

Voto particular que formula el Magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 526-2019.

1. En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulo el presente Voto particular por discrepar tanto de la fundamentación como del fallo de la sentencia recaída en el presente proceso, en cuanto desestima la pretensión planteada tras considerar que la conducta imputada al recurrente, que dio lugar a su condena penal como autor de un delito contra los sentimientos religiosos (art. 523 del código penal), no está amparada por las libertades ideológica y de expresión alegadas.

Mi desacuerdo con la desestimación acordada es formal y sustantivo: afecta tanto al método de análisis como al contenido que la sustenta.

2. El primer motivo de discrepancia deriva de constatar que no se ha tomado suficientemente en consideración la posición “no acusadora” del ministerio fiscal que, en sus alegaciones, apoya la estimación del amparo tras estimar vulnerados los arts. 16 (libertad ideológica), 20.1 (libertad de expresión) y 25.1 CE (legalidad de las sanciones penales). Pese a haber promovido como única acusación la condena en el proceso penal previo, el ministerio fiscal propugna ahora la estimación de la pretensión de amparo con apoyo en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de este Tribunal Constitucional. Sin llegar a vincularnos, este cambio de posición y los criterios que lo justifican son significativos y hubieran merecido una mayor atención y reflexión. Se trata de un cambio de posición relevante por ser la única acusación personada que, en la vía judicial previa, solicitó la condena penal que precisamente ahora se cuestiona.

3. Tampoco comparto el método de análisis de la queja que ha utilizado la decisión estimatoria (la delimitación de contenidos entre derechos fundamentales en supuesta pugna). Considero que parte de premisas indebidas y llega a conclusiones incorrectas. Y además, es incompleto.

a. A mi juicio no es posible cuestionar razonadamente en este caso que la conducta sancionada se dirigía a promover y hacer visible una opinión crítica con la postura pública de la jerarquía de la Iglesia Católica, que venía participando en el debate político y social en favor de la propuesta gubernamental de modificación de la ley reguladora de la interrupción voluntaria del embarazo. El análisis del contexto histórico en el que la actuación enjuiciada se produjo, de forma concurrente con otras protestas similares en otras ciudades españolas –en febrero de 2014–, permite relacionarla directamente con la dación de cuenta al Consejo de Ministros del 20 de diciembre de 2013 del “Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada”. Dicha propuesta reducía los supuestos en los que la interrupción voluntaria del embarazo quedaba autorizada, regresando al anterior sistema de indicaciones (establecido por la LO 9/1985, de 5 de julio), desde el sistema de plazos vigente tras la aprobación de la LO 2/2010, de 3 de marzo. El anteproyecto generó un debate social intenso que, en una u otra medida, ha estado presente en nuestra vida pública desde la aprobación de la Constitución y que, específicamente, en este caso, contó con el apoyo expreso de la jerarquía de la Iglesia Católica (su Conferencia Episcopal), pese a lo cual, finalmente, en otoño de 2014, la renuncia del Gobierno a la reforma anunciada produjo la dimisión del Ministro de Justicia que lo promovía.

Por tanto, analizamos una conducta que manifiestamente forma parte del ámbito de protección de las libertades ideológica y de expresión (arts. 16 y 20 CE), al recaer sobre una materia de interés general, cuyo debate es útil para la formación de una opinión pública libre.

b. Frente a dicha conducta, con un criterio que no puedo compartir, la sentencia desestimatoria (FFJJ 3 y 4) identifica el bien jurídico afectado en este caso con la dimensión externa del contenido del derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto también reconocida en el art. 16.1 CE.

A partir de dicha identificación indebida, para justificar la sanción penal, la sentencia acude a la técnica de “delimitación de contenidos entre derechos fundamentales”, reduciendo la queja constitucional a un aparente conflicto entre una conducta que pretende ampararse en las libertades ideológica y de expresión, frente a una sanción que se dice justificada por la protección que a la libertad religiosa otorga la

Constitución. Con tales premisas, el conflicto entre ambas pretensiones es resuelto en la sentencia en favor de la libertad religiosa a la vista de que la protesta se produjo durante la celebración de una ceremonia religiosa -una misa- que es expresión fundamental de la fe católica, lo que supuso su momentánea interrupción.

c. Sin embargo, considero que, en el caso presente, cabe descartar que junto a la libertad ideológica y de expresión del demandante se haya visto afectado el contenido de la libertad religiosa y de culto de los feligreses que asistían a la misa, supuesto único que exigiría delimitar su contenido respectivo cuando entran en conflicto.

Coincido en que la libertad religiosa, en su dimensión externa, se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos y de cualesquiera grupos sociales, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades (SSTC 46 y 128/2001). En esa medida, en desarrollo de la Constitución, la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa, reconoce, entre otros aspectos, la libertad para manifestar las creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, reconociendo para ello los cauces adecuados a tal fin, constituidos por el culto, la celebración de ritos, las prácticas y la enseñanza (SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre).

El derecho fundamental recogido en el art. 16 de la Constitución comprende, junto a las modalidades de la libertad de conciencia y la de pensamiento, íntimas y también exteriorizadas, una libertad de acción que protege la exteriorización de las creencias o convicciones religiosas (STC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2). En protección de dicha libertad de acción, incluye el derecho a no ver impedida o amenazada la libre manifestación de las creencias religiosas o el desarrollo de los actos de culto, así como el de no tener que soportar aquellas conductas que puedan considerarse como gravemente ofensivas, abiertamente hostiles o amenazadoras a la dimensión externa de la libertad religiosa (aquella que habilita para ejercer en un clima de paz social y tolerancia las actividades que son manifestación del fenómeno religioso). Por tanto, no cabe confundir el fin de protección del tipo penal aplicado en este caso, rotulado por el propio código penal como “delito contra los sentimientos religiosos”, con la más relevante protección que otorga la Constitución para permitir la

libertad de creencias y su libre manifestación sin impedimentos que, de forma relevante, imposibiliten la libertad de acción que la Constitución reconoce. No obstante, del art. 16.1 CE no deriva, como parece entender la decisión desestimatoria, un supuesto derecho a no ser molestado o inquietado en forma alguna durante el desarrollo de los actos de culto, las ceremonias o las manifestaciones de las confesiones religiosas.

d. La aplicación de tales criterios, a partir del relato de hechos probados de la condena, me llevan a la conclusión de que la conducta cuestionada en el presente proceso no es gratuitamente ofensiva a los sentimientos religiosos, ni incita a la intolerancia religiosa, ni hace un llamamiento o justifica el odio por motivos religiosos ni, en fin, iba dirigida a impedir que se desarrollara un acto de culto, ni de hecho lo impidió, por más que interfiriera temporalmente en su desarrollo. Así, considero que en el recurso de amparo no se plantea una cuestión de delimitación de contenidos entre derechos fundamentales en juego, pues, pese a las evidentes molestias ocasionadas, el libre ejercicio de la libertad religiosa no fue puesto en cuestión por la concreta conducta enjuiciada.

e. En un análisis abstracto, el que no nos encontremos ante una cuestión de delimitación del contenido de dos derechos fundamentales no significa que la conducta realizada se encuentre necesariamente legitimada por la libertad de expresión. Frente a la pretensión de su ejercicio –como ocurre con el de cualquier otro derecho fundamental– puede establecer el legislador límites y restricciones precisos y proporcionados que vengan justificados en la garantía de otros bienes y valores legítimos. Por ello, en el presente supuesto, deberíamos haber examinado si la restricción impuesta a la libertad de expresión se puede justificar en atención a la protección de un interés público relevante como es la protección de los sentimientos religiosos. Tal restricción debe ser analizada, como cualquier otra pretensión de restricción impuesta por el legislador, atendiendo a si está prevista en la ley, responde a una finalidad legítima, y acarrea consecuencias proporcionadas al fin de protección expresado.

Así, una vez determinado que el bien jurídico protegido por el tipo penal aplicado no es coextenso con el contenido del derecho a la libertad religiosa, debemos constatar que la norma penal se dirige también a proteger otros intereses relacionados

que no forman parte de aquel derecho, como son los subjetivos sentimientos de ofensa que los fieles puedan sentir ante la falta de consideración y respeto a sus ceremonias y ritos que consideran obligados. De esta forma, hubiera sido preciso analizar si la conducta cuestionada, realizada en ejercicio de la libertad de protesta política, fue limitada de forma necesaria y proporcionada.

En esa medida, el método de análisis seguido en la sentencia es incompleto porque se afirma de forma incorrecta que “solo si la libertad de expresión se ejerció sin exceso alguno sería reconocible y procedería la estimación del motivo de amparo (FJ 4). Como se señaló en la STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 6, “nuestra doctrina no se detiene en esta primera conclusión básica y previsible, aunque imprescindible, sino que cuestiona asimismo la aplicación de los tipos penales en aquellos supuestos en los que, pese a que puedan apreciarse excesos en el ejercicio del derecho fundamental, éstos no alcanzan a desnaturalizarlo o desfigurarlos. Con ello no nos referimos, como es obvio, a los supuestos en los que la invocación del derecho fundamental se convierte en un mero pretexto o subterfugio para, a su pretendido amparo, cometer actos antijurídicos, sino a aquellos casos en los que, a pesar de que el comportamiento no resulte plena y escrupulosamente ajustado a las condiciones y límites del derecho fundamental, se aprecie inequívocamente que el acto se encuadra en su contenido y finalidad y, por tanto, en la razón de ser de su consagración constitucional. En este último escenario, sin perjuicio de otras consecuencias que el exceso en que se incurrió pudiera eventualmente comportar, la gravedad que representa la sanción penal supondría una vulneración del derecho, al implicar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio (STC 88/2003, de 19 de mayo, FJ 8). De otro modo, como afirmáramos en el ATC 377/2004, de 7 de octubre, ‘existirían sólo dos terrenos, el de lo constitucionalmente protegido y el de lo punible, lo que no puede admitirse’”.

En consecuencia, como señala el fiscal en sus alegaciones, en este caso, siguiendo la lógica de análisis de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictada en casación, ni los órganos judiciales ni la sentencia desestimatoria han procedido del modo que, de forma constante, viene exigiendo el Tribunal Constitucional cuando una persona aduce que su condena penal supone una vulneración de un derecho fundamental o libertad pública. Ha limitado su análisis a la técnica de delimitación de

contenidos entre los derechos fundamentales que han identificado en conflicto –libertad de expresión y libertad religiosa– otorgando prevalencia a esta última, lo que lleva a entender que no concurría ninguna causa para que pudiera ser afectada o perturbada. En suma, no se ha profundizado en el análisis de las consecuencias de actuar en ejercicio del derecho a las libertades ideológica y de expresión, concluyendo, por el contrario, que lo que imposibilitaba su toma en consideración era el lugar y momento donde se había llevado a cabo, una iglesia católica y durante la celebración de la misa, actos amparados por la libertad religiosa del oficiante y de los feligreses, sin que exista ninguna circunstancia que posibilite la restricción de dicha libertad religiosa.

La conclusión desestimatoria no puede ser compartida pues lleva a considerar que la libertad religiosa, en sus manifestaciones públicas colectivas, goza de una protección que no admite límite alguno, por lo que toda perturbación de esta puede ser sancionada con una pena privativa de libertad. Sería entonces irrelevante el tipo de perturbación que se pretenda amparada por el ejercicio de otro derecho fundamental o libertad pública, aunque se trate de las libertades ideológicas o de libertad de expresión ejercidas con relación a asuntos políticos de interés general. Tan indebida conclusión se extiende a una conducta de protesta que no incitó al odio religioso, que no utilizó ninguna expresión ofensiva o hiriente, y que tenía como objetivo visibilizar críticamente la postura de la jerarquía de la confesión católica en un asunto de importancia para la ciudadanía, sin valorar que comportó una breve y casi momentánea interrupción de la celebración religiosa, que se reanudó a los dos o tres minutos, sin incidencia alguna.

4. La sentencia desestimatoria expresa una concepción restrictiva de las alegadas libertades ideológica (16.1 CE) y de expresión política (20.1 CE). Es restrictiva porque pese a citar diversa jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional sobre el contenido de la libertad religiosa, lo hace de forma incompleta, sin aplicar la doctrina que éstas expresan, sino más limitadamente, utilizando parte de ésta para justificar tomas de posición previas.

Así, en el conflicto entre libertad de expresión ideológica y otros intereses públicos o privados dignos de protección (como lo es la eventual ofensa a los sentimientos religiosos ajenos), el TEDH ha señalado reiteradamente que se debe analizar la injerencia denunciada a la vista del caso en su conjunto. En especial, debe

determinarse si la injerencia mencionada es “proporcionada en relación con los fines legítimos perseguidos” y si los motivos alegados por las autoridades internas para justificarla son “pertinentes y suficientes”. Además, la Corte europea ha destacado reiteradamente que se debe analizar con especial atención aquellos asuntos en los que las penas impuestas por las autoridades internas por conductas no violentas implican – como en este caso– una pena de prisión (Sentencia de 17 de julio de 2018, caso *Mariya Alekhina y otras c. Rusia*).

A la vista de esta jurisprudencia, cabe discrepar respetuosa pero radicalmente en lo sustantivo de la concepción restrictiva de las libertades ideológica y de expresión expresada por la mayoría, porque desatiende y nos aleja de los estándares europeos sobre su contenido y cuestiona así su carácter constitutivo y esencial en una sociedad democrática. No puedo sino coincidir con los criterios generales sobre la importancia y contenido de la libertad de expresión que se expresan en el fundamento jurídico tercero de la sentencia. Pero creo que también aquí son insuficientes. A ellos, además de aplicarlos correctamente, debiéramos haber añadido las consideraciones expuestas reiteradamente en la jurisprudencia constitucional sobre la posición preferente de la libertad de expresión cuando se ejercita en el ámbito de la libertad ideológica, la crítica política, o en conexión instrumental con el ejercicio de otros derechos fundamentales; situaciones éstas en que la libre expresión de ideas, aún ofensivas o hirientes, se torna especialmente resistente a las pretensiones de limitación estatal.

La aplicación de tales criterios, y no sólo de los que acertadamente se recogen sobre el contenido abstracto del derecho a la libertad de expresión y sus límites, llevan a la conclusión de que, aunque puedan ser considerados inadecuados el lugar y el momento en los que el demandante, y otros, expresaron su desacuerdo con la postura pública de la jerarquía eclesiástica católica sobre la mejor regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, la conducta cuestionada no es gratuitamente ofensiva, ni incita a la intolerancia religiosa, ni hace un llamamiento o justifica el 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.

5. Por último, tanto la sentencia condenatoria, como la que la ratificó en casación como la asumida por la mayoría del Pleno presta una atención insuficiente al contexto de debate político en el que se produjo la conducta penalizada y a la posición de la Iglesia Católica como actor social que participa en el debate público. Y, en paralelo, otorga una importancia decisiva y excesiva al hecho de que la protesta política se produjo en el lugar inadecuado. No puedo coincidir ni en la relevancia que se da a esta circunstancia, ni tampoco en la supuesta falta de relación del lugar empleado para protestar con el tema objeto de la protesta. Por más que la libertad de expresión pueda ser sometida a reglas de orden sin vulnerar la Constitución, reglas de lugar, tiempo y modo, la sanción penal privativa de libertad frente al incumplimiento de tales reglas no es proporcionada a la finalidad que persigue.

Como ya se expuso antes (apartado tercero de esta opinión discrepante) el demandante expresó una protesta política en el curso de una ceremonia religiosa para hacer visible su posición, para llamar la atención sobre la postura que la propia Iglesia Católica mantenía en dicho debate público, pero no para generar un intercambio de ideas con los feligreses que acudían a aquel acto, momentáneamente interrumpido en su desarrollo, pero nunca impedido.

El TEDH ha reiterado que la libertad de expresión protege no solamente los mensajes, sino también las conductas o formas en que estos se expresan, admitiendo ciertas dosis de provocación y exageración dirigidas a llamar la atención del público sobre la cuestión debatida y la propia posición que se mantiene (Sentencia de 21 de octubre de 2014, caso *Murat Vural c. Turquía*; Sentencia de 28 de junio de 2018, caso *Paraskevopoulos c. Grecia*, § 40.). Todos los medios de expresión están incluidos en el ámbito del artículo 10 de la Convención. El Tribunal ha subrayado repetidamente que, en virtud del párrafo 2 del artículo 10 del Convenio, hay poco margen para restringir la expresión política o el debate de cuestiones de interés público (véase, entre otros, caso *Wingrove c. el Reino Unido*, 25 de noviembre de 1996, § 58.). En el mismo sentido, considera que la evaluación de si una conducta impugnada entra en el ámbito de aplicación del artículo 10 de la Convención no debe ser restrictiva, sino inclusiva. A la luz de su jurisprudencia, el TEDH ha considerado siempre que, para decidir si un determinado acto o conducta está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 10 del Convenio, debe evaluarse la naturaleza del acto o conducta en cuestión, en

particular su carácter expresivo visto desde un punto de vista objetivo, así como la finalidad o la intención de la persona que realiza el acto o lleva a cabo la conducta en cuestión.

En definitiva, atendiendo a la finalidad de participar en el debate político que animaba la conducta enjuiciada, a su carácter pacífico, a que no fue gravemente ofensiva para los sentimientos religiosos, a que no pretendía impedir el desarrollo de un acto de culto –por más que asumiera su momentánea perturbación para obtener mayor visibilidad–, a que no fue irrespetuosa con los objetos de culto, ni amenazó a los participantes por sus ideas, ni pretendió que cesaran o renunciaran a la manifestación pública de sus creencias, cabe concluir que la sanción penal privativa de libertad cuestionada no era tan siquiera necesaria para proteger los legítimos sentimientos religiosos de quienes asistían a la ceremonia religiosa momentáneamente interrumpida, ni tampoco proporcionada a tal fin; por lo que el recurso de amparo debió ser estimado en los términos pretendidos.

En conclusión, al igual que en el recurso núm. 1691/2018, deliberado y resuelto esta misma semana, el Tribunal ha mantenido finalmente una condena penal en un caso en el que, alegando específicamente la STEDH de 17 de julio de 2018, caso *Mariya Alekhina y otras c. Rusia*, el ministerio fiscal no mantenía su pretensión acusatoria, lo que ha llevado a desestimar un recurso de amparo al que nadie se había opuesto.

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.

Madrid, a diecisiete de diciembre de dos mil veinte.

Cándido Conde-Pumpido Tourón

