimientos religiosos y libertad religiosa .....	83
2.3.1. Planteamiento general .....	83
2.3.2. El contenido del derecho fundamental a la libertad religiosa .....	85
2.3.3. La neutralidad del Estado ante el fenómeno religioso. ....	88
2.3.4. El deber de los poderes públicos de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y de mantener las consiguientes relaciones de cooperación con las confesiones religiosas.....	89
2.3.5. Sentimientos religiosos y dimensión subjetiva de la libertad religiosa.....	91
2.3.6. Sentimientos religiosos y dimensión objetiva de la libertad religiosa.....	94
2.3.7. Especial consideración de los símbolos religiosos.....	97
2.4. El orden público como límite a la libertad ideológica.....	101
3. CONCLUSIONES. LA IMPOSIBLE PROTECCIÓN DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS .....	110
 <b>CAPÍTULO III. EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN CON INTERRUPTIÓN DE UNA MISA. LA ESCONDIDA RESURRECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA STC 192/2020, DE 17 DE DICIEMBRE.....</b>	<b>115</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	115
2. ASPECTOS METODOLÓGICOS .....	116

	Pág.
3. CUESTIONES RELATIVAS A LA DELIMITACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN .....	118
3.1. Planteamiento general .....	118
3.2. Expresión durante una misa: ¿una cuestión de delimitación o de límites? .....	119
4. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LA NORMA PENAL.....	122
4.1. La misa como manifestación de la libertad religiosa .....	122
4.2. La relevancia de los sentimientos religiosos.....	124
5. CONSIDERACIONES SOBRE EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL.....	127
6. LIBERTAD DE EXPRESIÓN VS. LIBERTAD RELIGIOSA. EL PAPEL DEL INTERÉS PÚBLICO DEL MENSAJE.....	129
7. LA SANCIÓN PENAL COMO LÍMITE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN .....	136
7.1. La sanción penal en el ámbito de los derechos fundamentales. Sobre el requisito de proporcionalidad de la sanción .....	136
7.2. Sobre la necesidad de la medida .....	139
7.3. La proporcionalidad de la pena .....	142
7.3.1. Introducción .....	142
7.3.2. La cercanía de la conducta sancionada a los peligros que la norma penal quiere evitar.....	143
7.3.3. Sobre la indeterminación del precepto aplicado y la proporcionalidad en sentido estricto de la pena.....	146
7.3.4. Sobre el valor en el caso del tópico relativo al efecto disuasorio de la sanción.....	150
<b>CONCLUSIONES</b> .....	155
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	167
<b>JURISPRUDENCIA CITADA</b> .....	171

## INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es poner de manifiesto la falta de encaje constitucional de cualquier norma dirigida a proteger las convicciones y los sentimientos religiosos, en sí mismos considerados, frente al ejercicio de las libertades ideológica y de expresión. Defenderemos aquí que, lejos de los términos en los que usualmente se ha planteado el asunto, esta es una cuestión cuya resolución no depende del legislador. No se trata ya, pues, de que una mayoría parlamentaria de izquierdas, en el seno de una determinada política legislativa, pueda derogar el precepto del Código Penal de turno que contemplara como delito dicha acción. El reverso inevitable de este planteamiento sería que otra mayoría política de signo contrario podría aprobar de nuevo una figura igual o parecida. El legislador no tiene aquí margen de decisión alguno. Fuera del marco de posibilidades que la Constitución representa se encuentra entonces la opción de sancionar, no ya penalmente, sino incluso por la vía administrativa o civil, los actos de expresión por el mero hecho de atacar este tipo de creencias u ofender tales sentimientos. Este asunto debe quedar por fin fuera del juego político.

Con el objetivo de simplemente ofrecer a quien las lee un cierto contexto histórico, diremos tan solo que en el momento en que se redactan estas páginas se encuentra aún en vigor el art. 525 del Código Penal (en adelante, CP), que sanciona en su apartado 1 con pena de multa de ocho a doce meses a quienes «para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias». No obstante, se ha tomado en consideración en el Congreso de los Diputados la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para la protección de la libertad de expresión<sup>1</sup>, que prevé su derogación. El precepto ha sido cuestionado incluso desde el Consejo de Europa, a través del envío de una carta por la comisaria para los Derechos Humanos, la Sra. Dunja Mijatovic,

---

<sup>1</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, serie B, núm. 149-1, de 19 de febrero de 2021. Su toma en consideración se ha publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, serie B, núm. 149-2, de 21 de junio de 2021.

al ministro de Justicia español, en la que se pedía su supresión, junto a la de otros preceptos considerados incompatibles con la libertad de expresión<sup>2</sup>.

Pero, incluso en el supuesto de que esta u otra iniciativa de similar contenido prosperase, nada parece impedir que otra mayoría parlamentaria pudiera en el futuro revertir el cambio. Como veremos, la jurisprudencia sobre la materia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), en clara incoherencia con la posición antes citada de la comisaria, deja por el momento un espacio al legislador nacional suficientemente amplio como para amparar tal iniciativa. Asimismo, el estado de la doctrina del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) sobre la cuestión es hasta ahora proclive al mismo resultado. Cualquiera que sea la solución ofrecida por el legislador, se hace necesario, pues, afrontar el estudio de un tema como este, con tantas implicaciones para la libertad de expresión, básica en un sistema democrático, y para la correcta ubicación del fenómeno religioso en un Estado laico como el nuestro, desde el punto de vista de nuestra Norma Fundamental.

Muchos han sido los casos que se han planteado en torno al mencionado art. 525 CP, normalmente a instancias de asociaciones con una clara tendencia desde el punto de vista religioso. Entre ellos, estarían la emisión en un programa de televisión del corto de un cantante titulado «Cómo cocinar un crucifijo»<sup>3</sup>; la denominada «procesión del coño insumiso»<sup>4</sup>; la publicación del mensaje de un actor en su página de Facebook —como respuesta, precisamente a la imputación de tres mujeres que participaron en la mencionada procesión— en el que decía literalmente «Yo me cago en Dios y me sobra mierda para cagarme en el dogma de la santidad y virginidad de la Virgen María»<sup>5</sup>, o el supuesto protagonizado por quien apareció, en una vía pública donde se iba a celebrar una procesión católica, portando una pancarta con una foto de la Virgen María y Jesucristo con la inscripción «adúltera con su hijo»<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Véase al respecto la noticia publicada bajo el titular de «El Consejo de Europa pide a España cambios legales sobre los insultos a la Monarquía y el enaltecimiento del terrorismo», *El País*, 22 de marzo de 2021 (edición electrónica: <https://elpais.com/espana/2021-03-22/el-consejo-de-europa-pide-a-espana-que-refuerce-la-proteccion-de-la-libertad-de-expresion.html>).

<sup>3</sup> Resuelto por la Sentencia 235/2012, de 8 de junio, del Juzgado de lo Penal núm. 8 de Madrid.

<sup>4</sup> Resuelto por la Sentencia 448/2019, de 9 de octubre, del Juzgado de lo Penal núm. 10 de Sevilla. El caso aborda la exhibición pública por las calles del centro de Sevilla de una vagina de látex de grandes dimensiones que era portada en andas, bajo el nombre de «procesión de la anarcofradía del santísimo coño insumiso y el santo entierro de los derechos sociolaborales» y con la que se pretendía efectuar reivindicaciones de tipo social, laboral y feminista. En las fechas en las que se produjeron los hechos estaba teniendo lugar un intenso debate social sobre el contenido del proyecto sobre la reforma de la regulación del aborto que dio posteriormente lugar a la aprobación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

<sup>5</sup> Resuelto por la Sentencia 20/2020, de 21 de febrero, del Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid.

<sup>6</sup> Sentencia 367/2005 de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4.<sup>a</sup>), de 21 de octubre.

De manera coherente con la tesis que aquí se defiende, se evitará, sin embargo, el estudio del tratamiento penal del problema, así como cualquier intento de ofrecer respuestas a la multitud de asuntos que durante los últimos años han llegado a ser planteados por esta vía. Todas estas cuestiones no son relevantes a los efectos de un análisis ubicado en sede estrictamente constitucional. Desde esta perspectiva, en tanto que límite al ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión del art. 20.1.a) CE, la validez de toda norma sancionadora de un acto de comunicación no puede sino depender en nuestro ordenamiento del cumplimiento de los requisitos que cualquier restricción a uno de estos derechos ha de cumplir. Este postulado, evidentemente, no admite excepción alguna por razón de la naturaleza, religiosa o secular, del problema abordado. En este sentido, estamos obligados a plantearnos si nuestra Constitución protege, en realidad, las convicciones y los sentimientos religiosos.

En la medida en que nuestra Constitución obliga a interpretar las normas de nuestro ordenamiento relativas a los derechos fundamentales de acuerdo con los tratados internacionales válidamente ratificados por España en la materia<sup>7</sup>, completados por la doctrina elaborada por sus respectivos órganos de control<sup>8</sup>, dedicaremos el primer capítulo de este trabajo al estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre la materia. Expondremos entonces su alcance y contenido, para tratar de responder a la cuestión, finalmente, de si de ella resulta obligación alguna para España de disponer la protección de tales creencias y sentimientos.

Posteriormente, en el capítulo segundo, nos adentraremos en la Constitución misma, con el fin de analizar si el acomodo que se ha intentado dar a las convicciones y los sentimientos religiosos en nuestra Norma Fundamental, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde en realidad a un contenido constitucionalmente aceptable de los preceptos usados como referencia. Para ello, siguiendo en parte el guion establecido por el TC en su Auto 180/1986, de 21 de febrero, repasaremos el significado que pueden tener en este sentido las bases de la convivencia democrática a las que se refiere el Preámbulo constitucional, la paz social (art. 10.1 CE), el derecho al honor (art. 18.1 CE), la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), la libertad religiosa, tanto en su vertiente subjetiva (art. 16.1 CE) como en la objetiva (art. 16.3 CE), y, finalmente, la cláusula del orden público prevista como único límite imponible a las manifestaciones externas de la libertad ideológica (art. 16.1 CE).

---

<sup>7</sup> Dispone el art. 10.2 CE: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

<sup>8</sup> Véanse en este sentido, por todas, las SSTC 24/1981, de 14 de julio, FJ 4; 62/1982, de 15 de octubre, FJ 3.B); 81/1989, de 8 de mayo, FJ 2 o 116/2006, de 24 de abril, FJ 5.

Por último, en el tercer capítulo se analizará la STC 192/2020, de 17 de diciembre, por tratarse hasta el momento de la única sentencia pronunciada por el alto Tribunal sobre un caso que implica la protección de los sentimientos religiosos. Se aborda en ella la interrupción de una misa para lanzar proclamas y panfletos a favor del aborto y en contra de la posición mantenida públicamente al respecto por la Conferencia Episcopal. Su interés para el asunto analizado es doble: por una parte, supone un ejemplo de interés acerca de cómo abordar desde una perspectiva constitucional un asunto en el que, tras la pretendida, por algunos, protección de convicciones y sentimientos religiosos, se encuentra en realidad, aquí sí, la garantía de la libertad religiosa misma; por otro lado, como veremos, el tenor de la sentencia alimenta indebidamente la tesis que otorga un estatuto constitucional a la protección de las convicciones y sentimientos religiosos.

En nuestra intención está recorrer este itinerario con argumentos estrictamente constitucionales, trascendiendo, eso sí, la fuerza de la inercia que oscurece en ocasiones la función del jurista. Es esta la que impide ver con claridad que determinadas figuras normativas, que podían tener su explicación en otros tiempos y en otro modelo de sociedad, no pueden ser sostenidas más en el marco de una Constitución que propugna la libertad entre sus valores superiores y que se toma en serio los derechos fundamentales por ella misma establecidos.



# CAPÍTULO I

## LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS CONVICCIONES Y SENTIMIENTOS RELIGIOSOS Y SU INFLUENCIA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

### 1. INTRODUCCIÓN

Hasta el TEDH han llegado en distintas ocasiones supuestos de ofensas contra los sentimientos religiosos. A lo largo de su jurisprudencia, el Tribunal Europeo ha ido perfilando diversas formas que los mensajes examinados, frente a los que puede un Estado considerar necesario actuar, pueden adquirir. Así, por ejemplo, ha hecho referencia a ataques indebidos a objetos de veneración religiosa<sup>1</sup>; «ciertas formas de conducta, incluidas la comunicación de información e ideas, consideradas incompatibles con el respeto de la libertad de pensamiento, conciencia y religión de otros»<sup>2</sup>; «formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa)»<sup>3</sup>; o «expresiones que van más allá de los límites de una negación crítica de las creencias religiosas de otras personas y son susceptibles de incitar a la intolerancia religiosa»<sup>4</sup>.

El derecho cuya vulneración se alega por la parte demandante en todos los casos es el contenido en el art. 10.1 CEDH, según el cual: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras». La pretendida ofensa a los sentimientos religiosos ha sido abordada entonces como una intromisión en la

---

<sup>1</sup> *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, de 20 de septiembre de 1994, par. 49.

<sup>2</sup> *Í. A. c. Turquía*, de 13 de septiembre de 2005, par. 26, y *Aydin Tatlav c. Turquía*, de 2 de mayo de 2006, par. 25. La traducción de los fragmentos citados de las sentencias del TEDH es nuestra.

<sup>3</sup> *Kutlular c. Turquía*, de 29 de abril de 2008, par. 47.

<sup>4</sup> *E. S. c. Austria*, de 25 de octubre de 2018, par. 43.

libertad de expresión de quien emitiera el mensaje sancionado por el Estado<sup>5</sup>. Desde este punto de vista, su conformidad al Convenio se hace depender del cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado 2 de dicho precepto, que establece lo siguiente:

«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».

El TEDH ha aclarado, en este sentido, que un mensaje no deja de caer en el ámbito de protección del art. 10 CEDH por el hecho de que pudiera ser considerado ofensivo, chocante o perturbador para las sensibilidades religiosas de los demás<sup>6</sup>. Esta idea se encuentra en línea con la observación más general del Tribunal acerca de que —como consecuencia de los principios de pluralismo, tolerancia y apertura de mente, sin los que no hay sociedad democrática—<sup>7</sup>, la libertad de expresión «se aplica no solo a “informaciones” o “ideas” que sean favorablemente recibidas o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, conmocionan o perturban al Estado o a cualquier sector de la población»<sup>8</sup>.

La tolerancia, como rasgo característico de una sociedad democrática, ha sido utilizada como argumento por el TEDH para justificar la imposición de restricciones a estos mensajes. Así, a partir de una interpretación sistemática del alcance de la libertad de expresión en relación con los rasgos de la sociedad democrática de la que parte el propio Convenio<sup>9</sup>, se sostuvo desde el inicio mismo de su jurisprudencia sobre el tema que representaciones provocadoras de objetos de veneración religiosa, susceptibles de herir los sentimientos religiosos de los creyentes, podían «ser consideradas como una violación maliciosa del

<sup>5</sup> El TEDH ha afirmado que el art. 10 CEDH protege no solo el contenido y la sustancia de la información, sino también los medios de difusión, puesto que cualquier restricción en los medios interfiere de manera necesaria en el derecho a recibir y comunicar información (*Murphy c. Irlanda*, de 10 de julio de 2003, par. 61).

<sup>6</sup> *Cfr. Murphy c. Irlanda*, par. 61.

<sup>7</sup> *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, par. 49.

<sup>8</sup> *Müller y otros c. Suiza*, de 24 de mayo de 1988, par. 33; *Movimiento Raeliano Suizo c. Suiza*, de 13 de enero de 2011 par. 49 (S); *Sekmadienis Ltd. c. Lituania*, de 30 de enero de 2018, par. 70; *İ. A. c. Turquía*, par. 23, y *Giniewski c. Francia*, de 31 de enero de 2006, par. 43. En palabras del voto particular de la jueza Palm y los jueces Pekkanen y Makarczyk a la sentencia del caso *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, «no tiene sentido garantizar esta libertad solo en la medida en que sea usada de acuerdo con la opinión aceptada» (punto 3).

<sup>9</sup> «El Convenio debe ser leído como un todo y, por tanto, la interpretación y aplicación del art. 10 en el presente caso debe estar en consonancia con la lógica del Convenio» (*Otto-Preminger-Institut c. Austria*, par. 47).