

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ESCARNIO DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS. ENFOQUES SOBRE LA PONDERACIÓN EN ALGUNOS CASOS JUDICIALES ESPAÑOLES *

FREE SPEECH AND DERISION OF RELIGIOUS FEELINGS. APPROACHES ON WEIGHING IN SOME SPANISH JUDICIAL CASES

Oscar Pérez de la Fuente **

Resumen: Sobre libertad de expresión y ofensa de los sentimientos religiosos, el Código Penal español de 1995 diferencia los delitos de profanación y escarnio. Este artículo analiza el delito de escarnio y se propone unos parámetros para su análisis basándose en el enfoque proporcionalista y el enfoque especificacionista de la ponderación. A continuación se aplican estos enfoques al análisis de diversos casos judiciales españoles sobre el delito de escarnio.

Abstract: On free speech and offence of religious feelings, the Penal Code of 1995 distinguishes the crime of desecration and derision. This article analyses the crime of derision and proposes some guidelines for its analysis based on the proportionalist approach and the specificationist approach of weighing. Then it's applied these approaches to Spanish several judicial cases of the crime of derision.

Palabras clave: Libertad de expresión, escarnio, religión, ponderación, Derecho Penal.

Key words: Free speech, derision, religion, weighing, Criminal Law.

Fecha de recepción: 13-11-2015

Fecha de aceptación: 2-12-2015

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL DELITO DE ESCARNIO, CON ESPECIAL REFERENCIA AL ELEMENTO SUBJETIVO

Un primer nivel de análisis se puede producir, precisamente, sobre la idoneidad de la existencia de un delito de escarnio de los sentimientos religiosos en un Estado secular o post-secular -Habermas¹-. Así se reproducirían los conocidos argumentos sobre el secularismo, la libre circulación de las ideas y contra la censura, por un lado, y la protección adecuada de las minorías y del ejercicio de la libertad de conciencia, por el otro.

* Una versión preliminar de este artículo fue presentada como Comunicación en las XXV Jornadas de Filosofía Jurídica y Política. Nuevo Derecho, Nuevos Derechos. UNED, 16 y 17 de abril 2015. Quiero agradecer los comentarios de los asistentes en la Conferencia titulada "¿Debe ser delito la blasfemia?" en el marco del Seminario Gregorio Peces-Barba, celebrada en el Campus de Colmenarejo de la Universidad Carlos III, el 23 de abril de 2015.

** Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas". Universidad Carlos III de Madrid. oscar.perez@uc3m.es

¹ HABERMAS, J., "Religion in the Public Sphere", Holberg Prize Laureate Professor Jürgen Habermas, 2005, pp. (10-19) 16; HABERMAS, J., *Between naturalism and religion*, Cambridge: Polity, 2008, pp. 111.

Este nivel no será abordado en este artículo, se partirá de *lege data* para afirmar que, en el Código Penal español de 1995, está tipificado un delito de escarnio de los sentimientos religiosos. Pero se aludirá a este nivel como el *debate sobre la idoneidad*², al que se volverá brevemente en las conclusiones.

Un segundo nivel consistirá en delimitar conceptualmente varias ideas que están vinculadas con la ofensa de sentimientos religiosos, como son la blasfemia, la profanación y el escarnio. Según la Real Academia, *blasfemia* es “palabra injuriosa contra Dios, la Virgen y los Santos”. Este concepto tiene una larga historia, asociada a la noción de religión organizada. Como hace notar Levy, “blasfemia significa hablar mal de temas sagrados. Donde existen religiones sagradas, la blasfemia es un tabú.”³ Sin embargo, actualmente, los argumentos sobre el debate acerca de la idoneidad del delito de blasfemia, van en la línea de considerar que no es función legítima de un Estado secular el castigo penal de las ofensas a Dios. La gran mayoría de países de Europa ya no contienen este delito en su Código Penal.

Según la Real Academia, *profanar* es “tratar algo sagrado sin el debido respeto, o aplicarlo a usos profanos”. De su tipificación como delito destaca que la profanación se produce exclusivamente “en el templo, en lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas”⁴. Según la Real Academia, el *escarnio* es “burla tenaz que se hace con el propósito de afrentar.” Según el Código Penal de 1995 cometen delito de escarnio, los que públicamente y para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa hagan “escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican”⁵.

El tercer nivel de análisis podría consistir en el tratamiento que hace la doctrina penal del delito de escarnio. Desde esta perspectiva, Muñoz Conde considera que “el escarnio es una especie de injuria mediante burla o

² En un informe de la Comisión de Venecia se considera que no es afortunado criminalizar la blasfemia, ni el insulto de los sentimientos religiosos y, en cambio, aboga por que la incitación al odio por motivos religiosos sea delito. Vid. Venice Commission, *Blasphemy, insult and hatred: finding answers in a democratic society*, Science and technique of democracy, num. 47, Council of Europe, Strasbourg, 2010.

³ LEVY, L. W., *Blasphemy. Verbal offence against the sacred, from Moses to Salman Rushdie*, London: The University of North Carolina Press, 1993, p. 3.

⁴ El art. 424 de Código Penal establece “el que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.”

⁵ De esta forma, el art. 525 del Código Penal considera que “1. Incurrirán en 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 otro 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.”

ridiculización de los sentimientos o creencias”.⁶ En el mismo sentido, se expresa Luzón Cuesta.⁷

Por tanto, existe un elemento objetivo que se caracteriza por una fuerte intensidad, se trataría de una ridiculización, que según la definición de la Real Academia del término *tenaz*, debería ser “firme, porfiada y pertinaz en su propósito”. Como señala Minteguía Arregui, “el sujeto pasivo estimará que, en estos supuestos, se ha realizado una ofensa contra su propia persona, dada la adhesión emocional que experimenta con respecto a las creencias objeto de escarnio que son sentidas como parte integrante de su identidad.”⁸ Se precisa igualmente que la conducta tenga carácter público, es decir, que trascienda a un grupo de personas, aunque es indiferente que se realice de palabra, por escrito o mediante cualquier otro tipo de documento.^{9,10}

Es necesario el *animus injuriandi* para que la acción típica tenga como objetivo la ofensa o, en otros términos, haya sido hecha con “el propósito de afrentar”. Como afirma Lamarca, “se requiere un elemento subjetivo del injusto de carácter finalista: se realiza la conducta con la finalidad de ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, aunque no es necesario que efectivamente se ofendan.”¹¹

El cuarto nivel de análisis se adentra en la interpretación de este elemento subjetivo del injusto, del ánimo de ofender. En el delito de escarnio, recogido en el Código Penal de 1995, la doctrina y la jurisprudencia han

⁶ MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 786.

⁷ En la misma línea, Luzón Cuesta aclara que “como una modalidad especial de injurias, en que en vez de lesionar la dignidad de otra persona, menoscabar su fama o atentar contra su propia estimación, se ofenden los sentimientos, puede estimarse que los arts. 524 y 525, en que en el segundo caso, pueden suscitarse similares problemas de límites, en relación con la libertad de expresión que en los delitos de injurias.” LUZÓN CUESTA, J. M^a; *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, Madrid: Dykinson, 2009, p. 368.

⁸ MINTEGUÍA ARREGUI, I.; “Religión, moral y expresión artística” en DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M. *et. al* (Coor.) *Libertad de expresión y sentimientos religiosos*, Lisboa: Editorial Jurua, 2012, p. (71-102) 84.

⁹ LAMARCA PÉREZ, C. (Coor.); *Derecho Penal. Parte especial*, Madrid: Colex, 2008, p. 711.

¹⁰ En este sentido, es interesante la apreciación que realiza Torado Soria sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde se diferencia el resultado de la Sentencia si el medio de expresión es la palabra o las imágenes. De esta forma, Torado Soria afirma que “los supuestos en los que se ha utilizado como medio de expresión *la palabra*, con carácter general, ha dictado una resolución de enérgica defensa de la *libertad de expresión* (Gündüz c. Turquía, 4-11-2003, Paturel c. Francia 22-11-2005, Ginieski c. Francia 31-1-2006, Aydin Tatlav c. Turquía 2-5-2006, Klein c. Eslovaquia, 31-5-2006: por el contrario, cuando el soporte empleado ha sido una expresión gráfica, la Corte ha optado por tutelar los sentimientos religiosos que se consideraban ofendidos entendiendo adecuada la restricción de la libertad de expresión siempre que se hubieran cumplido unos mínimos requisitos de legalidad, exigencia de la sociedad democrática y gravedad del ataque (Otto Preminger-Institut c. Austria, 20-9-1984; Windrove c. Inglaterra 25-11-1996)” TARODO SORIA, S.; “Hacia un estudio constitucional de la libertad de creación artística y literaria” en DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M. *et. al* (Coor.) *Libertad de expresión y sentimientos religiosos*, Lisboa: Editorial Jurua, 2012, p. (17-34) 30.

¹¹ LAMARCA PÉREZ, C. (Coor.); *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 711.

afirmado la necesidad de un *animus injuriandi*, ánimo de afrentar. Como se ha vinculado el escarnio a una modalidad especial de injurias, es relevante la construcción doctrinal y jurisprudencial que ha tenido el *animus injuriandi* para el delito de injurias –especialmente vinculada al Código Penal de 1973- y su evolución posterior, según la mayoría de la doctrina penal y la interpretación del Tribunal Constitucional–ligada al Código Penal de 1995-.

Con el Código Penal anterior, para el delito de injurias no era suficiente que se diera el dolo, sino, además, era necesario un elemento subjetivo del injusto. Como explica Castiñeira, esto significa que “las manifestaciones injuriosas o calumniosas proferidas con conocimiento y voluntad pueden no constituir delito si no van acompañadas del ánimo de injuriar”¹². Esto, de hecho, convertía la actividad judicial en estos casos en un ejercicio que consistía en determinar los ánimos subjetivos que una persona había podido tener al proferir una expresión considerada injuriosa. De esta forma, debía comprobar si tras unas determinadas afirmaciones podrían encontrarse, además, un *animus informandi*, un *animus criticandi* o un *animus iocandi*¹³. Y, finalmente, determinar si el *animus injuriandi* era prevalente o, como afirma Salvador Coderch, que intenciones distintas (*animus informandi* o *criticandi*) no se estimasen antepuestas, ni lo desplazasen.¹⁴

La interpretación del elemento subjetivo del delito de injurias, según el Código del 1973, se convierte en un difícil ejercicio. Es una especie de *juicio de intenciones*, de reconstrucción del ánimo prevalente que llevó al acusado a manifestarse públicamente en esos términos. Esto podría llevar a otorgar un gran poder decisorio al juez que difícilmente podría ser controlable en términos intersubjetivos y de racionalidad jurídica. En este sentido, se manifiestan Salvador Coderch y Castiñeira Palou cuando sostienen “el problema es que no hay medio humano para establecer un buen *test* que permita realizar esa distinción con criterios objetivos, con lo que, a la postre, el requisito del ánimo de injuriar queda al arbitrio del juez.”¹⁵ Un sector doctrinal minoritario, en especial Bacigalupo, se oponía a la necesidad del *animus*, del elemento subjetivo del injusto en el delito de injurias.¹⁶

¹² CASTIÑEIRA, Teresa, “Protección penal del honor” en SALVADOR CODERCH, Pablo (Dir.), *El mercado de la ideas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. (435-502) 476.

¹³En este sentido, Castiñeira afirma “la simple presencia de un ánimo de informar, de criticar, de defenderse no anula el ánimo de injuriar. La información, la crítica o la defensa deben realizarse dentro del respeto al honor ajeno. Pero también puede suceder que el ánimo de informar, el de criticar, etc. desplacen el ánimo de injuriar, o al menos, tengan prevalencia sobre aquel” CASTIÑEIRA, Teresa, “Protección penal del honor” en SALVADOR CODERCH, P. (Dir.), *El mercado de la ideas*, op. cit., p. 482.

¹⁴ SALVADOR CODERCH, P. *et. al.*, “Honor y libertad de expresión en 1995: una reseña jurisprudencial”, *Derecho Privado y Constitución*, 10, 1996, p. (329-398) 384.

¹⁵ CASTIÑEIRA PALOU, T.; SALVADOR CODERCH, P., “¿Quién se atreve a castigar a un juez?”, *Jueces para la democracia*, 13, 1991, pp. (22-23) 23.

¹⁶ BACIGALUPO, E., “Colisión de derechos fundamentales y justificación del delito de injuria”, *Revista Española de Derechos Constitucional*, 20, 1987, pp. 83-98.

Con la redacción del delito de injurias en el Código Penal de 1995, un sector mayoritario de la doctrina penal considera que no debe exigirse el elemento subjetivo del injusto. De esta forma, Castiñeira sostiene que “el conocimiento del tipo objetivo, de la lesión de la dignidad lesionando la fama o menoscabando la propia estimación, es lo único que hace falta para que se cumpla la parte subjetiva del tipo de injuria”.¹⁷ Anteriormente, bajo la vigencia del Código Penal de 1973, la definición de la injuria como “*expresión proferida o acción ejecutada en deshonor, descrédito o menosprecio de otra persona*” (art. 457) dio pie a que el uso de la preposición *en* daba entrada a un elemento subjetivo del injusto, consistente en el ánimo de injuriar.¹⁸

La nueva redacción del precepto en el Código de 1995 y la creciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional han supuesto progresivamente la pérdida de vigor de la teoría del *animus* que era utilizada para prever la impunidad en casos de injurias realizadas con fines legítimos, como la crítica política, como señala Lourenzo Copello.¹⁹ En cambio, el Tribunal Constitucional empezó a fundamentar sus decisiones, en estos casos, en un ejercicio más amplio de ponderación entre los principios de libertad de expresión y derecho a la información, por un lado, y el derecho al honor, por el otro, como apunta Malem Seña.²⁰ En esta ponderación existe una preeminencia, *a priori*, de la libertad de expresión basada en su contribución a una opinión pública libre e informada, la libre circulación de las ideas y los principios de una sociedad democrática, abierta y pluralista. Como señala Fuentes Osorio, un sector muy amplio de la doctrina penal española no exige el elemento subjetivo especial del

¹⁷ SALVADOR CODERCH, S.; CASTIÑEIRA PALOU, T., *Vigilar y castigar*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 94.

¹⁸ *Ibidem*, p. 95.

¹⁹ Desde esta perspectiva, Lourenzo Copello afirma que “tradicionalmente, la teoría del *animus injuriandi* se utilizó por la jurisprudencia para fundamentar la impunidad de ciertas injurias realizadas con fines legítimos – tales como defensa o crítica política- que de lo contrario podrían resultar punibles por el excesivo valor concedido al honor en tiempos pasados. Sin embargo, como bien ha señalado el Tribunal Constitucional, esta situación ha variado sustancialmente con el reconocimiento del papel institucional de las libertades de expresión e información que les concede un claro predominio frente al derecho al honor cuando se dan las circunstancias para avalar constitucionalmente la crítica política o, en general, la expresión de opiniones que puedan resultar deshonorosas. De ahí que el alto tribunal haya considerado insuficiente la teoría del *animus* como medio de resolución de los posibles conflictos entre honor y libertad de expresión, decantándose, en cambio, por criterios objetivos de ponderación característicos en el plano de la antijuridicidad.” LOURENZO COPELLO, Patricia, *Los delitos contra el honor*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 134.

²⁰ En este sentido, Malem Seña sostiene que “Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha sostenido en incontables ocasiones que en el ámbito del artículo 20 de la Constitución española y otros bienes constitucionalmente protegidos, entre los que se encuentra el derecho al honor, se ha de ponderar la materia de la información, su interés público, si el contenido de la información contribuye a la conformación de una opinión pública libre y cuál es la persona objeto de la información. En esta ponderación, no se ha de olvidar, en opinión de ese Tribunal, que la constitucionalización de la libertad de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente delitos contra el honor, que ya no pueden ser construidos únicamente alrededor del *animus injuriandi*.” MALEM SEÑA, Jorge, *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcelona: Gedisa, 2008, p. 123.

injusto en el delito de injurias desde el Código Penal de 1995.²¹ Sin embargo, existe una línea jurisprudencial predominante que sigue con la teoría del *animus*.²²

Volviendo al delito de escarnio, la jurisprudencia, como se verá, ha seguido la doctrina del *animus* para este delito sobre ofensa de los sentimientos religiosos, incluso después de la entrada en vigor del Código de 1995. Una justificación de esta tendencia podría darse en la propia redacción del precepto donde se incluye que el delito se dirige a los que “para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente (...) escarnio.”²³ Por tanto, se podría considerar que, en la configuración legal del

²¹ El sector muy amplio de la doctrina que ya no exige el elemento subjetivo especial en el delito de injurias incluye, entre otros, a los siguientes autores: BERNAL DEL CASTILLO, “El delito de injurias”, *La Ley*, D-109, 1996, p. 1438, VIVES ANTON, T.S., “Delitos contra el honor” en VIVES ANTON (Coor.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, v. I, Valencia 1996, p. 1031, RODRIGUEZ MOURULLO, G., “Delitos contra el honor” en RODRIGUEZ MOURULLO, G. (dir), MARREIRO (coor), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 626, GARCÍA PÉREZ, C. “art. 208” en COBO del ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo VII, Madrid, 1999, p. 434, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos contra el honor*, Madrid, 2000, p. 42, LOURENZO COUPELLO, P., *Los delitos contra el honor*, Valencia, 2002, pp. 96, 134, LOURENZO COUPELLO, P., “Delitos contra el honor” en DIEZ RIPOLLES, ROMEO CASABONA (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*, Valencia 2004, 1033, REBOLLO VARGAS, R., “Delitos contra el honor” en RODRIGUEZ MOURULLO (dir.) *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 514, QUINTERO OLIVARES; MORALES PRATS, “Delitos contra el honor” en QUINTERO OLIVARES (dir.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Elcano, 2005, p. 480, CASTIÑEIRA PALOU, M. T., “Delitos contra el honor” en SILVA SANCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Barcelona, 2006. Citados por FUENTES OSORIO, J.L., “Los elementos subjetivos en los delitos contra el honor”, *Estudios Penales y criminológicos*, vol. XXIX, 2009, pp. 271-310.

²² A favor del mantenimiento de la teoría del *animus* para el delito de injurias, Fuentes Osorio cita las siguientes sentencias: STS de 27 de enero de 2001; SSAP Madrid de 19 julio de 1999; Valencia de 13 septiembre de 1999; Asturias de 22 junio de 2000; Lugo de 5 mayo de 2000; Málaga de 2 de abril de 2001; Málaga, Melilla de 24 enero de 2002; Guadalajara de 31 diciembre de 2003; Zamora de 24 enero de 2003; Madrid de 4 de septiembre de 2003; Barcelona de 11 de marzo de 2002; Castellón de 25 febrero de 2002; Castellón de 17 de abril de 2003; Alicante de 22 de enero de 2004; Zamora de 14 julio de 2004; Valencia de 26 de abril de 2004; Valencia de 2 de noviembre de 2004; Valladolid de 2 de diciembre de 2004; Ciudad Real de 26 de abril de 2005; Ávila de 20 de diciembre de 2005; Barcelona de 10 enero de 2005; A Coruña de 14 de febrero de 2006; AAAP Castellón de 11 octubre de 2000; Castellón de 21 marzo de 2002; Madrid de 24 noviembre de 2008; Barcelona de 25 noviembre de 2008. En relación con las calumnias vid.: STS de 24 de enero de 2006; SSAP Barcelona de 11 mayo de 2000; A Coruña de 16 de noviembre de 2000; Pontevedra de 24 julio de 2008; Cádiz de 8 octubre de 2002; Ciudad Real de 31 de marzo de 2005; Ávila de 31 mayo de 2005; A Coruña de 9 de marzo de 2006; Ourense de 8 noviembre de 2005; Almería de 17 de noviembre de 2004; AAP Badajoz de 28 abril de 2006. Citadas por FUENTES OSORIO, J.L., “Los elementos subjetivos en los delitos contra el honor”, *Estudios Penales y criminológicos*, vol. XXIX, 2009, pp. 271-310.

²³ El Código Penal del 1995 en el artículo 525 establece “Incurrirán en 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 otro tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.”

tipo, se encuentra la exigencia -precisamente- del elemento subjetivo especial, el ánimo de ofender. En otras palabras, en el delito del escarnio, según el CP 1995, se requiere desde la literalidad del texto legal el *animus injuriandi*.

Esta doctrina tiene la ventaja de que, sobre la interpretación de los hechos, pueden darse diferentes versiones sobre los *animus* y, especialmente, sobre cuál es el prevalente. De esta forma, algunos jueces, en los últimos años, han considerado prevalentes otros ánimos frente al *animus injuriandi* en el delito de escarnio, absolviendo a los acusados. Hay quien podría considerar que esta jurisprudencia supone veladamente una forma de dar argumentos al primer nivel de análisis, sobre la (in)idoneidad de la existencia de un delito de escarnio.

Aplicando lo analizado sobre la evolución doctrinal en el delito de injurias, podrían deducirse dos formas de afrontar la interpretación del delito de escarnio. La primera es la seguida por la jurisprudencia, donde el elemento clave es si se da la acción típica en determinar cuál es el ánimo prevalente del acusado, donde la culpabilidad se asocia exclusivamente con un ánimo de ofender -*animus injuriandi*- que no es desplazado o antepuesto por otros ánimos. Esto da pie, como se ha comentado, a que los jueces encuentren una vía para no castigar por el delito de escarnio ya que, en su visión, las acciones típicas se acompañan de ánimos distintos (*criticandi, informandi, iocandi*) del requerido ánimo de ofender.

La segunda perspectiva para afrontar el delito de escarnio sería ignorar el elemento subjetivo especial y realizar una ponderación más general entre los principios de libertad de expresión y libertad de conciencia. De esta forma, en cada caso, se debería realizar una ponderación entre el principio de libertad de expresión -basado en la conformación de una opinión pública libre y los valores de una sociedad secular y pluralista- y el principio de libertad de conciencia -basado en el respeto a las creencias religiosas-. Dándose una preeminencia *a priori* del primero que puede verse contrarrestada en algún caso específico según los argumentos respectivos.

2. DOS ENFOQUES SOBRE LA PONDERACIÓN ENTRE PRINCIPIOS: PROPORCIONALISTA Y ESPECIFICACIONISTA

Los conflictos entre derechos fundamentales han sido materia de reflexión teórica, para la doctrina, y aplicación práctica, por parte de tribunales y jueces. Si algún modelo teórico ha tenido éxito en influir en las justificaciones de diversos tribunales se podría considerar que es la propuesta de Alexy sobre ponderación. La propuesta de este autor ha tenido gran ascendente sobre el Tribunal Constitucional alemán y en otros tribunales. A continuación se ofrecerán, de forma muy sintética, algunos elementos sobre tres enfoques de la ponderación: el enfoque *proporcionalista*, defendido por Alexy, y como alternativa, se mostrará el enfoque *especificacionista* de la ponderación por el que aboga Moreso y se hará mención del enfoque *particularista* de la ponderación expuesto por Guastini.

La necesidad de la ponderación, según Alexy, proviene de que los conflictos entre principios se dirimen en la dimensión de peso, mientras las reglas solucionan sus conflictos en la dimensión de validez.²⁴ Desde esta perspectiva, el enfoque proporcionalista de la ponderación se basa en que “en Derecho constitucional alemán, la ponderación es un aspecto que es requerido por un principio más comprehensivo, el principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad consiste en tres subprincipios: el principio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Todos estos principios dan expresión de la idea de optimización. Interpretando derechos constitucionales a la luz del principio de proporcionalidad es tratar los derechos constitucionales como mandatos de optimización, esto es, como principios, no simplemente reglas. Como mandatos de optimización los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor extensión posible, dadas las posibilidades físicas y jurídicas. Ponderar consiste en nada más que la optimización relativa a principios en competencia. El tercer subprincipio, puede ser expresado por una regla que establece²⁵:

Ley de la ponderación: Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.²⁶

La Ley de Ponderación puede ser dividida en tres etapas. La primera etapa es un asunto para establecer el grado de no satisfacción de, o en detrimento, del primer principio. Esto es seguido por una segunda etapa, en que la importancia de satisfacer el principio en competencia es establecida. Finalmente, la tercera etapa contesta a la cuestión sobre qué importancia tiene o no satisfacer el principio en competencia para justificar el detrimento o no satisfacción del primero.²⁷

La estructura de la ponderación, según Alexy, consta de tres elementos: ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. Las tres variables de la fórmula de peso: 1) el grado de afectación de los principios en el caso concreto; 2) el peso abstracto de los principios relevantes; 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas. Alexy atribuye, además, un determinado valor numérico a las variables: en cuanto a la afectación de los principios o al peso abstracto, según que la afectación o el peso sea leve, medio o intenso.²⁸

Según esta caracterización, Alexy afirma que los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser

²⁴ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, traducción de Ernesto Garzón Valdés., p. 89.

²⁵ ALEXY, R., “Balancing, constitutional review and representation”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 4, 2005, pp. (572-581) 572-573.

²⁶ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 161

²⁷ ALEXY, R., “Constitutional rights, balancing and rationality”, *Ratio Iuris*, 16, 2, p. 131-140) 136.

²⁸ ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta, 2013, p. 250.

cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.²⁹ El problema de la racionalidad en la ponderación conduce a la cuestión de la posibilidad de la fundamentación racional de enunciados que establecen preferencias entre valores o principios opuestos.³⁰ Cabe decir que uno de los elementos donde Alexy recibe más críticas es en su visión de que la ponderación es un ejercicio racional, donde se pueden dar determinadas reglas que van más allá del caso concreto.

Volviendo a la cuestión de la interpretación del delito de escarnio, desde el *enfoque proporcionalista* de la ponderación se puede proponer una guía que refleje el peso abstracto de los principios en estos casos:

-Presunción general *prima facie* a favor de la libertad de expresión -porque favorece la conformación de una opinión pública libre y una sociedad abierta y pluralista-;

- No obstante, se produce una precedencia de la libertad de conciencia si y solo si:

-Se realiza una burla con motivos religiosos caracterizada por:

-Ser de intensidad tenaz: firme, porfiada y pertinaz en su propósito.

Esta propuesta de interpretación, desde el *enfoque proporcionalista*, conecta con la actual mayoría de la doctrina penal sobre el delito de injurias y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el mismo delito, donde se realiza una ponderación en cada caso entre dos derechos, partiendo de una presunción de la prioridad de la libertad de expresión, dada su relevancia constitucional en el sistema de libertades.

El *enfoque proporcionalista* sobre la ponderación, que defiende Alexy, es una sofisticada herramienta para intentar resolver los conflictos entre derechos. Precisamente sus particularidades han sido puestas en cuestión por Moreso que realiza tres críticas a la concepción de la ponderación según Alexy:

La primera es la *crítica de la inexistencia de una ordenación abstracta de derechos*, donde Moreso afirma “deberíamos tener una escala de ordenación abstracta de derechos. No conozco ninguna escala de este tipo que pueda ser aceptada razonablemente.”³¹ En este sentido, De Asís considera también, en principio, imposible una estructuración jerárquica de los derechos.³²

²⁹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 86.

³⁰ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 159.

³¹ MORESO, J. J., “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, *Arbor*, 745, 2010, pp. (821-832) 825.

³² De Asís Roig afirma “no es posible, en principio, llevar a cabo una estructuración jerárquica de los derechos que afecte a esta temática, ya que se trata de un problema a resolver en cada caso concreto” ASÍS, R. de, “Sobre los límites de los derechos”, *Derechos y Libertades*, 3, 1994, p. (111-130) 123.

Cabe considerar que determinar el peso abstracto de los derechos quizá no pueda darse en el vacío, pero si es posible afirmar una presunción de prioridad de un derecho sobre otro, que puede ser desvirtuada en un caso concreto por las características específicas que se den. Como se ha mencionado, este es el esquema de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre libertad de expresión y derecho al honor, donde existe una presunción *a priori* a favor de la primera que admite prueba en contrario. Sobre el delito de escarnio, en el enfoque proporcionalista analizado, también existe una presunción *a priori* a favor de la libertad de expresión, que puede ser desvirtuada si el principio de libertad de conciencia en un caso concreto está afectado de forma intensa.

La segunda es la *crítica de la imposibilidad de establecer una escala con principios constitucionales*. La cuestión clave, en cualquier ponderación, es cómo se determinan las diversas intensidades en la dimensión de peso de los principios en cuestión. Dicho de otra forma, ¿qué o cómo se determina el peso de cada principio? En este sentido, Moreso afirma “aquí estamos frente a una escala -leve, moderada, grave-, pero ¿de qué depende la asignación de estos tres conceptos a un caso concreto?”³³

Este es otro de los puntos más criticados del enfoque proporcionalista de la ponderación del Alexy ya que en un primer momento, la ponderación se realiza a base de intensidades -leve, moderada, grave-, pero en algunos trabajos avanza lo que denomina “fórmula del peso”, donde se utilizan números y cocientes. Esto añade cierta complejidad (o confusión) al panorama de la ponderación, ya que como apunta Atienza, “ha llevado a pensar a muchos (aunque no sea esto exactamente lo que piense Alexy) que la clave de la argumentación en esos casos radica en la fórmula en sí, y no (como parecería obvio que tendría que ser) en la atribución de los valores respectivos”.³⁴ De forma sintética, el elemento central de la ponderación es determinar el peso de los principios en cuestión.

En este sentido, Alexy defiende que se pueden encontrar estas intensidades en la afectación y la importancia entre principios, de forma abstracta y en el caso concreto. Su visión es que el ejercicio de ponderación es racional y es posible establecer el peso de cada principio en cada caso, con reglas que pueden aplicarse para resolver en otros casos. El ejemplo que utiliza Alexy al respecto de esta crítica, es el *caso Titanic* donde una revista satírica llamo “asesino nato” y luego, “tullido” a un oficial en la reserva que era parapléjico. El Tribunal Constitucional alemán consideró el primer calificativo “asesino nato” dentro de las sátiras habitualmente publicadas por la revista, mientras que llamar “tullido” a alguien suponía “una humillación” y expresaba “falta de respeto”. Sobre este caso, Alexy afirma que “es un ejemplo de que, en

³³ MORESO, J. J., “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, op. cit, p. 825.

³⁴ ATIENZA, M., “A vueltas con la ponderación”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, p. (43-59) 50.

los derechos fundamentales, interpretados como principios, hay intensidades que establecen límites dentro de la estructura de la ponderación; estas intensidades, si bien no pueden ser reconocidas como inmóviles y libres de ponderación, sí son fijas y claras”³⁵.

La tercera es la *crítica de la ponderación ad hoc*. Según Moreso, esta comprende el hecho de la insistencia de Alexy de que la operación de ponderación se refiere siempre a un caso individual. Lo que conlleva una concepción que ha sido denominada la concepción *ad hoc* de la ponderación.³⁶ Desde esta perspectiva, Atienza replica que Moreso está olvidando lo que antes señalaba: que la ponderación genera una regla general y abstracta y, por eso, no es *ad hoc*, en el sentido en el que él usa esta expresión.³⁷

A partir de las críticas a Alexy, Moreso propone un enfoque *especificacionista* que concreta en cinco etapas³⁸. Este enfoque parte de considerar que “la ponderación es una operación que permite pasar de las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen la estructura de principios –pautas con condiciones de aplicación abiertas- a reglas –pautas con condiciones de aplicación clausuradas-, con las cuales es posible llevar a cabo la subsunción en un problema normativa determinado”³⁹. Esta visión está basada en el andamiaje conceptual propuesto por Alchourrón y Bulygin en su obra *Normative systems*⁴⁰ para la reconstrucción en términos lógicos de los sistemas jurídicos. A continuación, se aplicará este enfoque al caso de la ponderación entre libertad de expresión y libertad de conciencia en el caso del delito de escarnio, siguiendo la doctrina del *animus injuriandi*:

1.- Delimitación del *Universo del Discurso*: Declaraciones, obras o acciones de personas que tengan trascendencia pública.

³⁵ ALEXY, R., *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Colegio de Registradores de la Propiedad, 2004, traducción de Carlos Bernal Pulido, pp. 57-58.

³⁶ MORESO, J. J., “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, op. cit. p. 825.

³⁷ ATIENZA, M., “A vueltas con la ponderación”, op. cit., p. 52.

³⁸ 1.-*Primera etapa*: Consiste en la delimitación del problema normativo, lo que Alchourrón y Bulygin han llamado el *Universo del Discurso*

2.-*Segunda etapa*: Identificación de la pautas *prime facie* aplicable a este ámbito de acciones.

3.-*Tercera etapa*: Consiste en la consideración de determinados casos paradigmáticos, reales o hipotéticos, del ámbito normativo previamente seleccionado en la primera etapa.

4.-*Cuarta etapa*: Establecimiento de propiedades *relevantes* del universo de ese discurso del discurso. Esto ha de hacer posible la determinación de las soluciones normativas.

5.-*Quinta etapa*: Formulación de las reglas que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo del discurso MORESO, J. J., “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, op. cit., pp. 826-827.

³⁹ MORESO, J. J., “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, op. cit., p. 826.

⁴⁰ ALCHOURRON, C. E. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las Ciencias Sociales*, Buenos Aires: Astrea, 1987.

2.- Pautas aplicables a estos casos: respeto de la libertad de expresión y respeto de la libertad de conciencia

3.- Casos paradigmáticos: permitidos: espectáculo de humor, con chiste y crítica social, sobre determinados aspectos religiosos, intensidad leve, *animus iocandi* prevalente; prohibidos: imágenes explícitas, pornografía, vida sexual de personas sagradas (Casos TEDH *Otto Preminger-Institut v. Austria*, 20-9-1984; *Windrove v. Inglaterra*, 25-11-1996) intensidad tenaz con *animus injuriandi*.⁴¹

4.- Propiedades relevantes: se trata de burla con motivos religiosos con a) intensidad tenaz; y b) *animus injuriandi* sin *defeater*: ánimo de ofender sin ser desplazado o antepuesto por un *animus iocandi*, un *animus informandi* o un *animus criticandi*.

5.- Reglas:

-Las burlas con motivos religiosos de intensidad leve o moderada están permitidas.

-Las burlas con motivos religiosos con intensidad tenaz y *animus iocandi undefeated* están permitidas.

-Las burlas con motivos religiosos con intensidad tenaz y *animus informandi undefeated* están permitidas.

-Las burlas con motivos religiosos con intensidad tenaz y *animus criticandi undefeated* están permitidas.

-Las burlas con motivos religiosos con intensidad tenaz y *animus injuriandi undefeated* están prohibidas.

El planteamiento propuesto, desde el enfoque *especificacionista* de la ponderación, busca determinar las propiedades relevantes en estos conflictos de derechos, en el delito de escarnio, desde la consideración de un elemento subjetivo especial, un ánimo de ofender. Esta es la visión más aproximada del conflicto de derechos que ha seguido la jurisprudencia en este delito. Sin embargo, cabe hacer dos precisiones al respecto:

⁴¹ En la adopción de estos casos paradigmáticos supone que solo son admisibles aquellas visiones que reconstruyen los casos paradigmáticos adecuadamente. Los casos paradigmáticos constituyen el trasfondo, a menudo inarticulado, en el cual el razonamiento práctico tiene lugar” MORESO, J. J., “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, op. cit., p. 826. Para esta elección de estos casos paradigmáticos se ha optado en primer lugar, por un caso claro de permisón con chistes o ironías de temática religiosa que están dentro de la libre crítica de una sociedad pluralista y, un caso claro de prohibición, dos casos del Tribunal Europeo de derechos humanos donde se condena la difusión de sendas películas que combinaban la referencia a personas sagradas, para la religión cristiana (Jesús, María) o santas (santa Teresa) e imágenes explícitas de contenido sexual de estas personas. Estas decisiones de TEDH no están exentas de polémica doctrinal, pero estas críticas se pueden situar en el nivel de la idoneidad de que exista un delito de escarnio.

La primera es una ligera modificación respecto del enfoque *especificacionista* propuesto por Moreso. En esta visión, existen los *defeaters* que comprenden las anulaciones, suspensiones, inversiones y excusas que funcionan como causas de revocación que están implícitas en las obligaciones morales que llevan a determinadas propiedades⁴². Como forma de explicar el enjuiciamiento sobre qué ánimo *-iocandi, informandi, criticandi o injuriandi-* es prevalente en un determinado caso se utilizará la terminología de los *defeaters*. En especial, se considerará que si un ánimo es prevalente está *undefeated*.

El único caso donde se daría condena por delito de escarnio sería que se cometiera la acción típica con *animus injuriandi undefeated*. Pero la analogía con los *defeaters* no es completa ya que en la teoría de los ánimos, estos pueden darse simultáneamente, aunque uno es prevalente. Mientras que los *defeaters* para Moreso funcionan como causas de revocación. Esto es, o se da la propiedad o se da el *defeater* -anulación, suspensión o excusa-, pero no ambos simultáneamente.

La segunda precisión a realizar sobre el modelo *especificacionista* sobre la ponderación aplicado al delito de escarnio, tiene que ver con que la singularidad de las propiedades relevantes supone una dificultad adicional en el ejercicio de ponderación. Que una de las propiedades relevantes sea que concurra un *animus injuriandi undefeated* supone que en la determinación al caso particular puede darse vaguedad. Es decir, pueden darse fenómenos como las *lagunas de conocimiento* y las *lagunas de reconocimiento*⁴³ donde no está claro que unos hechos específicos deban circunscribirse dentro del caso genérico determinado por las propiedades relevantes. O bien, sea posible una reconstrucción alternativa igualmente plausible que difiera en alguna propiedad y, por tanto, pueda tener distinta consideración en cuanto a la consideración efectivamente como delito.

La clave es, en el delito de escarnio, una vez constatada la acción típica, delimitar cuál es el ánimo prevalente o cuál es la propiedad relevante sobre el elemento subjetivo *undefeated*. Pero este ejercicio es una especie de juicio de intenciones. Sin embargo, resulta más adecuado plantearlo como constatar si un caso particular se corresponde con un caso genérico o con otro. Podría ser como propone Moreso un ejercicio de frónesis aristotélica⁴⁴

⁴² MORESO, J. J., "Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos", op. cit., p. 745.

⁴³ Llamaremos *lagunas de conocimiento* a los casos individuales, los cuales, por falta de conocimiento de las propiedades del hecho, no se sabe si pertenecen a no a una clase determinada de casos (caso genérico). Llamaremos *lagunas de reconocimiento* a los casos individuales en los cuales, por falta de determinación semántica de los conceptos que caracterizan a un caso genérico, no se sabe si el caso individual pertenece o no al caso genérico en cuestión. ALCHOURRON, C. E. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las Ciencias Sociales*, op. cit., p. 62.

⁴⁴ MORESO, J. J., "Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos", op. cit., p. 829.

Frente a los enfoques *proporcionalista* y *especificacionista* de la ponderación, ya explicados brevemente, cabe hacer mención al enfoque *particularista* que defiende Guastini. Es una visión alternativa de la ponderación donde se da una *jerarquía axiológica* de los principios que se trata, establecida por el intérprete por un juicio de valor. Ponderar no es atemperar, sino sacrificar un principio aplicando el otro. Para establecer la jerarquía axiológica, el juez no valora los dos principios en abstracto, sino que valora el posible impacto de su aplicación al *caso concreto*. Es una *jerarquía axiológica móvil*.⁴⁵

Según Moreso se trata de una concepción escéptica de la interpretación jurídica que se basa en: a) El enunciado interpretativo es el resultado de una volición (presupone un juicio de valor) no de una actividad de carácter cognoscitivo; b) La ponderación, así entendida, es una forma de particularismo jurídico. Se dan soluciones para el caso concreto y se cuestiona la validez de mecanismos de generalización o universalización de propiedades para otros casos.⁴⁶

A continuación, se analizarán algunos casos judiciales españoles sobre el delito de escarnio, como un conflicto de derechos, a partir de los enfoques *proporcionalista* y *especificacionista* de la ponderación. Algunas cuestiones podrían dilucidarse en este ejercicio y son objeto implícito de reflexión: ¿Es la ponderación un ejercicio cognoscitivo, eminentemente racional o, más bien, incorpora un juicio de valor -volición-? ¿Se pueden establecer reglas generales sobre la ponderación o solo son válidas para el caso concreto -particularismo-? ¿Es posible “pesar” los principios -determinar intensidades -leve, moderada, grave-? ¿Es común la existencia de ‘zonas de penumbra’ en la aplicación de los casos particulares a los casos genéricos a o, más bien, es la excepción?

La justificación de la elección de los enfoques *proporcionalista*⁴⁷ y *especificacionista* de la ponderación para este análisis reside en que pueden servir mejor de banco de pruebas para contestar estas preguntas. Aunque por cuestiones de extensión, se podrá realizar solo un breve bosquejo de la ponderación según cada enfoque en cada caso. En las conclusiones, se volverá a estas cuestiones planteadas después de analizados los casos judiciales y, también, se contrastarán con el enfoque *particularista* de la ponderación. La hipótesis de partida de este análisis es servir de banco de pruebas de los presupuestos y los mecanismos de los diversos enfoques sobre la ponderación

⁴⁵ GUASTINI, R., *Distinguiendo*, Barcelona: Gedisa, 1999, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, pp. 169-170.

⁴⁶ MORESO, J. J., “Guastini sobre la ponderación”, *Isonomía*, 17, 202, pp. (227-249) 229-232.

⁴⁷ No se realizará una aplicación completa de la propuesta de ponderación de Alexy ya que esto supondría incluir, entre otras cosas, la fórmula del peso y sus correspondientes traslaciones numéricas. Sin embargo, se seguirá el paso más relevante de toda ponderación que es la Ley de la ponderación. Así se verá en cada caso el “peso” de los principios. Vid. CARBONELL, M. (ed.), *El principio de proporcionalidad en el estado Constitucional*, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2007, CARBONELL, M. (ed.), *Argumentación jurídica: el uso de la ponderación y la proporcionalidad*, Quito: Editora jurídica, 2014.

frente al enfoque escéptico de la interpretación jurídica, que tiene bases particularistas.

3. CASOS JUDICIALES ESPAÑOLES SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ESCARNIO DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS

Se analizarán, a continuación, diversos casos de instancias judiciales españolas, sobre el delito de escarnio, a partir de los enfoques *proporcionalista* y *especificacionista* de la ponderación en los conflictos de derechos.

3.1. Caso Cómic “*Sor Angut-tias de la Crú*” STS 8 abril 1981

Los hechos de esta Sentencia se basan en un cómic, publicado en una revista humorística, donde aparecen unas religiosas que celebran la entrada del Año Nuevo, sustituyendo las tradicionales uvas por hostias consagradas, utilizando dibujos grotescos y un lenguaje soez.⁴⁸

La *ponderación proporcionalista* partiría de la Ley de la ponderación de Alexy que afirma: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Por tanto, se deberá delimitar la importancia de los principios en este caso concreto. De esta forma, se puede considerar:

1ª etapa Ley de la Ponderación: Un cómic que incluye expresiones groseras y poco respetuosas con la religión. Son chistes de mal gusto sobre elementos religiosos, de intensidad leve. Afectación leve del principio de libertad de conciencia

2ª etapa Ley de la Ponderación: Está en una revista satírica e iconoclasta.

⁴⁸ En los hechos probados de la Sentencia STS 8 abril 1981 se recogen los siguiente: “Se declara probado que en la pág. 9 del núm. 190 de la revista «El P.», que se publicó en Barcelona el 7 enero 1978, se inserta una historieta gráfica titulada «Sor Angut-tias de la Crú», de la que es autor el procesado J. A. B., mayor de edad y sin antecedentes penales, en la cual y mediante dibujos grotescos y los textos correspondientes, se narra como unas religiosas celebran la entrada del año nuevo, sustituyendo las tradicionales uvas por hostias consagradas, y así, situadas varias de las grotescas figuras referidas ante un televisor, la que parece ser la superiora dice, ¡Preparadas niñas que van a dar las doce!., gritando seguidamente mientras suena la primera campanada ¡Marchando! «¡Una sagrada forma pa la Sor Bernarda!», diciendo el grupo «¡y a mí, y a mí!», y a continuación la Superiora, mientras siguen sonando las campanadas, y a la vez que pronuncia frases como las antedichas va lanzando sagradas formas a las religiosas que las comen ávidamente, vaciando luego en su propia boca las hostias contenidas en el copón y diciendo en la última viñeta -¡ya se matragantao, cagüen la puta!- ¡cagüen er copón!, exclamando una de las religiosas, -¡Jolín, pues yo no sé porque no lo celebramos con uva como todo el mundo!- y contestando otra, -«Porque dice la hermana superiora que con hostias es más místico, ¡vaca burra ...!», todo ello según es de ver en el ejemplar de la revista unida a los autos.” La sentencia de la Audiencia condenó al procesado J. A. B. como autor de un delito de escarnio a la religión católica a la pena de un mes y un día de arresto mayor, accesorias y costas legales. Contra la anterior resolución recurre en casación el procesado, el Tribunal Supremo desestima el recurso.

Una sociedad abierta y pluralista admite las críticas, aunque hirientes, y expresiones humorísticas, aunque sean burdas. Importancia grave del principio de libertad de expresión.

3ª etapa de la Ley de la Ponderación: Se da en este caso una utilización humorística y burda de elementos religiosos en una revista satírica que se dedica a la crítica social. La presunción general a favor de la libertad de expresión no se desvirtúa ya que es un elemento básico de una sociedad democrática, la posibilidad de crítica y humor, aunque sea corrosivo. Permitir el humor sobre ciertos elementos religiosos está dentro del sistema de libertades mientras que su prohibición comporta más consecuencias negativas (teoría del *miedo a la censura*, doctrina sobre los libelos,...)

La ponderación realizada supondría mayor peso para el principio de la libertad de expresión ya que en una sociedad democrática y abierta está permitida la crítica y las expresiones humorísticas aunque sean hirientes. Para intentar explicar la condena en este caso que confirmó el Tribunal Supremo, podemos aludir al *criterio de la aceptabilidad* propuesto por De Asís Roig dentro del marco de la interpretación judicial: bajo este criterio, una decisión interpretativa está extensamente justificada si puede ser presentada como que es la más aceptada por la sociedad. El criterio tiene que ver con la necesidad de que las expectativas de la comunidad razonable sean satisfechas. Los intérpretes deben llevar a cabo las decisiones que sean previsiblemente aceptables en sociedad, las que disfruten el más alto nivel de aceptación⁴⁹.

Parece que este criterio de aceptabilidad está en las palabras del Ministerio Fiscal, recogidas en la Sentencia de este caso, cuando afirma “no suponen un agravio o ultraje a una persona determinada sino a los sentimientos religiosos de la comunidad en razón a que el hecho religioso es un valor comunitario, colectivo o social de primera magnitud.” La reflexión es que los valores sociales sobre el papel de la religión a finales de los 70’s en España quizá no coincidan con los valores actuales. Y la interpretación del *criterio de aceptabilidad* podría variar con el cambio de actitudes sociales.

La *ponderación especificacionista* consideraría que se produce una burla con motivos religiosos, pero no es tenaz, no tiene una intensidad grave. Respecto al elemento subjetivo del dolo se puede considerar que el *animus iocandi* es prevalente sobre el *animus injuriandi*, aunque ambos se dan. El lugar de publicación es la revista *El Popus* que es una revista satírica que utiliza un humor corrosivo para la crítica social.

⁴⁹ Esto podría interpretarse como una apelación a la moral social como un elemento relevante para la comprensión y aceptación de las interpretaciones sobre términos jurídicos. Desde este punto de vista, la aceptación de la comunidad, que satisface sus expectativas, es un elemento relevante a tener cuenta para, en casos de duda, preferir una interpretación u otra. ASIS, R. de, “Ten guidelines for the correct interpretation of rights”, *The Age of Human Rights Journal*, 1, 2013m p. (25-32) 32.

Especificación: Se da burla, no es tenaz y con animus iocandi undeafted.

3.2. Caso *Poema irreverente Interviu* STS 14 febrero 1984

Los hechos del caso tratan de la publicación de un poema en la revista *Interviu* que había sido considerado blasfemo por un Tribunal inglés. En ese poema se explicita una relación íntima entre un centurión y Jesucristo.⁵⁰ El Tribunal Supremo acepta el recurso de casación que interpone la Fiscalía y anula la Sentencia de la Audiencia de Barcelona que absolvía a los acusados.

Según la *ponderación proporcionalista* se debería ver el peso relativo de cada principio en este caso para aplicar la Ley de la ponderación de Alexy. Este caso tiene ciertas particularidades que lo convierten en autorreferente: ¿comete escarnio la publicación que informa de la condena y reproduce párrafos de un poema considerado blasfemo? Se trata del caso *Gay News* en los Tribunales británicos, una de las últimas -y escasas- condenas por blasfemia en ese país. Dos elementos parecen relevantes en la ponderación.

⁵⁰ En los hechos probados de la Sentencia se recoge que "...el procesado Luis Manuel, de cuarenta y ocho años de edad, y sin antecedentes penales, como director de la revista semanal "Interviú" que se distribuía en San Baudilio de Llobregat, provincia de Barcelona, y tras examinar el contenido del artículo periodístico por un súbdito inglés, relativo al juicio por *blasfemia* celebrado ante un Tribunal inglés y cuyos derechos de publicación había adquirido la empresa titular de la revista citada en su delegación en Londres, ordenó su inserción en las páginas 88, 89 y 90 del ejemplar número 78, correspondiente a la semana del diez al dieciséis de noviembre de mil novecientos setenta y siete, y en el que se recogen los comentarios o actitudes básicas de las personas directamente afectadas por dicho juicio, como el Fiscal, el acusado, el denunciante, el Juez y los Abogados defensores, sin que del contenido concreto de las frases claramente entrecomilladas y en negrita, que se ponen en boca de cada uno de ellos, ni de los comentarios iniciales de introducción del mismo, ni tampoco de la narración de hechos con que se entrelazan dichas frases, aparezca que se hayan utilizado términos, expresiones o juicios despectivos o de burla de ninguna religión cristiana ni de sus dogmas, y con el fin de evitar que se produjesen en el lector interpretaciones inadecuadas por desconocimiento del poema que dio origen al citado juicio, ordenó, asimismo, su publicación, una vez traducido, y procedido el comentario: "Este es el poema en litigio. En el bien entendido de que transcribimos, por prudencia, los fragmentos menos crudos. Pero suficientes", siendo lo transcrito del tenor literal siguiente: "El amor que no se atreve a decir su nombre.- Cuando lo bajaron de la cruz le tomé yo, el centurión, en mis brazos: el cuerpo duro y delgado de un hombre que ya no era joven, sin barba, sin vida, pero bien hecho.-Todavía estaba caliente. Mientras preparaban la tumba lo vigilé. Su Madre y la Magdalena habían ido a por sábanas blancas para amortajar su desnudez.- Yo estaba solo con él. Por última vez besé su boca. Mi lengua encontró en la suya el amargor de la muerte. Lamí sus heridas, era áspera la sangre.-...Entonces me quité el uniforme y desnudo yací con él y su desolación, acaricié cada sombra de su fría carne tratando con mis brazos de devolverle calor y vida. Lentamente el fuego de sus muslos se apagó al paso que mi calor crecía con aquel amor de un mundo no terreno... Luego se tienden juntos, pacíficamente enlazados, esperando resucitar, como nosotros, en aquella lejana colina verde. Pero antes de levantarnos vinieron y se lo llevaron. Sabían lo que habíamos hecho, pero no sintieron vergüenza ni ira. Más bien se alegraban por nosotros y nos bendijeron, como habría hecho él, que amaba a todos los hombres. Y después de tres largos días solitarios que parecieron años, durante los que vagué por los jardines de mi pesar buscando al amigo que se había ido. El se levantó del sueño, al amanecer, y se me mostró ante todos los demás. Y me llevó consigo con el amor que ahora se atreverá siempre a decir su nombre."

El primero es la primacía del derecho a la información donde la inclusión de los párrafos controvertidos del poema, en la noticia, estaría dentro del interés de que los ciudadanos pudieran tener su propio punto de vista con todos los elementos. El segundo trataría sobre el tabú de la sexualidad de Jesús, ya que su transgresión es considerada como una ofensa por determinados grupos de creyentes. Aquí vuelve a ser relevante el *criterio de la aceptabilidad* y su evolución sociológica. El carácter de la publicación también es relevante. Se trata de una noticia que da cuenta de la condena por blasfemia de una obra literaria.

1ª etapa Ley de Ponderación: previa condena poema por blasfemo, sexualidad de Jesús como tabú, criterio de la aceptabilidad –argumento sociológico-. Afectación grave del principio de libertad de conciencia

2ª etapa Ley de Ponderación: derecho a la información, párrafos controvertidos, obra literaria, crítica tabús, importancia grave del principio de libertad de expresión

3ª etapa Ley de Ponderación: El derecho a la información es prevalente en este caso. Los ciudadanos merecen realizar su propio juicio sobre los hechos desde fuentes directas –fragmentos del poema-. Se trata de una obra literaria, que busca la crítica social.

La ponderación en este caso es especialmente compleja dado que ambos principios tienen una importancia grave. Es preeminente el derecho a la información cuando trata de noticias que informan de hechos que conforman una sociedad democrática y abierta. Abundando en el argumento tampoco se deberían restringir los límites a la creación literaria y la libertad intelectual, en el conocido -en las teorías de libertad de expresión- como el discurso de *miedo a la censura*. Por otro lado, la ofensa para los creyentes puede darse pero quizá no es el Derecho Penal la vía más adecuada para actuar.

La *ponderación especificacionista* debería basarse en la constatación de la intención con que fue escrita la noticia y el poema. La Sentencia del Tribunal Supremo es clara en este aspecto: “implica burla y befa sobre la esencia de la pureza que contiene la religión católica, desprendiéndose de la narración, no solamente el carácter poético, del escrito, sino un predominio, sobre el mismo, del ánimo de menoscabar, ridiculizar e injuriar a la religión católica.” En este caso se puede considerar que se da burla y es tenaz, pero el tema fuertemente controvertido es cuál es el ánimo predominante del autor.

En el caso de la noticia, se puede considerar que el *animus informandi* es predominante. En el caso del poema, está abierto a interpretación. Depende de los valores previos de los que se parta. Una posible interpretación es que el poema es una crítica a la posición de la Iglesia católica sobre la homosexualidad y utiliza la figura de Jesús como forma de rebelarse ante la hipocresía.

Especificación: Se da burla, es tenaz y con animus criticandi *undeafeted*.

3.3. Caso Obra “Te Deum” Els Joglars STS 26 de noviembre 1990

Los hechos del caso tratan de una obra teatral, publicitada como tal y ofrecida al público en un recinto teatral, donde se hace parodia, rechifla y ridiculización de elementos de la religión cristiana y católica en particular⁵¹. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 noviembre de 1990, anula el Auto de sobreseimiento de la Audiencia Provincial de Valencia.

En la *ponderación proporcionalista* se debería dar cuenta de varios elementos. Por un lado, a favor de libertad de conciencia, la Sentencia concluye que “hay una befa generalizada de los ritos de la liturgia cristiana en general y católica en particular” (STS 26 noviembre 1990). Se debe recordar la literalidad del delito de escarnio cuando afirma que lo cometen quienes “para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier otro tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.”

El Auto de la Audiencia Provincial de Valencia consideraba que no se daba el carácter público ya que se trataba de representaciones en un teatro,

⁵¹ En los hechos probados de la Sentencia se manifiesta que “la obra representada viene a ser una parodia de un ensayo para la transmisión televisiva de una reunión-celebración ecuménica en la que toman parte miembros de diversas confesiones cristianas -entre los que se encuentran varios católicos- y un miembro de la iglesia mormona. La obra se representa imitando los elementos litúrgicos cristianos en general y católicos en particular con una mesa a modo de altar, dos atriles a cada lado, y un panel como retablo en el que se encuentra la paloma blanca. En la obra parece llevarse a cabo lo siguiente: 1.º Una ridiculización de todos los personajes religiosos intervinientes mediante todo lo que hacen y dicen en la escena: Su fariseísmo resulta de la contradicción entre las palabras de concordia que pronuncian y las agrias palabras y discusiones que por cuestiones nimias entablan; su perversión resulta de los relatos que hacen de su conducta sexual; su descreimiento escandaloso de las expresiones que profieren. 2.º Una constante rechifla de carácter sagrado que para los cristianos tiene la «Palabra de Dios». Así algunos parlamentos disparatados concluyen con la frase «Palabra de Dios» como si se tratara de textos bíblicos. Se incluyen numerosas citas bíblicas falsas. Se ridiculiza la erudición bíblica de los concelebrantes y se trata de hacer ver que la Biblia que cada uno utiliza es distinta de la de los demás. 3.º Se parodia la eucaristía y la misa, pues aunque no se realicen estrictamente los ritos de la misma, se hace genuflexión y elevación, e incluso en algún momento se habla de consagración. Igualmente hay referencias grotescas al Cuerpo y Sangre de Cristo, proponiéndose buscar una tercera vía consistente en poner lo que se denomina «katchupchrits» entre dos hostias, lo que es calificado por algún personaje como «un asqueroso Mac Donald». 4.º Se ataca al Vaticano y se produce mofa del sacramento de la confesión, en cuanto que las que se representan en escena suponen una autoinculpación por parte de los celebrantes de haber tenido relaciones incestuosas, haber realizado robos sacrílegos, tener desviaciones homosexuales o haber incurrido en malversación de fondos o cohecho. 5.º Hay una mofa generalizada de los ritos de la liturgia cristiana en general y católica en particular, basándose toda la obra en una parodia de carácter ritual, en la que todo lo que se hace y se dice, sólo puede tener algún sentido para el espectador en cuanto que evoca ritos sagrados para los creyentes cristianos y católicos. La forma en que se les parodia excluye todo respeto a los mismos y fomenta su ridiculización.” STS 26 noviembre 1990.

donde se cobraba entrada, con un horario de funciones. En cambio, en la Sentencia el Tribunal Supremo considera que las representaciones “tuvieron trascendencia pública”.

A favor de la libertad de expresión, cabe argumentar que se trata de una obra de teatro de un grupo caracterizado por hacer sátira social. Ya la habían utilizado con otros temas y ahora lo hacían con la religión. Pueden tener una intencionalidad crítica o irónica, pero no de ofensa. Los diferentes ámbitos de la vida pueden ser sometidos a crítica, bajo el velo de la ironía, con el respeto de ciertos valores básicos, en las sociedades abiertas y plurales. Así, la ponderación quedaría de la forma siguiente:

1ª etapa Ley de la Ponderación: Fuerte parodia, literalidad tipo penal, afectación grave del principio de libertad de conciencia.

2ª etapa Ley de Ponderación: Obra teatro, recinto cerrado, libertad intelectual, derecho de crítica humorística, sociedad abierta, importancia grave del principio de libertad de expresión.

3ª etapa Ley de Ponderación: El punto clave aquí reside si en la obra se da “escarnio” o “vejación” como pide el tipo penal o, más bien, se trata de un ejercicio humorístico sobre algunos valores y prácticas religiosos. Se puede considerar que una sociedad abierta admite la crítica, aunque hiriente, y el humor, aunque corrosivo, donde existen más ventajas en permitirlos-libre circulación de ideas- que en prohibirlos -teoría del *miedo a la censura*, doctrina sobre los libelos-.

Es un caso que permite ciertas dudas y que se resuelve en los matices. Es prioritaria la libertad de expresión porque se da una fuerte parodia pero no hay intención de ofensa a los creyentes, sino de crítica social.

En cuanto a la *ponderación especificacionalista*, se convierte en un ejercicio de gran complejidad. Una especie de juicio de intenciones. Se sostiene que, en este caso, se da una burla de forma tenaz. Pero se trataría de vislumbrar cuál de los ánimos es prevalente. De esta forma, se puede considerar que, en el contexto del delito de escarnio, en la obra “Te Deum” de *Els Joglars* se dan simultáneamente *animus iocandi*, *animus criticandi* y *animus injuriandi*.

La determinación del *animus* prevalente, que es la clave del caso, debería partir del análisis completo de la obra en cuestión. Se podría sostener que aquí se dan lagunas de reconocimiento -Alchourrón y Bulygin⁵²- y problemas de penumbra -Hart⁵³. Pero también se puede sostener que una obra de teatro

⁵² Llamaremos *lagunas de reconocimiento* a los casos individuales en los cuales, por falta de determinación semántica de los conceptos que caracterizan a un caso genérico, no se sabe si el caso individual pertenece o no al caso genérico en cuestión. ALCHOURRON, C. E. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las Ciencias Sociales*, Buenos Aires: Astrea, 1987, p. 62

⁵³ Las lagunas de reconocimiento se originan en lo que Hart llama *problemas de penumbra* HART,

responde a la libertad intelectual y de crítica, que las personas que fueron a verla sabían el tipo de espectáculos que hace el grupo y sobre qué iba la obra y que el ánimo prevalente no es la ofensa, sino tratar ciertos temas de forma irónica haciendo crítica social.

Especificación: Se da burla, es tenaz y con animus iocandi *undeafeted*.

3.4. Caso Videoclip “la Edad de Oro” STS 688/1993 de 25 de marzo

En un videoclip en el programa vanguardista aparece, en una sucesión de imágenes, una cruz en la que la figura humana crucificada tiene la cabeza de un animal.⁵⁴ El Tribunal Supremo desestima la casación y se mantiene la absolución de los acusados.

El Tribunal Supremo centra la cuestión en la inexistencia del elemento subjetivo del tipo ya que “la proyección del vídeo se hallaba enmarcada en la actuación de un grupo musical que intervenía en un programa realizado con la finalidad, que se dice en la sentencia recurrida, como era la de dar a conocer las tendencias musicales de vanguardia”. El caso podría situarse como una utilización iconoclasta de los símbolos religiosos, pero carecería también del elemento de la acción típica de la intensidad, el tipo exige que se trate de una “burla tenaz”, no de una imagen aislada en un vídeo musical vanguardista. De ahí que ambas instancias también hayan considerado que no se da el elemento subjetivo o la culpabilidad.

Desde la *ponderación proporcionalista* se puede interpretar que es un caso sobre la libertad artística, donde fugazmente se juega al equívoco con un símbolo que podría tener varias lecturas. Se pueden dar argumentos en contra de que se trate de una burla a los sentimientos religiosos, ya que los crucificados eran comunes en la época antigua. Aunque es cierto que el crucificado más famoso es Jesucristo. Se puede argumentar que no se trata de una burla tenaz ya que aparecen brevemente en un videoclip musical vanguardista. Se puede argumentar que la intención no es la ofensa, quizá sea llamar la atención o provocar la reflexión. Es una invitación a replantearse temas tabú en una forma iconoclasta. De esta forma, la ponderación podría resumirse en estos términos:

H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, 1958, 71, pp. 593-629.

⁵⁴ En los hechos probados de la Sentencia aparece que “...la procesada María Paloma Ch. F. que dirigía y presentaba el programa de televisión denominado «La Edad de Oro», cuya finalidad era la muestra de las últimas tendencias de la vanguardia cultural y artística, a última hora del día 16-10-1984, dentro de la actuación del grupo musical «Psychic-TV» se proyectó un vídeo clip de unos tres minutos de duración, titulado «Moon Child», en el que tras una rápida sucesión de imágenes, aparecía dos veces, una en primer plano vertical y otra en horizontal sobre el ataúd, una cruz sin la parte superior del madero vertical, en la que la figura humana crucificada tenía la cabeza de un animal...”

1ª etapa Ley Ponderación: Aparece brevemente un crucificado que tiene una cabeza de animal en el contexto de un videoclip vanguardista, afectación leve del principio de libertad de conciencia

2ª etapa Ley Ponderación: Videoclip vanguardista, libertad artística, aparición en breves imágenes, importancia moderada del principio de libertad de expresión

3ª etapa Ley Ponderación: Existe una preeminencia de la libertad de expresión y de creación artísticas en este caso. Se utiliza en unas breves imágenes un símbolo, que permite varias interpretaciones, con la cabeza modificada. El contexto es el de un videoclip musical vanguardista. La ambigüedad del símbolo, el contexto y la brevedad de su uso remiten a la afectación leve del principio de libertad de conciencia.

En cuanto a la *ponderación especificacionista*, se puede considerar que se da burla y no es tenaz. Sobre el ánimo, resulta difícil pronunciarse ya que no existe un *aminus* previsto para producciones vanguardistas. Puede considerarse que no es prevalente el ánimo de ofender, sino más bien una mezcla del *animus criticandi* y el *animus iocandi*.

Especificación: Se da burla, no es tenaz con *animus criticandi undefeated*.

3.5. Caso Pancarta con mensaje polémico AP Valladolid 367/2005 21 de octubre

Los hechos del caso se refieren a un individuo con trastorno paranoide de la personalidad con repercusiones conductuales, que caminaba por una céntrica calle con una pancarta con la Virgen María y Jesucristo, a cuyo pie se leía la leyenda "adúltera con bastardo".⁵⁵La Audiencia Provincial de Valladolid

⁵⁵ Los hechos probados de la Sentencia afirman que «Narciso, mayor de edad y sin antecedentes penales, que padece un trastorno paranoide de la personalidad con repercusiones conductuales, lo que limita parcialmente la conciencia y voluntad sobre sus actos, el día 5 de abril de 2004, alrededor de las 17,15 horas, caminaba por el Paseo de Zorrilla de esta ciudad, portando una pancarta de madera de unas dimensiones aproximadas de 50 × 33 cm, sujeta a un palo de unos dos metros de altura, en cuyo anverso y reverso había colocado una fotografía de una imagen de una Virgen María con Jesucristo, a cuyo pie había colocado un papel de tamaño folio en el que había colocado en letras de gran tamaño la Leyenda "adúltera con su bastardo", siendo observado a la altura del establecimiento El Corte Inglés por Juan Pedro, a quien no le pareció correcto el comportamiento de Narciso, por lo que se dirigió al mismo y le llamó la atención, quien empezó a explicar a Juan Pedro el motivo por el que llevaba esa pancarta, siendo correcto en su trato hacia Juan Pedro, quien interpretó que con la expresión de la pancarta Narciso estaba llamando prostituta a la Virgen, por lo que se dirigió al agente de la Policía Municipal que se hallaba en las inmediaciones, comunicándole lo ocurrido, dirigiéndose el agente a Narciso a quien le pidió explicaciones sobre lo que estaba haciendo, contestando Narciso que estaba ejerciendo su libertad de expresión, requiriéndole el agente para que exhibiera su documentación, negándose Narciso, por lo que el agente le indicó que le iba a conducir a la Comisaría para su identificación, solicitando el agente refuerzos, compareciendo una dotación de la Policía Municipal de la que formaba parte el agente, procediendo los agentes a introducir

desestima el recurso y mantiene la absolución del acusado de la Primera Instancia.

En este caso se daría la acción típica, se hace escarnio de los dogmas, creencias o ceremonias de una confesión religiosa y de forma pública. Pero tal como argumenta la Audiencia Provincial de Valladolid no se da el elemento subjetivo del injusto ya que “el acusado, que al parecer (según expone su defensa en sus escritos) ha fundado una ONG denominada ‘Movimiento Social Ciudadano sin Fronteras’ de la cual él es el único integrante, y que según el informe forense padece un trastorno paranoide de la personalidad con repercusiones conductuales que le llevan a sentirse perseguido por opinar de manera distinta al resto de las personas debido precisamente a la concepción equivocada que tiene de la realidad, fue el primero en denunciar lo que él consideraba que había sido un ‘acoso fanático integrista religioso’ por el hecho de que no se le permitiera manifestar sus opiniones, y ha explicado reiteradamente que su intención mostrando esas pancartas no fue la de despreciar o insultar a aquellos que profesan la religión Católica, sino que lo pretendido por él ha sido hacer uso de lo que considera es su libertad de expresión, y mostrar públicamente su opinión contraria al dogma relativo a la virginidad de María”.

La particular personalidad del acusado justifica que la culpabilidad no se dé en este caso, ya que tiene una especial preocupación por expresar sus puntos de vista divergentes sobre determinados dogmas.

Desde el *enfoque proporcionalista*, se debe realizar un complejo ejercicio de ponderación. Por una parte, una persona que pasea con un cartel calificando a las figuras de la Virgen María y Jesús, de “adúltera con bastardo”, es susceptible de suponer una ofensa a los sentimientos religiosos de los creyentes. Por otra parte, poder expresar ideas divergentes, aunque sea sobre personas sagradas, es un elemento constitutivo de las sociedades pluralistas. La separación entre Iglesia/ Estado supone que no existe religión oficial y no es función del Estado mantener la ortodoxia religiosa, sino más bien es el papel de cada confesión. El caso es más claro porque el individuo en cuestión tiene una personalidad de rasgos paranoides y su intención es exclusivamente una crítica del dogma de la virginidad de María. La ponderación en este caso se produciría en estos términos:

la pancarta en el maletero del vehículo oficial (para lo que tuvieron que romper el palo de la misma) y a introducir a Narciso en el automóvil, mostrando éste una oposición pasiva al tiempo que se dirigía a los transeúntes, diciéndoles que llamaran a la prensa. El día 7 de abril de 2004 (Miércoles de Semana Santa), alrededor de las 20 horas, Narciso, con una pancarta análoga a la anteriormente descrita, caminaba por la calle Menéndez Pelayo de Valladolid, siendo observado por ciudadanos que avisaron al agente de la Policía Municipal con carnet profesional, quien se dirigió a Narciso, que se identificó con su carnet de identidad, retirándole el agente la pancarta, a lo que Narciso le dijo que iban a por él, que la Policía estaba contra él».

1ª etapa Ley de Ponderación: Insulto a personas sagradas, contrario a las creencias religiosas, se da “escarnio” o “vejación”. Afectación grave del principio de libertad de conciencia.

2ª etapa Ley de Ponderación: Sociedad pluralista y secular, se da crítica aunque hiriente. Personalidad rasgos paranoides del acusado, contrario al dogma de la virginidad de María. Importancia grave del principio de libertad de expresión

3ª etapa Ley de Ponderación: El principio de libertad de conciencia está afectado de forma grave en este caso. Pero dadas las peculiaridades del individuo en cuestión, que busca criticar un dogma religioso –la virginidad de María-, existe una preeminencia del principio de libertad de expresión ya que en una sociedad abierta y pluralista pueden darse críticas, aunque desabridas, incluso sobre creencias religiosas.

Es una ponderación difícil, pero es, en este caso, prioritario el principio de libertad de expresión. Quizá en otras circunstancias y contexto, la misma expresión podría conllevar una ponderación favorable.

Desde el *enfoque especificacionista* se puede circunscribir a un caso de burla tenaz. Sobre el ánimo, el individuo ha mostrado con sus particularidades que busca criticar el dogma de una religión y la forma que encuentra a su alcance es una pancarta con dicha expresión.

Especificación: se da burla, es tenaz con animus criticandi *undefeated*.

3.6. Caso *Show parodia religión* AP Valladolid Auto 251/2011 de 9 de junio

Los hechos del caso tratan de un show de carácter humorístico donde se realizan comentarios irónicos, chistes y críticas sobre la religión. ⁵⁶ La Audiencia

⁵⁶ En la Sentencia se afirma “...Téngase en cuenta que el propio protagonista se autodefine como un payaso y nos sitúa ante un espectáculo humorístico, con más o menos gracia, pero que, en términos generales, está impregnado de un ánimo iocandi y se desarrolla en el marco de la Universidad por lo que va dirigido a personas adultas con capacidad crítica.

La imitación del Papa de la Iglesia católica, no deja de ser una parodia pero sin llegar a contener elementos denigrantes o humillantes por representarlo (en algunos momentos, no en todos) con un andar escasamente ágil o como una persona de avanzada edad.

En cuanto al tema de los preservativos, no advertimos esa equiparación con el acto de la Consagración señalada en la querrela. No se acompaña con expresiones de la liturgia propia de ese acto que así lo hagan pensar, incluso la simulación de tirar los preservativos, y en la forma que lo hace, no es identificable con la administración de la sagrada forma en la Eucaristía. Por lo tanto, de ello no cabe extraer una interpretación clara o unívoca con ese acto de la Consagración.

Las referencias en torno a las noticias de abusos sexuales cometidos por sacerdotes, no pasan de ser interrogantes críticos sobre el silencio de algunos estamentos dentro de la Iglesia en relación a lo que han hecho "esos curas" (sic), utilizando esta expresión significativamente delimitadora, sin que tales comportamientos vengan atribuidos a todos los sacerdotes, ni a los católicos en general.

Provincial de Valladolid revoca la Sentencia de Instancia y absuelve al acusado.

En este caso, no se dan los elementos de la acción típica, ni de la culpabilidad. No se hace una burla tenaz sobre los dogmas o ceremonias de la religión sino que se trata “de una mezcolanza de ideas, de gags, de comentarios sobre libros o artículos y de ocurrencias, teñido de un fondo humorístico, que vienen amparadas por el derecho a la libertad de expresión”. Estaría dentro de la crítica social dentro de una sociedad democrática y pluralista ya que “lo que ponen de relieve es un posicionamiento laico y, si se quiere, anticlerical del conferenciante sin que ello constituya realmente escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de la religión católica, ni vejación de quienes los profesan o practican, y tampoco apreciamos un dolo de ofender los sentimientos religiosos de tal confesión.” El elemento subjetivo no se daría porque estaría claro el *animus iocandi* o el de mera crítica social.

Desde un *enfoque proporcionalista* se trata de un show humorístico, de crítica social sobre la religión e, incluso, de carácter anticlerical. La Sentencia sostiene que no se da la acción típica, no se produce burla tenaz.

1ª etapa Ley de Ponderación: show con críticas humorísticas sobre la religión, chistes de contenido religioso. Afectación leve del principio de libertad de conciencia.

2ª etapa de Ley de Ponderación: sociedad abierta y pluralista, libre circulación de ideas, libertad de expresión. Importancia fuerte del principio de libertad de expresión.

3ª etapa de Ley de Ponderación: En este caso se da una prioridad clara del principio de libertad de expresión, donde se realiza una crítica humorística sobre diferentes elementos religiosos, sin llegar el límite del escarnio o vejación.

Desde el *enfoque especificacionista*, cabría encuadrarse este caso dentro de las propiedades de burla no tenaz. Sobre el *animus* se mezclan en *animus criticandi* y el *animus iocandi*, siendo el segundo prevalente.

Especificación: se da burla, no es tenaz y se da *animus iocandi undefeated*.

Finalmente se argumenta que ataca los dogmas más importantes del Cristianismo y del Catolicismo al decir: "Los actos más profundos de la religión cristiana, ¿cuál puede ser?, el nacimiento de Jesús, la Navidad, llega el Mesías, la inocencia del bebé todo el ritual y las ceremonias que hay alrededor del nacimiento de Jesús. ¿Pero qué es el nacimiento de Jesús sino una decisión del obispo de Milán de recuperar las fiestas romanas donde el 25 de diciembre el bebé Apolo, dios del sol nace?. O "Pascua es una fiesta neolítica, la fiesta de los animales que nacen". O "la catedral de Santiago es un lugar de druidas y todos los itinerarios y peregrinaje a Santiago de Compostela han sido concurridos desde 10.000 o 15.000 años ..". Consideramos que tales expresiones carecen de virtualidad para escarnecer los sentimientos religiosos de los católicos..."

3.7. Caso *Cómo cocinar un crucifijo*. Juzgado de lo Penal Madrid Sentencia 235/2012 de 8 de junio

Durante una entrevista a un cantante en un programa de televisión se muestran imágenes de un documental titulado “Cómo cocinar un crucifijo”. Un Tribunal de lo Penal de Madrid absuelve a los acusados.

En la Sentencia, el Tribunal considera que no se da el elemento de “burla tenaz” exigido en el tipo. De esta forma, la Sentencia afirma que “hay en el corto emitido un inequívoco sentido satírico, provocador y crítico, pero no el de ofender que pretende la acusación.” El Tribunal tampoco considera que se dé el elemento subjetivo ya que “hemos concluido que no resulta probado que concurriera en ninguno de los acusados la intención de menoscabar, humillar o herir los sentimientos religiosos de terceros.” Y añade “es relevante el contexto en el que se exteriorizó la conducta enjuiciada. Se trató de la emisión de un programa de entretenimiento, desvinculado de cualquier práctica religiosa, por lo que no podemos considerar que estuviera dirigido a los fieles de una confesión, sino al público en general. El objeto de la emisión era tratar la publicación de un producto discográfico, hecho que por la dirección del programa se consideró un tema de actualidad”.

Desde el *enfoque proporcionalista*, se debe considerar el contexto donde aparecen las imágenes del documental, que es un programa de actualidad, realizando una entrevista a un cantante. En otros contextos, de contenido religioso, quizá podría dar lugar a la acción típica de un delito de profanación. Se puede considerar que es un tratamiento humorístico sobre un objeto sagrado. La intencionalidad es meramente humorística, no se busca la ofensa.

1ª etapa Ley de Ponderación: tratamiento poco respetuoso de un objeto sagrado, afectación moderada del principio

2ª etapa Ley de Ponderación: contexto informativo, tratamiento humorístico, sociedad abierta y pluralista, importancia fuerte del principio

3ª etapa Ley de Ponderación: Se da una preeminencia del principio de libertad de expresión. Es relevante el contexto: una entrevista televisiva a un cantante sobre temas de actualidad. El contenido del documental es humorístico.

Desde el *enfoque especificacionista*, en este caso, se dan las propiedades de burla y de ser no tenaz. La intencionalidad podría discutirse, pero dado el contexto informativo en el que fue emitido, el *animus iocandi* es prevalente.

Especificación: se da burla, no es tenaz y con *animus iocandi undefeated*.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ESCARNIO DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS

La libertad de expresión es un elemento básico en las sociedades democráticas. Precisamente una de las definiciones habituales de la democracia es seguir la regla de la mayoría y el respeto de los derechos de las minorías. En este caso, se ha tipificado un delito para proteger los sentimientos religiosos de las personas creyentes. Los casos judiciales analizados ponen de manifiesto que en todos ellos se hace referencia a la religión cristiana, especialmente católica, que tradicionalmente es mayoritaria en España. Cabría plantearse si los tribunales actuarán de la misma forma en casos de escarnio de los dogmas y creencias de otras religiones.

La ponderación entre principios constitucionales es un terreno abonado, en ocasiones, para la controversia. Más aun, si se trata de una ponderación entre libertad de expresión y libertad de conciencia. El grado de susceptibilidad de los sentimientos religiosos depende de elementos previos culturales y emocionales, a veces hondamente arraigados. El ejercicio realizado sobre casos judiciales del delito de escarnio religioso se inscribe en este contexto.

Sobre los enfoques de la ponderación utilizados se pueden concluir algunas cuestiones. Se ha buscado en el enfoque *proporcionalista* no incorporar la teoría de los *animus* y basarse en una ponderación entre los dos principios implicados. Esto da lugar a ciertas dificultades en los casos *Te Deum* y *Pancarta con mensaje polémico* donde para determinar si se da escarnio se hace necesario constatar la intencionalidad de los acusados.

El enfoque *especificacionista* de la ponderación ha incorporado la teoría de los *animus*. Se ha mostrado como una herramienta útil para establecer reglas generales de interpretación. Sin embargo, en algunos casos, existen zonas de penumbra, en el juicio de qué *animus* es prevalente. En particular, en los casos *Te Deum* y *Poema irreverente*.

En el ejercicio de ponderación propuesto se puede considerar que se han determinado las intensidades -leve, moderada, grave- de los principios en cuestión. De esta forma, es posible “pesar” los principios, la clave de la ponderación. Alguien podría cuestionar que las ponderaciones realizadas tienden a favorecer el principio de libertad de expresión. Esto se debe a que, en el peso abstracto de los principios, existe una presunción a su favor que ha de ser desvirtuada caso a caso. Según mi punto de vista, los casos expuestos no lo consiguen.

Podría plantearse dentro del debate sobre la idoneidad si debe haber un delito de escarnio religioso en una sociedad secular. La tendencia en Europa es a descriminalizar la blasfemia y el insulto religioso y mantener como delito las expresiones de odio por motivos religiosos. En este sentido, Dacey afirma que

“el espacio para la blasfemia ética en la cultura está mejor protegido eliminando el delito de la blasfemia personal del Derecho.”⁵⁷

El respeto de las ideas del otro es una de las bases de la convivencia en los países occidentales, pero también lo es la libertad de expresión y de crítica, que tiene en las expresiones humorísticas, una de sus manifestaciones. Las ponderaciones en este terreno son complicadas de hacer, ya que los casos difíciles pueden abocar a una especie –siempre difícil- de juicio de intenciones o a una limitación excesiva de la libertad intelectual.

Alguien, desde un enfoque *particularista* de la ponderación, podría enmendar las consideraciones realizadas previamente sobre los casos analizados y alcanzar con sus juicios de valor diferentes soluciones. Como afirma Barranco Avilés, entonces la cuestión no puede desvincularse de la reflexión sobre la legitimidad del órgano que lleva a cabo la decisión interpretativa.⁵⁸ Como resalta Ansuátegui Roig, por eso existe un vínculo importante entre los rasgos jurídicos del constitucionalismo y el desarrollo del interés por la argumentación jurídica, y más en particular, por la argumentación judicial.⁵⁹

En este contexto, sería interesante acercar la interpretación a un ejercicio racional, donde puedan establecerse unas reglas generales, que sean susceptibles de merecer una aplicación caso a caso, aunque puedan darse, en la minoría de casos difíciles, algunas zonas de penumbra. Esta aplicación al caso particular se puede conseguir por la vía *proporcionalista* de ponderar/pesar los principios en el caso concreto según intensidades o por la vía *especificacionista* de extraer del caso genérico, descrito por las propiedades relevantes, el caso particular –según las circunstancias del caso-.

La solución a los conflictos de derechos, como enfoques de la ponderación, debería ser una forma habitual de comprender la actividad de los jueces. Es relevante que la necesaria justificación de sus decisiones deba realizarse en términos generales, que van más allá del caso concreto, y de esta forma, se consigue abordar un horizonte que permite explicar y comprender adecuadamente la práctica jurídica.

⁵⁷ DACEY, A., *The future of Blasphemy, Speaking of the sacred in an aged of human rights*, London: Continuum, 2012, p. 15

⁵⁸ BARRANCO AVILÉS, M^a del C., *Derecho y decisiones interpretativas*, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 144.

⁵⁹ ANSUATEGUI ROIG, F. J., “Creación judicial del Derecho. Crítica de un paradigma”, *VVAA, El derecho en Red. Estudios en Homenaje al Profesor Mario Losano*, Madrid: Dykinson, p. (519-554) 554.