

## LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO LÍMITE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (A PROPÓSITO DE LA STC 192/2020, de 17 de diciembre)

Jesús Bernal del Castillo<sup>1,a</sup> 

<sup>1</sup> Titular de Derecho Penal. Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas. Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, Calle Valentín Andrés Álvarez, s/n, 33001, España

 [a;bernal@uniovi.es](mailto:a;bernal@uniovi.es)

## 1. POR QUÉ ES IMPORTANTE ESTA SENTENCIA

El recurso de amparo que motiva esta sentencia del Tribunal Constitucional tiene especial interés en cuanto desarrolla la cuestión de las relaciones entre dos derechos fundamentales de la persona, el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) y el derecho a la libertad religiosa (art. 16 CE). En concreto, se demanda el amparo por vulneración del derecho a la libertad de expresión, asociado a los derechos a la libertad ideológica y de reunión, y del derecho a la legalidad, causada por dos resoluciones de nuestros tribunales recaídas sobre el mismo asunto que declaran la prevalencia del derecho a la libertad religiosa sobre la libertad de expresión en un supuesto de conflicto<sup>1</sup>.

La sentencia del TC parte del presupuesto de la “especial trascendencia constitucional” del fondo del asunto, remitiéndose al art. 50.1, b) de la LOTC en cuanto atiende “a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para el contenido y alcance de los derechos fundamentales”.

En efecto, el recurso plantea un problema que afecta a una faceta de un derecho constitucional sobre “la que no hay doctrina de este tribunal”. Parece exagerada esta afirmación, sobre todo cuando el tribunal se ha pronunciado repetidas veces en relación al contenido y los fines del derecho a la libertad de expresión; pero es cierto que, en particular, el TC no se había pronunciado sobre la posible limitación de este derecho cuando entra en conflicto con la libertad religiosa, estando por medio la protección penal de este último derecho.

El tema que se plantea es repetitivo en nuestros días: la emisión de mensajes o las conductas que realizan alguno de los tipos penales protectores de la libertad religiosa, alegando sus autores que se había actuado en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Estos casos tienen una especial fuerza mediática y representan un verdadero problema para los jueces y tribunales, que se enfrentan al dilema de apreciar el delito contra la libertad religiosa o entender que ese mensaje ofensivo se ha realizado como parte del ejercicio legítimo de la libertad de expresión. En el fondo se encuentra la discusión sobre la pervivencia en nuestro Código penal de los llamados delitos de expresión, en concreto, los protectores de la libertad religiosa, así como la correcta interpretación del contenido y fines de los derechos a la información y libertad de expresión, sobre la que sí existe una amplia y sólida jurisprudencia (también a nivel europeo). Los conflictos entre ambos derechos –expresión y libertad religiosa– ponen a prueba dicha doctrina, demandando soluciones específicas que pueden estar en contradicción con el eje fundamental de la misma: la preeminencia del derecho a la libertad de expresión.

## 2. RELACIÓN DE HECHOS PROBADOS Y ANTECEDENTES DEL RECURSO DE AMPARO

La sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona consideró probado que sobre las 11:00 horas del día de 9 de febrero de 2014, el acusado se encontraba en el interior de la iglesia parroquial de Sant Pere de Banyoles, sentado en uno de los bancos, al igual que el grupo de personas en el que se integraba que contaba con un número entre diez y quince personas. Una

---

<sup>1</sup> Se trata de la STS 2ª S 620/2018, de 4 de diciembre, que desestima el recurso de casación presentado por el recurrente contra la SAP Girona (sección 4ª) 201/2017, de 28 de abril.

vez que comenzó la misa y sabiendo que con su acción podía ofender los sentimientos religiosos de los feligreses congregados, se levantó al mismo tiempo que sus compañeros y, de manera concertada, arrojó pasquines y gritó la consigna “Avortament, lliure y gratuït” (aborto libre y gratuito), en contra del proyecto de la ley del aborto, al tiempo que se exhibía en la zona del altar una pancarta en la que se leía “Fora rosaris del nostres ovaris” (fuera rosarios de nuestros ovarios), paralizando de este modo la celebración de la misa durante dos o tres minutos, tras lo cual abandonó la iglesia junto a los demás miembros del grupo.

Sobre estos hechos la Audiencia dicta sentencia condenatoria, imponiendo la pena de 6 meses de prisión al acusado, como autor de un delito contra los sentimientos religiosos del art. 523 CP, entendiéndose que concurren todos los elementos del tipo y que no concurre la circunstancia eximente del art. 20.7 CP, del ejercicio legítimo de un derecho, en este caso del derecho a la libertad de expresión, en relación con los derechos de reunión y manifestación. Entre los argumentos que fundamentan el fallo, la sentencia reconocía que en los supuestos de colisión entre derechos fundamentales, el derecho a la libertad de expresión no permite que esta sea ejercida en cualquier lugar en el que quiera expresarse quien lo ejerce, pues aquellos lugares en los que se está ejerciendo otro derecho, como la libertad religiosa, o el derecho a la intimidad en la morada propia, no pueden ser allanados so pretexto de una protesta contra tercero (FD primero).

Esta sentencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo alegando por una parte la infracción de preceptos constitucionales, concretamente los artículos 14,16, 20, 21 y 25 CE; y, por otra parte, por infracción de Ley, por indebida aplicación del art. 523 CP, al entender que no se veían cumplidos todos los requisitos de la conducta descrita en el tipo de ese delito.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia previa de la Audiencia respecto a los dos motivos alegados. En relación a los derechos que se agrupan en torno a la libertad de expresión, el Tribunal después de encuadrar el conflicto dentro de la llamada perspectiva europea, recuerda que la libertad de expresión no se puede ejercitar de forma ilimitada, constituyendo sus límites en concreto otros derechos fundamentales y, en este caso, la libertad religiosa. De ahí que, correctamente en mi opinión, el Tribunal Supremo realice *ad casum* la preceptiva ponderación entre los derechos implicados para determinar la preferencia o prevalencia de uno de ellos; y de ello concluya que la sentencia impugnada no vulneró la libertad de expresión, de reunión o manifestación del recurrente, dado que no niega que los actos se realizaron en el ejercicio de la libertad de expresión; más bien, la sentencia de la Audiencia fundaba su condena en una extralimitación de ese ejercicio atendiendo a las circunstancias de lugar, tiempo y modo de los hechos, lo cual no puede justificar la lesión innecesaria del derecho a la libertad religiosa (FD segundo)<sup>2</sup>.

### **3. RECURSO DE AMPARO Y MOTIVOS EN QUE SE FUNDAMENTA. FALLO DE LA SENTENCIA**

Al considerar tanto los hechos como las dos sentencias parecía inevitable la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, como así sucedió. El tema era

---

<sup>2</sup> En relación al segundo motivo del recurso, el Tribunal Supremo niega la infracción de ley, confirmando con los mismos argumentos que la sentencia de instancia el cumplimiento de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal del artículo 523 CP. Hace, no obstante, una aclaración respecto del bien jurídico protegido en este precepto, que no son los sentimientos religiosos individuales de los partícipes en la ceremonia religiosa, sino “el ejercicio de la libertad religiosa que se ve perjudicada cuando se utiliza violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho para impedir sus manifestaciones. Se protege pues la dimensión comunitaria del derecho a la libertad religiosa” (FD tercero)

demasiado importante para no ser recurrido y las resoluciones judiciales dejaban abiertas las posibilidades en la profundización de cuestiones tan relevantes, una vez puesta sobre la mesa la doctrina constitucional sobre la libertad de expresión y haber recurrido a la complicada doctrina del TEDH, en concreto, teniendo a mano sentencias tan recientes como la de Mariya Alekhina y otras c. Rusia, de 17 de julio de 2018. De este modo se formula el recurso el 24 de enero de 2019 y el Pleno del tribunal Constitucional en su reunión de 17 de julio de 2019, a propuesta de tres magistrados, acuerda recabar para sí el conocimiento de dicho recurso de amparo, a causa precisamente de su gran trascendencia constitucional.

El recurso se articula en torno a dos motivos. En primer lugar se alega la vulneración de los derechos a la libertad ideológica, de expresión y de reunión que procede, a juicio del demandante, de que no se ha dado prevalencia a dichos derechos a la hora de realizar los tribunales la preceptiva ponderación entre los derechos a la libertad de expresión, reunión y manifestación por un lado, y el derecho a la libertad religiosa, por otro. Dicha prevalencia se debía apreciar en cuanto no hubo discurso del odio ni se realizaron ofensas gratuitas a la religión, y estaba justificada en virtud del contexto social en que se produjeron. Por ello, se estaba ante un caso de ejercicio legítimo de un derecho, no limitable por la libertad religiosa, lo cual implicaba la no aplicación de la sanción penal.

Se alega un segundo motivo al recurso en cuanto que el demandante expone la vulneración del principio de legalidad por apreciar la sanción penal sin que concurrieran dos elementos típicos del delito del art. 523 CP, a saber: no se cumple el resultado exigido en el tipo de la interrupción grave del acto religioso y no se ha llevado a cabo la acción ni con violencia, tumulto o vías de hecho.

El TC responde a ambos motivos en su fallo y desestima el recurso de amparo, incorporando dos votos particulares<sup>3</sup> que están en desacuerdo con el parecer mayoritario, tanto en la fundamentación jurídica como en el fallo, considerando que debería otorgarse el amparo por vulneración del derecho a la libertad de expresión.

#### **4. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA. LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y EUROPEA EN LOS DELITOS DE EXPRESIÓN**

El TC español, en relación a los delitos de expresión, ha determinado la necesidad de adoptar una perspectiva constitucional a la hora de resolver los conflictos que se plantean entre la protección penal de derechos fundamentales (honor, intimidad...) y su justificación en razón del ejercicio de los derechos a la información y libertad de expresión. Se trata no sólo de examinar la conducta intramuros del Derecho Penal, es decir, si se ha completado el tipo penal de los delitos correspondientes, sino de ponderar esa lesión del bien jurídico con el ejercicio de la libertad de expresión adoptando una perspectiva constitucional más amplia. En concreto y, en palabras del tribunal, “es preciso determinar si la conducta constituye un ejercicio lícito de los derechos invocados y se encuentran amparados por éstos” (FJ 2). Con ello se quiere significar que una conducta no puede ser ilegítima y legítima a la vez, de forma que si resulta que por su contenido y finalidad está dentro del lícito ejercicio de la libertad de expresión, entonces no nacerá la antijuridicidad formal del hecho realizado, aunque se vea cumplido el tipo penal y, por ello, “no resultará constitucionalmente legitimada la imposición de una

---

<sup>3</sup> Se trata del voto conjunto emitido por el Magistrado Juan Antonio Xiol Rios y la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón; y del voto emitido por el Magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón.

sanción penal aunque la subsunción de los hechos en la norma fuere conforme a su sentido literal” (ver por todas STC 24/2019, de 25 de febrero, FJ 3a).

Sólo será posible la sanción penal cuando la conducta realizada esté fuera del ámbito de licitud de ejercicio de la libertad de expresión, pues entonces estaremos ante un “aparente ejercicio” del derecho fundamental y ello se producirá “siempre que la conducta enjuiciada, por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, desnaturalice o desfigure el derecho y se sitúe objetivamente al margen de su contenido esencial, quedando por ello en el ámbito de lo penalmente punible” (STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 6).

Esta perspectiva es una consecuencia del elevado aprecio de la libertad de expresión en las sociedades y en los sistemas jurídicos occidentales. Recordemos que en los textos internacionales se concibe la libertad de expresión como una pieza clave definitoria y garantista de los sistemas democráticos y que, por ello, goza de una posición privilegiada dentro del conjunto de los derechos. Esta especial trascendencia se concentra en el “discurso político”, garante de una opinión libre, pero se interpreta extensivamente a otras formas de ejercer la libertad de expresión. Como consecuencia se proyectará sobre los posibles conflictos en los que se alegue el haber actuado en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión, llegando a condicionar, como se puede deducir de la postura explicada, el alcance de la protección penal de otros derechos fundamentales. A este respecto se ha señalado que las limitaciones a la libertad de expresión procedentes de la legislación penal deberán ser interpretadas restrictivamente “para no hacer del Derecho Penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que sin duda resulta indeseable en el Estado democrático” (SSTC 117/2015, de 8 de junio, FJ 2”; 112/2016, de 20 de junio, FJ3; 35/2020, de 24 de febrero, FJ4).

La doctrina expuesta parece sencilla, pero deja en el aire diversas cuestiones, sobre todo relativas a la función del tipo penal. En particular, parece que la realización del tipo en los delitos de expresión no es suficiente para establecer la antijuridicidad de la conducta y que un simple exceso en la libertad de expresión tampoco sirve para fundamentarla. De aquí se deriva que no basta con probar que se ha lesionado un derecho fundamental, sino que se ha lesionado ilegítimamente y dicha ilegitimidad provendría de haber actuado fuera del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión. Ello supone atender a la naturaleza del discurso y a las circunstancias de lugar, tiempo y modos del mismo e implica hacer una cuidadosa ponderación de los intereses constitucionales afectados (FJ 3a).

De esta doctrina se deduce también la obligación de una interpretación restrictiva de los tipos penales protectores de otros derechos fundamentales cuando entran en conflicto con la libertad de expresión y, en mi opinión, se propugna la idea de cuestionar la validez de la sanción penal en la protección de aquellos derechos fundamentales que entran en colisión con la libertad de expresión o que pueden entrar en conflicto con ella. Esta es una derivación de la doctrina del TEDH más reciente que encuentra su expresión en la sentencia *Mariya Alekhina y otras c. Rusia*, de 17 de julio de 2018, la cual señala “que la injerencia con la libertad de expresión mediante sanciones penales puede tener un efecto intimidatorio en el ejercicio de dicha libertad, elemento a tener en cuenta al evaluar la proporcionalidad de dicha injerencia...” (§227).

La perspectiva constitucional y la naturaleza expansiva de la libertad de expresión no impiden, en opinión del TC español, afirmar que se trata de un derecho limitado, especialmente por otros derechos fundamentales y, por ello, en la ponderación entre esos derechos en conflicto, los tribunales deberán tener en cuenta el contenido constitucional de esos otros derechos.

En el caso objeto del recurso de amparo, el derecho con el que la libertad de expresión entra en conflicto es el derecho fundamental a la libertad religiosa reconocido en el art. 16 CE (FJ 3a), cuyo contenido está concretado en la LO 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa. La sentencia se remite también a los textos internacionales (art. 18 de la Declaración de Derechos Humanos; art. 9.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y al art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), para dejar clara su naturaleza fundamental y concretar que el contenido de los derechos a la libertad religiosa comprende, entre otros ámbitos, la libertad de manifestar externamente las creencias religiosas sin coacción por parte del Estado ni de los particulares.

Las manifestaciones externas y colectivas de la libertad religiosa son las que el TC considera relevantes en este caso y, tomando como referencia la jurisprudencia del TEDH ( Mariya Alekhina, §213), señala que pueden constituir un límite para el ejercicio de otros derechos fundamentales, en el sentido de que la libertad de expresión no otorga libertad de foro para ejercer dicho derecho y que el artículo 10 del Convenio no implica la creación automática del derecho a entrar en una propiedad ajena. “En este sentido el art. 10.2 del Convenio europeo recuerda que dicho ejercicio entraña deberes y responsabilidades y puede verse condicionado o limitado, entre otras razones, por la necesidad de proteger los derechos ajenos. Además, el ámbito de apreciación de las autoridades nacionales se ve ampliado cuando la libertad de expresión colisiona con otros derechos fundamentales, en este caso la libertad religiosa de otras personas” (FJ, 3b).

## **5. PONDERACIÓN EN EL CASO CONCRETO DE LOS DOS DERECHOS EN CONFLICTO: LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL RECORRENTE Y LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS FIELES**

Mientras que el recurso alega que la aplicación del tipo penal vulnera el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión, para el TC el recurso sólo procederá cuando el derecho a la libertad de expresión se ejerció sin exceso, atendida su confluencia con el derecho a la libertad religiosa, en la concreta ponderación de las circunstancias del caso. De ahí se deduce que un “exceso” en el ejercicio de la libertad de expresión implica que no esté dentro del ámbito constitucionalmente protegido.

El TC estima que los tribunales de referencia que han intervenido en el caso: Audiencia y Supremo, han llevado a cabo la preceptiva ponderación entre los dos derechos y, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, han valorado si la conducta que se enjuiciaba constituía un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión (FJ 4).

Para el TC, y en esto creemos que se resume su doctrina sobre este punto, el análisis de los efectos y circunstancias en la esfera del otro derecho en juego (libertad religiosa) constituye un requisito necesario de la valoración de si la libertad de expresión estaba dentro del ámbito de lo constitucionalmente protegido, porque la lesión de esos otros derechos constituye un límite legítimo a la libertad de expresión y, de este modo, se cumple también la doctrina del TEDH sobre la operatividad del art. 10.2 del Convenio. Se puede decir, por lo tanto, que para el TC la necesaria proyección de la perspectiva constitucional en el conflicto implica valorar si a la luz de las circunstancias concretas presentes en el caso, se puede hablar de un verdadero ejercicio legítimo de la libertad de expresión, justificando el sacrificio de la libertad religiosa. La falta de la legitimidad de ese sacrificio constituye, por lo tanto, un verdadero “exceso” y sitúa fuera del ámbito de aplicación preferente a la libertad de expresión.

Entiende el TC que ese exceso en la libertad de expresión es lo que sucede en el supuesto particular. Por una parte, concreta que el intercambio de ideas es efectivamente el ámbito en que se ejerce la conducta de interrumpir un servicio religioso. Por otra, es el derecho de los fieles a no verse inquietados en su participación de un acto religioso el otro extremo del conflicto. Para el TC son las circunstancias concurrentes en el caso las que impiden que prevalezca la conducta de expresión de ideas y hacen que resulte innecesaria para su ejercicio la interrupción de la ceremonia religiosa. En primer lugar, entiende la sentencia del TC, “que no existía ningún punto de conexión que permitiera que el recurrente considerara que la ceremonia estaba abierta a un intercambio de ideas con los allí congregados”. En segundo lugar, el recurrente tenía medios alternativos para comunicar su mensaje sin perturbar a los fieles. En tercer lugar, expone el TC, se trató de una verdadera interrupción del acto religioso, es decir una verdadera lesión del bien jurídico, no de un ligero exceso en la conducta que duró sólo “dos o tres minutos”<sup>4</sup>. Estas circunstancias excluyen del ámbito legítimo de la libertad de expresión la concreta interrupción del acto religioso.

En este punto el TC concluye su argumentación: la falta de justificación de la conducta realizada “legítima la aplicación de medidas sancionadoras o restrictivas dirigidas a la protección de la libertad religiosa y de culto”, en este caso la aplicación de la sanción penal en su grado mínimo (FJ 4). Con ello desestima el primer motivo del recurso.

## 6. EL SEGUNDO MOTIVO DEL RECURSO. LA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

El recurrente alega como segunda razón para otorgar el amparo la infracción del art. 25.1 CE. En concreto plantea la irracionalidad de la interpretación llevada a cabo por los dos tribunales que permitió la subsunción de la conducta en el tipo penal del art. 523, irracionalidad que produce un efecto desaliento y que se concreta en el incumplimiento del resultado exigido por el tipo penal: interrupción del acto, y en la ausencia del medio típico definido como vías de hecho.

Recuerda el TC que “la constitucionalidad de la aplicación de las normas sancionadoras depende tanto del respeto al tenor literal del enunciado normativo, como de su previsibilidad, que debe ser alcanzada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica... quebrándose este derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo que resulta aplicado” (STC 12/2018, de 8 de febrero, FJ 3). Se trata en definitiva de comprobar si en el proceso de subsunción se ha respetado la literalidad del precepto, si no se ha incurrido en quiebras lógicas y si el resultado de la operación de subsunción es acorde con las pautas valorativas que informan el texto constitucional.

Para el TC la interpretación realizada por los tribunales de los conceptos de “interrupción” y “vía de hecho”, fue correcta tanto desde una perspectiva axiológica como metodológica y, por

---

<sup>4</sup> Por el recurrente y también en los votos particulares se había alegado la similitud de este supuesto con el caso solventado por el TEDH en la s. Mariya Alekhina y otras c. Rusia, de 17 de julio de 2018, antes citada, en la cual el Tribunal europeo reconoce la extralimitación de los tribunales rusos al imponer una sanción penal en el caso de una actuación de protesta en el interior de una iglesia. Nuestro TC señala las diferencias entre uno u otro caso, concretadas especialmente en que en el supuesto español sí hubo interrupción del servicio religioso, lo cual no sucedió en el otro supuesto. En mi opinión, la diferencia entre los dos casos es clara y hace bien el TC en señalarla.

ello, no puede hablarse de una subsunción irracional de la conducta en el tipo penal del art. 523 CP. Por ello el TC rechaza este motivo y concluye denegando el amparo solicitado.

## 7. LOS VOTOS PARTICULARES A LA SENTENCIA

Tan interesantes como los razonamientos de la sentencia aprobada mayoritariamente por el Pleno resultan los dos votos particulares discrepantes de la misma, los cuales expresan una opinión diferente en la cuestión de fondo aquí planteada, que es la relación entre los derechos a la libertad de expresión y otros derechos fundamentales con los cuales pueda entrar en conflicto.

Sería reducir a categorías no jurídicas el afirmar que los votos particulares representan una orientación “progresista” frente a la opción mayoritaria “conservadora”, pero sí es cierto que los votos particulares tienen en común el considerar prevalente el ejercicio de la libertad de expresión sobre otros derechos fundamentales, de forma que plantean una interpretación restrictiva de los delitos de opinión, concretada en el rechazo a la sanción penal como respuesta válida frente a los posibles excesos de la libertad de expresión. Poniendo el acento sobre diferentes argumentos, los dos votos particulares llegan a la misma conclusión: la sentencia debía ser estimatoria del recurso de amparo por vulneración del derecho a la libertad de expresión.

Desde una perspectiva general, el primer voto particular<sup>5</sup> ofrece una visión negativa de la intervención penal frente a la libertad de expresión, señalando que ésta debe ser defendida frente a una “desmesurada respuesta punitiva estatal”. En concreto critica aquella jurisprudencia que en los casos de conflicto “no reconoce en muchos ámbitos los deberes de tolerancia frente a las opiniones críticas de fondo o a maneras de manifestarlas menos convencionales y más efectistas”. Se refiere con ello el voto particular a aquellas opiniones impactantes que utilizan una efectividad contundente y “que pueden ser justificadas por la expresión de una idea u opinión en un contexto de “economía de la atención”, atendiendo a las nuevas realidades en el ámbito de la comunicación. Para estos magistrados, la preocupación constitucional debería ser la de establecer límites a la actividad punitiva del Estado y la de normalizar la crítica lacerante o incluso insultante dentro del sistema democrático.

En los supuestos de extralimitación, aun cuando la conducta no pueda considerarse como ejercicio legítimo de la libertad de expresión y esté prevista como delito, no cabrá imponer la sanción penal sin un juicio de proporcionalidad sobre la misma (STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5), juicio que deberá establecer que la sanción no produzca un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados (SSTC 2/2001, de 15 de enero, FJ 3; 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3).

En la aplicación de esta orientación al caso concreto objeto del recurso, critican la sentencia mayoritaria porque no ha tenido en cuenta esa perspectiva que ellos señalan y que implica un juicio con dos pasos sucesivos: determinar si la conducta, aunque extralimitada, se mantenía dentro del ámbito de protección constitucional de la libertad de expresión y, en segundo lugar, “proyectar un juicio de proporcionalidad sobre la reacción punitiva del Estado en la sanción de esa eventual extralimitación”.

La conclusión a la que llegan los dos magistrados firmantes del voto particular es que la conducta estaba dentro del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión por su

---

<sup>5</sup> Emitido conjuntamente por el Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos y la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón.

contenido: se trataba de un discurso político en el cual las expresiones emitidas eran coherentes con el debate público y por la forma no violenta de la conducta y la nula alteración del orden público. Atendiendo al juicio de proporcionalidad, se debía concluir que la conducta tuvo unas consecuencias mínimamente incisivas en la libertad religiosa de los asistentes al acto y, por ello, resulta desproporcionada la sanción penal, siendo lo correcto recurrir “a subsistemas jurídicos de resarcimiento de daños que no sean los estrictamente sancionatorios, o bien a sistemas sancionatorios que resulten menos aflictivos que el Derecho Penal”.

El segundo voto particular lo firma el Magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón. En él manifiesta su discrepancia tanto con la fundamentación como con la forma de la sentencia de la mayoría del TC., incluyendo el motivo de que ésta apenas ha tenido en consideración la “posición no acusadora” del Ministerio Fiscal, que apoya la solicitud de amparo considerando lesionados los derechos a la libertad ideológica (art. 16 CE), libertad de expresión (art. 20.1 CE) y de legalidad de las sanciones penales (art. 25.1 CE)<sup>6</sup>.

La discrepancia con la fundamentación de la sentencia aprobada mayoritariamente se centra en que ésta analiza el supuesto como una colisión entre derechos fundamentales y lo resuelve a partir de una delimitación de sus contenidos. Afirma el voto particular que si bien la conducta forma parte de las libertades ideológicas y de expresión, debe negarse la lesión del derecho a la libertad religiosa, tal y como se encuentra definido en el art. 16 CE, con lo cual excluye uno de los extremos del conflicto.

El razonamiento que sigue el Magistrado en el voto particular es, en mi opinión, confuso. Por una parte, hace una interpretación restrictiva del art. 16 CE, señalando que comprende, junto a las modalidades internas de conciencia y expresión, la libertad de manifestar externamente las propias creencias o convicciones, pero respecto a ésta limita la protección constitucional a no tener que soportar “aquellas conductas que puedan considerarse como gravemente ofensivas, abiertamente hostiles o amenazadoras a la dimensión externa de la libertad religiosa”. Se excluye, en su opinión, de ese ámbito la protección frente a conductas menos graves y señala que “del artículo 16.1 CE no se deriva, como parece entender la decisión desestimatoria, un supuesto derecho a no ser molestado o inquietado de forma alguna durante el desarrollo de los actos de culto, las ceremonias o las manifestaciones de las ceremonias religiosas”.

Al identificar el bien jurídico penal protegido con el derecho a no ser molestado (lo califica de sentimiento religioso) y no con la libertad religiosa, niega el conflicto entre derechos fundamentales y le da la vuelta: se trata de valorar si la restricción impuesta a la libertad de expresión por la protección penal de los sentimientos religiosos (interés público relevante) puede ser justificada. Para ello, retoma el argumento de la perspectiva constitucional en el análisis del caso y reitera la idea de que no todo exceso en el ejercicio de la libertad de expresión debe ser limitado por la sanción penal, sino sólo aquellas conductas que se alejan del contenido y fines del derecho fundamental del art. 20.1CE.

En este punto critica la sentencia desestimatoria del amparo, a la que atribuye una concepción restrictiva de las libertades ideológicas y de expresión política y una desmesurada protección de la libertad religiosa, pues no tiene en cuenta que “la conducta ofensiva no es gratuitamente ofensiva, ni incita a la tolerancia religiosa, ni hace un llamamiento o justifica el

---

<sup>6</sup> En realidad esta postura del Ministerio Fiscal supone un cambio respecto a su posición durante el proceso penal anterior. Llama más la atención por haber sido la única acusación personada en la vía judicial previa que instó la condena penal.

odio por motivos religiosos ni, en fin, impidió o se dirigía a impedir que se practicara un acto de culto, por lo que no alcanza a ser merecedora de una sanción penal, pues forma parte del ámbito de protección de los derechos invocados". La conclusión a la que debería haberse llegado era que la sanción penal no era necesaria para la protección de los sentimientos religiosos.

De lo concreto salta a lo general, del caso objeto del recurso al ámbito de los delitos de opinión: "La libertad de expresión sobre asuntos de interés general es la esencia de la democracia. Por lo que la utilización de sanciones penales privativas de libertad frente al ejercicio de este derecho constitucional no resulta proporcionada ni necesaria en una sociedad democrática para la protección exclusiva de unos sentimientos íntimos supuestamente ofendidos, cuando dicha libertad se ejercita pacíficamente, y sin incitación al odio ni a la violencia".

## 8. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

Estoy de acuerdo con la doctrina que señala que en ocasiones resulta desproporcionada la sanción penal en el caso de un exceso en el ejercicio de la libertad de expresión. Pero creo que cabe hacer una matización: el concepto de "exceso" en la libertad de expresión tiene un significado complejo y lo mismo puede hacer referencia a una leve extralimitación de la conducta que a una auténtica lesión de derechos fundamentales. En el supuesto aquí considerado, el recurrente y los dos votos particulares entienden que estamos ante el primer caso, porque la afectación del bien jurídico fue mínima o porque realmente lo que lesionó no fue el derecho constitucional a la libertad religiosa, sino los sentimientos religiosos. En cambio, la sentencia denegatoria del amparo entiende que no estamos ante una mera desviación en el ejercicio de la libertad de expresión sino ante una lesión objetiva de la libertad religiosa del art. 16.1 CE, concretada como el derecho a manifestar las propias creencias mediante la participación en actos religiosos.

En este caso y dado que estamos ante algo más que un mero exceso en la conducta, ¿puede realmente afirmarse que el acto de expresión continúa dentro del ámbito constitucional de protección de la libertad de expresión?; o dicho de otra forma ¿puede considerarse que se ha actuado legítimamente conforme al art. 20.1 CE? Para la sentencia, las circunstancias en que se desenvuelve el acto restan legitimidad al mismo; aunque estemos en presencia de un discurso político y sea también política la finalidad de interrumpir la ceremonia religiosa, la conducta está viciada en cuanto también esos actos tienen sus límites en el contenido esencial de los derechos lesionados. Por esta razón, creo que es acertado el análisis que hace la sentencia mayoritaria cuando establece que se ha sobrepasado ese límite y, por ello, llega a la conclusión de que la conducta está fuera del ámbito constitucional de la libertad del art. 20.1 CE. Además, como reconoce el propio TEDH, el artículo 10 del Convenio no otorga la libertad de foro para ejercer la libertad de expresión, lo que implica que no crea automáticamente el derecho a entrar en una propiedad ajena, pudiendo incluso someterse la entrada a una propiedad de acceso libre al respeto de determinadas reglas de conducta (s. *Mariya Alekhina y otras c. Rusia*, § 213). De ahí que la negación del amparo al recurrente me parece una consecuencia razonable de la argumentación constitucional al afirmar que las sentencias precedentes no vulneran el derecho a las libertades de expresión e ideológica.

Cuestión diferente es plantear si está justificada la imposición de la sanción penal en particular, la pena privativa de libertad prevista en el art. 523 CP. En este punto hay que atender al juicio de proporcionalidad. A estos efectos deben valorarse la gravedad de la sanción penal y la escasa entidad de la lesión, así como el potencial "efecto desaliento" de la

pena. En el caso concreto, el TC considera idónea la pena mínima impuesta de prisión de seis meses en la medida que se ajusta a la entidad de la lesión de la libertad religiosa, que no es ni tan grave que demande una pena mayor ni tan leve que resulte desproporcionada. No tiene en cuenta, en cambio, la eventual consecuencia de desaliento que pudiera causar la imposición de la pena privativa de libertad.

Sobre el tema de la proporcionalidad de las penas en estos delitos, creo que debe ser citado el voto particular de la jueza María Elósegui a la sentencia del TEDH Mariya Alekhina. En él se mantiene, por una parte, que la lesión de la libertad religiosa cae fuera del ámbito legítimo de la libertad de expresión<sup>7</sup>, pero a la vez expresa la idea de la falta de proporcionalidad de la sanción penal para reparar el daño causado. En concreto, propone la imposición de medidas de resarcimiento civiles o administrativas, no penales, dado que, aunque la conducta estuvo fuera del artículo 10 del CEDH, “la sanción penal sólo puede utilizarse cuando el discurso incite o exista realmente la intención de incitar a actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra las víctimas y cuando no quepa aplicar ninguna otra medida menos restrictiva”.

Esto nos llevaría a cuestionar desde el punto de vista del principio de última *ratio*, la tipificación del delito, por entender que la intervención penal resulta desmesurada e inapropiada para proteger la libertad religiosa, en supuestos como el que se comenta y en los que está implicada la libertad de expresión.

No obstante, creo que la propuesta despenalizadora de este delito contra la libertad religiosa no es oportuna en lo que se refiere al código penal español. En primer lugar, porque dejaría sin protección parte del contenido esencial de la libertad religiosa dada la insuficiencia de otros medios de restauración del derecho menos lesivos que las medidas penales y, en segundo lugar, porque la libertad religiosa, al ser un derecho fundamental, goza de un status jurídico y axiológico de especial trascendencia, lo que implica, en mi opinión, la conveniencia de la tipificación de aquellas conductas más graves contra este derecho, entre las que se encuentra el impedir participar sin coacciones en los actos religiosos.

En cambio es discutible, como hemos visto, la sanción privativa de libertad que lleva aparejada este delito y, por ello, desde un punto de vista reformista, cabe plantear *lege ferenda* la sustitución de la pena privativa de libertad del artículo 523 del CP por una pena de multa.

---

<sup>7</sup> Voto particular de la Jueza María Elósegui, §14: “...el comportamiento de estas últimas va más allá del ámbito del artículo 10...en definitiva, no coincido con que el artículo 10 del Convenio haya sido vulnerado, ya que el artículo 10 no protege el comportamiento que supone irrumpir en iglesias y en otros edificios o propiedades religiosas por motivos políticos, ni protege el comportamiento que entraña intimidación u hostilidad contra los creyentes cristianos ortodoxos”.