

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 70/1 enero-junio 2022

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7012022>

LA PAZ SOCIAL COMO PROYECCIÓN OBJETIVA DE UN POSIBLE DERECHO CONSTITUCIONAL AL BIENESTAR EMOCIONAL EN EL MARCO ESPAÑOL Y EUROPEO

*Social peace as an objective projection of a possible
constitutional right to emotional well-being in the Spanish
and European framework*

Abdelhamid Adnane Rkioua
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

<https://doi.org/10.18543/ed.2499>

Derechos de autoría / Copyright

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.

Estudios de Deusto

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 70/1, enero-junio 2022, págs. 161-191
<http://www.revista-estudios.deusto.es/>

LA PAZ SOCIAL COMO PROYECCIÓN OBJETIVA DE UN POSIBLE DERECHO CONSTITUCIONAL AL BIENESTAR EMOCIONAL EN EL MARCO ESPAÑOL Y EUROPEO¹

*Social peace as an objective projection of a possible
constitutional right to emotional well-being in the Spanish
and European framework*

Abdelhamid Adnane Rkioua
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

<https://doi.org/10.18543/ed.2499>

Recibido: 18.04.2022

Aceptado: 14.06.2022

Publicado en línea: junio 2022

Resumen

El presente trabajo defiende la toma en consideración de los sentimientos religiosos en tanto que partícipes de la paz social, considerada como bien jurídico protegible. Ello implica un redimensionamiento del alcance de la libertad de expresión, posibilitando su razonable limitación siempre y cuando a la conciencia social le pueda resultar de sumo valor. Limitación que ha de desaparecer o, cuanto menos, relajarse cuando dicho bien no resulte fundamental para dicha conciencia y no contribuya al mantenimiento de la invocada paz social.

¹ Contribución realizada en el marco del proyecto de investigación denominado: “Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. La ¿(de) construcción de una sociedad (in) tolerante?” CONVOCATORIA DE AYUDAS A PROYECTOS DE I+D+I EN EL MARCO DEL PROGRAMA OPERATIVO FEDER ANDALUCÍA 2014-2020. CONVOCATORIA 2018.

Palabras clave

Libertad de expresión, bienestar emocional, derecho subjetivo, paz social.

Abstract

The present work defends the taking into consideration of religious feelings as participants in social peace, considered as a protectable legal asset. This implies a redimensioning of the scope of freedom of expression, allowing its reasonable limitation as long as it can be of great value to social conscience. Limitation that has to disappear or, at least, to relax when this concept is not fundamental for said conscience and does not contribute to the maintenance of the invoked social peace.

Keywords

Freedom of expression, emotional well-being, subjective right, social peace.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. POSTURAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LA PROTECCIÓN DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS: 1. El debate doctrinal. 2. Aproximación a la jurisprudencia. III. LA PAZ SOCIAL COMO PROYECCIÓN OBJETIVA DE UN POSIBLE DERECHO SUBJETIVO AL BIENESTAR EMOCIONAL. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La ofensa a los sentimientos religiosos constituye un delito en varios países europeos; concretamente, en Andorra, Chipre, Croacia, Chequia, Dinamarca, España, Finlandia, Alemania, Grecia, Islandia, Italia², Lituania, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rusia, Eslovaquia, Turquía y Ucrania³.

Debe tenerse en cuenta que el análisis de un concepto tan vago como impreciso como es el caso de “la paz social” en su relación con los sentimientos religiosos precisa de una aproximación global, completa e integral que no sólo aborde el estudio desde la literalidad de las normas positivas, sino que tenga presente el resto de factores que influyen y moldean dichas normas.

De ahí que resulte desaconsejable abordar esta cuestión exclusivamente desde la perspectiva fría de las normas, sino que haya que completarla asomándose a todos los factores que participan en la conformación del referido bien jurídico, y siendo, además, necesaria la comprobación continua en el tiempo y en el espacio de la oportunidad o no de mantener la protección jurídica establecida.

Quede claro que, en el presente trabajo, no se sostiene ningún argumento a favor de la protección penal de los sentimientos religiosos ni tampoco se muestra preferencia alguna por ello. Aún más, el autor no entra a valorar el perjuicio que ciertas expresiones pueden producir en los sentimientos jurídicos para pronunciarse sobre el tipo de protección que habría que brindarle al bien jurídico en cuestión. Por todo ello, se puede afirmar que la protección no tiene por qué ser forzosamente penal, pues la vía administrativa o el proceso civil pueden ser cauces oportunos para ello.

² En el Código Penal italiano (*Codice Penale*), la materia analizada se recoge en los artículos 402-413, ubicados en los capítulos I “De los delitos contra los sentimientos religiosos” y II “De los delitos contra la piedad de los difuntos”, del título IV “De los delitos contra el sentimiento religioso y contra la piedad de los difuntos”, del libro II “De los delitos en particular”. Cfr. GONZÁLEZ URIEL, Daniel. Bol. Mex. Der. Comp. vol.52 n°.156 Ciudad de México sep./dic. 2019 Epub 23-Mar-2021. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332019000301477&script=sci_arttext. Pág. 7. (última consulta: 29 de abril de 2021).

³ ZOILA CUMBALÍA. “Los conflictos entre libertad de expresión y religión: tratamiento jurídico del discurso del odio”. Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXXI, 2015, p. 360.

En las páginas que siguen, luego de exponer el estado de la cuestión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se llevará a cabo una labor interpretativa tendente a insinuar la existencia de un posible “derecho al bienestar ciudadano en su faceta emocional”. Ello se hará enlazando los sentimientos religiosos, insuficientes en sí mismos para fundamentar una limitación de libertad de expresión, con el bien jurídico “paz social” que tiene rango constitucional y puede considerarse como la proyección objetiva de dicho “derecho subjetivo”.

II. POSTURAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LA PROTECCIÓN DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS

1. *El debate doctrinal*

No huelga recordar que la doctrina europea en general, y la española en particular, distan mucho de los planteamientos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que en el año 1952⁴ afirmó que la Primera Enmienda de la Constitución impedía que el Estado pudiera alegar como interés legítimo para limitar la libertad de expresión la protección de un dogma religioso ni mucho menos, en lo que nos concierne en este trabajo, de algún sentimiento religioso. Sus argumentos fueron expuestos a la hora de conocer de la prohibición impuesta contra la exhibición y distribución de la película “El milagro” de Roberto Rossellini por el Estado de Nueva York, por ser de contenido impío o sacrilego.

En torno al contenido y límites de la libertad de expresión resulta interesante cómo ROSENFELD⁵ sintetiza los, al menos, cuatro modos que han coexistido respecto de la justificación y la dotación de contenido a dicha libertad en Estados Unidos. Señala, en primer lugar, la justificación basada en la democracia que protegería solo las manifestaciones propias del discurso político; la segunda, basada en el contrato social cubre las expresiones necesarias para poder tomar decisiones informadas, lo que amplía algo más el espectro de lo amparado; la tercera basada en la búsqueda de la verdad, fundada en la filosofía de John Stuart Mill, y que cubriría incluso aquellas manifestaciones que son falsas o dañinas, en tanto que mediante las mismas se incentiva el debate libre, oponiéndola el único límite consistente en no tolerar aquellas manifestaciones que inciten a la violencia; y en último lugar, la justificación basada en la autonomía individual gira en torno a que todas las formas de expresión preservan la dicha autonomía y

⁴ 343 U.S. 495, 1952.

⁵ ROSENFELD, Michel. “La filosofía de la libertad de expresión en América”. *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 8, 469-483. Citado por Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel. (2020). “Libertad de expresión y límites penales...”, op.cit. pps. 43-44 en nota en pie de página n° 43.

la dignidad de la persona, lo que llevaría a un muy amplio alcance de la libertad de expresión.

En España, podemos reconducir a dos las posiciones doctrinales, difícilmente reconciliables, entorno a los sentimientos religiosos. La primera defiende su carácter protegible y su potencial para limitar el ejercicio de la libertad de expresión, mientras que la segunda, intenta desmontar todos los argumentos alegados a favor de la primera tesis y le despojan de todo valor jurídico susceptible de reducir el alcance de una libertad tan fundamental en el Estado democrático como es el caso de la libertad de expresión.

1/ Para los defensores de su necesaria toma en consideración, el sentimiento religioso suele concebirse “como el estado de ánimo o disposición emotiva de una persona hacia las representaciones religiosas. Esta definición hace referencia a una entidad ideal, pero el que carezca de materialidad no significa que se escape a procesos causales y que los sentimientos religiosos no puedan lesionarse o ser puestos en peligro.”⁶

La opinión más abundante acerca del fundamento de ese bien jurídico de los sentimientos religiosos es que éstos constituyen una manifestación de la libertad ideológica y religiosa⁷ del art. 16 CE. En esta línea, se afirma que tales creencias generan sentimientos y emociones intensas, porque “la adhesión a unas creencias religiosas, o a una ideología, a la vez que conforma la personalidad del individuo y genera inevitablemente una comunión sentimental con las mismas”. De ahí que, las ofensas o el desprecio a los referentes de esas creencias menoscaben los vínculos de esa adhesión y, con ello, la dimensión interna de la libertad religiosa⁸.

En otros ensayos doctrinales se fundamenta la protección de los sentimientos religiosos desde un punto de vista colectivo de la libertad religiosa, con el argumento de que el sujeto pasivo no sería la persona individual sino, en general, la comunidad de creyentes en su globalidad. En este sentido, MORILLAS CUEVA⁹, con base en cierta jurisprudencia¹⁰, considera que los sentimientos religiosos se originan por la unión de personas que integran las confesiones religiosas. Por lo tanto, el bien jurídico (sentimientos religiosos)

⁶ ROCA DE AGAPITO, Luis. “El delito de escarnio de los sentimientos religiosos”. Anuario De Derecho Eclesiástico Del Estado, Vol. XXXIII, p. 565.

⁷ Véase, por ejemplo, PALOMINO, Rafael. “Libertad religiosa y libertad de expresión”. IUS CANONICUM, XLIX, N. 98, 2009, p. 539.

⁸ *Cfr.* en este sentido GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales”, Anuario de Filosofía del Derecho, n.º 30, 2014, p. 103.

⁹ MORILLAS CUEVA, DJ nº 37-40, 1983, p. 1357-1358.

¹⁰ La Sentencia del Juzgado de lo Penal de Madrid nº 8, nº 235/2012, de 8 de junio, dictada en primera instancia en el “caso Krahe”, que mantuvo una concepción colectiva del bien jurídico protegido.

surgiría por la constitución de una comunidad con una serie de sentimientos comunes.

Por último, sin relacionar el objeto de protección directamente con la libertad religiosa, sino con la defensa del patrimonio religioso de la comunidad, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO¹¹ señala que este bien se constituiría en un elemento necesario para el mantenimiento del orden público y la convivencia pacífica.

Las palabras de MARTÍ SÁNCHEZ apuntan en la misma dirección afirmando que “los beneficios de la libertad de expresión no pueden ocultar que la violencia dialéctica suele ser la antesala de la física y que, cualquier violencia, constituye una seria vulneración de la integridad, garantizada en el art. 15 CE, y de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)”¹². A ello añade que “si el efecto de la libertad de expresión rectamente ejercida es ensanchar el caudal y la riqueza de la vida en común, su abuso o desnaturalización más bien estrecha y empobrece la convivencia”¹³.

SALINAS MENGUAL aborda esta cuestión desde otra perspectiva cuando indica que “la libertad de expresión debe ser sopesada, y ha de ser ejercida con la debida responsabilidad a fin de propiciar el espíritu de tolerancia que debe regir en toda sociedad democrática, de respetar el derecho de los demás a sus creencias religiosas y de garantizar el orden público debido por medio de lo que podría denominarse una mínima «paz religiosa»”¹⁴.

Otros autores vinculan el sentimiento religioso con la dignidad¹⁵, y por lo tanto resulta “merecedor de tutela penal como expresión de la personalidad, como momento central de una dignidad por decir así existencial, como dato originario e inherente de la naturaleza humana. En este sentido, la protección penal no se presta en relación al reconocimiento emotivo con esta o aquella explicación trascendente de la vida, sino a la dignidad de la relación entre la persona y unos valores”. Así mismo parte de la doctrina, partiendo del

¹¹ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.: “El delito de escarnio de creencias”, *La Ley* 1996- 5, p. 1383.

¹² MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.^a, “La difusión del discurso religioso y el ataque a las convicciones, ante la jurisprudencia del TEDH”, en Martí Sánchez, J. M.^a; Moreno Mozos, M.^a M. (Coord.) *Derecho de difusión de mensajes y libertad religiosa*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 97.

¹³ MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.^a, “La difusión del discurso religioso y el ataque a las convicciones, ante la jurisprudencia del TEDH”, en Martí Sánchez, J. M.^a; Moreno Mozos, M.^a M. op. Cit. p. 98.

¹⁴ SALINAS MENGUAL, J. “Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXV, 2019, p. 259.

¹⁵ PÉREZ MADRID, F., “Incitación al odio religioso o hate speech y libertad de expresión”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 19, 2009, p. 24.

principio de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10.1 CE, consideran que la protección de los sentimientos religiosos individuales habría que encuadrarla más bien dentro del derecho al honor del art. 18 CE¹⁶.

En esta lógica general, SALINAS MENGUAL¹⁷ aprecia que “determinados discursos que atentan contra los sentimientos religiosos no solo pueden llegar a suscitar un odio en la sociedad y una ruptura de la convivencia armónica y de la paz social, sino que pueden conducir a una discriminación, si no formal sí material, de determinadas creencias religiosas en el ámbito público, respecto de discursos ideológicos de otra índole y diametralmente opuestos, pero que gozan del favor de determinados grupos de presión con un poder más que evidente en medios de comunicación social que llegan a ejercer una gran influencia en la configuración de un pensamiento socialmente dominante”. El mismo autor resalta la importancia del elemento objetivo del tipo penal indicando que “la realidad objetiva y el resultado de la acción, herir los sentimientos religiosos de personas creyentes, debería primar sobre la realidad subjetiva o intencionalidad”¹⁸.

2/ A pesar de resultar incontrovertido que el Derecho Penal no sólo protege derechos fundamentales, pero en general incide de lleno en la configuración y desarrollo de los derechos estrictamente fundamentales y libertades públicas de la sección 1.ª del capítulo II del Título I de la Constitución, y de otros derechos y principios que tienen rango constitucional¹⁹, otra parte de la doctrina aboga por la no toma en consideración de los sentimientos religiosos en tanto que límite a la libertad religiosa²⁰. De ahí que se sostenga la no necesaria protección penal de la indemnidad de sensibilidades particulares, ni la integridad de identidades culturales, ni mayoritarias ni minoritarias, ya que la

¹⁶ TAMARIT SUMALLA. “La libertad ideológica en el Derecho penal”, Ed. PPU, Barcelona, 1989, p. 197 ss.

¹⁷ SALINAS MENGUAL, Jorge. “Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual”. Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXXV, 2019, pp. 237-238.

¹⁸ SALINAS MENGUAL, Jorge. “Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual”. Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXXV, 2019, pp. 256-257.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, F. “Protección de los derechos fundamentales en el Código penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General)”. Derecho y Cambio Social, p.1.

²⁰ Tampoco han faltado voces en la doctrina penal italiana que hayan abogado por la completa desaparición de estos delitos. Estas tesis “abolicionistas” defienden la reconducción de las conductas contenidas en estos tipos penales a delitos comunes o, al menos, reducir al máximo el Título a aquellos que verdaderamente muestren una especialidad en materia religiosa. Así, por ejemplo, en la doctrina italiana SIRACUSANO, P.: “I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell’ intervento penale”. Giuffrè, Milano, 1983.

protección de sentimientos religiosos solo podría legitimarse desde la previa atribución a la religión de un trato diferencial y privilegiado sobre otras creencias o convicciones.

En estas coordenadas se señala que “lo que quizá sea más preocupante, por cuanto denota realmente que ese cambio de modelo ha venido para quedarse, es que la censura de la expresión ofensiva no viene solo impuesta desde los poderes públicos, sino que es demandada por la propia ciudadanía, cada vez más sensible y menos tolerante a la irreverencia, la sátira o la crítica procaz”²¹.

Con la misma aguja de marear, sostiene ROXIN que “la protección de ciertos sentimientos sólo puede considerarse protección de bienes jurídicos cuando se trata de sentimientos de inseguridad (...) El Derecho penal no puede pretender una protección más amplia. El ser humano actual vive en una sociedad multicultural entre cuyas condiciones de existencia se encuentra la tolerancia de conductas que contradicen las propias representaciones valorativas”²²

ROCA DE AGAPITO²³, a su vez, se muestra crítico respecto de la consideración de que los sentimientos religiosos sociales sean el bien jurídico protegido en estos tipos de conflictos. En defensa de su planteamiento, alega, partiendo de que los sentimientos sólo pueden personales y sería una ficción tratar de homogeneizarlos, la vaguedad e indeterminación que ello conlleva y el riesgo de que sólo se tutelarían los sentimientos de la mayoría y quedarían desprotegidos los sentimientos de las minorías.

Queden esbozadas estas posturas doctrinales que se renuncia a estudiar con el detenimiento debido, pues apenas se persigue a su propósito arrojar luz sobre el valor que se lo otorga por parte de la doctrina a cada uno de los bienes jurídicos en cuestión. De ello se colige que ninguna duda cabe de su receptividad a la idea de la necesaria ponderación de los mismos que en cada postura lleva a resultados distintos.

2. Aproximación a la jurisprudencia

La jurisprudencia, por lo general, no es tan polarizada, como se expondrá a continuación, aunque han de tenerse en cuenta los matices de

²¹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Símbolos y ofensas Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 21-15, 2019, p.4.

²² ROXIN, C., “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en: Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid/Barcelona, 2007, p. 451.

²³ ROCA DE AGAPITO, Luis. “El delito de escarnio de los sentimientos religiosos”. *Anuario De Derecho Eclesiástico Del Estado*, Vol. XXXIII, pp. 566-567.

cada pronunciamiento judicial. De todos modos, los parámetros que han guiado la acción de los jueces, tanto a nivel nacional como europeo, han sufrido un ligero giro que, de consolidarse, supondrá una cierta ampliación del haz de facultades que la libertad de expresión reconoce a sus titulares.

Antes de abordar el tratamiento jurisprudencial de esta cuestión tanto en España como en el TEDH, se estima oportuno hacer breves referencias a ciertos pronunciamientos judiciales tanto en Estados Unidos de América como en la República Italiana sobre el alcance de la libertad de expresión. La elección de estos dos países obedece al tratamiento claramente diferenciado que le brindan a la cuestión objeto del presente trabajo.

Téngase en cuenta que en la jurisprudencia del TS de los EE. UU. se distingue entre asuntos de importancia meramente privada y asuntos de relevancia pública, decretando una protección más amplia en el segundo caso que en el primero, aunque de ningún modo cabe denegársela en este último como regla general²⁴. En cuanto a la definición del segundo tipo de asuntos, los de relevancia pública, observa la doctrina²⁵ que la noción es suficientemente amplia como para abarcar todo aquello que gire en torno a algún asunto relevante, por más que ofenda; el asunto de relevancia pública “[puede] ser justamente considerado como relativo a cualquier tema de interés legítimo desde el punto de vista informativo; esto es, un tema de interés general y de valor y relevancia para el público”. Que tenga carácter inapropiado o controvertido es “irrelevante para la cuestión de si tiene que ver con un asunto de relevancia pública”²⁶. No se trata, por lo tanto, de hacer una gran contribución al debate público, sino de hablar sobre un tema que tenga alguna relevancia, aunque sea sin aportar nada; por ello el propio Tribunal ampara en este caso un discurso “ciertamente hiriente, cuya contribución al debate público puede ser despreciable”²⁷ por el hecho de que trataba sobre temas de relevancia pública²⁸.

En sentido diferente, la Giurisprudenza italiana, tanto ordinaria como constitucional, reconocen en reiteradas ocasiones el alcance constitucional de los sentimientos religiosos y, por ende, le otorgan amparo en perjuicio de

²⁴ Cfr. sentencia Snyder vs. Phelps, 562 U.S. 452, 2011.

²⁵ Véase, CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel. “Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”. Revista Catalana de Dret Públic, 61, pág. 44 en nota en pie de página nº 44.

²⁶ 562 U.S. 453.

²⁷ 562 U.S. 460.

²⁸ Véase, CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel. “Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”, Op. cit. p. 44 en nota en pie de página nº 44.

la libertad de expresión. En este sentido, *La Corte costituzionale della Repubblica italiana*, al conocer de una cuestión de constitucionalidad del artículo 402 del Código Penal, excluye la inconstitucionalidad del ultraje a la religión en la sentencia n° 39 de 1965²⁹, considerando, en sustancia, que los hechos constitutivos de tal delito nunca podrían considerarse como reflejo el ejercicio del derecho a la libre expresión del pensamiento garantizado por el artículo 19 de la Constitución. El Tribunal precisa de modo diáfano que “el delito de desprecio de la religión católica no limita el derecho de todos, reconocido en el artículo 19 de la Constitución, a profesar su fe religiosa de cualquier forma, de propagarla y de ejercer su culto a través de ritos que no ofendan a la buena moral”. Este derecho, añade, implica “el derecho, también garantizado por la Constitución, a manifestar el pensamiento sobre las otras religiones y a convertirlas en objeto de discusión”, con el límite de no “ofender la religión de otros mediante graves atentados o bien convirtiéndola en objeto de burla en público”³⁰.

En la sentencia n° 188 de 1975³¹, que trata de la constitucionalidad del artículo 403 del Código Rocco, la *Corte costituzionale* parece repetir sus razonamientos anteriores, pero modulando su posición al dejar entrever la posibilidad de una conciliación entre las dos exigencias constitucionales: la libre manifestación del pensamiento y el sentimiento religioso³².

²⁹ Corte costituzionale, sentenza., n° 39 de 13 maggio 1965.

³⁰ “E fuori dubbio che il vilipendio della religione altrui non rientra in queste manifestazioni di fede religiosa, garantite dalla Costituzione; esso non è un modo di professare la propria fede, di farne propaganda, e meno che mai di esercitarne il culto. E vero che il diritto di professare una religione e farne propaganda implica il diritto, ugualmente garantito dalla Costituzione, di manifestare il proprio pensiero su religioni diverse dalla propria e di farne oggetto di discussione, ma questo diritto non comprende il poter vilipendere la religione altrui, recando ad essa grave offesa e facendola oggetto di pubblico dileggio.”. Corte costituzionale, sentenza., n° 39 de 13 maggio 1965, Considerato in diritto n° 3.

³¹ Corte costituzionale., sentenza., n° 188 de 27 giugno 1975, Considerato in diritto n° 4.

³² “È da premettere che il sentimento religioso, quale vive nell'intimo della coscienza individuale e si estende anche a gruppi più o meno numerosi di persone legate tra loro dal vincolo della professione di una fede comune, è da considerare tra i beni costituzionalmente rilevanti, come risulta coordinando gli artt. 2, 8 e 19 Cost., ed è indirettamente confermato anche dal primo comma dell'art. 3 e dall'art. 20. Perciò il vilipendio di una religione, tanto più se posto in essere attraverso il vilipendio di coloro che la professano o di un ministro del culto rispettivo, come nell'ipotesi dell'art. 403 cod. pen., che qui interessa, legittimamente può limitare l'ambito di operatività dell'art. 21: sempre che, beninteso, la figura della condotta vilipendiosa sia circoscritta entro i giusti confini, segnati, per un verso, dallo stesso significato etimologico della parola (che vuol dire "tenere a vile", e quindi additare al pubblico disprezzo o dileggio), e per altro verso, dalla esigenza - cui sopra si è accennato - di rendere compatibile la tutela penale accor-

En este sentido, la *Corte Suprema di Cassazione* aclaró con firmeza que la tesis según la cual el derecho a manifestar el propio pensamiento, en materia religiosa, no se enfrentaría a ningún límite, resulta carente de justificación. Según el Juez Supremo, el hecho de que un credo religioso y los principios que implica se basan en un acto de fe, cuya explicación racional puede ser delicada como, puede serlo, también, la refutación de creencias diferentes y de sus dogmas, no autoriza las agresiones verbales, desprovistas de soporte dialéctico-argumentativo, y por tanto gratuitas³³.

Esta “línea jurisprudencial” es seguida hoy constantemente por la *Corte Suprema di Cassazione* italiana que, en sus decisiones, se refiere explícitamente a las sentencias del Tribunal Constitucional. Así, por la sentencia n° 41044, de 13 de octubre de 2015, la Corte Suprema, recuerda que en decisiones antiguas, pero bien relacionadas con los principios constitucionales en vigor, afirmó que “en materia religiosa, la crítica es lícita cuando - sobre la base de datos o informaciones previamente recopilados o enunciados - se manifiesta por la expresión motivada y razonable de una valoración diferente y en ocasiones opuesta, resultante de una investigación realizada, gracias a métodos serenos, por personas con las habilidades necesarias y la adecuada preparación”. En contra, el ultraje se da “cuando -a través de un juicio sumario y gratuito- manifiesta una actitud de desprecio hacia la religión, negando a la institución y a sus componentes esenciales (dogmas y ritos) cualquier valor y la valía que la comunidad reconoce en ellos”. La Corte añadió “que no es necesario que las expresiones ofensivas conciernan a fieles determinados, pues basta, para que se dé la

data al bene protetto dalla norma in questione con la più ampia libertà di manifestazione del proprio pensiero in materia religiosa, con specifico riferimento alla quale non a caso l'art. 19 anticipa, in termini quanto mai espliciti, il più generale principio dell'art. 21. È evidente, ad esempio, a tacer d'altro, che non sussisterebbe quella libertà di far "propaganda" per una religione, come espressamente prevede e consente l'art. 19, se chi di tale diritto si avvale non potesse altrettanto liberamente dimostrarne la superiorità nei confronti di altre, di queste ultime criticando i presupposti o i dogmi. Il vilipendio, dunque, non si confonde né con la discussione su temi religiosi, così a livello scientifico come a livello divulgativo, né con la critica e la confutazione pur se vivacemente polemica; né con l'espressione di radicale dissenso da ogni concezione richiamantesi a valori religiosi trascendenti, in nome di ideologie immanentistiche o positivistiche od altre che siano. Sono, invece, vilipendio, e pertanto esclusi dalla garanzia dell'art. 21 (e dell'art. 19), la contumelia, lo scherno, l'offesa, per dir così, fine a sé stessa, che costituisce ad un tempo ingiuria al credente (e perciò lesione della sua personalità) e oltraggio ai valori etici di cui si sostanzia ed alimenta il fenomeno religioso, oggettivamente riguardato. Nei sensi e nei limiti così indicati, la questione sollevata in riferimento all'art. 21 deve anch'essa dichiararsi non fondata”.

³³ Cass. pen. sez. III, n° 12744 di 7 ottobre 1998. En el mismo sentido, Cass. pen. sez. III, n° 7605 de 31 marzo 2006, Resp. civ. prev., 2006.

infracción, que puedan reconducirse de manera abstracta a la generalidad indistinta de los miembros de la confesión religiosa”. Finalmente, indica que “estos principios han sido aceptados por la Corte Constitucional, llamada varias veces a pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con el sentimiento religioso y de ilícito penal, sobre todo, precisa, en la resolución nº 188 de 1975, en la cual ha realizado una lectura del artículo 403 del Código Penal a la luz de los principios constitucionales, prestando especial atención al artículo 21”.

1/ A nivel nacional, parte de la jurisprudencia vino sosteniendo una amplia defensa de la libertad religiosa haciendo prevalecer el elemento objetivo del tipo penal del que se trate en cada caso concreto, y pretiriendo, por ello, toda consideración al aspecto subjetivo del mismo.

Sirvan como ejemplo de ello el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid al afirmar que “aunque no se negase la intención de los convocantes de difundir un ideario ateo con valores de racionalidad, fomento del pensamiento crítico, libertad y responsabilidad individuales, rechazo de actitudes fundamentalistas, etc, ello se va a materializar mediante un castigo a la conciencia católica, haciendo daño a la misma y siendo consustancial a la propia convocatoria, la ofensa a la religión católica”³⁴. En la misma línea sostuvo en otras sentencias³⁵ la prevalencia de la libertad religiosa frente a la libertad de expresión al entender que la relevancia de ciertos actos religiosos y el respeto a los derechos de terceros constituyen razón justificada para restringir el derecho de libertad de expresión, de reunión y de manifestación de los demandantes.

Comulga con estas premisas argumentales, en defensa de los sentimientos religiosos, la sentencia 235/12 del Juzgado de lo Penal n.º 8 de Madrid de 8 de junio de 2012 cuando afirma que “en la tutela de libertad religiosa el Código Penal quiere proteger no solo su ejercicio material sino también los íntimos sentimientos que a la misma se asocian”. Añade que “se reconoce además que esta libertad religiosa se integra no solo por la realización de actos materiales que la exterioricen, sino también, y en ocasiones principalmente, por el respeto a los sentimientos que conforman su esfera íntima.” Y termina precisando la sentencia que “no se trata aquí de salvaguardar cualquier sentimiento, sino que se trata de reconocer que existe un sentimiento religioso colectivo de quienes profesan, en este caso, la religión Católica, sentimiento que es digno de protección también para el Estado laico”.

³⁴ Sentencia del TSJ de Madrid 267/2011, de 20 de abril de 2011.

³⁵ Sentencias del TSJ de Madrid 213/2012 de 30 de marzo y 209/2014 de 14 de abril.

Esta postura jurisprudencial contrasta con varias sentencias que hacen hincapié en el elemento subjetivo³⁶ del tipo penal³⁷ para resolver los casos sometidos a su consideración. Pueden citarse como ejemplo de ello los siguientes pronunciamientos judiciales.

El primero, recogido en el auto de la Audiencia Provincial de Madrid 809/2011 de 29 de julio, donde se afirma que “no basta con que se ofendan los sentimientos religiosos de otros... sino que se requiere que esa conducta haga escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa y, además, se realice con la expresa e inequívoca intención de ofender esos sentimientos religiosos.” Y precisa que “para la comisión del controvertido ilícito penal no basta con que se ofendan los sentimientos religiosos de otros, lo que en el caso de autos ocurre para los querellantes, sino que se requiere que esa conducta haga públicamente escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa y, además, se realice con la expresa e inequívoca intención de ofender esos sentimientos religiosos”.

En sentido similar, como segundo ejemplo, se argumenta en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 224/2011 que “las imágenes emitidas y las manifestaciones que las acompañan tienen un indudable sentido satírico, crítico y provocador. Ahora bien, ello no es suficiente para dotarlas de relevancia criminal, pese a su contenido burlesco, pues el tipo penal requiere que se haga escarnio público de dogmas, creencias, rito o ceremonias y con la finalidad de ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa. Se protege, pues, la libertad de conciencia en su manifestación de

³⁶ En Italia, una obra controvertida por razones religiosas fue la película de M. Scorsese realizada en 1988, “La última tentación de Cristo”. La razón básica de la polémica causada fue porque en un momento dado de la película se muestra una supuesta fantasía de Jesús moribundo —cuando éste se hallaba clavado en la cruz, torturado y desangrándose—, acerca de lo que pudo haber sido su vida si en lugar de haber provocado a las autoridades religiosas con su actividad crítica de profeta, por la cual se hallaba crucificado en ese instante, se hubiera decantado por ser un hombre normal, manteniendo su relación amorosa con María Magdalena, casándose y teniendo hijos con ella. La película dio lugar a la sentencia del Tribunal de Venecia de 8 de octubre de 1988, que consideró que no se daba la conducta típica de vilipendio a la religión del Estado tipificada en el artículo 402 CP italiano (que sería declarado inconstitucional posteriormente), por falta de voluntad de ofender. La sentencia fue confirmada por la Corte de Apelación de Venecia en 1989. *Cfr.* COSTA, J. P., *Libertà di espressione e identità collettive*, G. Giappichelli, ed. 2007, p. 52.

³⁷ El delito de escarnio se encuentra recogido en el art. 525 CP, a tenor del cual:

“1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.

2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna”.

libertad religiosa, pero no que se haga crítica y sátira de determinadas creencias y sentimientos religiosos dentro de un contexto de libertad de expresión y artística”³⁸.

Dicha lógica viene recogida de igual modo en la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 10 de Sevilla de 9 de octubre de 2019 cuando se considera que la finalidad era lícita, pues apuntaba el “debate social sobre el contenido del proyecto sobre la reforma de la regulación del aborto que, impulsado por el Ministerio de Justicia bajo la denominación Ley de Salud Sexual y Reproductiva e Interrupción Voluntaria del Embarazo”. Como colofón de ello, y atendiendo a los mensajes en su totalidad, eso es al contexto de crítica que los envuelve y a la finalidad de los mismos sin olvidar la trayectoria del difusor de los mismos ni su tono habitual, la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 26 de Madrid de 21 de febrero de 2020 viene a consolidar la importancia de la intencionalidad en la valoración de la conducta sometida a su juicio.

Este matiz, por lo demás nada despreciable, va a tener acogida en la doctrina del máximo intérprete de la Constitución en la STC 35/2020 al reclamar un “análisis riguroso del contexto en que una determinada expresión se ha realizado, a fin de garantizar que la libertad de expresión es realmente valorada en su contribución al sistema democrático al aplicar una serie de tipos penales como los antes mencionados”³⁹. La doctrina se ha hecho eco de este pronunciamiento al afirmar que de este modo “se impone así, en definitiva, la necesidad de hacer un análisis especialmente cuidadoso de las circunstancias que rodean al emisor y al contexto de ese mensaje, lo que debiera llevar por ejemplo a excluir de ser considerados susceptibles de reproche penal los mensajes de carácter irónico o de finalidad de crítica social o política, por desafortunados que puedan resultar”⁴⁰.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha tenido más de una ocasión para pronunciarse sobre esta cuestión. Aunque pueda decirse que, por lo general, no ha habido giro jurisprudencial alguno respecto del hilo argumental que ha venido sosteniendo los diferentes fallos del Tribunal, sí cabe

³⁸ La misma lógica puede consultarse en: AAP Valladolid 251/2011, de 9 de junio; AAP de Madrid 265/2012, de 12 de abril; SJP de Madrid 235/2012, de 8 de junio de 2012; AAP de Madrid 265/2012, de 12 de abril; Juzgado de lo Penal Madrid Sentencia 235/2012 de 8 junio. *Cfr.* CÁMARA ARROYO, Sergio. Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos ADPCP, VOL. LXIX, 2016. p. 200-201.

³⁹ CABELLOS ESPÍERREZ, Miguel Ángel. “Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”, *Op. cit.* p. 37.

⁴⁰ CABELLOS ESPÍERREZ, Miguel Ángel. “Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”, *Op. cit.* p. 43.

precisar que algunas sentencias dictadas por el mismo dejan vislumbrar cierta restricción al margen de apreciación reconocido en beneficio de los Estados y, de ahí, la exigencia de una mayor dosis de argumentación para el otorgamiento de la protección de los sentimientos religiosos.

2/ Es harto sabido que, a nivel europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce la libertad de expresión en su artículo 10⁴¹. La jurisprudencia ha enfatizado desde el principio en que “la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de las sociedades democráticas, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres”⁴². Además, se viene reclamando que la función de este derecho como “una de las precondiciones del funcionamiento de la democracia”⁴³ determina una especial amplitud del objeto protegido que se abarca “no sólo la sustancia de las ideas y la información expresadas sino también la forma en la que se transmiten”⁴⁴. Los principios básicos sobre la cuestión de si una injerencia en la libertad de expresión es “necesaria en una sociedad democrática” están bien establecidos en la jurisprudencia del Tribunal⁴⁵.

Volviendo al art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la libertad de expresión está sujeta a ciertos límites, que se hallan expresamente en el propio artículo. Sin embargo, hay ciertos criterios que deben tenerse presente a la hora de aplicar dichos límites, en pos de evitar una merma del derecho a la libertad de expresión. Prueba de ello es la STEDH 7.12.1976 (Asunto Handyside contra el Reino Unido⁴⁶) que sienta las bases de la

⁴¹ “Artículo 10. Libertad de expresión.

1. 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. 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.

2. 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”.

⁴² Asunto Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976.

⁴³ Asunto Appleby y otros c. Reino Unido, de 6 de mayo de 2003.

⁴⁴ Asunto De Haels y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, los casos Hertel c. Suiza, de 25 de agosto de 1998; Delfi AS c. Estonia -Gran Cámara, de 16 de junio de 2015, y Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index.Hu ZRT c. Hungría, de 2 de febrero de 2016.

⁴⁶ “Esta sentencia se refería al secuestro judicial de un libro, ordenado por los tribunales británicos por razones de moral pública. El libro se titulaba “The Little Red School-

doctrina sobre esta cuestión. En la misma sentencia, el Tribunal destaca que la libertad de expresión, al ser un componente esencial en la sociedad democrática, toda restricción a su ejercicio debe ser proporcionada, especialmente cuando es la autoridad quien interviene. El TEDH elabora un test que aplica siempre que se encuentra ante injerencias de las autoridades y que consiste en que la limitación o injerencia ha de estar prevista en la ley; ha de estar justificada en una finalidad legítima; ha de ser necesaria en una sociedad democrática y debe ser proporcionada a la finalidad legítima perseguida. A ello cabe añadir que a raíz de otras sentencias⁴⁷ el mismo Tribunal ha establecido el principio del “margen de apreciación”, que implica la participación y competencia de los Estados a la hora de precisar estos límites y determinar proporcionadamente sus alcances.

A cuyo respecto, dicho Tribunal⁴⁸ define el margen de apreciación como el terreno discrecional que se ofrece a las sociedades democráticas para decidir sobre la extensión de la injerencia. Sobre este particular, no huelga recordar que la interposición de los límites carece de carácter obligatorio, siendo las autoridades nacionales las que han de decidir la misma. Téngase en cuenta también que este margen de discrecionalidad no es ilimitado ni absoluto, pues resulta controlable por el propio Tribunal.

El efecto que ha producido esta doctrina del margen de apreciación ha sido relativizar el concepto de necesidad de las limitaciones al ejercicio de un derecho, remitiendo su determinación concreta a la prudencia del Tribunal en el enjuiciamiento de cada caso singular sometido a su jurisdicción.

Recuérdese que en principio, el TEDH ha afirmado que cualquier restricción que se establezca a la libertad de expresión ha de ser objeto de una interpretación estricta⁴⁹, de tal modo que quedan amparadas por este derecho expresiones que choquen, inquieten o incluso ofendan a un Estado o a cierta parte de su población⁵⁰. No obstante, señala también⁵¹ que el ejercicio de la

book” e iba destinado al uso de niños en edad escolar. El motivo de su incautación fue unos fragmentos dedicados a materias sexuales” ROCA DE AGAPITO, L. “El delito de escarnio de los sentimientos religiosos”. Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Vol. XXXIII (2017), p. 573, en nota in pie de página nº 30.

⁴⁷ STEDH 23 de julio de 1969 en el caso sobre el régimen de la lengua en la educación en Bélgica, o la STEDH 21 de septiembre de 1990 en el asunto Powell y Rayner contra el Reino Unido.

⁴⁸ STEDH de 23 de julio de 1969.

⁴⁹ Otto-Preminger-Institut c. Austria, apdo. 50.

⁵⁰ Paturel c. Francia, Sentencia de 22 de diciembre de 2005, Demanda núm. 54968/00, apdo. 43.

⁵¹ Otto-Preminger-Institut contra Austria, adpos. 47 y 49; Wingrove c. Reino Unido, Sentencia de 25 de noviembre de 1996, Demanda núm. 17419/90, apdo. 52; o Giniewski c. Francia, apdo. 43.

libertad de expresión conlleva deberes y responsabilidades y precisa que el respeto a las convicciones de los demás exige que se traten de evitar expresiones que sean gratuitamente ofensivas para los sentimientos religiosos de aquéllos.

Los dos primeros pronunciamientos del Tribunal en materia de conflicto entre la libertad religiosa y la libertad de expresión son los casos *Otto-Preminger-Institut c. Austria*⁵² y *Wingrove c. Reino Unido*⁵³. En ellos, el Tribunal establece los principios rectores que orientarán su actuación en posteriores casos⁵⁴, y hace prevalecer la protección de los sentimientos religiosos ante ciertas expresiones consideradas como ofensivas de modo injustificado contra aspectos de índole religiosa.

En ambos casos el material en cuestión era cinematográfico. Se trataba de dos obras satíricas, con explícitos episodios sexuales, que implicaban, en el primer caso, a Dios, Jesucristo y la Virgen, y en el segundo, a Santa Teresa de Ávila. La exposición de dichas películas fue prohibida con el fundamento de proteger los sentimientos religiosos, sin que el Tribunal de Derechos Humanos considerara en ningún supuesto que dichas negativas incurriesen en una injerencia ilegítima en la libertad de expresión tal como está prevista en el Convenio. El TEDH apeló, en ambos casos, al amplio margen de apreciación del que gozan los Estados en esta materia, debido a la ausencia de un consenso común sobre la protección frente a los ataques a las creencias religiosas motivados por expresiones blasfemas. Por ello, consideró conformes con el art. 10.2 del CEDH las medidas adoptadas por dichas autoridades.

En el año 2005, el TEDH volvió a reiterar su doctrina en el caso *I. A. vs. Turquía*, de 12 de septiembre, en el que confirmó la condena impuesta al director de una editorial por la publicación de un libro titulado “Las frases

⁵² STEDH, *Otto Preminger Institute c. Austria*, 24 de septiembre 1994. En ella se afirma que “la libertad de expresión exige que se tolere la crítica” pero que “esta libertad no da cobertura a los insultos proferidos en una película, incluso aunque no exista un concepto europeo general sobre el significado de la religión en la sociedad. Es el margen de apreciación de los Estados lo que fundamenta la posición del TEDH para justificar las injerencias de los poderes públicos (secuestro y confiscación de la película) en defensa de las creencias religiosas”. ROCA DE AGAPITO, L.: “El delito de escarnio de los sentimientos religiosos”, Op.cit, pp. 574-575.

⁵³ STEDH, *Wingrove c. Reino Unido*, 25 de noviembre de 1996. En este caso se trataba de un vídeo musical titulado “The Visions of Ecstasy” con escenas de contenido sexual explícito con Santa Teresa de Ávila y el cuerpo de Jesús en la cruz, que para poder ser comercializado se precisaba de una autorización administrativa que no ha sido concedida con base en el hecho de que dicho contenido resultaba contrario a la ley sobre la blasfemia.

⁵⁴ MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, núm. 1, 2008, p. 2.

prohibidas”, en el que se contenía una frase considerada blasfema por la legislación nacional: “[...] el mensajero de Dios rompió su ayuno a través de las relaciones sexuales después de la cena y antes de la oración. Mohammed no prohibió las relaciones sexuales con una persona muerta o un animal vivo”. Sin embargo, poco después de la publicación de las viñetas del profeta del Islam en el periódico danés *Jyllands-Poste*, en el año 2006, el Consejo de Europa flexibilizó su postura con la promulgación de la Resolución 1510 (2006), titulada “Libertad de expresión y respeto a las creencias religiosas”, en la que afirmó que la libertad de expresión, tal y como está protegida en el art. 10 CEDH, no debe ceder ni un ápice ante las exigencias derivadas de las crecientes sensibilidades de ciertos grupos religiosos⁵⁵.

Esta postura jurisprudencial de partida, sin perder su principal corpus argumental va a sufrir serias matizaciones tendentes a equilibrar los platos de la balanza en beneficio de la libertad de expresión. Así, en el año 2006 el Tribunal resuelve los asuntos *Giniewski*⁵⁶, *Aydin Talav*⁵⁷ y *Klein*⁵⁸. Mediante

⁵⁵ VALERO HEREDIA, A. “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, pp. 326-328.

⁵⁶ El asunto *Giniewski* contra Francia versaba sobre un artículo, titulado “La oscuridad del error”, publicado en el periódico francés “*Le quotidien de Paris*”, y relativo a la encíclica *Veritatis Splendor* del Papa Juan Pablo II. El artículo estaba firmado por Paul Giniewski, periodista, sociólogo e historiador, quien manifestaba que ciertos principios de la religión católica, que la citada encíclica volvía a afirmar, unidos al antijudaísmo de la versión católica de la historia sagrada, habían constituido el germen de la idea y la realización del Holocausto. *Giniewski* fue condenado por difamar a un grupo de personas en razón de su pertenencia a una religión en virtud del art. 29 de la Ley de 29 de julio de 1881 sobre libertad de prensa.

⁵⁷ De la obra de cinco volúmenes titulada *Islamiyet Gerçeği* (La realidad del Islam), el volumen cuestionado era el primero dedicado a “El Corán y la religión”, donde se criticaba al Islam como una religión legitimadora de la injusticia social al retratarla como la “voluntad de Alá”, y vertía opiniones críticas sobre las religiones en general, y en particular sobre el Islam y el Corán. Ello dio lugar a una condena penal por profanación según el art. 175 CP turco. Precisa, a este respecto, el TEDH que “quienes decidan ejercer la libertad de profesar una confesión religiosa, sea mayoritaria o minoritaria, no pueden razonablemente pretender quedar al abrigo de toda crítica” y “deben tolerar y aceptar el rechazo de sus creencias por otras personas e incluso la propagación de doctrinas hostiles a su fe”.

⁵⁸ El TEDH conoció del caso de un periodista que había publicado un artículo muy crítico con un arzobispo católico por haber solicitado en un programa de televisión la retirada de la película “*El pueblo contra Larry Flynt*” y el cartel que la publicaba por considerarlos difamatorios del crucifijo, símbolo de la religión cristiana. El periodista fue condenado por los tribunales eslovacos por un delito de difamación al arzobispo y de ofensa a los sentimientos religiosos de los católicos. El TEDH consideró que la publicación no vulneraba los sentimientos religiosos católicos, aunque su crítica pudiera haber ofendido a algunos creyentes. La sentencia concluyó afirmando que había existido una violación del art. 10.2 CEDH porque la injerencia en el derecho a la libertad de expresión

estas Sentencias el Tribunal contribuyó a clarificar los conceptos de “ofensa” e “insulto” a los sentimientos religiosos⁵⁹. Dichas sentencias vienen a restringir la doctrina del margen de apreciación de los Estados a la hora de limitar o imponer sanciones a expresiones críticas con la religión y obligan a tener presente si la expresión supuestamente ofensiva o difamatoria es gratuita e innecesaria y cuyo principal propósito sea el vilipendio y humillación de los miembros o dogmas de una confesión religiosa, o si se refiere a materias propias de un debate de interés general. Añade a ello que, para que la limitación de la libertad de expresión tenga un soporte legítimo, debe probarse la “necesidad social imperiosa”. Concepto, este último, que, a nuestro juicio, se relaciona indefectiblemente con la paz social que posibilita una razonable limitación siempre y cuando a la conciencia social le pueda resultar de sumo valor. Limitación que, sostenemos, ha de desaparecer o, cuanto menos, de relajarse cuando dicho bien no resulte fundamental para dicha conciencia y no contribuya al mantenimiento de la invocada paz social.

III. LA PAZ SOCIAL COMO PROYECCIÓN OBJETIVA DE UN POSIBLE DERECHO SUBJETIVO AL BIENESTAR EMOCIONAL

Es pacífico considerar que el principio de unidad de la Constitución impone llevar a cabo una interpretación sistemática de la misma. De lo que deriva que todas sus disposiciones tienen igual valor, por lo que no hay prevalencia apriorística de unas sobre otras ni cabe admitir la existencia de una supuesta jerarquía intra-constitucional. Así mismo, una comprensión tendencialmente cabal de los diferentes principios incluidos en la norma fundamental sólo se hace posible poniéndolos en relación los unos con los otros.

Dicho en otros términos, las partes de cualquier orden constitucional no han de ser consideradas como elementos separables cuya suma produzca la Constitución, sino de momentos que se integran en una unidad, que adquieren significado en el seno de ella y que se condicionan mutuamente⁶⁰. Ésta sería una manera, y a nuestro juicio de las más correctas en términos jurídicos, de abordar e interpretar los textos constitucionales. Ello deriva, como ha quedado expuesto, del carácter sistemático de los mismos y la interacción mutua que se da entre sus disposiciones. El sentido de cualquiera de las

del recurrente no respondía a una necesidad social imperiosa, ni era proporcionada al fin legítimo perseguido. Por ello, no era “necesaria en una sociedad democrática”.

⁵⁹ LÓPEZ GUERRA, Luis María. “Libertad de expresión y libertad de religión a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: blasfemia e insulto a la religión”, *Revista de Derecho Europeo*, núm. 46, 2013, p. 86.

⁶⁰ *Cfr.* GARCÍA PELAYO, M. “Derecho Constitucional Comparado”, segunda edición, 1951, p. 42.

disposiciones contenidas en dichos textos no puede llevar a negar el sentido de las demás. La conciliación entre las diferentes disposiciones, sin imponer una prevalencia de unas sobre otras, ha de guiar toda labor de interpretación. Hacer lo contrario supondría silenciar una parte en beneficio de la otra, lo que haría del interprete un legislador constituyente.

Además, resulta incontrovertible que sería carente de fundamento negarle a la Constitución la posibilidad de asignarle significados concretos a sus contenidos⁶¹. Aunque, bien mirado, no sea cosa suya ni, por tanto, se espera que decida sustraer algunas de sus previsiones a la disponibilidad de los poderes constituidos por ella, esto es, a la oportuna acción concretizadora de las mismas sino excepcionalmente⁶².

Si bien se considera aquí inusual la primera opción referida, por la singularidad que representa la inserción del correspondiente enunciado en el contexto de unas disposiciones tan deliberadamente ambiguas e imprecisas⁶³ como las que usualmente conforman la Constitución. Por eso mismo, favorecedoras de una pluralidad de concretizaciones ciertamente beneficiosas para su permanencia en el tiempo. También el Tribunal Constitucional ha considerado lógico el recurso a términos abiertos que corresponderá después acotar, mediante criterios técnicos, lógicos o de experiencia, a los jueces⁶⁴ y siempre con límites pues, recuerda el TC, no cabría “admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador”⁶⁵.

En otra Sentencia, el Tribunal Constitucional comenzaba advirtiendo de la dificultad para discernir con la exactitud y el rigor ciertas categorías jurídicas. Y recordó que la Constitución Española, “como las demás, utiliza palabras, expresiones o conceptos sin ocuparse de definirlos, por no ser misión suya y cuyo significado hay que extraer del sustrato cultural donde confluyen vectores semánticos ante todo y jurídicos en definitiva, con un contenido real procedente a su vez de distintos saberes y también de la experiencia”⁶⁶.

⁶¹ El Tribunal constitucional recordó que la Constitución Española, “como las demás, utiliza palabras, expresiones o conceptos sin ocuparse de definirlos, por no ser misión suya y cuyo significado hay que extraer del sustrato cultural donde confluyen vectores semánticos ante todo y jurídicos, en definitiva, con un contenido real procedente a su vez de distintos saberes y también de la experiencia”. *Cfr.* STC 102/1995, de 6 de junio, F.J. 4º.

⁶² TEROL BECERRA, M.J., “Aproximación al contenido de un Derecho Constitucional al medio ambiente”. *Estudios de Deusto* 1, Vol. 59/2, Bilbao, junio-diciembre 2011, p. 170.

⁶³ *Cfr.* STC 102/1995, de 6 de junio, F.J. 4º.

⁶⁴ Véase, entre otras, las SSTC 62/1982, 69/1989, 137/1997 o 151/1997.

⁶⁵ *Cfr.* STC 104/2009, F.J. 2º.

⁶⁶ *Cfr.* STC 102/1995, de 26 de junio F.J. 4º

Ambigüedad, vaguedad e indefinición que se dan también en las normas de las que se predica la concretización de los postulados constitucionales. A este respecto, conviene remarcar que “el problema que presenta la vaguedad terminológica de los tipos mencionados es que, unido ello a la ya citada prevención frente a determinados medios de comunicación y expresión, se lleva al derecho penal a terrenos alejados de los principios que deben guiarle en un Estado social y democrático de Derecho, esto es, de su carácter de ultima ratio o del principio de intervención mínima, y acaban en la vía penal expresiones y mensajes que, más allá de mostrar la inmadurez o la estulticia de quien los profiere, no reúnen realmente la relevancia mínima ni generan el riesgo necesario para nadie que serían exigibles para entrar en el ámbito penal.”⁶⁷

Puede adelantarse que el silencio constitucional respecto de los sentimientos religiosos en su relación con el concepto de paz social, unido al de los documentos certificantes de cómo se elaboró la disposición en torno a qué valor podrían otorgarles sus artífices a dicho concepto, alienta a pensar en que para el constituyente se trataba de un concepto lo bastante conocido como para no precisar de mención.

Sea como fuere, nada tiene de particular que a fuerza de difundir los medios de comunicación una concreta visión de la libertad de conciencia terminara ésta por calar en la opinión pública y, por su intermediación, en el mundo del Derecho. Bastante elocuente del predicamento que tiene en España dicha visión es el protagonismo que adquirieron, en ciertas construcciones doctrinales efectuadas con la finalidad de conceptuarla, las evocaciones de los sentimientos religiosos⁶⁸. De ahí, quizás, la sintonía de la limitación a la libertad de expresión con la conciencia social.

Sin perder el hilo conductor de la presente reflexión, se advierte que ya en el artículo 10.1 de la Constitución se alude a la paz social emparejándola con el concepto de orden político⁶⁹ y concibiéndola como un valor al que no define, sino que enuncia someramente⁷⁰. En la discusión del referido artículo 10.1 de la Constitución aparece en ocasiones la paz como un medio o

⁶⁷ CABELLOS ESPÍERREZ, Miguel Ángel. “Libertad de expresión y límites penales...”, Op. cit. p. 33.

⁶⁸ Véase supra, el apartado referido a los sentimientos religiosos en sede doctrinal.

⁶⁹ Si el orden tiene más bien una proyección política e institucional, la paz es un concepto que se desenvuelve mejor en un ámbito sociológico, o que, cuando menos, abarca realidades más amplias que las estrictamente contenidas en el concepto de orden. Por ello, la paz podría considerarse como un valor de carácter más espiritual, con una dimensión ética que falta en el concepto de orden, más apegado a la concreción de un estado de cosas en la organización del Estado. SORIANO, Ramón. “La Paz y la Constitución española de 1978”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Número 45, Mayo-Junio 1985, p. 97.

⁷⁰ SORIANO, Ramón. “La Paz y la Constitución española de 1978”. Op. cit. p. 110.

instrumento de la acción social, y en otras como una aspiración o fin⁷¹. Quizás sea porque la paz, como sentimiento espiritual de los ciudadanos, se construye día a día, porque necesita la reválida de una difícil y dinámica materialización social de los valores superiores de libertad, igualdad, justicia, etc., en una constante adaptación al cambio de las valoraciones sociales⁷².

Pero, repárese en lo ajeno que, en términos de pura racionalidad, se revela lo emotivo o lo sentimental al mundo del Derecho, tendente al logro de una paz social imposible de sustentarse en consideraciones de orden emocional y cuanto estorba, por tanto, su ponderación en el razonamiento jurídico. Pues interesa subrayar que aun cuando a veces pueda resultarle difícil al jurista sustraerse a tales influencias debe proponérselo y no sólo el jurista teórico al que, como a cualquier otro investigador, debe exigírsele alejamiento de su objeto de estudio en aras de la objetividad, sino también al jurista práctico y, por consiguiente, al juez, quien sólo mediante ese distanciamiento del justiciable podrá obtener idéntica finalidad.

En definitiva, se entiende aquí por racional la argumentación empleada para dar respuesta a un problema de esa índole, sustentada, entre otros posibles extremos, en interpretaciones de enunciados constitucionales efectuadas con arreglo a métodos comúnmente empleados a tal efecto en Derecho y susceptible de considerarse adaptada a la obligación derivada de la relación de interdependencia existentes entre los distintos elementos de la Constitución, es decir, a esa exigencia de no contemplar en ningún caso la norma aislada a la que se refiere Konrad Hesse cuando habla del principio de unidad de la Constitución para significar que todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales⁷³.

No ha de desmerecer, por lo expuesto, la toma en consideración de la paz social en tanto que límite razonable a la libertad de expresión, pues la paz adquiere tanta más importancia cuantas mayores son las posibilidades de quiebra de un concreto sistema político. Pues, a veces, en situaciones de especial gravedad, la paz es el valor único a conquistar, porque sin la paz es imposible el desarrollo del resto de los valores jurídicos⁷⁴.

Recuérdese que la Sentencia del TEDH *Otto Preminger-Institut c. Austria* (de 20 de septiembre de 1994) no sólo no se aviene, como se ha podido comprobar, a recibir esa consideración, sino que, además ha servido de pauta razonable a un buen número de resoluciones jurisprudenciales posteriores

⁷¹ SORIANO, Ramón. “La Paz y la Constitución española de 1978”. Op. cit. p. 96.

⁷² SORIANO, Ramón. “La Paz y la Constitución española de 1978”. Op. cit. p. 98.

⁷³ *Cfr.* “La interpretación Constitucional”, en *Escritos de Derecho Constitucional* (trad.: Pedro Cruz Villalón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 33.

⁷⁴ SORIANO, Ramón. “La Paz y la Constitución española de 1978”. Op. cit. p. 106.

caracterizadas por revalidar, con absoluta fidelidad, la noción de sentimientos religiosos⁷⁵ allí formulada. No en balde acabará esa idea operando en ellas como premisa de la respuesta a la contienda jurídica que, en cada caso, afrontan tal como ha quedado apuntado.

Adviértase cómo mediante tales sentencias el Tribunal Europeo de Derechos Humanos usa una técnica tan heterodoxa como eficaz, para tutelar los sentimientos religiosos concadenándolos a la paz social. Pues so pretexto de proteger los sentimientos religiosos tutelaba, en realidad, por conexión con los mismos, la paz social. Los cuales parece concebirlos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la base de un derecho al bienestar personal y colectivo que no admite injerencias o intromisiones de terceros lesivas para la paz social.

Igualmente, a nivel nacional, la jurisprudencia tanto ordinaria como la del Tribunal Constitucional da buena cabida, tal como ha quedado expuesto, a los sentimientos religiosos en tanto que partícipes de la mencionada paz social.

Queda así claro que se estima razonable el juicio de esa clase que incorpora además criterios éticos, políticos, sociológicos o de cualquier otra naturaleza ajena al Derecho, no previstos específicamente por la norma constitucional. Se trata de lo que Konrad Hesse denomina el principio de la concordancia práctica, con arreglo al cual, según afirma, “los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad”⁷⁶.

En coherencia con ello, se afirma que “el pensar en bienes jurídicos al margen de las valoraciones que les subyacen carece de sentido. Sin embargo, las valoraciones correspondientes no pueden desarrollarse a partir de la teoría del bien jurídico, pues tienen una naturaleza genuinamente política (...) En el marco de una comprensión liberal no se extraen las mismas consecuencias de la teoría del bien jurídico que en el marco de una comprensión preventivo-conservadora que acentúa la protección (...). Ahora bien, con independencia de su carácter liberal o conservador, un determinado concepto de bien jurídico “depende [en todo caso] de un clima intelectual y social, que lo sostiene y posibilita su imposición (...) Si varía este clima, se altera también el segmento de bienes jurídicos que son percibidos como merecedores de protección.”⁷⁷

⁷⁵ Para otras definiciones de sentimientos religiosos entre la doctrina italiana, véase, SPIRITO, P.: “Sentimiento religioso e religione nel Codice penale vigente”, en VV. AA.: *Studi in onore di Lorenzo Spinelli*. Tomo III, Modena, 1989, pp. 1077-1093.

⁷⁶ *Cfr.* “La interpretación Constitucional”, en *Escritos de Derecho Constitucional* (trad.: Pedro Cruz Villalón), Op.cit. p. 33.

⁷⁷ PAWLIK, Michael. “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?” *InDret*. Revista para el análisis del Derecho., abril 2016. pp. 3-4.

Téngase en cuenta, para operar de este modo, que “la cuestión sobre la frontera entre lo que es “meramente inmoral”⁷⁸ y aquello que ya resulta ser “relevante jurídico-penalmente” no puede responderse con una pretensión de validez general, y todavía menos atemporal”⁷⁹. De ahí el margen de apreciación ideado por el TEDH y reconocido a los Estados miembros del CEDH, y también que “la razón por la que desaparecen las necesidades de castigo no es una revisión más profunda de la necesidad de delimitar el Derecho penal y la moral, sino una alteración de las condiciones marco sociales”⁸⁰. En coherencia con ello, y utilizando las palabras del TC⁸¹ respecto de otro bien jurídico, podría decirse que tanto de los sentimientos religiosos como su correlato, la paz social, son conceptos esencialmente antropocéntricos y relativos. No hay ni puede haber una idea abstracta, intemporal y utópica de los mismo, fuera del tiempo y del espacio. Es siempre una concepción concreta, perteneciente al hoy y operante aquí.

No es inusual, conviene insistir en ello, el uso por la jurisprudencia de criterios sociológicos para aprehender el significado de los conceptos constitucionales. Pues, sorprendería encontrar un mandato constitucional impermeable a esta operación interpretativa. Es esa la causa por la que se califican de razonables las referidas resoluciones jurisprudenciales tanto del TEDH como las tomadas por el poder judicial en España o por el Tribunal Constitucional, toda vez que, aun la fundamentada en formulaciones sobre los sentimientos religiosos procedentes de la conciencia social y, por ende, ajurídicas, como es el caso en varias sentencias nacionales, no rebasa lo permitido por la norma constitucional.

Merece destacarse ahora cómo ciertos bienes jurídicos (y también los contenidos tanto en el CEDH como en la jurisprudencia del TEDH) muy bien podrían expresar la idea instalada en la conciencia social de asistir a un deterioro de la paz social imputable a la conducta humana. Se estima, pues, tan digno de tutelarse por el legislador nacional los elementos considerados como necesarios para la paz social.

En efecto, se puede colegir de la jurisprudencia que los sentimientos religiosos en tanto que bien jurídico relacionado con la paz social es de gran

⁷⁸ “Dado que todo bien, sea bien jurídico o no, expresa una determinada moralidad y, por lo tanto, los bienes y las moralidades son categorías intercambiables, una contraposición entre los bienes jurídicos por un lado, y las meras inmoralidades por el otro, está condenada desde un comienzo al fracaso.” PAWLIK, Michael. “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?” InDret. Revista para el análisis del Derecho., Op. cit. p. 6.

⁷⁹ PAWLIK, Michael. “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?” InDret. Revista para el análisis del Derecho., Op. cit. p. 6.

⁸⁰ PAWLIK, Michael. “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?” InDret. Revista para el análisis del Derecho., Op. cit. p. 7.

⁸¹ *Cfr.* STC 102/1995, de 6 de junio, F.J. 4º.

utilidad en tanto que permite reconducir a la unidad los diversos componentes de una realidad en peligro de desunión y de confrontación. De tal modo que, de no haberse presentado dicho peligro, sería inimaginable su aparición ni mucho menos su toma en consideración jurídica.

De tales riesgos procedían, para la doctrina que reclama la toma en consideración de los sentimientos religiosos en un Estado aconfesional, las reacciones jurídicas a nivel nacional e internacional propensas a su defensa y protección, esto es, a su amparo, defensa, e incluso, podría pensarse en su fomento.

Con base en ello, cabe suscribir que “en el marco de una comunidad compleja, que contempla el mantenimiento de estados polifacéticos, desarrollos funcionales y situaciones de confianza legítima como algo bueno y correcto, no suscita ningún problema especial el formular como base para el pretendido castigo un bien que se menoscaba o pone en peligro a través de la forma de comportamiento correspondiente”⁸². Bien jurídico que no sólo precisa de protección sino, en el marco de un Estado social⁸³ amén de aconfesional, podría reclamar una ponderada promoción. Ello, si se admite esta premisa, impone al Estado las obligaciones de defenderlo y de restaurarlo, comprometiéndolo así con la procura existencial del individuo que escapa a su control y que, redundando, a mayor abundamiento, en beneficio de la convivencia, la tolerancia y la paz social. A este respecto, conviene traer a colación que, según García Pelayo, en todo caso, la procura existencial ha de ocuparse, entre otros asuntos, de “la seguridad de los distintos aspectos vitales en la sociedad nacional”⁸⁴.

En definitiva, el que la Constitución de 1978 contemple a la conciencia como una parcela del bienestar ciudadano, alienta a emprender su estudio desde una perspectiva antropocéntrica, en la cual se convierta el individuo en el sujeto de la acción tuitiva estatal frente a las alteraciones que en su entorno pueda producirle la actuación de un tercero con merma para su calidad de vida. Eso, exige indagar no tanto respecto a los posibles elementos

⁸² FRISCH, “Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik”, en ESER et al. (eds.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 194. Citado por PAWLIK, Michael. “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?” *InDret*. Revista para el análisis del Derecho. Op. cit. p.8.

⁸³ “En un Estado social y democrático de Derecho, como es el nuestro, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos atiende a la protección de aquellas condiciones básicas para el funcionamiento social y para el desarrollo y la participación de los ciudadanos en la vida social.” ROCA DE AGAPITO, Luis “El delito de escarnio de los sentimientos religiosos”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XXXIII, p. 559.

⁸⁴ *Cfr.* GARCÍA PELAYO, Manuel: “El Estado social y sus implicaciones”. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, Alianza, 1977 (1982, 3ª ed. Corregida y aumentada), pp. 26-30.

constitutivos de ese entorno, sino sobre la extensión del ámbito correspondiente a la parcela de bienestar llamada a convertirse en el objeto de la protección del Estado. Y consiguientemente con ello, investigar sobre la clase de significativas alteraciones que puede conocer el individuo en sus sentimientos religiosos y con manifiestas repercusiones sobre la paz social.

Difícilmente puede negarse que los sentimientos religiosos sean una parcela de la calidad de vida o, mejor dicho, del bienestar. Tal es el lazo, de cuantos pueden imaginarse anudables entre estos dos bienes, que se juzga aludido por la Constitución el cual tal vez admita identificarse más claramente por los efectos que en ese caso reportaría el cuidado de dichos sentimientos religiosos para la calidad de vida del ciudadano y, a partir de ahí, para la paz social.

Siendo así, resultaría incontrovertible no sólo que el uso responsable (ausencia de intencionalidad de ofender de modo gratuito) de la libertad de expresión beneficia a la paz social, sino también que las acciones públicas tuitivas de dicha paz social, relativas a su defensa y restauración, contribuyen a la protección y mejora de la calidad de vida o del bienestar de los ciudadanos.

En resumidas cuentas, atendiendo al programa sobre el bienestar de la Constitución y a su enunciado, cabe afirmar que con el concepto de sentimientos religiosos se apela a un sector de la realidad concreto y específico y llamado a convertirse en objeto de un posible derecho subjetivo a un bienestar concreto que se traduce objetivamente en la denominada paz social. Idéntica función argumental, subordinada al servicio del propósito indicado, desempeñaría igualmente pretender bien que cuanto se avenga a estimarse los sentimientos religiosos como bien jurídico al servicio de la paz social se contribuye al bienestar de las personas.

Alcanzado este punto se impone dar un paso más en torno a qué reclaman para sí los sentimientos religiosos en su relación con la paz social, esgrimible como seña identificativa de los mismos.

A cuyo respecto se propone aquí acercarse, nada más todavía, a sus contenidos identificando ese bien jurídico, en primer término, con la situación que permite a sus beneficiarios vivir tranquila y sosegadamente, sin ofensas gratuitas para sus sentimientos religiosos y reaccionar, por tanto, frente a las injerencias en ese estado de cosas imputables a la imprudente actividad de terceros.

Toda vez que aun cuando no podría asignársele a la Constitución interés alguno por la religión en sí misma, si no es por sus posibles consecuencias para el ciudadano, en este caso creyente, es cierto que cabe la posibilidad de que las mismas pueden sufrir críticas o menoscabo sin riesgo ninguno para el bienestar de nadie y por ende para la paz social. Es por ello, probablemente, que la doctrina le ha reprochado al Tribunal Constitucional su amplia protección de la que derivaría el efecto desaliento.

Precisamente ALCÁCER GUIRAO achacaba al Tribunal Constitucional, en referencia a sus sentencias previas a la del año 2020, contribuir eficazmente a causar dicho desaliento: “lo rechazable de esta jurisprudencia de excepción no es solo que en el enjuiciamiento de las sentencias condenatorias se haya ignorado el canon del efecto desaliento, sino el desaliento mismo que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional generan sobre el ejercicio de la libre expresión, al restringir desproporcionadamente los contornos de su contenido protegido e imponer a los tribunales ordinarios (artículo 5.4 LOPJ) una concepción jibarizada del derecho fundamental”⁸⁵.

En dicha línea señala el mismo autor que “una sociedad democrática estable debe poder tolerar [un cierto] grado de desestabilización social [que pueda causar la libre expresión] y [...] debe disponer de otros métodos de reestabilización que no sean el ius puniendi [...]. Otras vías —civiles, administrativas, económicas— que los grupos minoritarios, potenciales víctimas del odio o la discriminación, [...] dispongan de posibilidades expresivas de respuesta [...] y restringir el uso de la sanción penal a los supuestos de provocación directa e inminente a una conducta lesiva de la seguridad de los individuos o grupos”⁸⁶. También, en el mismo sentido señala TERUEL LOZANO que “el mal gusto o la estulticia no pueden ser delito, aunque ello no quiere decir que como sociedad lo toleremos. Podemos y debemos responder ante discursos radicales, ante expresiones execrables. Pero debemos hacerlo como sociedad educada y culta que por sí misma es capaz de reprocharlos sin necesidad de recurrir al brazo armado del Derecho. Una sociedad plural que reconozca la libertad de expresión implica tener que lidiar con una cierta dosis de basura, que será inmune jurídicamente; pero ello no quiere decir que la santifiquemos”⁸⁷.

Del legislador, y también del juez, se espera que en su decisión de proteger distintos bienes pondere su respectiva sustantividad⁸⁸. Con tanto mayor

⁸⁵ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Opiniones constitucionales”, Indret, 1/2018, p. 33.

⁸⁶ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de expresión de los intolerantes”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 14-2, 2012, pp. 1-32.

⁸⁷ Cfr. TERUEL LOZANO, Germán Manuel. “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo”. Revista de Derecho Constitucional Europeo, 27, 2017.

⁸⁸ Téngase en cuenta que, en palabras de MEYER-BISCH, “el Estado “culturalmente desnudo” que se pretende al margen de las culturas, es un monstruo respecto a las libertades reales: aquellas que necesitan ser protegidas y sostenidas las vías de transmisión de la riqueza cultural. (...) En el seno de lo cultural, lo religioso está en primera línea, pues propone una visión integrada de la ética y de la política, con la condición de que la (religión) misma sea un testimonio y un factor de hospitalidad cultural”. MEYER-BISCH, P. “Les droits culturels, axes d’interprétation des interactions entre liberté religieuse et neu-

motivo cuando puede asistir a la concurrencia de uno que reúna la consideración de derecho fundamental con un bien jurídico de distinta calidad, como sucedería con la libertad de expresión y, de acuerdo con lo que se lleva dicho, con la paz social. De estimarse que la protección de los sentimientos religiosos participa del bien jurídico “paz social”, el equilibrio que, necesariamente, habría de buscarse entre ambos, exigiría ponderar las circunstancias presentes en cada ocasión. A ello, sin lugar a dudas, responde el giro jurisprudencial operado por el TEDH, y que alcanza también a esta cuestión.

Quede dicho que no cabe una protección indiscriminada de los sentimientos religiosos. En tal supuesto es obvio que el contenido esencial de la libertad de expresión operará como límite de la acción protectora desplegable por el legislador sobre los sentimientos religiosos. La cual, en definitiva, podrá modular el alcance del bien jurídico “paz social” hasta donde lo permita la integridad de su contenido esencial. O ¿acaso dichos sentimientos religiosos no resultan afectados por expresiones ofensas u oprobiosas provenientes de fuera del ámbito geográfico protegido por la norma estatal o europea?

No se discute aquí que, en ocasiones, dicha tarea cumpla una función socio-política de primer orden. Sin embargo, de ahí a sostener que la protección de los sentimientos religiosos esté justificada, por sí misma, es decir desvinculada de la paz social, media un largo trecho que no ayuda a recorrer el silencio absoluto de la Constitución en torno a este asunto.

Quizá hubiera sido razonable proponer aquí una suerte de equilibrio distinto del indicado entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos, de haberle prestado la Constitución a esta última alguna atención. Sin embargo, el mutismo de aquella a su respecto no le depara siquiera el respaldo de la garantía constitucional que oponer al del contenido esencial del derecho por reducido que pueda ser su ámbito. De ahí que se entronque, justificadamente, con el bien jurídico “paz social”.

Los invocados sentimientos religiosos sólo pueden ser tenidos en cuenta cuando la expresión pretende ofender amén de poder afectar la paz social, ya que si la crítica de un dogma o de un rito se realiza con otra intención dejaría de estar reprobada socialmente y de ser punible por convertirse en atípica. En este sentido, PÉREZ MADRID considera que es precisamente en la exigencia de esta intención de ofender, y no en la destipificación de la conducta, donde cobra virtualidad el principio de intervención mínima del Derecho penal, el cual supone no castigar cualquier ataque a un bien jurídico, sino sólo aquellos ataques que revistan una especial gravedad por ser socialmente

tralité de l'Etat”, en TAGLIARINI, F. (ed.), “Diritti dell'uomo e libertà religiosa”, Jovene Editore, Napoli 2008, pp. 31-32. Citado por VEGA GUTIÉRREZ, A. M., “El derecho a cambiar de Religión. consecuencias jurídicas de la pertenencia y disidencia religiosa en el derecho comparado”. IUS CANONICUM, Vol. 51-2011, p.165, nota en pie de página 12.

intolerables⁸⁹, amén, a nuestro juicio, de ser susceptibles de alterar la paz social. Añade el mismo autor que “el escarnio comporta siempre una dosis de fertilización, un modo burlesco de presentar las afirmaciones, una deformación intencionada y manifiesta. (...). La simple negación o la crítica razonada, mesurada, no entraña por sí misma ni afrenta, ni ofensa, ni menosprecio; así, cuando del análisis de las afirmaciones cabe deducir un afán meramente crítico, incluso aunque concurren afirmaciones poco serias, no necesariamente habrá que afirmar la existencia de una conducta escarnecedora”⁹⁰.

IV. CONCLUSIONES

La Constitución española de 1978, y también el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, contemplan a la conciencia como una parcela del bienestar ciudadano, lo que alienta a emprender su estudio desde una perspectiva antropocéntrica, en la cual el individuo se convierta en el sujeto de la acción protectora estatal frente a las alteraciones que en su entorno pueda producirle la actuación de un tercero con merma para su calidad de vida. Eso, como ha quedado expuesto, exige indagar no tanto respecto a los posibles elementos constitutivos de ese entorno, sino sobre la extensión del ámbito correspondiente a la parcela de bienestar llamada a convertirse en el objeto de la protección del Estado. Y con base en ello, investigar sobre la clase de significativas alteraciones que puede conocer el individuo en sus sentimientos religiosos y con manifiestas repercusiones sobre la paz social.

El presente trabajo, que ha puesto en valor el grandioso esfuerzo doctrinal y jurisprudencial, propone una matizada construcción del bien jurídico en cuestión en su relación con el programa constitucional sobre el bienestar ciudadano tan apuntado a lo largo y ancho de la norma fundamental. Ello, sin descuidar los claros ajustes introducidos por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y por el Tribunal Constitucional en sus sentencias con respecto al valor que ha de otorgársele a los bienes en liza en cada caso.

En primer lugar, el análisis llevado a cabo nos ha permitido emparejar ese bien jurídico con la situación que permite a sus beneficiarios vivir con sosiego y tranquilidad y sin ofensas gratuitas para sus sentimientos religiosos y reaccionar, por tanto, frente a las injerencias en ese estado de cosas imputables a la imprudente actividad de terceros.

Quisiera, a estas alturas, precisar que ningún pasaje de la presente contribución apunta la relación directa entre la paz social y el Derecho penal en tanto que medio de protección idóneo. Únicamente se han identificado

⁸⁹ PÉREZ MADRID, F. “La tutela penal del factor religioso en el derecho español” Eunsa, Navarra, 1995, p. 227.

⁹⁰ PÉREZ MADRID, F. “La tutela penal del factor religioso...”, op. cit., pp. 232 y 233.

razones constitucionales susceptibles de justificar el carácter protegible de los sentimientos religiosos, sin optar por una vía de protección u otra.

En segundo lugar, se ha concluido que la protección de este bien jurídico puede sostenerse en un posible derecho al bienestar emocional necesario para una sólida paz que es el valor único a conquistar, porque sin la cual sería imposible el desarrollo del resto de los valores jurídicos.

Además, la toma en consideración de los sentimientos religiosos en tanto que partícipes de la paz social, considerada como bien jurídico protegible, implica un redimensionamiento del alcance de la libertad de expresión, posibilitando su razonable limitación siempre y cuando a la conciencia social le pueda resultar de sumo valor. Limitación que ha de desaparecer o, cuanto menos, de relajarse cuando dicho bien no resulte fundamental para dicha conciencia y no contribuya al mantenimiento de la invocada paz social.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁZER GUIRAO, Rafael. “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de expresión de los intolerantes”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-2, 2012.
- . “Opiniones constitucionales”, *Indret*, 1, 2018.
- . “Símbolos y ofensas Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC*, 2019.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Héctor. “Los precursores de la libertad de expresión en España”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel. “Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”. *Revista Catalana de Dret Públic*, 61, 2020.
- CÁMARA ARROYO, Sergio. “Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos”, *ADPCP*, VOL. LXIX, 2016.
- GARCÍA Pelayo, Manuel: “El Estado social y sus implicaciones”. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, Alianza, 1977 (1982, 3ª ed. Corregida y aumentada).
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 30, 2014.
- HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid/Barcelona, 2007.
- HESSE, Konrad “La interpretación Constitucional”, en *Escritos de Derecho Constitucional* (trad.: Pedro Cruz Villalón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- LÓPEZ GUERRA, Luis María. “Libertad de expresión y libertad de religión a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: blasfemia e insulto a la religión”, *Revista de Derecho Europeo*, núm. 46, 2013.

- MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.^a, “La difusión del discurso religioso y el ataque a las convicciones, ante la jurisprudencia del TEDH», en Martí Sánchez, J. M.^a; Moreno Mozos, M.^a M. (Coord.) *Derecho de difusión de mensajes y libertad religiosa*”, Dykinson, Madrid, 2018.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, núm. 1, 2008.
- MEYER-BISCH, P. “Les droits culturels, axes d’interprétation des interactions entre liberté religieuse et neutralité de l’Etat”, en Tagliarini, F. (ed.), *Diritti dell’uomo e libertà religiosa*, Jovene Editore, Napoli 2008.
- MORILLAS CUEVA, DJ nº 37-40, 1983.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. “Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General)”. *Derecho y Cambio Social*, nº 22, 2011.
- ORTEGA Y GASSET, J., “Ideas y creencias”, Espasa Calpe Argentina, Buenos Aires-México 1940.
- PALOMINO, Rafael. “Libertad religiosa y libertad de expresión”. *IUS CANONICUM*, XLIX, N. 98, 2009.
- PAWLIK, Michael “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?” *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, abril, 2016.
- PÉREZ MADRID, “La tutela penal del factor religioso en el derecho español”, Eunsa, Navarra, 1995.
- SORIANO, Ramón. “La paz y la Constitución española de 1978”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Número 45, Mayo-Junio 1985*.
- ROCA DE AGAPITO, Luis. “El delito de escarnio de los sentimientos religiosos”. *Anuario De Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XXXIII, 2017.
- ROSENFELD, Michel. “La filosofía de la libertad de expresión en América”. *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 8, 2000.
- ROXIN, C., “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, *Salinas Mengual, Jorge*. “Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXV, 2019.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.: “El delito de escarnio de creencias”, *La Ley* 1996- 5.
- TAMARIT SUMALLA, “La libertad ideológica en el Derecho penal”, Ed. PPU, Barcelona, 1989.
- TEROL BECERRA, M.J., “Aproximación al contenido de un Derecho Constitucional al medio ambiente”. *Estudios de Deusto* 1, Vol. 59/2, Bilbao, junio-diciembre 2011.
- TERUEL LOZANO, Germán Manuel. “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 27. 2017,
- VALERO HEREDIA, A. “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial2. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 2017.
- VANEIGEM, Raoul. “Rien n’est sacré, tout peut se dire. Réflexions sur la liberté d’expression”, Ed. La découverte, Paris, 2003.