

Arte, religión y Derechos Fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe)¹

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela.

«No artist is ever morbid. The artist can express everything»

Oscar WILDE

The Picture of Dorian Gray (Preface).

RESUMEN

El artículo parte del caso conocido por el Juzgado de lo Penal núm. 8 de Madrid en 2012 contra el cantante y compositor Javier Krahe. El Juzgado tuvo que valorar si el imputado había violado el artículo 525.1 del Código Penal, que sanciona la ofensa pública contra los sentimientos religiosos. El objeto del caso se centraba en el video titulado «Cómo cocinar a un Cristo» que había sido hecho por Krahe y un amigo en 1977 y emitido de nuevo por un canal de televisión en 2004. Pese a que la sentencia no los

¹ Para la elaboración de este trabajo he contado con la Ayuda del Programa de consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas, subvencionado por la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia y el FEDER. He tenido también la enorme ventaja que representa el acceso directo a algunas de las bibliotecas más importantes del mundo en la materia tratada; por ello, quiero manifestar mi más profunda gratitud a quienes me dieron todas las facilidades para consultar los fondos bibliográficos del *Institute of Advanced Legal Studies*, la *Sotheby's Institute of Art Library* y la impresionante *British Library*, todas ellas en la ciudad de Londres. Mi sincero agradecimiento también a mis colegas y amigos Miguel Ángel Presno Linera, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Oviedo y Francisco Javier Álvarez, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid, que leyeron una primera versión del trabajo y me ayudaron a mejorarlo notablemente con sus observaciones.

condenó, el caso reabrió el debate sobre la necesidad de establecer los límites entre la libertad de expresión artística y la ofensa a los sentimientos religiosos.

Después de analizar el estado de la cuestión en el ámbito europeo, la autora sostiene que el artículo 525.1 del Código Penal no es conforme con la Constitución en la medida en que limita indebidamente el derecho fundamental a la libertad de expresión artística. Sostiene que esta limitación no puede justificarse por el respeto a las creencias religiosas de otras personas, puesto que este último no está amparado por el derecho fundamental a la libertad religiosa del artículo 16 de la Constitución.

PALABRAS CLAVE

Libertad de expresión artística; libertad religiosa; arte; límites de los derechos fundamentales; el delito de escarnio; efecto de desaliento; auto-censura.

ABSTRACT

This paper analyses a judgement issued by a Spanish Criminal Court against Javier Krahe, a renowned Spanish singer and composer. In a decision of 2012 the Court had to decide whether the artist had violated article 525.1 of the Spanish Criminal Code, which punishes the public offence against religious beliefs. The matter of the case was focused in a video titled «Cómo cocinar a un Cristo»/ i.e., «How to Cook a Christ» made by Krahe and a friend in 1977, broadcasted again by a TV channel in 2004. Even though the ruling found them both not guilty, the case re opened the debate on the need to establish the frontiers between freedom of artistic expression and the offence to others religious beliefs.

The author discusses the issue in comparative law and supports that article 525.1 of the Spanish Criminal Code does not comply with the Spanish Constitution as it limits unduly the fundamental right to artistic expression. It is sustained that this constraint cannot be justified by virtue of the right to respect for religious beliefs, as this right does not lie within the scope of the right to religious freedom protected by article 16 of the Spanish Constitution.

KEY WORDS

Freedom of artistic expression; religious freedom; art, limits of fundamental rights; the crime of blasphemy; chilling effect; auto-censorship.

SUMARIO. I. *Presentación del caso Krahe. Descripción de los hechos.*—II. *La criminalización de ciertas manifestaciones del arte como constante histórica.* 1. Algunos casos célebres. 2. Valoración.—III. *El equilibrio entre libertad de expresión artística y religión en el Derecho comparado.* 1. Protección constitucional de la libertad artística y de la libertad religiosa. 2. La importancia de la libertad de expresión y, especialmente, la libertad de creación artística. El concepto de arte.—IV. *La jurisprudencia del TEDH en torno a la libertad de expresión, en su manifestación de creación artística, y la libertad religiosa.* V. *Protección penal frente a las ofensas religiosas. Normas y casos.* 1. El derecho español. 1.1 El delito de escarnio en el Código Penal español. 1.2 La sentencia del caso Krahe. 2. Apuntes sobre la situación en el Derecho comparado. 3. Razones por las que la condena penal a la libertad artística no es la solución para resolver este tipo de conflictos. 3.1 La ausencia de un fundamento jurídico firme. 3.2 El efecto de desaliento y el peligro de autocensura. 3.3 El reforzamiento de la idea del artista como mártir.—VI. *Conclusiones.*

I. PRESENTACIÓN DEL CASO KRAHE. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Como seguramente le sucedió a muchas otras personas, hace unos meses me vi sorprendida por una noticia periodística que parecía trasladarnos a otra época que creíamos superada. La agencia EFE daba noticia, y muchos periódicos se hacían eco de ella, de que el siguiente 28 de mayo de 2012 comenzaría, en el Juzgado de lo Penal número 8 de Madrid, el juicio oral contra el cantautor Javier Krahe, por un presunto delito de ofensas a los sentimientos religiosos. El origen del pleito estaba en el vídeo titulado «Cómo cocinar a un Cristo» que había sido realizado por Krahe y un amigo en 1977. Escuetamente se decía que así lo había informado el Centro de Estudios Jurídicos Tomás Moro, desde donde se había interpuesto la querrela contra el cantautor y la productora del programa «Lo más Plus» de Canal Plus, donde se había emitido el vídeo el 15 de diciembre de 2004. Se decía además que el cantante había tenido que depositar una fianza de 192.000 euros.

Bastante sorprendida por el hecho de que un video de un autor que me era bien conocido, hubiera dado lugar a la incoación de un procedimiento penal, hice lo mismo que supongo hicieron la mayoría de los interesados en la noticia: buscar el video en Internet y ver de primera mano cuál era su contenido.

En el video en cuestión se observaba cómo una persona manipulaba un crucifijo acompañándolo de la siguiente descripción: «Calcúlese un Cristo ya macilento para dos personas. Se le extraen las alcayatas y se le separa de la cruz, que dejaremos aparte. Se

desencostra con agua tibia y se seca cuidadosamente». Así empezaba el corto, en el que una voz en *off* iba explicando paso a paso la receta para cocinar un Cristo, aderezado con mantequilla y hierbas aromáticas. Tras meter la fuente de cristal dentro del horno, «se deja tres días y sale solo», concluía la voz.

El 28 de mayo los principales periódicos y otros medios de comunicación publicaron la noticia de la celebración del juicio, de la petición de absolución del Ministerio Fiscal, así como de las declaraciones de las partes y de los testigos. El cantante imputado y su defensa apelaban a la prevalencia de la libertad de expresión sobre la supuesta ofensa a los sentimientos religiosos, poniendo de manifiesto que era la primera vez que un Juzgado aplicaba el artículo 525 CP. Esa circunstancia fue también resaltada por la acusación, quien consideró esa primera aplicación como una «verdadera victoria en defensa de la libertad religiosa»².

En resumen, el controvertido video planteaba un asunto bastante interesante que, según pude comprobar posteriormente, había sido muy poco tratado en la literatura jurídica española, aunque había merecido análisis y estudio por parte de bastantes autores foráneos e incluso había dado lugar a decisiones jurisprudenciales de mayor relieve: el conflicto entre la libre expresión artística y la ofensa a los sentimientos religiosos de otras personas.

La lectura de algunas de estas fuentes me permitió comprobar que el adecuado equilibrio entre la aceptación de que el trabajo artístico necesita un amplio grado de licencia (o una total licencia) y la visceral condena de los productos artísticos que ofenden a otros, sobre todo cuando los ofendidos lo son en sus sentimientos religiosos, no era precisamente fácil de encontrar.

Con un planteamiento maximalista la cuestión admite dos puntos de vista opuestos: según el primero el propósito artístico del autor es la única base fiable para juzgar lo que merece ser protegido como arte, sea cual sea su contenido y las posibles ofensas que este pueda incluir (la llamada «coartada del artista»); a tenor del segundo las imágenes o palabras ofensivas para la religión deben ser censuradas aun cuando, pretendidamente, procedan de trabajos de artista. La impresión general *a priori* es que aunque en los tiempos modernos prevalece el primer punto de vista, el segundo nunca ha desaparecido del todo e incluso se puede decir que está resurgiendo tanto por la revitalización de los sentimientos religiosos, sobre todo de algunas religiones especialmente rígidas en sus planteamientos dogmáticos, como por la

² http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/05/28/actualidad/1338195459_992171.html.

aparición de teorías críticas que disminuyen el significado de la intención del artista en el concepto de arte³.

Es más, de alguna manera la imputación penal de Javier Krahe en el caso descrito pone en evidencia que el ordenamiento jurídico español –y la mayor parte de los vecinos, como veremos más adelante– se sitúa más bien en el segundo de los puntos de vista. Así parece demostrarlo el tenor literal del artículo 525.1 CP que, bajo la rúbrica «De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos»⁴, tiene el siguiente tenor literal

«Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos religiosos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesen o practican»⁵.

En las líneas que siguen trataré de poner de relieve las principales cuestiones que se me han suscitado al hilo del estudio del conflicto más arriba pergeñado. Comenzaré haciendo una breve referencia a los casos históricamente más conocidos en los que determinadas obras artísticas han sido objeto de controversia por su carácter «blasfemo» u ofensivo a la religión o los sentimientos religiosos (II). A continuación aludiré a la libertad de expresión artística y a la libertad religiosa, así como a los textos supranacionales y estatales que la consagran, a fin de determinar su respectivo alcance y sus limitaciones, haciendo referencia expresa al concepto de arte (III). Mención aparte merecen las sentencias del THDE que han abordado de manera directa la cuestión, a las que también dedicaré alguna atención (IV). Seguidamente haré un breve recorrido por las normas de derecho comparado que penalizan las conductas artísticas que hieren los sentimientos religiosos de otros, y trataré de demostrar su inconveniencia técnica e incluso práctica (V). El trabajo se cierra con un capítulo final de Conclusiones (VI) que no pueden ser ni mucho menos definitivas, dada la complejidad de la materia propuesta y el modesto alcance de esta contribución.

³ KADRI, 2007, p. 22.

⁴ Sección 2 del capítulo IV («De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas») del título XXI («Delitos contra la Constitución»), del Libro II del Código Penal.

⁵ En el párrafo 2 se añade «En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna».

II. LA CRIMINALIZACIÓN DE CIERTAS MANIFESTACIONES DEL ARTE COMO CONSTANTE HISTÓRICA

Antes de proseguir en el análisis de la situación actual sobre el modo en que resuelve el derecho, tanto en España como en nuestro entorno jurídico más inmediato, el conflicto entre la libertad de expresión artística de un individuo y el sentimiento religioso de otras personas, permítase hacer un pequeño *excursus* sobre algunos casos célebres que demuestran que este conflicto no es ni mucho menos novedoso y que, a lo largo de la Historia, cuenta con ejemplos muy señalados⁶. Después de describirlos, haré una valoración de conjunto.

1. ALGUNOS CASOS CÉLEBRES

Uno de los casos más conocidos de conflicto entre arte y religión se remonta al siglo XVI y tiene como protagonista al pintor *Il Veronese*. En la primavera de 1573 el prior del convento veneciano de San Giovanni fue interrogado por los tribunales de la Inquisición sobre un gran cuadro relativo a la Última Cena que había sido encargado a Veronés para el refectorio del citado convento. El artista había colocado la escena en un espléndido palacio renacentista, lo cual no era infrecuente en la época. Lo que parecía preocuparles a las autoridades religiosas eran algunos de los personajes que aparecían en el cuadro rodeando a Jesús y a sus discípulos, como varios turcos con sus turbantes, un hombre al que le sangraba la nariz y un enano con un loro. Los inquisidores no sabían cómo interpretar estas figuras, pero estaban dispuestos a averiguarlo.

El pintor fue requerido ante el tribunal de la Inquisición. Nunca antes un artista de esa categoría había sido llamado por los inquisidores para rendir cuentas de su trabajo⁷. En este caso parecía que las motivaciones del artista eran de gran valor para determinar el carácter blasfemo o no de la obra⁸. Los inquisidores le preguntaron inicialmente por las características de la pintura y por qué no aparecían determinadas figuras y sí otras; a continuación se interesaron por la sangre en la nariz de una de las figuras, probablemente

⁶ Algunos de ellos sucintamente recogidos por KADRI, 2007, pp. 20 y ss.; McCLEAN/AVANESSIAN, 2007, p. 54.

⁷ Unos años antes el Concilio de Trento había ordenado el cubrimiento de toda la parte «obscena» de las figuras del Juicio Final, realizadas por Miguel Ángel en la Capilla Sixtina, pero nunca se preguntó al autor por su propósito al pintarlas, probablemente por considerarlo irrelevante para sus propósitos.

⁸ La transcripción del interrogatorio se incluye como Apéndice en el excelente trabajo, donde se expone exhaustivamente el caso en KAPLAN, 1997, pp. 85 y ss.

por la importancia que se había dado a la transubstanciación en el entonces reciente Concilio de Trento; luego le preguntaron por qué había puesto dos soldados alemanes, y por tanto probablemente protestantes, al lado de la mesa. Las respuestas del pintor fueron aparentemente serias, aunque no exentas de sarcasmo. El hombre sangraba por la nariz porque había sufrido un accidente; los alemanes estaban presentes porque sus telas eran las más grandes y las que podían acomodar a un mayor número de personas. «Nosotros los pintores –dijo Veronés– nos tomamos las mismas licencias que los poetas y los locos»⁹. Posteriormente fue cuestionado sobre su intención al pintar las figuras y las decoraciones de sus cuadros¹⁰.

El artista fue declarado culpable, pero la decisión rindió tributo a su talento artístico y a su libertad creativa¹¹. El tribunal, en lugar de ordenar que la pintura fuera destruida, le pidió que la corrigiera en un plazo de tres meses; el Veronés lo hizo, simplemente añadiendo a la tela el título de «Cena en la casa de Levi»¹², con lo que el asunto quedaba saldado.

Otra víctima de la Inquisición fue Goya. Aunque su precedente trabajo en los grabados de «Los Caprichos» eran bastante provocador para la moral de la época y, según parece, ya dieron lugar a algún intento de censura por el Santo Oficio¹³, fue en 1814 cuando las dos «majas» pintadas por el artista, la desnuda y la vestida, que habían sido propiedad de Manuel Godoy, fueron denunciadas a los inquisidores. En marzo de 1815 el Director General de Secuestros comunicó al Inquisidor Fiscal del Santo Oficio que de cinco pinturas obscenas entregadas en el depósito general de secuestros en noviembre del año anterior, dos habían sido realizadas por Goya. El Inquisidor Fiscal mandó comparecer al artista ante el tribunal del Santo Oficio, si bien no existen evidencias de que tal comparecencia llegara a producirse; finalmente la cosa quedó en nada ante el prestigio del autor de las obras¹⁴. Aunque es cierto que existen

⁹ «*We painters ... take the license, which poets and mad men take...*», según recoge KAPLAN, p. 109.

¹⁰ Según la transcripción de Kaplan, 1997, p. 110, «*Are not the ornaments which you the painter are accustomed to place around paintings and pictures supposed to be fitting and proper to the subject and principal figures or are they to be truly... at your pleasure according to what comes to your imagination without any discretion or judgment*»; Veronese respondió: «*I make paintings with that consideration of what is fitting that my intellect can grasp*».

¹¹ McCLEAN/AVANESSIAN, 2007, p. 55.

¹² Banquete descrito en Lucas 5:29, al que fue invitado Jesús por su anfitrión, un rico aduanero judío.

¹³ Como recoge TOMLINSON, 1997, p. 128, reproduciendo una carta del artista.

¹⁴ La historia es brevemente recogida por ROZAL, 2005, pp. 152-153. TOMLINSON, 1997, p. 127 y p. 142, destaca la ausencia del testimonio del artista en los documentos pertenecientes al caso, lo que sugiere que no llegó a sentarse ante el tribunal. Que fue la propia fama del artista la que le salvó de la persecución es la tesis de KADRI, 2007, p. 23.

otras lecturas del episodio que inciden más en su significado político acorde con la restauración conservadora de Fernando VII¹⁵, no se deja de señalar que la polémica tuvo para el pintor aragonés, ya de cierta edad (frisaba los setenta años), un tono amenazador, especulándose que quizá por esa razón procuró a partir de entonces reducir radicalmente los encargos oficiales e iniciar una vida retirada¹⁶. De confirmarse esta hipótesis, estaríamos ante un ejemplo paradigmático del llamado *chilling effect*, sobre el que tendremos ocasión de regresar más adelante¹⁷.

Siguiendo un orden cronológico, otro de los casos más conocidos de enfrentamiento entre arte y religión es el de George Grosz, pintor expresionista alemán que sufrió varios procesos por blasfemia e inmoralidad. Uno de ellos iniciado en 1928¹⁸ en relación con una obra consistente en una serie de láminas, titulada *Hintergrund* y que incluía un dibujo de Jesucristo crucificado, prácticamente desnudo pero con máscara de gas y botas, blandiendo una cruz en su mano derecha y presentado sobre las palabras «Cállate y cumple con tu deber». Tras recibir una denuncia sobre el contenido de alguna de las láminas, el *Landgericht* de Berlín ordenó la confiscación de varias, entre las que estaban la descrita y otras dos igualmente referidas a motivos religiosos, e imputó formalmente a Grosz y al editor de la obra por un delito de blasfemia y ofensas a la religión tipificado en el § 166 del CP alemán.

En el juicio contra Grosz intervino el entonces Ministro del Arte (*Reichskunstwart*) E. Redslob, que ya había declarado a favor del pintor en otros procesos anteriores. Redslob trató de explicar al Tribunal que la condición de artista de Grosz le llevaba inevitablemente a tener conflictos con el derecho; destacó su faceta de «acusador» de la sociedad cuyas obras probablemente solo podrían ser entendidas en su integridad en el futuro. El propio artista reivindicó su condición de flagelo que trataba de representar a una minoría de la sociedad; cuando el juez le preguntó si tenía motivaciones políticas, Grosz respondió que él no era representante de nadie y que no defendía ninguna causa política particular. Grosz y su defensa invocaron el artículo 142 de la Constitución de Weimar que literalmente señalaba que el Arte, la Ciencia y su enseñanza son libres y

¹⁵ TOMLINSON, 1997, p. 144.

¹⁶ ROZAS, 2005, p. 153, quien señala que no eludió completamente los encargos oficiales porque continuaba siendo Pintor del Rey, pero se redujeron de forma drástica.

¹⁷ Aunque el episodio en cuestión se produjo por la creación de dos obras de gran belleza, cabe resaltar, desde otro punto de vista, la importancia que ha adquirido Goya en la Teoría del arte como precursor del arte contemporáneo que puede ser calificado de feo y escandaloso y hasta inmoral, poniéndose como ejemplos desde los Fusilamientos del 3 de mayo de 1808, a los Caprichos, los Desastres de la guerra o las Pinturas negras (FREELAND, 2006, pp. 36 y ss).

¹⁸ La exposición del caso está básicamente tomada de WHITE, 2007, pp. 255 y ss.

que el Estado debe protegerlas y tomar acciones para su cuidado; además apelaron al artículo 102 que abolía la censura y al 135 que reconocía la libertad de conciencia de todos los ciudadanos. Aunque el juez reconoció la contradicción entre el texto constitucional de Weimar y el Código Penal del siglo XIX, consideró que no era misión del tribunal traspasar los límites legales, mientras estos siguieran en vigor. Cuando Grosz fue interrogado sobre la lámina en cuestión, mencionó una novela de la época que incluía una escena en la que dos personajes se quejaban de la guerra y uno decía la frase «Cállate y cumple con tu deber»; dijo que su obra estaba inspirada en ella y por eso había puesto las botas y la máscara en la figura de Jesucristo. Afirmó también que la frase que había incluido estaba dirigida al propio Jesucristo, lo que no convenció al juez. Tanto Grosz como el editor fueron considerados culpables y condenados a pagar una multa de 2000 marcos, cantidad inferior a los beneficios obtenidos con la venta de las láminas.

Aunque la multa fue pagada, hubo un proceso de apelación en el que el nuevo juez, a pesar de venir precedido de fama de ultraconservador, tuvo una actitud completamente distinta a la de su predecesor, declarando que el arte es libre y no puede ser constreñido en una camisa de fuerza¹⁹. Consideró también que el conjunto de la obra *Hintergrund* se caracterizaba por su sentido antibelicista y que en el contexto de los otros dibujos, las láminas controvertidas podían ser consideradas una crítica a la Iglesia por su apoyo a la guerra, pero eso nada tenía que ver con la ofensa a los sentimientos religiosos. Además, el juez introdujo un argumento técnico, al considerar que el tipo delictivo del § 166 CP alemán exigía que hubiera habido «comentarios insultantes» (*beschimpfende Äußerungen*), y que los comentarios solo podía ser verbales o escritos, pero no representaciones pictóricas. El Ministerio Público impugnó la decisión que llegó al *Reichsgericht*, no sin antes ser causa de un acalorado enfrentamiento político entre miembros de la izquierda y la derecha, llegando a ser objeto de debate en el propio parlamento regional prusiano, donde por vez primera un representante del *Deutsche Volkspartei* describió los dibujos de Grosz no solo como blasfemos, sino como típicos de la basura procedente de los intelectuales judíos de las grandes ciudades²⁰. Al mismo tiempo algu-

¹⁹ Aparecieron publicadas dos versiones distintas de la frase. Una en la edición del 11 de abril de 1929 del *Vorsische Zeitung*, «Die Kunst muß frei sein»; en la versión del *Deutsche Zeitung* de 12 de abril de 1929 la frase fue «Die Kunst is frei»; en ambas se añadía «sie darf nicht in die Zwangsjacke gesteckt werden».

²⁰ «Mehr oder Weniger durch judeten Intellektuellen der Großstädte... auf Markt (brächten)», WHITE, 2007, p. 268, que a su vez cita la reproducción de estas palabras en HUTT. W., *Hintergrund: Mit den Unzuchtigkeits und Gotteslästerungsparagraphen des Strafgesetzbuches gegen Kunst and Künstler*, 1990-1933, Berlin, Henschelverlag, 1990, p. 62.

nas organizaciones de extrema izquierda tomaron la obra de Grosz como estandarte de sus reivindicaciones. Tras muchas dilaciones el *Reichtgericht* rechazó la imputación del artista y el editor por el § 166 CP alemán, aunque ordenó la requisa de las pocas reproducciones de la lámina que quedaban²¹. Posteriormente Grosz fue objeto de la persecución antisemita nazi y su obra «*Christ in a Gasmask*» fue incluida en la exposición *Degenerate Art* de 1937. La pérdida de la confianza en el comunismo y los ataques sufridos por el nazismo, llevaron a Grosz a emigrar a Estados Unidos en 1932; allí en otra colección de dibujos titulada *Interregnum* incluyó una segunda versión del dibujo de Cristo con la máscara de gas, titulado en esta ocasión *Silence!*, que en América, a diferencia de la vez anterior, no dio lugar a controversia alguna.

En las últimas décadas no han desaparecido, ni mucho menos, los ejemplos que ponen en evidencia el enfrentamiento entre la libertad de expresión artística del autor y los sentimientos religiosos de otras personas. Dos casos de los años noventa procedentes de Estados Unidos me interesa destacar especialmente. El primero se refiere a una obra de gran tamaño del fotógrafo Andrés Serrano, denominada *Piss Christ* (1987) que en su apariencia no tenía nada que pudiera ser considerado irreverente, pero que había sido realizada con un material inmerso en orina, y probablemente también sangre y semen, del autor²². El conflicto salió a la luz cuando se dio a conocer que el *National Endowment for the Arts* (NEA) había contribuido con 45.000 dólares a la exposición y difusión de la obra del autor. El resultado fue una ley del Congreso que obligaba a la NEA a subvencionar únicamente las obras que mantuvieran un «*general standard of decency*»²³. La intención de exhibir la obra en 1997 en la *National Gallery* de Victoria en Melbourne provocó el inicio de un proceso contra la Galería, que finalmente fue absuelta²⁴. La exposición fue abierta y el primer día la obra *Piss Christ* sufrió un intento de destrucción; el segundo día la obra fue golpea-

²¹ Para mayores detalles de las vicisitudes del caso WHITE, 2007, pp. 262 y ss.

²² Para algunos críticos en arte, la inmersión en orina nos recuerda que el cuerpo de Jesucristo muerto en la cruz es un cuerpo que sangra y que contiene otros fluidos; además nos remite a la crisis del SIDA, enfermedad que se contagia a través de los fluidos corporales, como la sangre y el semen; además la orina enrojecida era una representación de la sangre infectada (SIMON, 2009, p. 8). Por su parte, FREELAND, 1991, p. 23, pone de relieve que algunas de las obras artísticas más polémicas en los últimos años aluden a la religión, además de a los fluidos corporales; según la autora, la obra artística que utiliza sangre u orina entra en la esfera pública sin el contexto de un significado ritual bien conocido, ni la redención artística a través de la belleza.

²³ En palabras del Senador Jesse Helms, «*If someone wants to write ugly nasty things on the men's room wall, the taxpayers do not provide the crayons*», según recoge KADRI, 2007, p. 30.

²⁴ MORTESEN, 2000, pp. 181 y ss.

da por un menor con un martillo varias veces y la exposición fue clausurada²⁵.

Se planteó una situación similar unos años más tarde, cuando el *Brooklyn Museum of Art* realizó una exposición que incluía la obra de Chris Ofili *Holy Virgin Mary* (1996), en la que la Virgen se mostraba yuxtapuesta a un fondo de contenido claramente pornográfico, lo que provocó la reacción del alcalde de Nueva York, Giuliani, quien decidió multar al museo²⁶. También en esta ocasión la controversia terminó con una decisión judicial que consideró que no era constitucionalmente admisible que las autoridades públicas subvencionaran únicamente el arte que ellas apreciaban adecuado²⁷; pero la polémica significó, por ejemplo, la cancelación de la exposición en otros lugares que habían previsto su exhibición.

Otra obra controvertida por razones religiosas fue la película de M. Scorsese realizada en 1988, «La última tentación de Cristo». Obra de gran belleza técnica y ensalzada por la crítica, la razón básica de la polémica causada fue porque en un momento dado de la película se muestra una supuesta fantasía de Jesús moribundo –cuando éste se hallaba clavado en la cruz, torturado y desangrándose–, acerca de lo que pudo haber sido su vida si en lugar de haber provocado a las autoridades religiosas con su actividad crítica de profeta, por la cual se hallaba crucificado en ese instante, se hubiera decantado por ser un hombre normal, manteniendo su relación amorosa con María Magdalena, casándose y teniendo hijos con ella. El filme sufrió avatares en países católicos diversos²⁸, y llegó a ser objeto central de una sentencia de 5 de febrero de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde esta tuvo que decidir si el Estado de Chile había violado los artículos 13 (libertad de pensamiento y de expresión) y 12 (libertad de conciencia y de religión) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la censura judicial impuesta a la exhibición pública de la citada película. Dicha censura había sido decidida en su día con el argumento de que

²⁵ Puede verse un relato más completo de los hechos, con consideraciones sobre la relación entre el arte y obscenidad, en YOUNG, 2007, pp. 207 y ss.

²⁶ También transcribe KADRI, 2007, p. 30, las palabras del alcalde Giuliani: «*If they think it's important to throw feces at national and religious symbols then they should pay for it themselves*».

²⁷ *National Endowment for the Arts v. Finley*, 524 US 569 (1998); *Brooklyn Institute of Arts and Sciences v. City of New York and Rudolph Giuliani*, United States District of New York, 28 february 2001, 99-CV-6071.

²⁸ Por ejemplo, dio lugar a la sentencia del Tribunal de Venecia de 8 de octubre de 1988, que consideró que no se daba la conducta típica de vilipendio a la religión del Estado tipificada en el artículo 402 CP italiano (que sería declarado inconstitucional posteriormente), por falta de voluntad de ofender. La sentencia fue confirmada por la Corte de Apelación de Venecia en 1989 (COSTA, 2007, p. 52).

resultaba ofensiva a la figura de Jesucristo y a su honra, y por lo tanto afectaba a los creyentes y «demás personas que lo consideran como su modelo de vida». La Corte terminó concluyendo que el Estado chileno, al establecer la censura previa de la película, había violado el artículo 13 de la Convención, pero no el 12 relativo a la libertad de conciencia y religión; señaló que debía modificar su ordenamiento interno en un plazo razonable, permitiendo la exhibición de la película y le condenó a pagar los gastos generados a los demandantes y sus representantes.

El último caso que voy a citar procede de mayo de 2008, el Museo de Arte Moderno de Bolzano, en Italia, exhibió una obra escultórica del artista germano Martin Kippenberger «*Zuerst die FüÙe*» realizada en 1990 que mostraba una rana verde crucificada, con un huevo en su mano izquierda y una jarra de cerveza en la derecha. La controversia provocada por la exposición provocó el envío de una carta del Papa Benedicto XVI a las autoridades de la región, denunciando que la obra «dañaba los sentimientos religiosos de mucha gente que ve la cruz como un símbolo del amor de Dios y de nuestra salvación». El museo no retiró ni la obra ni la exposición, que además tuvo un notable éxito de público²⁹.

2. VALORACIÓN

Aunque los casos descritos tienen matices que los hacen diferentes, no cabe duda de que son buena muestra de la tormentosa relación entre la libertad del artista y lo que la religión considera admisible, sobre todo si esa religión es la dominante y la que, en un contexto social concreto, detenta el poder³⁰.

Es también importante resaltar que en los tres primeros casos la figura del autor de la obra cobró especial relieve a la hora de tomar la decisión final sobre su condena. El ingenio de Veronés, la fama de Goya o la honestidad de propósito moral de Grosz permitieron la salvación de la obra y la ausencia de condena penal de su autor. No pudieron evitar, sin embargo, otras consecuencias igualmente penosas para el protagonista, como el desaliento o el exilio.

²⁹ WANG, p. 1.

³⁰ Permítase traer aquí a colación las palabras literales de COETZEE, 1997 (traducción al español, 2007), en el apartado que rubrica precisamente «Cuando se ofenden los poderosos». «Resulta fácil darse cuenta de la impotencia de una secta religiosa o de una minoría étnica que se hallan en situación de subordinación. Sin embargo, cuando, en el otro extremo, un gobierno nacional, una Iglesia dominante o una clase poderosa resultan ofendidos por una u otra doctrina o representación hasta el punto de que se aplican a suprimirla, ¿cómo puedo afirmar que reaccionan por impotencia?».

Los otros casos más recientes ponen de relieve otros efectos colaterales, como la censura previa, la retirada de exposiciones controvertidas o incluso, el «efecto llamada» que este tipo de controversias produce sobre el artista y su obra, hasta el punto de ser considerado como una especie de mártir que termina sacando partido de su martirio.

Todos ellos muestran el difícil equilibrio al que hacía mención al inicio de este trabajo: el conflicto entre la aceptación social y política de que el artista precisa, por naturaleza, de un grado de libertad creativa, y el deseo visceral de condenar los productos de tal libertad de creación cuando causan especial ofensa a los sentimientos religiosos de otros³¹.

Trataré de redesccribir todo ello en términos jurídicos.

III. EL EQUILIBRIO ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA Y RELIGIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

1. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD ARTÍSTICA Y DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno protegen al máximo nivel tanto la libertad de creación y expresión artística, como la libertad religiosa.

Respecto a la primera hay que hacer notar que en algunos países como Alemania (§ 5.3), Austria (§ 17) o Suiza tras la entrada en vigor de la nueva Constitución en 2000 (art. 21), la Constitución respectiva protege directa y expresamente la libertad de creación artística (*Kunstfreiheit*)³². También lo hace ahora la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, como es sabido, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ha dejado de ser mero *soft law* para pasar a ser considerada Derecho primario europeo, al mismo nivel de los Tratados³³. Según el lapidario tenor del

³¹ En similar sentido, con adición de algún caso que no atañe a la religión, KADRI, 2007, p. 23.

³² También la griega (art. 16), la italiana (art. 33) o la portuguesa (art. 42).

³³ Artículo 6.1. TUE. Ha de recordarse asimismo que el artículo 6.2 ordena la adhesión de la UE al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y que el 6.3 establece que los derechos recogidos en el Convenio formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales. Por su parte, el artículo 52.3 de la Carta establece una regla de coherencia entre ambos textos, según la cual «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

artículo 13 de la mencionada Carta, rubricado «Libertad de las artes y de las ciencias»,

«Las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de cátedra»³⁴.

De forma diversa, en otros ordenamientos como en del Reino Unido³⁵ la libertad de expresión artística se considera incluida en la protección constitucional de la libertad de expresión³⁶. También lo hace así el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos en los siguientes términos³⁷:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.»

En una posición que podemos considerar intermedia entre las dos señaladas se sitúa la Constitución Española. En su artículo 20.1.b, consagra el derecho «A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica», otorgándole autonomía respecto de la libertad de expresión³⁸, en cuyo concepto amplio lo integra, en gene-

³⁴ Sobre las vicisitudes que sufrió el precepto durante la elaboración de la Carta, hasta llegar a la versión final, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, 2008, pp. 299-300.

³⁵ También en EE UU, HUGHEY, 1975, pp. 177 y ss.

³⁶ El artículo 12 de la *Human Rights Act* de 1998 del Reino Unido, relativo a la libertad de expresión, alude en el párrafo 4 al material «periodístico, literario o artístico», y señala que el tribunal encargado de pronunciarse sobre él debe tener poner particular atención en si dicho material tiene o puede llegar a tener utilidad pública y si es o puede ser de público interés que sea publicado.

³⁷ BRITZ, 2004, p. 5.

³⁸ Destaca MINTEGUÍA ARREGUI, 2006, pp. 23 y ss., la escasa atención que el precepto ha merecido a nuestra doctrina, así como el hecho de que tampoco el Tribunal Constitucional haya profundizado en la naturaleza de esta libertad, limitándose a decir en la STC 153/1985, de 7 de noviembre, aplicada a la creación literaria que «no es sino una concreción del derecho... a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones». No obstante la STC 43/2004, de 23 de marzo, afirma lo propio respecto del derecho a la creación y produc-

ral, nuestra doctrina³⁹. Es de resaltar además que tal derecho se halla sometido a idénticos límites constitucionales que esta⁴⁰ y que todas las demás libertades recogidas en el mismo artículo (libertad de cátedra y libertad de información)⁴¹, circunstancia que separa el nuestro del primer grupo de ordenamientos señalados más arriba.

Conviene que nos preguntemos si en todos los casos descritos la protección de libertad artística es idéntica o si, por el contrario, solo existe una protección *tout court* en los sistemas pertenecientes al primer grupo, de modo que la protección de la creación artística encauzada a través de la libertad de expresión resultaría imperfecta. Esta sería la consecuencia lógica si entendemos que la libertad de expresión protege básicamente un discurso racional y tiene un contenido esencialmente político, con lo que su paraguas sería incapaz de proteger suficientemente la creación artística que es, por naturaleza, emocional e irracional⁴². Según otra opinión, sin embargo, la libertad de expresión y opinión debe ser interpretada de modo amplio,

ción científica, si bien añade que «la libertad científica –en lo que ahora interesa, el debate histórico– disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información». Por otro lado, el propio MINTEGUÍA ARREGUI, 2006, pp. 135 y ss, estima que todos los derechos recogidos en el artículo 20 son manifestaciones del derecho de libertad de conciencia, planteamiento que no comparto.

³⁹ Díez-PICAZO, 2005, p. 345, considera que la libertad del arte y de la ciencia forma parte del mundo de la libertad de expresión e información. Añade también que es un derecho de autonomía individual, pues las actividades de creación artística y de investigación científica son esencialmente libres. Además de señalar que la jurisprudencia constitucional sobre el tema es casi inexistente, añade que ello significa que no solo no cabe imponer sanciones por realizar actividades de esta índole, sino que tampoco es posible someterlas a ningún tipo de autorización ni control previo. Por su parte, considera que la libertad de expresión artística es un derivado natural de la libertad de expresión, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 2006, p. 597.

⁴⁰ Cf. artículo 20.4 CE, de conformidad con el cual «*Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*». Como señalan, entre otros, MINTEGUÍA ARREGUI, 2006, p. 192, y JERICÓ OJER, 2012, p. 106, la existencia de este precepto limitador no implica que, en todo caso, en supuestos de colisión el derecho de libertad de expresión tenga que ceder frente al resto de los derechos mencionados, sino que se trata de una «cláusula de advertencia» que pone de manifiesto que estos derechos son los más susceptibles de entrar en colisión con la libertad de expresión.

⁴¹ En realidad, a pesar del tratamiento uniforme que parece darles el artículo 20.4 CE, los límites a los derechos protegidos por el artículo 20 no son idénticos, pues para que una información se entienda constitucionalmente legítima ha de ser «veraz», cosa que no se exige de la expresión; la veracidad –entendida como diligencia y buena fe en la elaboración de la información– es, pues, un límite explícito o positivo (en el sentido de establecido por la Constitución) a la libertad de información, pero que no afecta a la libertad de expresión ni a la libertad de creación artística; en cuanto a la libertad de cátedra, al estar «funcionalizada» al servicio de la actividad docente, tiene más límites que la libertad de expresión (DÍEZ-PICAZO, 2005, pp. 321 y ss.; VILLAVARDE MENÉNDEZ, 2004, p. 128).

⁴² Este tipo de consideraciones estuvieron en la base de la introducción del artículo 21 de la nueva Constitución suiza, al considerar que la protección indirecta a través de la libertad de expresión, existente en el texto constitucional precedente, era insuficiente (DE WERRA, 2001, p. 144). Por estas mismas razones es también insatisfactoria la jurisprudencia vertida hasta ahora por el TEDH en este tema, en la que más adelante me detendré.

incluyendo también la libertad literaria y artística que resultarían así perfectamente cobijadas en el seno de la primera⁴³.

No obstante, se debe señalar que para algunos autores la libertad artística tiene un ámbito de actuación más amplio que la libertad de expresión *lato sensu*, puesto que además de proteger la creación artística en sí misma, protege también su presentación y su producto; así, con la tutela de esta libertad no se protege únicamente a los artistas, sino también a los intermediarios, es decir, a las personas que participan en la difusión de la obra de arte, como pueden ser el propietario de una galería, el representante de un determinado artista, el editor de un libro o el propietario de un cine⁴⁴. Recordaré, no obstante, que en el caso español, como ha quedado transcrito, la protección constitucional en el texto del artículo 20.b CE se limita a la producción y a la creación artística⁴⁵ y no incluye su comercialización o difusión; con todo, conviene recordar que el artículo 44.1 del propio texto constitucional establece, como obligación positiva del Estado, «Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho», lo cual sin duda sí incluye tanto la actividad creativa, como la necesaria para su difusión⁴⁶.

Otra razón que puede llevar a pensar *prima facie* que el primer grupo de ordenamientos protege la libertad artística en una medida superior, es que en todos los textos constitucionales descritos la libertad de expresión resulta expresamente limitada por una serie de razones, mientras que la de expresión artística es, en apariencia, ilimitada. Que tal ilimitación es, sin embargo, aparente se deriva no solo de la afirmación incontestable de que prácticamente ningún derecho fundamental puede tener tal carácter⁴⁷, sino también de

⁴³ En la doctrina española es de esta opinión Díez-PICAZO, 2005, p. 345.

⁴⁴ Argumento barajado por el *Conseil Federal Suizo*, en su *Message relatif à une nouvelle constitution fédérale*, de 20 de noviembre de 1996, p. 166.

⁴⁵ Sin que se pueda obviar tampoco la polémica surgida en nuestra literatura jurídica en torno a si este es el precepto constitucional donde se protege *tout court* el derecho de autor del artista, o si se debe mantener una posición dual que residenciaría en este precepto únicamente los aspectos personales del derecho de autor, dejando los puramente patrimoniales en el artículo 33 CE (por todos, PLAZA PENADÉS, 1997, pp. 235 y ss.).

⁴⁶ Entiende que el artículo 20 1 b) CE consagra el derecho a la creación, emisión y recepción de productos intelectuales, entre otros, MINTEGUÍA ARREGUI, 2006, pp. 95-98; para este autor esta libertad no puede limitarse a proteger la creación de las obras intelectuales en libertad, sino que debe extenderse su protección al proceso comunicativo que se abre tras la finalización de la fase creativa. Ese precepto constitucional, concluye, también debe amparar la divulgación pública de la obra artística o literaria. Por otro lado, no se debe olvidar que el artículo 9.2 CE ordena a los poderes públicos facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural.

⁴⁷ Como muy bien dice VIVES ANTÓN, 1995, p. 409, «en una Constitución democrática no tienen cabida los derechos absolutos», añadiendo que «la conservación del Estado democrático de Derecho es, ante todo, un problema de límites». Aunque el Tribunal Constitucional ha reconocido que pueden darse «contadas excepciones», como la del derecho a

que tanto la doctrina constitucional del BVerfG como la literatura jurídica más conspicua en la materia estiman que, a pesar de esa formal ilimitación, la libertad de expresión artística debe ser considerada en conjunción con otros derechos constitucionales, como el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana⁴⁸. De este modo, cuando hay una interferencia en la dignidad humana, la libertad artística ha de ceder ante otros derechos derivados del derecho general de la personalidad⁴⁹.

Así se deduce también de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea donde, como todos los demás por ella reconocidos, los derechos y libertades del artículo 13 quedan sometidos a los límites generales establecidos en el artículo 52.1 conforme al cual «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás»⁵⁰.

Es interesante resaltar el matiz introducido por nuestra doctrina, en el sentido de que los posibles límites al derecho fundamental de libertad artística se proyectarán, en su caso, sobre la difusión pública de la obra, pero no sobre el proceso creativo, el cual pertenece a un círculo esencialmente privado e individual, no susceptible de generar conflictos con terceros. En cambio, tal cosa sí podrá

no ser sometido a tortura (STC 151/1997). En la doctrina constitucionalista (*vid.* por todos VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2004, pp. 120 y ss) se distingue entre los límites externos a los derechos fundamentales, que son aquéllos creados por el poder público habilitado a tal fin por la Constitución, y los límites internos que, o bien están dispuestos explícitamente en la Constitución, o derivan de la coexistencia de los derechos fundamentales con otras normas de rango constitucional (límites inmanentes o lógicos); estos límites inmanentes son los que en este punto nos incumben.

⁴⁸ BARENDT, 2005, p. 229, citando jurisprudencia constitucional alemana. En este mismo sentido se pronuncia la opinión disidente de los jueces Spielmann y Jebens en el caso del TEDH *Vereinigung Bildener Künstler v. Austria*, al que me referiré posteriormente.

⁴⁹ Sentencia del BVerfG, de 13 de julio de 2007. En el caso se trataba de una novela donde se describían detalles íntimos de la relación amorosa entre una adolescente y el narrador. La demandante era la madre de una niña de 14 años ya fallecida que alegaba la violación del derecho general de la personalidad *post mortem* de su hija, según ella perfectamente reconocible en la descripción de la novela. Según el alto tribunal, decidir si tal infracción se producía o no, habría de ser analizado desde el punto de vista del arte. De este modo una obra (literaria o artística) debe ser vista en primer lugar como una ficción, aunque se base en hechos reales. Incluso en el caso de que los actores hayan servido como modelos de los personajes de la obra, esto no significa que el lector o el espectador les adscriba todas las acciones y características que aparecen en la obra. Una obra (literaria) basada en hecho reales mezcla realidad y ficción. En el caso en cuestión el tribunal no consideró que el derecho de la personalidad de la hija de la actora hubiera sido invadido.

⁵⁰ Al respecto, BRITZ, 2004, p. 7.

sucedir en la comunicación cultural de la obra creada, pues es entonces, cuando el producto cultural se hace público, se divulga o se difunde, cuando hay intereses sociales (además de los individuales) que pueden entrar en colisión con los intereses del arte⁵¹.

En la otra cara de la moneda que juega en el caso Krahe y en muchos otros de similar tenor se ha querido situar el derecho de los presuntos ofendidos a la libertad religiosa. Veamos si esto es efectivamente así.

Es una constatación que todos los textos constitucionales y convencionales relativos a los derechos humanos protegen la libertad religiosa. Así lo hace por ejemplo el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el artículo 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o el artículo 16 CE⁵². Lo que ya no resulta tan evidente es el alcance que ha de darse a tal libertad. Dejando únicamente apuntada la dificultad para determinar qué es y qué no es religión y centrándonos en el espacio europeo con sociedades plurales y estructuras democráticas, existe cierto consenso en aceptar que la libertad religiosa tiene un aspecto individual y otro más institucional. El primero incluye el derecho a creer y a practicar una determinada religión tanto en el ámbito privado como de manera pública, así como el derecho a cambiar de religión o incluso el de no profesar ninguna⁵³. El segundo se centra el derecho del Estado a definir el papel de la religión en la identidad de la colectividad, sin que esto pueda derivar en el menoscabo

⁵¹ MINTEGUÍA ARREGUI, 2006, p. 187.

⁵² 1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

⁵³ Así se desprende también de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en relación con el contenido de la libertad religiosa protegida por el artículo 16, de la que destaca su bifronte dimensión objetiva y subjetiva. Así, la STC 101/2004, de 2 de junio señala que en su dimensión objetiva la libertad religiosa comporta una doble exigencia: primero la neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; segundo el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias. En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene también, según el Tribunal Constitucional, una doble dimensión, interna y externa; citando decisiones anteriores señala, en el primer sentido que la libertad religiosa «garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual», y asimismo «junto a esta dimensión interna, esta libertad... incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros». Se habla también de una faceta positiva y otra negativa de la libertad religiosa; la positiva protege la libertad para tener y manifestar la ideología y creencias que cada persona libremente adopte; la negativa implica que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias (DÍEZ PICAZO, 2005, pp. 237 y ss.).

del pluralismo que caracteriza las sociedades democráticas⁵⁴. Pero es también fácilmente constatable que los textos internacionales de derechos humanos y las constituciones de las democracias más avanzadas no incluyen un derecho explícito a que las creencias religiosas de una determinada persona sean respetadas por los otros, ni a no ser ofendido en dichas creencias⁵⁵; tampoco ese presunto derecho puede considerarse derivación alguna de aquella doble dimensión individual e institucional, con lo que lo más sensato es considerar que tal derecho o sencillamente no existe⁵⁶, o si lo hace, desde luego no entra en el ámbito de protección de la libertad religiosa⁵⁷.

Eso no significa que toda expresión referida a la religión sea lícita, pues como se ha dicho más arriba, todos los derechos fundamentales, también el de libertad artística, pueden estar limitados, entre otras cosas, por los derechos fundamentales de los demás.

A mi juicio, una división útil para entender exactamente cuándo las expresiones ofensivas pueden ser realmente contrarias a la libertad religiosa es la recogida por Ahdar y Leigh, quienes distinguen entre expresiones ofensivas que atacan a la religión y expresiones ofensivas que se dirigen a determinados grupos religiosos⁵⁸. La primera categoría claramente cubre las expresiones antirreligiosas, pero no necesariamente afecta a la libertad religiosa; es cierto que estas expresiones pueden tener motivación religiosa en ocasiones, por ejemplo, cuando se quiere decir que determinadas doctrinas religiosas están equivocadas, son incoherentes, o incluso algo peor; en esos casos sí está implicada la libertad religiosa, pero precisamente la libertad religiosa de quien se expresa en esos términos, situación que es tanto más factible cuando más amplio sea el concepto de religión que se adopte, de modo que si este incluye

⁵⁴ McCREA, 2010, p. 105.

⁵⁵ TAYLOR, 2005, p. 84.

⁵⁶ LETSAS, 2012, p. 242, pone el énfasis en dos consecuencias que se derivarían del reconocimiento de tal derecho: por un lado, que la ofensa a una persona estaría sirviendo para el ejercicio de una acción de naturaleza pública, y no solo para una acción individual; la segunda, que únicamente las ofensas religiosas servirían de detonante de esa acción pública, lo cual no sería extensivo a otro tipo de ofensas (por ejemplo, señala el autor, la ofensa al equipo de fútbol del ofendido).

⁵⁷ Desde luego no se enuncia entre los derechos comprendidos por la libertad religiosa garantizada por nuestra Constitución en el artículo 2 de la LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. Entre los autores españoles, señala RUBIO FERNÁNDEZ, 2006, p. 215 que las ideas o informaciones sobre una determinada religión que choquen, incluso que ultrajen, a sus creyentes no son por sí mismas violaciones de la libertad religiosa. Por el contrario, califica los sentimientos religiosos de «auténtica secuela de la (expresada) libertad de religión», MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 2006, p. 597.

⁵⁸ AHDAR/LEIGH, 2005, p. 364.

creencias como el humanismo y el ateísmo, las posibilidades de conflictos de este tipo se incrementan notablemente⁵⁹.

Sin embargo, cuando las expresiones ofensivas se dirigen a grupos religiosos, sobre todo minoritarios, que son atacados u ofendidos por sus particulares creencias o prácticas, su libertad religiosa sí puede ser potencialmente amenazada, sobre todo cuando los ataques son graves e incitan a la confrontación entre comunidades. No obstante, este tipo de ataques están mucho más ligados al racismo (ataques antisemitas, contra el Islam, etc.) y al odio religioso, que a situaciones que puedan y deban ser reconducidas a imputaciones de blasfemia, escarnio o similares⁶⁰, por lo que quedan fuera de este trabajo⁶¹.

2. LA IMPORTANCIA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y, ESPECIALMENTE, LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA. EL CONCEPTO DE ARTE

Como ya he recordado más arriba, la libertad de expresión en sus diferentes modalidades, incluida la expresión artística, está considerada una libertad fundamental en todos los textos internos, supranacionales e internacionales que protegen los derechos humanos.

Numerosos son los argumentos barajados por filósofos y juristas para justificar la alta protección que ha de merecer en cualquier sociedad evolucionada la libertad de expresión. De entre ellos, cuatro son a mi juicio especialmente destacables⁶². El primero puede ser denominado argumento del descubrimiento de la verdad y se trata de la justificación más antigua de la libertad de expresión. Aunque se pueden rastrear precedentes más remotos, está basada en los postulados de J.S. Mill, según el cual la verdad como mejor emerge es con el debate sobre las ideas, para lo cual resulta imprescindible que la libertad de expresión no contenga restricción alguna. El segundo es el argumento de la plenitud individual; a tenor de este, un individuo no se desarrolla plenamente en el plano moral e intelectual si no es libre para acceder a las ideas y debatir libremente sobre ellas, de modo que cualquier restricción sobre lo que pode-

⁵⁹ En el caso que dio origen a este trabajo, la libertad religiosa violada sería la de J. Krahe y no la de los demandantes.

⁶⁰ AHDAR/LEIGH, 2005, p. 365, quienes además ponen de manifiesto que el TEDH, del que me ocuparé inmediatamente, incurre en la confusión entre ambos tipos de ataques.

⁶¹ En este tipo de casos, como señala LETSAS, 2012, p. 243, el hecho de haber sido ofendido en los sentimientos religiosos es incidental y no constitutivo de la explicación normativa que justifica la acción penal.

⁶² BARENDT, 2005, pp. 7 y ss.; FENWICK, 2011, pp. 300 y ss.

mos decir, escribir, oír o leer, inhibe nuestra personalidad y nuestra capacidad de crecer intelectualmente. El tercero sería el argumento de la participación en democracia y es el más utilizado en la actualidad⁶³; en su versión más extendida esta justificación viene a decir que sin libertad de expresión los ciudadanos no pueden acceder a todas las opciones políticas y, en consecuencia, la democracia no puede funcionar, razón por la que ocupa una posición preferente entre los derechos humanos⁶⁴. Así entendida parece que el argumento sólo sería válido en relación con la libertad de expresión de corte político, lo que dejaría poco margen a la libertad científica, literaria o artística. Finalmente, el cuarto argumento es, a diferencia de los anteriores, puramente negativo: dada la natural tendencia del poder (político, religioso, etc.) a reprimirla, debe asegurarse constitucionalmente el respeto a la libertad de expresión como mejor garantía de indemnidad.

Las dos primeras justificaciones de la libertad de expresión, que tienen un fuerte componente individual, han sido destacadas en particular como argumentos a favor de la libertad de expresión artística⁶⁵. Ello no impide, sin embargo, que se resalte también el beneficio social que genera la producción artística, en la medida en la que la creatividad es un ejercicio particularmente noble y humano y en sus mejores expresiones conduce a los demás a las más altas cotas de emoción y placer, contribuyendo con ello el desarrollo de la civilización⁶⁶. Además es un revulsivo para el pensamiento dominante y, en ese sentido, un componente crítico esencial de la sociedad democrática⁶⁷, lo que entroncaría con el tercer argumento señalado.

Todo ello me obliga a preguntar qué es el arte, cuestión cuya resolución queda más allá de mis capacidades y sobre la que apenas podré dar unos apuntes escasamente rigurosos. Dejo constancia, eso sí, que no me estoy preguntando qué es el arte para el derecho, toda vez que no existe una unívoca precomprensión del arte en el mundo jurídico y que puede que nada o muy poco tenga que ver

⁶³ Está basado inicialmente en el escritor americano A. MEIKLEJOHM, cuyas obras proceden de mediados del siglo XX.

⁶⁴ Es la tesis que asumió desde su inicio el Tribunal Constitucional español, que ya en su STC 12/1982, de 31 de marzo justificaba la preeminencia de las libertades de expresión e información porque constituirían «la garantía de una institución política fundamental que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático». De modo reiterado el penalista VIVES ANTÓN, también magistrado del Tribunal Constitucional, ha puesto de relieve cómo esa aparente posición preferente, lejos de reforzar estas libertades, las ha desnaturalizado colocándolas al borde del colapso; así por ejemplo, en 1995, pp. 404 y ss.

⁶⁵ KEARNS, 2010, p. 95.

⁶⁶ KEARNS, 2010, p. 95; en nuestra doctrina DíEZ-PICAZO, 2005, p. 345.

⁶⁷ BRADNEY, 1993, p. 94, entre muchos otros.

el concepto de arte, por ejemplo, a efectos fiscales o incluso de propiedad intelectual, con el que aquí tratamos de dilucidar con el fin de intentar comprender el alcance de la protección jurídica de la libertad de expresión artística. Además, de conformidad con los teóricos del arte, el concepto de arte es necesariamente autónomo y no puede ser aprehendido por el derecho⁶⁸, ya que si este lo hace no respeta la radical independencia del arte⁶⁹.

Superadas, por insuficientes, variadas teorías que intentan mostrar con afán totalizador qué es arte (las bellas artes)⁷⁰, en su visión postmoderna, o este escapa a cualquier intento de definición o aquellas que se proponen son puramente tautológicas: arte es lo que hace un artista o arte es lo que se exhibe en una galería de arte, lo que es comprado por museos o galerías y sobre lo que se escribe en las revistas especializadas. Esta última es la llamada definición institucional, que permite incluir el arte conceptual, el representativo u otras modalidades de expresión artística que no tienen previa definición⁷¹. La vaguedad del término ha alcanzado ya tales cotas que se ha llegado a afirmar, no sin cierto cinismo, que «arte ha venido a significar ya tantas cosas que ya no significa nada»⁷².

No obstante, existe un cierto acuerdo en considerar que una de las múltiples funciones que puede cumplir el arte es provocar a través de nuevas visiones artísticas del mundo y con ello cuestionar las reglas establecidas⁷³. Evidentemente tal característica hace chocar la obra artística con el carácter esencialmente conservador del derecho. El arte es una fuerza dinámica. Se ha dicho que la

⁶⁸ KEARNS, 2010, p. 95; DE WERRA, 2001, p. 144

⁶⁹ KEARNS, 1998, p. 176. Por ello un juez o cualquier otro aplicador del derecho no es quien para decir qué es y qué no es arte.

⁷⁰ Una exposición breve pero esclarecedora para los legos de las teorías básicas sobre el arte, con mención expresa de la teoría del ritual, teoría del gusto y la belleza, la teoría de la imitación, y de las teorías que hacen hincapié en la comunicación, ya sea para fines de expresión, ya de cognición, puede verse en FREELAND, 2006, *passim*. En particular, sobre la relación entre la belleza y el arte, es muy recomendable –y de gran belleza– la consulta del libro de UMBERTO ECCO, *Historia de la Belleza*, trad. Española de M. Pons, Lumen, 2004 y sigue siendo de interés la lectura del conocido texto de LEON TOLSTOI «Qué es el arte», donde se analizan los profundos vínculos entre arte, moral, belleza y verdad.

⁷¹ ELKINS, 2004, p. 1. La teoría institucional del arte tiene su origen en los trabajos de los filósofos A. Danto y G. Dickie, elaborada, sobre todo a partir de ciertas obras de Andy Warhol (FREELAND, 2006, pp. 66 y ss.)

⁷² FREELAND, 2006, p. 214, poniéndolo en boca del artista medioambiental Robert Irwin.

⁷³ Entonces, como dice LETSAS, 2012, p. 256, si la provocación es constitutiva de un tipo valioso de arte, no se debe penalizar a las personas que tratan de producirla. Ello nos obliga a reflexionar sobre el uso la fuerza coercitiva del Estado para obligar a algunas personas a abandonar una práctica éticamente valiosa porque a otros les resulta objetable; como dice el autor citado, tal uso de la fuerza colectiva no cuadra con la exigencia de los Estados liberales de tratar a los ciudadanos como libres e iguales, y como responsables de elegir sus propios ideales éticos.

honestidad del arte es únicamente la sinceridad de la imaginación; por ello tratar la obra artística como cualquier otro objeto y decir que es obscena o blasfema es desconocer la naturaleza del arte⁷⁴. El arte requiere una observación sobria y además una respuesta contemplativa igualmente sobria. Decir que «esto me molesta» es decir algo en el ámbito de la respuesta personal, más que decir algo sobre la falta de adecuación del arte o su culpabilidad. No pocos teóricos del arte estiman que la respuesta adecuada a la reacción de «esto me molesta» hubiera debido ser «esto debe haber sido hecho para provocar» (reflexiva), y no interponer una acción judicial como respuesta al choque emocional del espectador⁷⁵. El arte es una opción para el espectador, nunca una imposición⁷⁶.

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN TORNO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, EN SU MANIFESTACIÓN DE CREACIÓN ARTÍSTICA Y LA LIBERTAD RELIGIOSA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema del conflicto entre arte y religión. Varias son las decisiones vertidas al respecto, aunque las dos primeras que voy a tratar son sin lugar a dudas las más conocidas.

Probablemente el caso más importante sobre la materia que ha llegado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el *Otto-Pre-minger Institut v. Austria*⁷⁷. El problema surgió por la emisión de una orden de retirada de la película *Das Liebeskonzil* (Consejo en el Cielo) de W. Schroeter, que el Instituto en cuestión pretendía proyectar en su sede, en la ciudad de Innsbruck.

⁷⁴ Como señala BRENT PLATE, 2006, p. 50 ninguna obra de arte es blasfema por sí misma, ha de ser declarada como tal por una autoridad política o religiosa, a pequeña o a gran escala; de hecho, hay numerosos ejemplos en los que una obra ha sido exhibida sin ningún problema en un lugar y sin embargo ha causado controversia en otro. La imagen, para ser blasfema necesita de ambos, del artista y del acusador.

⁷⁵ KEARNS, 1998, p. 177; este mismo autor insiste en p. 205 en que el arte no es necesariamente lógico y hay algo siempre en él que escapa a toda definición. Si uno puede definir completamente una obra de arte, es que no es una obra de arte: una pila de ladrillos es siempre una pila de ladrillos. El arte es creativo, no destructivo, es la antítesis de la destrucción. Promueve ideas pero no puede ser violenta u obscena o blasfema, aunque pueda comunicar ese tipo de sensaciones. El arte no es racional, en cierta medida es como la fe, existe en la mente subjetiva (del artista), aunque a diferencia de la fe, siempre tiene una forma externa concreta. El arte es un punto medio entre la mente y el espíritu, es una cosa pero no es una cosa, es algo más que una cosa.

⁷⁶ KEARNS, 1998, p. 27

⁷⁷ STEDH de 24 de septiembre de 1994.

La película se basaba en una obra satírica de Oscar Panizza, publicada en 1894⁷⁸. Esta partía de la asunción de que la sífilis había sido el castigo de Dios por la fornicación del hombre y por la perversión en el tiempo del Renacimiento. La película empieza y termina con una caracterización del juicio contra Panizza por blasfemia en 1895; escenifica la representación de la obra en el Teatro Belli de Roma, que muestra a Dios como un anciano postrado ante el diablo y Jesús se representa como un retrasado mental, besando los pechos de su madre. Dios, Jesús y la Virgen están de acuerdo en castigar al mundo; por su parte el diablo sugiere infestar al mundo con una enfermedad de transmisión sexual; como recompensa pide la libertad de pensamiento. Aparte de satirizar aspectos de las creencias religiosas, la película explora la idea de los límites de la libertad artística, explícitamente en relación con el juicio, e implícitamente (en el contexto del juicio) en el caso de la obra. El anuncio de la proyección que se iba a realizar a las diez de la noche (salvo en una de las seis exhibiciones que sería a las cuatro de la tarde), también incluía la mención de que el film, de acuerdo con la normativa regional, estaba prohibido para menores de diecisiete años.

Por requerimiento de la diócesis de la Iglesia Católico-Romana de Innsbruck, se inició un procedimiento penal contra el director del Instituto Otto-Preminger, el Sr. Zingl, por «desprecio a las doctrinas religiosas», tipificado en el artículo 188 del CP austriaco. Después de un pase privado de la película, el juez dictó una orden de retirada, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelación al considerar que la libertad artística estaba necesariamente limitada por los derechos de otros a la libertad de religión y por el deber del Estado de salvaguardar una sociedad basada en el orden y la tolerancia. En la sucesiva decisión, el Tribunal Regional ordenó la incautación de la copia del film. El recurso de Sr. Zingl fue desestimado. La solicitud por parte del Ministro de Educación, Arte y Deportes, pidiendo al Abogado General que declarara nula la decisión fue igualmente desestimada. El caso fue llevado al Tribunal por la Comisión Europea de Derechos Humanos que alegó la violación del artículo 10 de la Convención Europea. Al preguntarse si la interferencia era necesaria en una sociedad democrática para proteger la libertad de religión recogida por el artículo 9, la Comisión tuvo en cuenta el papel de las obras de arte en una sociedad democrática y recogió las palabras

⁷⁸ Que ya había provocado la condena por blasfemia de su autor, penado en 1985 con doce meses de cárcel, según ilustra LETSAS, 2012, p. 244.

de otra decisión anterior⁷⁹, según la cual «aquellos que crean, representan, exhiben o distribuyen obras de arte contribuyen al intercambio de ideas y opiniones lo cual es esencial en una sociedad democrática. De ahí la obligación del Estado de no usurpar su libertad de expresión»⁸⁰. La Comisión consideró que el recurso a ciertos métodos artísticos (sátira o caricatura) no justificaban la prohibición o la restricción de una obra de arte, incluso tratándose de religión, y que «una completa prohibición que excluya la posibilidad de discutir el mensaje del film debe ser considerada una medida desproporcionada»

El Gobierno austriaco mantenía, y el Tribunal aceptó, que la retirada e incautación estaban dirigidas a proteger «los derechos de otros» en los términos del artículo 10 (2) de la Convención y que por tanto no había habido violación del precepto. El Tribunal consideró que la forma en la que las doctrinas religiosas son negadas o contradichas era una cuestión perteneciente a la responsabilidad del Estado, y que era también su responsabilidad asegurar el pacífico goce del derecho reconocido en el artículo 9 de la Convención. El Tribunal estimó que si bien el derecho a la libertad de expresión era aplicable no solo a la información o a las ideas inofensivas o que causan indiferencia, sino también a las que ofenden o molestan al Estado o a un sector de la población⁸¹, la responsabilidad de los que la ejercen incluye la obligación de evitar, en la medida posible, expresiones que sean gratuitamente ofensivas para otros, que supongan una infracción de sus derechos y que no contribuyan de ninguna forma a un debate capaz de hacer progresar a la humanidad («*and which therefore do not contribute to any form of public debate capable of furthering progress in human affairs*»), lo cual parecía ser ya toda una declaración de principios⁸².

A continuación el Tribunal apuntó la falta de una concepción uniforme en Europa sobre el significado de la religión en la sociedad, llegando a la conclusión de que no era posible dar una definición comprensiva de lo que constituye una interferencia permisible con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión cuando esta se dirige contra los sentimientos religiosos de otros, por lo que estimó que se debía dejar un margen de apreciación a los Estados res-

⁷⁹ *Müller and others v. Switzerland*, de 24 de mayo de 1988,

⁸⁰ Las mismas palabras y consideraciones se recogen en la más reciente STEDH de 25 de abril de 2007, *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria*.

⁸¹ Afirmación que proviene de la STEDH *Handyside v. U.K* (1976)

⁸² La distinción entre los insultos gratuitos y las expresiones provocativas que contribuyen al debate público, ha sido recogida en casos posteriores del propio TEDH en los que determinadas expresiones pueden ofender las creencias religiosas, como *I.A. v. Turkey* y *Giniewski v. France*.

pecto a la extensión de la interferencia necesaria. Consideró, no obstante, que la necesidad de la restricción debía ser convenientemente establecida.

El Tribunal entendió que en el caso se producía un conflicto entre dos libertades fundamentales recogidas en la Convención: la libertad de expresión por un lado, y la libertad religiosa, por otro. Con este planteamiento, aceptó el punto de vista de las autoridades austriacas, según el cual la ofensiva naturaleza del film no quedaba superada por sus méritos artísticos y dejó al Gobierno austriaco un amplio margen de apreciación para determinar las medidas necesarias para limitar la libertad de expresión a la luz de la situación local, tomando en consideración que la religión católica era la dominante en la región del Tyrol. El Tribunal no dio una razón específica para entender que las medidas de incautación y retirada de la película habían estado adecuadamente establecidas, simplemente consideró que las autoridades austriacas no habían sobrepasado su margen de apreciación y no apreció la violación del artículo 10 de la Convención.

La sentencia contó con la opinión disidente de tres de los nueve jueces. En ellas estaban presentes algunos de los criterios mantenidos por la Comisión. Así, además de entender que el margen de apreciación del Estado para permitir límites a la libertad de expresión no debe ser tan amplio y que, desde luego, el tribunal no está legitimado para decidir si una obra de arte en concreto contribuye al debate público capaz de favorecer el progreso humano, los jueces disidentes afirmaron que el artículo 9 de la Convención donde se consagra la libertad religiosa no garantiza el derecho a la protección de los sentimientos religiosos; en cambio, sí incluye el derecho a expresar puntos de vista críticos sobre las opiniones religiosas de otras personas. Ello no significa, según la opinión disidente, que pueda ser legítimo, para los propósitos del artículo 10, proteger los sentimientos religiosos de ciertos miembros de la sociedad limitando la libertad de expresión; esto solo justificaría medidas del Estado que fueran «proporcionadas al fin legítimo perseguido», lo cual implica que no se debe tomar una medida limitativa cuando sea posible otra menos restrictiva. En su opinión, las cautelas tomadas para la exhibición de la película (lugar, horario, prohibición de entrada a menores de diecisiete años, etc.) suponían protección suficiente de los sentimientos religiosos de otros, por lo que la retirada e incautación no era una medida justificada.

La sentencia del Caso *Otto-Preminger Institut v. Austria* ha sido muy criticada por la literatura jurídica⁸³, en general más conforme con los argumentos de la Comisión y del voto disidente⁸⁴.

Varias son las razones que justifican la crítica a la decisión⁸⁵. La afirmación según la cual la película no contribuía de ninguna forma a un debate capaz de hacer progresar los asuntos humanos supone una falta de entendimiento del principio de autonomía moral que exige que los ciudadanos sean libres no solo para elegir ver, por ejemplo, determinadas obras de arte consagrado, sino para decidir por sí mismos si tienen o no tienen valor artístico. Además supone una interferencia del Estado sobre lo que tiene o no tiene relevancia para el progreso humano que no es legítima, en la medida en que niega el derecho de todos los ciudadanos a participar como iguales en la conformación de ese mismo progreso, al menospreciar y desvalorizar determinados puntos de vista éticos o estéticos; tal planteamiento resulta totalmente incompatible con una democracia que considere a todos sus ciudadanos libres e iguales.

Desde otro punto de vista, la mencionada afirmación evidencia una absoluta falta de valoración de todo lo que no sea argumentación racional, olvidando de nuevo que el arte no tiene por qué serlo y que habitualmente no lo es⁸⁶.

La sentencia también muestra una falta de comprensión de la naturaleza de la libertad de expresión y de su justificación a través del más arriba referido «argumento de la verdad», pues excluye la posibilidad de que el mensaje de la obra pueda ser considerado en el futuro un producto exitoso en el mercado de las ideas. Claramente ni el TEDH ni ningún otro tribunal tienen capacidad para decidir sobre el valor artístico de la película, ya que responder a la pregunta sobre qué es arte y qué no es arte queda fuera de la competencia de los tribunales de justicia.

Además, atacando la forma de disentir de las ideas religiosas establecidas, la decisión del Tribunal, a diferencia de la opinión de la Comisión y de la de los jueces disidentes, no entiende la natura-

⁸³ Incluida, por supuesto, la española. Así Díez-PICAZO, 2005, p. 241, la menciona como paradigma de lo que califica como «decisiones inquietantes», puesto que en el fondo lo que afirman es que la manifestación de ciertas creencias, odiosas para una amplia mayoría de la sociedad, puede ser limitada para proteger las creencias mayoritarias o, con más precisión, para proteger la tranquilidad moral de la mayoría. Tampoco comparte el criterio del TEDH, RUBIO FERNÁNDEZ, 2006, pp. 217-219.

⁸⁴ No sin excepciones, por supuesto. Así, entre los autores españoles, muestra su conformidad con el criterio del TEDH tanto en esta decisión como en el caso *Wingrove v. UK*, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 2006, p. 602.

⁸⁵ FENWICK, 2011, p. 489.

⁸⁶ Como reconoce LETSAS, 2012, p. 252, las representaciones provocativas y satíricas de objetos y doctrinas religiosos no requieren mantener determinados puntos de vista sobre la política y la cultura, ni sobre el papel que en ellas tiene la religión.

leza del trabajo artístico, que a menudo usa técnicas como la sátira para tener un impacto mayor en el público. De esta manera contradice la propia declaración del TEDH según la cual el artículo 10 de la Convención protege no solo la sustancia de las ideas y la información, sino también la forma en que son transmitidas.

A mayores, la sentencia es insatisfactoria en sus propios términos técnicos, pues, planteando equivocadamente la cuestión como un conflicto de derechos entre la libertad de expresión y la libertad religiosa, se limita a considerar adecuada la limitación a la primera realizada por el Estado, sin hacer una estricta evaluación sobre si la restricción estaba o no convenientemente establecida y era proporcionada, lo que dadas las circunstancias del caso resultaba muy difícil de mantener⁸⁷.

Pero sobre todo, y a mi juicio esto es lo más importante, la sentencia yerra al razonar sobre la base del conflicto de derechos entre libertad de expresión y libertad religiosa. Se equivoca porque considera que las medidas de retirada e incautación de la película eran proporcionadas, cuando evidentemente había medidas menos restrictivas de la libertad de expresión que podrían haber sido tomadas (y de hecho algunas fueron tomadas por el Instituto) para proteger los sentimientos de los católicos de la zona; pero sobre todo el TEDH se equivoca cuando implícitamente estima que la libertad religiosa protege el derecho a no ser insultado sobre las propias ideas religiosas, haciéndolo además sin ningún tipo de argumentación⁸⁸. Como ya he apuntado, según la opinión mas extendida y que comparto, ese derecho no forma parte del halo reconocido en el artículo 9 de la Convención⁸⁹. Es más, ni siquiera creo que, a pesar de que así lo haya afirmado el propio TEDH en el caso *Murphy v. Ireland* de 3 de diciembre de 2003⁹⁰, pueda defenderse sensatamente que tal derecho a no ser insultado u ofendido en las propias ideas religiosas constituya *per se* un límite derivado de los derechos y responsabilidades que impone el ejercicio de la libertad de expresión y mucho menos aún la libertad de expresión artística. No hay fundamento alguno que justifique el derecho a no ser insultado

⁸⁷ Pues como señala LETSAS, 2012, p. 247, posiblemente había maneras más proporcionadas de ponderar ambos derechos.

⁸⁸ Como pone de manifiesto BARENDT, 2005, p. 192; también TAYLOR, 2005, p. 87.

⁸⁹ BARENDT, 2005, p. 192; también TAYLOR, 2005, p. 87; MCCREA, 2010, 138; LETSAS, 2012, pp. 244 y ss.

⁹⁰ «*The Court recalls that freedom of expression constitutes one of the essentials foundations of a democratic society. As paragraph 2 of Article 10 expressly recognizes, however, the exercise of that freedom carries with it duties and responsibilities. Amongst them, in the context of religious beliefs, is the general requirement to ensure the peaceful enjoyment of the rights guaranteed under Article 9 to the Holders of such beliefs including a duty to avoid as far as possible an expression that is, in regard to objects of veneration, gratuitously offensive to others and profane*».

tado en las propias creencias religiosas, ni a que este tipo de creencias o sentimientos reciban un trato preferente respecto a otras creencias o sentimientos, de tipo político, ideológico, deportivo o musical, por poner algunos ejemplos. Más bien al contrario, como señala Letsas, la moralidad de los derechos humanos como límites igualitarios al uso de la fuerza colectiva, otorga fuertes argumentos contra el reconocimiento de tal derecho privilegiado⁹¹. Si tal derecho no existe, ya no hay conflicto posible y todo el razonamiento del TEDH resulta profundamente equivocado.

En resumen, la sentencia *Otto-Preminger Institut* es una decisión poco convincente, poco justificada desde el punto de vista teórico y que está muy por debajo de la jurisprudencia sobre la libertad de expresión del propio TEDH⁹².

A pesar de las abundantes críticas, el mismo razonamiento de la *Sentencia Otto-Preminger Institut* fue utilizado posteriormente en el caso *Wingrove v. UK* de 25 de noviembre de 1996. En esta ocasión el TEDH tuvo que decidir si el rechazo del órgano administrativo competente para conceder la licencia necesaria para su comercialización al video de N. Wingrove titulado «*Visions of Ecstasy*», constituía o no una violación del artículo 10 de la Convención. La película mostraba visiones eróticas experimentadas por S. Teresa de Ávila, en parte de las cuales estaba implicada la figura de Jesucristo crucificado. La negativa a otorgar la licencia, y por tanto la prohibición de exhibición y comercialización del vídeo, se basó en el argumento de que si otorgaba el certificado, su autor podía ser imputado por «*blasphemous libel*».

La Comisión entendió que había habido violación del artículo 10 de la Convención, pero el Tribunal estimó mayoritariamente que la restricción estaba amparada por la ley. Según la sentencia, el rechazo del certificado tenía el fin de proteger los derechos de otros en los términos del artículo 10.2 y estaba en consonancia con el artículo 9 que protege la libertad religiosa. El hecho de que la ley inglesa sobre blasfemia solo protegiera las religiones cristianas y más en concreto, la de la Iglesia de Inglaterra, no fue considerado relevante para el caso. Al analizar la necesidad y proporcionalidad de la restricción, la Corte consideró que el margen de apreciación permitido a los Estados podía ser más estrecho en el ámbito de la expresión política, pero podía ser más amplio cuando ofendía las convicciones personales e íntimas relativas a la moral o, especialmente, a la religión; se basaba en que no había todavía suficiente consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa para

⁹¹ LETSAS, 2012, p. 257.

⁹² En tal sentido, KEARNS, 2010, p. 91.

decidir si las normas sobre blasfemia eran innecesarias en una sociedad democrática y por tanto incompatibles con la Convención⁹³. Por todo ello el TEDH entendió que la decisión de no otorgar la licencia al vídeo no podía ser considerada arbitraria o excesiva y que las autoridades nacionales no habían superado el margen de apreciación permitido, por lo que no había habido violación del artículo 10 de la Convención.

También en esta ocasión hubo votos particulares, aunque aquí tanto concurrentes como disidentes. En la concurrente opinión del juez Pettiti, entendió este que el artículo 9 de la Convención no venía al caso y no debía ser invocado, si bien a la misma conclusión de la sentencia se hubiera llegado invocando únicamente el artículo 10 (2) con base en argumentos como la profanación de símbolos o el perjuicio al orden público. La opinión disidente del juez Meyer cuestionaba la necesidad de las normas sobre blasfemia. Por su parte la del juez Lohmus criticaba el paternalismo de la decisión al proteger preventivamente a miembros de la sociedad que todavía no habían manifestado su opinión sobre el film; añadía también que el propio TEDH había considerado que las garantías del artículo 10 de la Convención eran aplicables no solo a las informaciones que tuviesen un impacto favorable o inofensivo en la población, sino también a aquellas que pudieran ser chocantes u ofensivas, considerando sobremanera que las expresiones artísticas se comunican frecuentemente a través de imágenes y situaciones que pueden chocar o herir los sentimientos de una persona de sensibilidad media. Además criticaba que el TEDH hubiera dicho que el margen de apreciación de los Estados para establecer límites a la libertad de expresión era en unos casos estrecho y en otros mucho más ancho, sin establecer al mismo tiempo los principios que habían de determinar dicho margen.

Sin duda la sentencia *Windrove* está muy inspirada en la precedente *Otto-Preminger*, por lo que no resulta extraño que haya sido objeto de críticas similares a las vertidas sobre esta. Así, se ha dicho⁹⁴ que revela un extraño déficit en un tribunal de derechos humanos sobre la comprensión del peso y significado de la libertad de expresión. Sin duda la completa prohibición de una película es muy difícil de defender si se le da alguna importancia al principio de autonomía moral. Falla además la sentencia en la comprensión

⁹³ A pesar de que la propia sentencia del TEDH incluía la constatación de que si bien la penalización de la blasfemia se mantenía en varios países de Europa, su aplicación era extraordinariamente rara, además de que era en algunos casos discriminatoria con algunas creencias religiosas y no parecía el mecanismo más adecuado para tratar con cuestiones de fe y creencias (n. 57)

⁹⁴ FENWICK, 2011, p. 490.

del valor de la disidencia en las sociedades democráticas, en este caso para poner de manifiesto formas de ver el fenómeno religioso. Además, poniendo tanto énfasis en el tipo de representación, muestra una lectura que restringe la iniciativa artística, poniendo trabas al libre debate de las ideas e impidiendo, o al menos restringiendo de forma muy importante, que se alcancen nuevos resultados en términos de exploración artística. En resumen, está tan pobremente argumentada como su precedente y por ello hace dudar seriamente sobre la adecuación de su decisión final⁹⁵.

La siguiente decisión que me interesa destacar es el caso *I.A. v. Turkey*, de 13 de septiembre de 2005. No está en causa en ella la libertad artística en sentido estricto, aunque sí la libertad de expresión literaria⁹⁶. El propietario y director de una editorial había sido condenado en Turquía por la publicación de un libro de un autor que vertía sus puntos de vista teológicos y filosóficos, de corte escéptico e incluso ateo, en forma novelada. Después de solicitar la opinión de dos informes de expertos teólogos procedentes de universidades del país, el editor fue condenado a dos años de prisión, pena posteriormente conmutada por una multa equivalente a 16 dólares por haber cometido un delito de blasfemia tipificado en el artículo 175 del CP de Turquía. En esta ocasión el TEDH vuelve a recoger la doctrina de los dos casos precedentes, y considera que se trata de un supuesto de conflicto de intereses en el ejercicio de dos libertades fundamentales, por un lado el derecho del recurrente a dar publicidad a sus puntos de vista en materia religiosa y por otro el derecho de otros al respeto de su libertad de pensamiento, conciencia y religión. Añade que aquellos que deciden ejercitar su libertad de manifestar su religión, sean miembros de una mayoritaria o de una minoritaria, no pueden esperar razonablemente no ser objeto de crítica alguna. Deben aceptar y tolerar que otros nieguen sus creencias religiosas e incluso la propagación por otros de ideas hostiles a su fe. Sin embargo, la Corte estimó que el libro cuestionado no contenía únicamente comentarios ofensivos u opiniones provocativas, sino también ataques abusivos contra el profeta del Islam, y que sobre todo en algunos de sus pasajes, los creyentes podían considerarse legítimamente ofendidos⁹⁷. Añade además

⁹⁵ BARENDT, 2005, p. 192, en relación a ambas sentencias del TEDH.

⁹⁶ Pone de manifiesto MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 2006, pp. 599-600, como el TEDH trata con mayor dureza las expresiones gráficas que cuando se trata de críticas a través de la palabra, efecto que el autor atribuye a lo que denomina «la fuerza de las imágenes».

⁹⁷ La sentencia transcribe, concretamente, los siguientes pasajes «*Some of these words were, moreover, inspired in a surge of exultation, in Aisha's arms.... God's Messenger broke his fast through sexual intercourse, after dinner and before prayer. Muhammad did not forbid sexual intercourse with a dead person or a live animal*».

que las medidas penales adoptadas por el Estado eran razonables y proporcionadas; lo primero, porque había sido tenida en cuenta la presión social ("*the measure may reasonably be held to have met a pressing social need*"); lo segundo porque no se había ordenado la retirada del libro y la multa impuesta era insignificante.

A todas las críticas sobre los dos casos anteriores, debemos sumar en este las de los dos últimos argumentos, el primero de los cuales también está presente de alguna manera en el caso *Otto Pre-minger*. Parece claro que al valorar la presión social como un argumento que justifica la mayor intervención del Estado en la libertad de expresión sobre cuestiones religiosas, la Corte está claramente discriminando no solo a quienes no comparten ideas de este tipo, sino también a las religiones minoritarias, cuya presión social es, evidentemente, mucho menos intensa que la de la religión «oficial» o tradicional de un determinado país, por hipótesis, mayoritaria. Respecto a la proporcionalidad de la medida, lo ridículo de la multa no puede servir para justificar una decisión injusta; sí lo era, la multa también, fuera cual fuera su cuantía⁹⁸; aunque tengo que reconocer que el montante de la multa puede tener relevancia ante el llamado efecto de desaliento en el que me detendré más adelante.

De nuevo en este caso hubo opiniones discrepantes de la decisión mayoritaria. Los jueces Costa, Cabral Barreto y Jungwiert vuelven a recordar la frase tantas veces repetida, procedente de la sentencia *Handyside v. United Kingdom* de 7 de diciembre de 1976, según la cual la libertad de expresión es aplicable no solo a las ideas que se reciben de modo favorable o que son inofensivas, sino también a las que chocan, ofenden o molestan al Estado o a un sector de la población, señalando que tal afirmación debe inspirar las decisiones de la Corte. Entienden que en una sociedad altamente religiosa, como es la turca, donde hay relativamente pocos ateos materialistas, este punto de vista puede fácilmente chocar y ofender a la mayoría de la población, si bien eso no es suficiente razón para condenar al editor de un libro ofensivo, so pena de dejar privada de todo efecto la reiterada frase del caso *Handyside*. Entienden también que efectivamente, algunas frases del libro, como las reproducidas en la sentencia, pueden ofender profundamente a los musulmanes, pero esas frases no pueden tomarse de manera aislada y no justifican la condena de todo el libro y la imposición de sanciones penales. Recuerdan que una sociedad democrática no puede ser una sociedad teocrática y que las autoridades del Estado no pueden hablar en nombre de Dios, la religión o los profetas. Mencionan también el argumento de lo irrisorio de la multa; estiman que a pesar de ello, cualquier

⁹⁸ En similar sentido, LETSAS, 2012, p. 260.

tipo de sanción puede desincentivar la publicación de libros que puedan ser política o religiosamente incorrectos (el llamado «*chilling effect*»), lo que es un riesgo grave y peligroso para la democracia⁹⁹. En definitiva, y este es el punto que más me interesa destacar del voto discrepante, estos jueces terminan diciendo que la decisión de la Corte está en la línea de sus precedentes *Otto-Preminger Institut* y *Wingrove*, pero ponen de relieve que tales casos ya fueron muy controvertidos en su tiempo y que tal vez ha llegado el momento de revisar sus postulados; a su juicio estos precedentes ponen mucho énfasis en el conformismo o uniformidad de pensamiento y reflejan una actitud de sobreprotección de la religión y una tímida concepción de la libertad de expresión¹⁰⁰.

Aunque sea un caso de libertad de expresión puro, sin connotaciones literarias o artísticas, por el interés que presenta destaca también a continuación la STEDH *Giniewski v. France*, de 31 de enero de 2006. El recurrente era autor de un artículo periodístico publicado en *Le Quotidien de Paris* en 1994, a propósito de una encíclica papal de 1993. El mensaje básico del artículo, que aparece íntegramente transcrito en la sentencia, era que la visión de los judíos que otorga el Nuevo Testamento había propiciado de forma importante el sentimiento antisemita y contribuido al Holocausto. Una asociación cristiana francesa instó la condena por difamación prevista en la ley francesa de libertad de prensa. El tribunal penal lo condenó, pero la Corte de apelación de París estimó que la crítica contenida en el artículo concernía exclusivamente a un debate doctrinal y no constituía difamación. La asociación recurrió a la Corte de Casación que admitió la demanda, pero solo en lo concerniente a la acción civil, y terminó condenando al articulista a un franco en concepto de daños causados por la difamación pública a un grupo de personas en su condición de miembros de una religión. El articulista acudió a la Corte europea de Derechos humanos alegando la violación del artículo 10 de la Convención.

La decisión analiza si la interferencia de las autoridades judiciales francesas en la libertad de expresión protegida en el artículo 10 de la Convención cumple o no con los requerimientos del párrafo segundo. En concreto, estando prevista por la ley francesa, entra a considerar si cumplió un propósito legítimo y si era necesaria en una sociedad democrática. Respecto a lo primero estima que la protección de las personas frente a la difamación por ser miem-

⁹⁹ Volveré posteriormente sobre este tema.

¹⁰⁰ Posición que, en opinión de RUBIO FERNÁNDEZ, 2006, p. 219, alimenta la esperanza de que en un futuro no muy lejano pudiese producirse un cambio jurisprudencial que llevase a considerar la condena o sanción por blasfemia como una interferencia no permitida por la Convención Europea.

bros de una específica religión se corresponde con «la protección de los derechos de otros» prevista específicamente en el artículo 10.2 y de nuevo, reiterando el error de los casos *Otto-Preminger Institut y Wingrove*, estima que es enteramente consonante con el fin de protección de la libertad religiosa previsto en el artículo 9.

Por lo que atañe a la necesidad en una sociedad democrática, la sentencia recuerda que los Estados gozan de un cierto margen de apreciación, que siguiendo a sus precedentes, estiman que es más amplio en el caso de las expresiones que atañen a la esfera de la moral y la religión. Sin embargo, en el caso entiende que el recurrente en su artículo estaba desarrollando un argumento sobre los posibles vínculos entre una doctrina religiosa y los orígenes del Holocausto, haciendo con ello una contribución, por definición, abierta a la discusión y al debate. Con ello el artículo en cuestión contribuía a la discusión sobre las posibles razones existentes tras la exterminación de los judíos en Europa, cuestión de indudable público interés en una sociedad democrática. Añade que, a pesar de referirse a una cuestión religiosa, un análisis del artículo muestra que no contenía ataques a los sentimientos religiosos como tales, sino que mostraba el punto de vista del autor que se deseaba expresar como periodista y como historiador. La Corte entiende que aunque fuera susceptible de ofender a algunas personas, el texto ni era gratuitamente ofensivo como en el caso *Otto-Preminger*, ni insultante, como en el *I.A. v. Turquía*. Entra también en la escasa severidad de la sanción impuesta, a pesar de lo cual reitera el peligro que este tipo de condenas tienen al producir un efecto preventivo que evitaría *ex ante* la publicación de ideas que pudieran ser objeto de condena, con el consiguiente peligro para la libertad de expresión¹⁰¹.

A pesar del indudable avance que supone esta sentencia, su contenido tampoco es satisfactorio desde el punto de vista argumentativo. La interferencia en la libertad de expresión no se considera legítima porque la publicación aludiese a una cuestión de público interés para una sociedad democrática. Con ello la Corte no solo se convierte en árbitro acerca de lo que es o no es de público interés, sino que además limita el alcance de la libertad de expresión de todos aquellos que expresan ideas propias que no sean de público interés. Como dice un autor, la concepción de la democracia que subyace en esta sentencia condena a los censores de expresiones políticas, pero no a los de otros aspectos de nuestras vidas que no están regidos por la discusión racional¹⁰². Es una evidencia que la jurisprudencia del TEDH, sin base cierta para ello,

¹⁰¹ Sobre todo si se trata de condenas penales, lo que no era el caso.

¹⁰² LETSAS, 2012, p. 250

protege mucho más la libertad de expresión política, que otro tipo de expresiones no racionales, como las puramente estéticas o artísticas, lo cual es sumamente criticable.

Otra resolución del TEDH que merece traerse aquí es el caso *Klein v. Slovakia*, de 31 de octubre de 2006. El demandante, Martin Klein, era un periodista y crítico de cine de nacionalidad eslovaca. En marzo de 1997 la revista semana Domino Efekt publicó un artículo del Sr. Klein en el que criticaba al Arzobispo Ján Sokol por las declaraciones que este había hecho en un programa de televisión, proponiendo que la película «*The people v. Larry Flint*» y el póster donde se publicitaba esta, fueran retirados y no se exhibieran en Eslovaquia; el poster, representaba al protagonista del film crucificado, desnudo, con la bandera de Estados Unidos rodeándole la cintura, habiéndose además situado la cruz en la zona pública de una mujer en bikini. La revista donde se publicó el texto del Sr. Klein tenía una distribución de 8.000 ejemplares y estaba orientado a unos lectores de cierto nivel intelectual. El autor describió el artículo como un juego literario con ideas y asociaciones que podían ser apreciados por algunos intelectuales. El artículo en cuestión contenía fuertes referencias a actos de incesto cometidos entre un alto dignatario de la iglesia y su propia madre. También se aludía a la presunta cooperación del arzobispo con la policía secreta del anterior régimen comunista. Finalmente, invitaba a los miembros de la Iglesia Católica a abandonar esta si se consideraban decentes y alegaba que su representante era un ogro.

Posteriormente dos asociaciones acudieron a los tribunales al considerar que los sentimientos religiosos de su miembros habían sido ofendidos por el artículo. Inicialmente el arzobispo Sokol se unió al procedimiento como parte agraviada, pero más tarde se retiró y renunció a cualquier derecho a compensación. Se sustanció un proceso criminal contra el Sr. Klein quien fue condenado, sentenciado a una multa o a un mes de prisión. El tribunal eslovaco entendió que había difamado al más alto representante de la Iglesia Católica Eslovaca y que había ofendido a sus miembros. Este punto de vista fue mantenido por el tribunal de apelación que consideró que el Sr. Klein había violado los derechos, garantizados por la Constitución, de un grupo de fieles cristianos.

En esta ocasión, contra lo sostenido por los tribunales nacionales, el TEDH estimó que el autor no había desacreditado y menospreciado a un sector de la población por su fe católica. Si entendió que vertió opiniones muy peyorativas sobre el arzobispo Sokol, pero consideró que el hecho de que algunos miembros de la Iglesia Católica se hubieran sentido ofendidos por la crítica al arzobispo y

por la afirmación de que no entendía por qué los católicos decentes no abandonaban la iglesia, no alteraba esa posición del tribunal.

Por ello, y aunque reconoció que el tono del artículo contenía expresiones indebidas, vulgares y fuertemente sexuales, el TEDH estimó que no podía concluirse que la publicación del artículo interfiriera en la libertad de religión de otros, de manera que justificase las sanción impuesta por los tribunales eslovacos. Es de resaltar que el Tribunal, siguiendo el caso ya citado *Giniewski v. France*, aceptó el argumento del demandante en el sentido de que su artículo no interfería con el derecho de los creyentes a expresar y ejercer su religión, ni denigraba el contenido de su fe religiosa. En consecuencia, el TEDH consideró que la interferencia que en el derecho a la libertad de expresión suponía dicha sanción no era «necesaria en una sociedad democrática» y, en consecuencia, estimó por unanimidad que se había producido una violación del artículo 10 del Convenio.

La última sentencia del TEDH que quiero traer a colación no afecta propiamente a los sentimientos religiosos, aunque la obra controvertida tenía algunos elementos de tal carácter, si bien fue considerada obscena y particularmente provocadora. Se trata de la decisión *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria* de 25 de enero de 2007. Una asociación de arte experimental realizó una exposición para celebrar su centenario en una importante galería de Viena. Entre las obras exhibidas figuraba una titulada «*Apocalypse*» del pintor austriaco Otto Mühl. Se trataba de un gran collage que incluía figuras como la Madre Teresa, el cardenal Groer y del que fuera líder del FPÖ J. Haider; el FPÖ era un partido austriaco de extrema derecha que había sido enormemente crítico con la obra de Mühl. Las figuras estaban formadas por una foto de la cabeza de los personajes con los ojos tapados por una cinta negra y los cuerpos pintados de forma no realista y exagerada; todas las figuras se hallaban en posiciones de fuerte contenido sexual. Entrás las figuras estaba también el que había sido hasta 1995 secretario general del FPÖ, Sr. Meischberger, que se mostraba agarrando el pene del Sr. Heider y eyaculando sobre la Madre Teresa.

La exposición se abrió al público y un día más tarde el mural fue dañado por un visitante que arrojó pintura roja sobre las figuras; la del Sr Meischberger quedó parcialmente cubierta. El suceso tuvo un amplio eco en la prensa austriaca. El Sr. Meischberger solicitó la prohibición de la exhibición del mural y una compensación por daños a su imagen. La acción fue rechazada en el tribunal comercial de Viena, que consideró prevalente el interés de la asociación en su libertad de expresión, sobre el interés personal del Sr. Meischberger. Este obtuvo en cambio la orden de retirada de la obra en la

sentencia de apelación y en 2000, el Tribunal Supremo austriaco rechazó el recurso de la asociación responsable de la exhibición de la obra. La asociación llevó el caso al TEDH.

En su decisión el Tribunal vuelve a reiterar la mención, contenida en sentencias precedentes, de que la garantía de la libertad de expresión recogida en el artículo 10 de la Convención se aplica no solo a las informaciones e ideas inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que puedan perturbar u ofender al Estado o a una parte de la población. Ello es demandado por el pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras que caracteriza a una sociedad democrática. Vuelve a repetir la frase de sentencias precedentes donde se dice que quienes crean, representan, distribuyen o exhiben obras de arte contribuyen al intercambio de ideas y opiniones que son esenciales para una sociedad democrática, por lo que es obligación del Estado no coartar indebidamente su libertad de expresión, lo que no quiere decir que esta no esté sometida a las limitación del artículo 10 (2).

A diferencia de los casos *Otto-Preminger* y *Windrove*, en esta ocasión el TEDH dice que la decisión de los tribunales austriacos no protege ningún interés público, sino únicamente los intereses del Sr. Meischberger. Señala que el mural hace una caricatura de las personas en él reflejadas, usando elementos satíricos. Hace notar que la sátira es una forma de expresión artística y de comentario social y, por su inherente componente de exageración y distorsión de la realidad, naturalmente pretende provocar y agitar. Lo que significa que cualquier interferencia con el derecho del artista a tal tipo de expresiones debe ser examinada con particular cuidado. Estima que de alguna manera la obra es una contraataque del artista al partido que había criticado fuertemente sus obras. Pone también énfasis en que el Sr. Meischberger era, de entre los reflejados en la obra, uno de los personajes menos conocidos, así como en el hecho de que la orden de retirada de la obra no estaba limitada ni el tiempo ni en el espacio. Por todo ello estima que la medida de prohibición de la exhibición era desproporcionada y no se ajustaba al artículo 10 (2).

Claramente la sentencia *Meischberger* cambia el punto de vista de sus más conocidas antecesoras, dándole mucho más peso a la libertad de expresión artística, al tomar en consideración el valor ético del componente provocativo del arte. No obstante, también en esta ocasión existen votos particulares disidentes de la decisión mayoritaria. El Juez Locaides discrepó de la opinión de que se trataba de una pintura artística y satírica, pues en su opinión el hecho de que la imagen haya sido producida por un artista no da siempre

como resultado que se trate de una obra artística, a la vez que entendía que una imagen no se transforma en satírica si el observador no comprende o detecta el mensaje crítico que pretende transmitir. Por su parte, los jueces Spielmann y Jebens, siguiendo las tesis de Barendt, estimaron que si bien la libertad artística no está limitada genéricamente por «los derechos de otros», si ha de estarlo por la «fundamental dignidad personal de los otros», lo que excluiría la protección de obras profundamente humillantes y degradantes como la del caso. Es interesante resaltar que estos dos jueces traen a colación la jurisprudencia constitucional alemana sobre la materia, poniendo de relieve que no se trata de realizar un control sobre la calidad de la obra, ni de diferenciar entre arte superior y arte inferior, o de arte bueno y malo, sino de subordinar la libertad artística a los derechos de la personalidad cuando ello sea adecuado.

Como se puede observar, de los casos expuestos se desprende que la actitud del TEDH en el tema que nos ocupa dista mucho de ser satisfactoria. Por una lado, como ya se ha denunciado, las sentencias *Otto Preminger Institut* y *Wingrove* parecen más propias de una Europa de convicciones religiosas monolíticas que de una sociedad enormemente plural que ha de respetar la libertad individual y la autonomía en relación con la identidad religiosa, lo que entre otras cosas significa que los Estados han de ser religiosamente neutrales y han de usar las mínimas medidas coercitivas de esa libertad. Los pasos dados por las otras sentencias citadas, yendo en la buena dirección, son todavía claramente insuficientes. En ninguna de ellas existe una precomprensión suficiente del significado la expresión artística y del alcance de la radical autonomía del arte.

V. PROTECCIÓN PENAL FRENTE A LAS OFENSAS RELIGIOSAS. NORMAS Y CASOS

1. EL DERECHO ESPAÑOL

1.1 El delito de escarnio en el CP español

Al inicio de este trabajo aludí al artículo 525.1 del CP español en el que se basaba la imputación del video de J. Krahe y dejé constancia de su tenor literal. Conviene señalar que finalmente la sentencia que lo aplicó al caso absolvió tanto al artista como a la productora del programa donde se emitió alguno de los pasajes del

video. Es el momento de hacer algunos apuntes sobre el contenido tanto de la norma legal como de la sentencia que nos ocupan.

Según la doctrina penalista española el precepto reproducido, de larga raigambre histórica, tipifica el llamado delito de escarnio. No es escasa la literatura surgida en torno al bien jurídico protegido por este tipo de normas penales. Aunque existen teorías que en abstracto identifican como bien jurídico merecedor de protección bien la religión misma, bien el sentimiento religioso en su dimensión colectiva o individual¹⁰³, un sector de la doctrina al que me adhiero considera que el único bien jurídico que ha de ser protegido en este tipo de casos mediante la norma penal es precisamente el derecho de libertad religiosa de cada individuo concreto; si ello fuera así el artículo 525 CP debería desaparecer, puesto que como ya ha quedado expuesto más arriba, no parece que tal derecho fundamental incluya el derecho a no ser insultado en las propias creencias religiosas, posición que también mantiene la literatura jurídica más representativa en la materia¹⁰⁴.

Como he señalado, la doctrina española, no unánime pero si mayoritaria, estima que el bien jurídico protegido en el artículo 525.1 CP no es la libertad religiosa, sino los sentimientos religiosos de naturaleza individual¹⁰⁵, con lo que ya desde el principio serían aquí pertinentes todas las críticas que se hacen a la consideración de los sentimientos religiosos como bien jurídico protegible por la norma penal¹⁰⁶, la no menos importante de las cuales es, a mi juicio, la de su carácter claramente discriminatorio, puesto que, como ya tuve ocasión de enfatizar precedentemente, no existen razones sensatas que avalen la protección reforzada del sentimiento religioso por encima de otro tipo de sentimientos del tipo que

¹⁰³ Tanto las diferentes teorías como su crítica aparecen expuestas en MINTEGUÍA ARREGUI, 2006, pp. 215 y ss.; también en JERICÓ OJER, 2012, pp. 113 y ss.

¹⁰⁴ MINTEGUÍA ARREGUI, 2006, pp. 227 estima que el fundamento constitucional de la protección de los sentimientos religiosos no procede de la libertad para conformar la conciencia y para mantener unas convicciones, sean estas religiosas o no. Más adelante (p. 230) añade que el supuesto de hecho y la finalidad de que aquellos preceptos que tutelan los sentimientos están cercanos a protección que el legislador concede a la persona y a su honor, con los que la base constitucional estaría en el artículo 18 CE.

¹⁰⁵ JERICÓ OJER, 2012, p. 129.

Una buena síntesis de este punto de vista la hace recientemente el Auto 809/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de julio, donde expresamente se dice «Superadas concepciones anteriores, en las que el Estado trataba de proteger mediante los denominados delitos religiosos a una determinada confesión religiosa oficial, al considerar que el Estado, por su confesionalidad, tenía el deber de proteger esos sentimientos profesados por la mayoría de los integrantes de la población, lo que el legislador actualmente protege son los atentados contra el derecho individual que cada uno tiene de profesar las ideas religiosas que mejor se acomoden a la conciencia de cada cual, como una manifestación de la libertad religiosa».

¹⁰⁶ De concepto «difuso y difícil de precisar» lo califica MUÑOZ CONDE, 2010, p. 853.

sean y que serían igualmente merecedores de tutela¹⁰⁷. Por consiguiente, también con este planteamiento, parece que la derogación del artículo 525 CP sería la más correcta de las soluciones¹⁰⁸.

1.2 La sentencia del caso Krahe

La Sentencia 235/2012, del Juzgado de lo Penal n.º 8 de Madrid, de 8 de junio de 2012, considera probado que la acusada, productora del programa, conocía y decidió emitir el programa con el video que mostraba cómo se cocinaba un Cristo. Estima también que fue el acusado, J. Krahe, quien lo ideó, solo o junto con otros, si bien considera ese hecho irrelevante por su lejanía en el tiempo y porque la imputación se refiere a la emisión de la obra y no a su autoría¹⁰⁹. De un modo un tanto sorprendente el juez afirma que no se ha probado que el Sr. Krahe conociera que durante la entrevista se iba a emitir el fragmento del video controvertido y añade que tampoco se ha probado que concurriera en ninguno de los acusados la intención de menoscabar, humillar o herir los sentimientos religiosos de terceros. En conclusión, según la sentencia no se pudo deducir que concurriera en los acusados la específica intención de ofender, herir o perturbar sentimientos religiosos ajenos. Sin duda, circunloquios más o menos atinados para evitar la respuesta condenatoria¹¹⁰.

Por ende en la sentencia citada, además de señalar que el bien jurídico protegido por el tipo del artículo 525 CP es un bien colectivo –lo que no es ni mucho menos la opinión mejor argumentada, como ya he señalado–, se dice que con él «se protege la libertad de conciencia, en su manifestación libertad religiosa, consagrada en el artículo 16 de la CE», añadiéndose a continuación «En la tutela de libertad religiosa el Código Penal quiere proteger no solo su ejercicio material sino también los íntimos sentimientos que a la misma se asocian. No se trata de defender a un determinado grupo religioso, sino de proteger la libertad de los individuos, religiosos o laicos

¹⁰⁷ Con carácter general, LETSAS, 2012, *passim*; en relación con la norma española CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, 1996, pp. 2019-2020 y VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU, 2010, pp. 760-761; GARCÍA AMADO, 2012.

¹⁰⁸ Además de que con la derogación del todo el artículo 525 CP desaparecería la injustificable diferencia de trato entre creyentes y no creyentes que mantiene el texto legal, a pesar de la introducción en 1995 el párrafo segundo que tipifica la conducta de quienes hagan públicamente escarnio de quienes no profesen religión o creencia alguna, protección penal que no es equiparable a la de quienes profesan sentimientos religiosos, como señala, por ejemplo, MAGALDI PATERNOSTRO, 2004, p. 2469.

¹⁰⁹ Literalmente «La cuestión de si el Sr. Krahe participó o no en su día en la concepción o realización del cortometraje, no forma parte del objeto del proceso. Sin embargo, a efectos de una mejor claridad expositiva, hemos querido considerar también este extremo probado».

¹¹⁰ GARCÍA AMADO, 2012.

(ver art. 525.2), en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Se reconoce además que esta libertad religiosa se integra no solo por la realización de actos materiales que la exterioricen, sino también, y en ocasiones principalmente, por el respeto a los sentimientos que conforman su esfera íntima». De lo que he expuesto hasta ahora se puede deducir fácilmente mi falta de acuerdo con este pasaje de la sentencia. La libertad religiosa no está en cuestión porque esta no incluye el derecho a que los sentimientos religiosos de una persona no sean objeto de burla, escarnio o desprecio; ese especial derecho o no existe más allá de lo que derive de la protección general a no ser ofendido o insultado¹¹¹, o si lo hace es precisamente porque el precepto en cuestión lo crea, protegiendo de manera discriminatoria los sentimientos religiosos de las personas frente a otro tipo de sentimientos igualmente merecedores de protección. Es más, si alguna libertad religiosa está aquí amenazada, es la de quien emite sus opiniones antirreligiosas, no la de quien se siente ofendido, pues la mencionada libertad sí contiene el derecho a expresar las propias ideas religiosas, incluyendo las que sean contrarias a la religión.

La sentencia incluye también alguna reflexión sobre la expresión artística, lo que toca uno de los conceptos centrales de esta contribución. Afirma literalmente el juez que «la creación artística, y el Sr. Krahe es un creador reconocido, tiene en ocasiones una dosis de provocación. La sátira y el recurso a lo irreverente han sido en no pocas ocasiones un recurso artístico para hacer crítica social, mostrando la oposición del creador a determinados modelos. Esta sátira se ha dirigido en especial a las distintas manifestaciones del poder. La religión, especialmente por cuanto se refiere a la mayoritaria en España, la Iglesia como institución, han estado asociadas en la historia al poder y han sido por tanto también objeto de crítica legítima. No son infrecuentes en distintos ámbitos de la expresión, referencias críticas a símbolos o creencias religiosas. Si esto es así en la actualidad, lo fue especialmente en la época en la que el cortometraje en cuestión se elaboró». Lo más destacable del párrafo transcrito es que ese carácter satírico, de naturaleza artística, sirve al juez para razonar que no se produce el elemento subjetivo del tipo, pues entiende que «escarnio no es solo una burla, sino que se trata de una burla cualificada con el término tenaz, que tiene una manifiesta intención ofensiva. Hay en el corto emitido un inequívoco sentido satírico, provocador y crítico, pero no el de ofender que pre-

¹¹¹ Según la sentencia «se trata de reconocer que existe un sentimiento religioso colectivo de quienes profesan, en este caso, la religión católica, sentimiento que es digno de protección también para el Estado laico». Vuelvo a preguntar ¿por qué es digno de protección el sentimiento religioso, y no el patriótico, o el futbolístico, o el cinematográfico?

tende la acusación»¹¹². Luego, según este razonamiento, el carácter satírico, provocador y crítico (de la obra artística) excluiría objetivamente su naturaleza ofensiva y por tanto delictiva.

Merece la pena que nos detengamos en este último razonamiento. Para empezar porque es plenamente conforme con la tesis de la autonomía del arte y toma en consideración el hecho artístico como entidad propia y distinta de otro tipo de expresiones. Pero es que también gran parte de la doctrina penalista estima que la crítica o la sátira, por mucho que sea burda e innecesaria, es lícita, si bien considera, siguiendo la tesis elaborada con relación a los delitos de calumnias e injurias, que lo que falta en estos casos es la intención de ofender y, por lo tanto, el elemento subjetivo del tipo¹¹³. Precisamente por esta razón en esta clase de pleitos se contabilizan en nuestra jurisprudencia una mayoría de pronunciamientos absolutorios, al entenderse con mucha frecuencia que no hubo intención de ofender en el acusado. Tal es el caso, por ejemplo, de la STS de 25 de marzo de 1993¹¹⁴; en el caso se invocaba el artículo 208 del CP previgente, antecedente del actual 525, para instar la condena penal por un delito de profanación al haberse emitido en un programa de televisión un video en el que aparecía una cruz sin la parte superior del madero vertical y en el que la figura humana crucificada tenía la cabeza de un animal; la resolución estimó que en el caso faltaba el ánimo de ofender los sentimientos religiosos de los cristianos al no poderse deducir de los hechos que había concurrido la intención de ofender, ya que la proyección del video se hallaba enmarcada en la actuación de un grupo musical que intervenía en un programa realizado con la finalidad de dar a conocer las tendencias musicales de vanguardia¹¹⁵. Es cierto que también existen decisiones judiciales que mantienen la postura contraria; entre las más recientes, destaco el Auto 438/2011 de 25 de julio, de la Audiencia Provincial de Sevilla¹¹⁶, en el que el tribunal contradice la opinión de la jueza instructora y del Ministerio Fiscal, quienes consideraban que la realización del video elaborado por los querellados imitando el

¹¹² Dice también «No negamos que los denunciantes se hayan sentido sinceramente ofendidos. Sin embargo, lo que debemos rechazar aquí, es que la conducta enjuiciada sea objetivamente ofensiva, al menos en el sentido reforzado que exige el tipo».

¹¹³ JERICÓ OJER, 2012, p. 136. Para la sentencia citada también falta en el caso el elemento subjetivo del tipo, pero simplemente porque «la intención de los acusados no fue la de herir o menoscabar tales (religiosos) sentimientos».

¹¹⁴ RJ\1993\3152.

¹¹⁵ Sin embargo, en otro punto de la sentencia, se alude a que el artículo 208 CP entonces vigente otorga protección penal a un «derecho fundamentalísimo» en todo Estado democrático de Derecho, como es el de respeto a un sentimiento, para algunos quizás el más profundo y querido, como es el religioso. Como ya he dicho varias veces en el texto, no creo que tal derecho exista, y mucho menos que haya de ser calificado de «fundamentalísimo».

¹¹⁶ JUR\2011\368508.

ritual de la consagración de la Iglesia Católica en una campaña destinada a prevenir el contagio del SIDA, donde un preservativo era colocado en el lugar de la «Sagrada Forma», no podía considerarse delictivo porque faltaba la intención de ultrajar, ya que el propósito del mensaje no era zaherir los sentimientos religiosos, sino alertar sobre los males de la enfermedad. La Audiencia, por el contrario, entiende que el paralelismo entre la liturgia religiosa y el mensaje resulta por completo innecesario para conseguir el fin deseado y de ello deriva indiciariamente el propósito de ultrajar, añadiendo a continuación, de un modo bastante sorprendente, que «dado lo innecesario del mensaje así elaborado, no cabe afirmar de plano y *a priori* que no existe propósito de haber burla, mofa y befa de los sentimientos religiosos de una parte de la sociedad».

Lo cierto es que incluso en algunos casos en los que puede concurrir la intención de ofender y otro tipo de ánimos, parece que la protección del derecho fundamental a la libertad de expresión y la evitación del ya aludido *chilling effect* o efecto de desaliento, justifican la no penalización¹¹⁷. Volveré sobre esta cuestión posteriormente.

En resumen, aunque estoy de acuerdo con la decisión final, no comparto alguno de los argumentos que la sustentan, aunque sí considero muy positivo el énfasis que la sentencia pone en el peculiar carácter de la obra artística; no obstante, hubiera sido deseable una mayor profundización en este último aspecto y en su conexión con el derecho fundamental a la libertad de expresión artística.

2. APUNTES SOBRE LA SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

No es, desde luego, el español el único sistema que posee una protección penal directa a las ofensas de naturaleza religiosa, sean estas de la procedencia que sean (artística o no). Otros muchos ordenamientos cuentan o contaban con tipificaciones penales de diversa naturaleza y alcance que actúan como límites a la libertad de expresión y que desde luego no son reducibles a un mismo tipo delictivo, si bien tienen en común la protección de la religión y/o de los sentimientos religiosos¹¹⁸.

¹¹⁷ CUERDA ARNAU, 2007, pp. 17 y ss.; JERICÓ OJER, 2012, pp. 138-139.

¹¹⁸ Como pone de relieve LETSAS, 2012, p. 248, la existencia en Europa de un larga historia de normas que penalizan la blasfemia, la mayor parte de ellas destinadas a proteger a las mayorías religiosas, no es un argumento sobre su corrección moral; la Historia está repleta de errores morales, incluso de atrocidades, y probablemente Europa tiene la participación más amplia en este tipo de errores. No es un buen argumento decir que hay un derecho a no ser insultado en los sentimientos religiosos porque la mayor parte de los ordenamientos europeos repriman las expresiones ofensivas contra este tipo de sentimientos.

Es muy significativo el caso del Reino Unido donde la existencia del delito de «*blasphemy*» se remonta al siglo XVII, cuando estaba en manos de los tribunales religiosos y se consideraba una forma de sedición debido a la relación entre la Iglesia y el Estado¹¹⁹. En ese momento únicamente se protegía la religión anglicana. Tras algunas sentencias significativas, el fundamento del delito cambió a mediados del siglo diecinueve, donde se requería para cometerlo un ataque difamatorio contra el cristianismo, pero no se extendía a otro tipo de creencias religiosas. Progresivamente el delito fue cayendo en el olvido, hasta el punto de que hacia 1950 Sir Alfred Denning afirmó tajantemente que «*the offence of blasphemy is dead letter*»¹²⁰. Sin embargo, en 1979 resucitó con el caso *Lemon* (1979) AC 617. La revista *Gay News* publicó un poema «*The love that dares to speak its name*» de un profesor de literatura, James Kirkup, que trataba la conversión de un homosexual al cristianismo y describía prácticas homosexuales entre Jesús y los apóstoles. Mary Whitehouse denunció a *Gay News*, y tanto el editor como la editorial fueron condenados por delito de blasfemia.

La Corte de apelación consideró que los motivos o intenciones de los acusados eran irrelevantes, porque la blasfemia era un delito de *strict liability* (no se necesitaba una concreta intención de blasfemar, bastando con la intencionalidad de la publicación y que la materia fuera objetivamente blasfema) podía ser cometido por un cristiano, no había eximente de público interés y el trabajo no tenía por qué ser considerado como un todo. Lo único que se necesitaba probar era que el material en cuestión, que había sido publicado con el conocimiento del acusado, había cruzado la línea entre la crítica moderada y el trato ofensivo e inmoderado de la cristiandad; ni siquiera hacía falta probar que efectivamente había habido ofensa, bastaba con que pudiera ser ofensivo. La *House of Lords* confirmó la decisión.

La sentencia fue objeto de fuertes críticas doctrinales. *Gay News* recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero su recurso no fue admitido¹²¹. En 2002, como un acto conmemorativo de la primera condena por el caso a *Gay News*, el poema fue leído en *Trafalgar Square* por once personas, incluyendo escritores, académicos y parlamentarios. Fue un acto de desobediencia civil para protestar contra el atentado a la libertad de expresión que significó en su día la condena; también para desafiar a las autoridades a iniciar una nueva persecución o declarar el delito estaba efectivamen-

¹¹⁹ Una mas extensa exposición del «*Blasphemous and seditious libel*» en FENWICK, 2011, pp. 484 y ss. También en BARENDT, 2005, p. 188.

¹²⁰ *Freedom Under Law*, 1949, p. 46.

¹²¹ (1979) 5 EHRR 123.

te «*dead*». La policía no actuó, el acto fue filmado por la autoridad pública, que no inició el procedimiento penal, pero tampoco declaró abolido el delito de *blasfemy*. En 2005, en una respuesta escrita, un representante del Gobierno dijo que si el material o la conducta eran deliberadamente ofensivos y sus autores eran condenados por blasfemia, esto era conforme con el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, en el debate sobre el *Religious Hatred Bill* en 2005 el Gobierno estimó que había que meditar seriamente la abolición de la norma de blasfemia, si bien añadiendo que no era ese el momento porque se necesitaban más consultas y mayor reflexión¹²².

Posterior y muy conocida fue la controversia social y política provocada en 1988 a raíz de la publicación de la novela de Salman Rushdie, *Los Versos Satánicos*, considerada ofensiva y blasfemia por la mayor parte de la comunidad musulmana y que, entre otras reacciones, provocó una *fatwa* del Ayatollah Khomeini que contenía una sentencia de muerte tanto para el autor del libro, como para las personas implicadas en su publicación, a la vez que ordenaba que cualquier musulmán podía ejecutar la sentencia. Todo ello provocó el creciente interés de la literatura jurídica inglesa por el delito de blasfemia y las implicaciones del mismo en relación con la libertad de expresión. Hemos de recordar que, tal y como se aplicaba en los tribunales ingleses, el delito en cuestión solo protegía a las religiones cristianas. En general, los autores que abordaban el problema se mostraban más partidarios de la abolición absoluta del delito que de su extensión al resto de las religiones¹²³. El penúltimo eslabón de la cadena que conduce a la desaparición del delito de blasfemia lo constituye la sentencia británica *R. Green v. City of Westminster Magistrates' Court* de 2007 (*Jerry Springer case*), donde se dice que no parece que insultar los sentimientos religiosos de una persona pueda representar una violación del artículo 9 de la CEDH, puesto que el derecho a mantener y practicar su religión no resulta en general afectado por tales insultos»¹²⁴. Finalmente, los delitos de *blas-*

¹²² Conviene hacer notar que nunca se ha extendido el delito de *blasphemy* más allá de la religión cristiana. En 2006 la *Religious Hatred Bill* introdujo el delito de incitación al odio religioso.

¹²³ BRADNEY, 1993, p. 97; AHDAR/LEIGH, 2005, pp. 373-374; FENWICK, 2011, p. 496, tras constatar que ninguna de las razones aducidas para su permanencia le parecen convincentes. Menos convencido se muestra, BARENDT, 2005, p. 188.

¹²⁴ SANDBERG, 2011, p. 138. En 2005 la televisión británica emitió la obra *Jerry Springer: The Opera*, originando un gran número de quejas; dos años más tarde un grupo cristiano solicitó la imputación por blasfemia del productor de la obra y del Director General de la BBC, el juez del distrito rechazó la reclamación y Green solicitó la revisión judicial. La *Divisional Court* rechazó la demanda, y el juez Hughes hizo notar que el delito de blasfemia todavía existía, que era conforme con el Convenio Europeo de Derechos huma-

phemy y *blasphemous libel* fueron abolidos en Inglaterra y Gales en 2008¹²⁵.

Por su parte, como sucede en el caso del artículo 525.1 del CP español, en el sistema continental existen varios códigos penales europeos que tipifican de forma diversa la ofensa a la religión o a los sentimientos religiosos¹²⁶. No obstante es de resaltar que, en general, actualmente las imputaciones son escasas y las condenas extraordinariamente infrecuentes¹²⁷, si bien hay que decir que nunca han desaparecido del todo. No deja de ser curiosa la constatación de que dentro de la escasez de causas penales por ofensa a los sentimientos religiosos existentes en la práctica comparada en las últimas décadas¹²⁸, la mayor parte de las que han llegado a las más altas instancias de protección de los derechos humanos han sido derivadas precisamente de la apropiación artística de figuras religiosas¹²⁹. Por la repercusión mediática que tuvo en su día quiero citar los dibujos sobre el Profeta Mahoma que fueron publicados en un diario danés en 2005. Basándose en la importancia de la libertad de expresión las autoridades del país decidieron no imputar ni a los autores ni a la revista por su publicación, aun cuando era evidente que gran parte de la comunidad musulmana se sintió agredida y que el artículo 140 del CP danés condenaba el público ridículo e insulto a cualquier comunidad religiosa¹³⁰. Quiero destacar que en todos estos casos de tipificación

nos porque el artículo 10.2 permitía limitaciones a la libertad de expresión, y que no había interferencia con el artículo 9 relativo a la libertad religiosa, porque el derecho a tener y practicar una religión no resultaba afectado por los insultos.

¹²⁵ Sección 19 de la *Criminal Justice and Immigration Act*. Ello no obstante, en las últimas décadas han aparecido nuevas ofensas como la incitación al odio religioso (2006) u otros delitos agravados por razones religiosas que siguen conectando la religión con el Derecho penal (SANDBERG, 2011, pp. 141 y ss.)

¹²⁶ Así, por ejemplo, artículo 147 CP holandés; artículo 166 CP alemán; artículo 188 CP austriaco; artículo 261 CP suizo; artículo 140 CP danés; artículo 142 CP noruego; por su parte, el Cap. 1 del Título IV del Libro Segundo del CP italiano se rubrica «De los delitos contra las confesiones religiosas» y ha sido objeto de una nueva redacción por Ley de 24 de febrero de 2006, después de que la sentencia de la *Corte Costituzionale* 508/2000, hubiera declarado la ilegitimidad constitucional del artículo 402 CP que consideraba delito el vilipendio de la religión del Estado; tras la reforma el artículo ha quedado sin contenido, aunque se mantienen tipificaciones cualificadas de las ofensas a los sentimientos religiosos, en consonancia con la sentencia de la misma Corte constitucional de 8 de julio 1988, que mantuvo la legitimidad constitucional del delito de blasfemia.

¹²⁷ Se ha dicho que las normas que prohíben la blasfemia tienen una importancia más simbólica que práctica (AHDAR/LEIGH, 2005, p. 369)

¹²⁸ No deja de ser relevante señalar también cómo el escaso número de casos por blasfemia existentes en las sociedades democráticas hace que los legisladores no se vean en la necesidad de suprimir las reglas que la penalizan, lo que de manera indirecta, contribuye a su perpetuación, como señala certeramente MORTENSEN, 2000, p. 190.

¹²⁹ AHDAR/LEIGH, 2005, p. 370.

¹³⁰ Los datos generales del caso, así como la mención del eco que rápidamente tuvo en todo el mundo, en DREIER, 2010, pp. 178 y ss.

penal se trata de normas que protegen ataques contra la religión, no contra grupos religiosos concretos, lo que según he señalado más arriba implica que no está en causa la libertad religiosa del ofendido¹³¹.

A la hora de analizar el bien jurídico protegido en esas normas penales se observa que, tras la aparente protección de la identidad o el sentimiento religioso, muchos son los que consideran que en una sociedad multicultural como la de nuestros días lo que en realidad se trata de proteger es la convivencia entre creencias e identidades culturales diversas, y en definitiva la paz social¹³². Es lo que sucede, por ejemplo, con el § 166 CP alemán (*StGB*) que tipifica el ultraje del credo religioso e ideológico de otro, pero con la exigencia adicional de que con esas actuaciones se altere la paz pública¹³³. Sin embargo, este planteamiento deriva en una obvia objeción a la permanencia de esta clase de delitos, ya que claramente suponen una discriminación entre ideologías y convicciones religiosas mayoritarias y minoritarias, pues difícilmente estas últimas resultan idóneas para producir esa alteración de la paz social en la misma medida que las primeras.

Indicaré, finalmente, que no existe nada similar al delito de blasfemia o escarnio ni en el CP francés¹³⁴ ni en EEUU¹³⁵. Por su parte, en Irlanda, la Corte Suprema ha señalado en la sentencia *Corwaw v. Independent Newspaper (Ireland) Ltd* (1999) que una imputación por el delito de blasfemia no podría prosperar en este país por ser contraria a la libertad religiosa y al principio de seguridad jurídica¹³⁶.

¹³¹ Mantiene una postura contraria a la señalada en el texto Corte costituzionale italiana en la ya citada 508/2000, que a su vez reproduciendo un párrafo de la precedente decisión del mismo tribunal 329/1997, aprecia que «*la protezione del sentimento religioso è venuta ad assumere il significato di un corollario del diritto costituzionale di libertà di religione, corollario che, naturalmente, deve abbracciare allo stesso modo l'esperienza religiosa di tutti coloro che la vivono...*».

¹³² COSTA, 2007, p. 55, que apela a los medios para que faciliten la coexistencia entre identidades colectivas diversas, a través de una política de respeto al credo religioso y la cultura de las minorías.

¹³³ El texto original y traducido del precepto alemán, así como un análisis el mismo, con cita de doctrina germana y española sobre su interpretación, en MINTEGUÍA ARREGUI, 2006, pp. 236 y ss.

¹³⁴ Aunque el artículo 32.2 de la Ley de libertad de prensa de 29 de julio de 1881 considera punible la difamación, a través de los medios señalados en el artículo 23 de la misma ley, de una persona o grupo de personas por su origen o por su pertenencia o no pertenencia a un específico grupo étnico, nación, raza o religión. Después de la Ley de 30 de diciembre de 2004, también lo será la difamación dirigida a una persona o grupo de personas por razón de su sexo, de su orientación sexual o de su discapacidad.

¹³⁵ En este último caso se considera que probablemente una regla penal de este tipo sería contraria a la Primera Enmienda de la Constitución americana (KEARNS, 2010, p. 87).

¹³⁶ SANDBERG, 2011, pp. 135-136.

3. RAZONES POR LAS QUE LA CONDENA PENAL A LA LIBERTAD ARTÍSTICA NO ES LA SOLUCIÓN PARA RESOLVER ESTE TIPO DE CONFLICTOS

3.1 La ausencia de un fundamento jurídico firme

Todo lo dicho hasta ahora pone de relieve la escasa fundamentación que tiene el mantener tipos penales que castiguen las conductas de aquellos que ofenden la religión o los sentimientos religiosos de otros; si, de acuerdo con lo dicho, estos tipos están escasamente justificados, menos lo están aun cuando los actores lo hacen en el ejercicio de su libertad artística; ello a pesar de lo extendidas que están este tipo de normas en los ordenamientos vigentes.

La mayor parte de la literatura jurídica que hemos consultado referida a los sistemas jurídicos más próximos al nuestro, apuesta por la desaparición de este tipo de delitos. Así, por ejemplo, ya antes de 2008, fecha de su efectiva abolición, los autores británicos abogaban por la derogación del delito de blasfemia, al menos por las siguientes razones¹³⁷: en primer lugar, por la dificultad de identificar lo que es religión, tomando en consideración que se han de incluir tanto religiones deístas como no deístas y el término ha de dar cabida a todas las nuevas formas de expresión religiosa que actualmente se extienden por el mundo occidental. En segundo, por la dificultad de identificar las comunidades religiosas que merecen protección y de decidir cómo se protegen los iconos religiosos comunes a varias religiones¹³⁸. Sobremanera, porque los iconos religiosos son muchas veces bienes culturales, también para las personas no religiosas, lo que obliga a cuestionarnos si sólo merecen protección en el sentido atribuido por los primeros, o si también ha de protegerse el sentimiento de los segundos respecto a ellos.

Otro de los problemas que suscita la interferencia entre libertad de expresión artística y religión denunciados por la literatura comparada radica en la dificultad para medir la ofensa. La experiencia demuestra que algunas comunidades religiosas se pueden sentir insultadas por las expresiones de otros (artísticas o no) por los mismos actos que para otras religiones provocan únicamente indiferencia¹³⁹. Profundizando en esta idea, si se opta por limitar la liber-

¹³⁷ BRADNEY, 1993, p. 92.

¹³⁸ Por ejemplo, Jesucristo ¿debe respetarse su mesiánico status (cristianos) o su profético status (musulmán)?

¹³⁹ BARENDT, 2005, p. 190; este autor pone, sin embargo un ejemplo que no resulta totalmente ajustado, al decir que cuesta imaginar, por ejemplo, que los cristianos en Inglaterra, Francia, o los Estados Unidos, puedan reaccionar a la publicación de un libro satírico o abusivo sobre Jesucristo y su familia de la misma forma que los musulmanes han hecho

tad de expresión cuando dañe los sentimientos religiosos de otras personas, no resulta fácil determinar cuál es el nivel de tolerancia que ha de señalar la norma jurídica, y no parece de recibo que ese nivel sea diferente en función de las diversas creencias de los otros, lo que produciría una indeseable y a todas luces rechazable subjetivación de las conductas injustas¹⁴⁰.

En el caso del Derecho español, y en concreto en relación con las críticas vertidas sobre el delito de escarnio tipificado en el artículo 525.1 CP, ya he señalado que la mejor doctrina estima que no existe justificación para considerar como bien jurídico protegible los sentimientos religiosos y que por tanto tal precepto (en realidad tanto el artículo 524 como el 525 CP) debería desaparecer. Esta misma doctrina considera que solo se debe proteger penalmente el derecho fundamental a la libertad religiosa y que además solo se justifica una protección autónoma a través de tipos específicos en los supuestos en los que se argumente razonablemente la necesidad de una incriminación expresa¹⁴¹. En consecuencia, la opción más adecuada para proteger a las personas con sentimientos religiosos es hacerlo a través de la remisión a los tipos genéricos¹⁴².

No puedo sino estar de acuerdo con esta tesis; es más, según mi parecer, el legislador penal en preceptos como los citados está empleando los sentimientos religiosos, que carecen de protección constitucional, como un límite a un derecho constitucional cual es la libertad de expresión, cosa que no puede lícitamente hacer¹⁴³.

con el libro de Salmand Rushdie; a continuación pone como ejemplo que la película «La última tentación de Cristo» y su subsecuente exhibición en televisión provocó quejas, pero no dio lugar a ninguna imputación. El autor desconoce la situación en otros países distintos de los nombrados por él, y en concreto desconoce la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2001 de la que me he ocupado precedentemente en el texto, así como de las sentencias italianas citadas en notas 126 y 131.

¹⁴⁰ Razón por la cual, según señala BARENDET, 2005, p. 191, la regulación de EEUU hace prevalecer la libertad de expresión individual, que solo ha de quedar limitada constitucionalmente cuando incite a la violencia o suponga abuso frente a otras personas.

¹⁴¹ JERICÓ OJER, 2012, p. 142.

¹⁴² JERICÓ OJER, 2012, p. 145 y doctrina allí citada.

¹⁴³ Como muy bien señala VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2004, p. 129, cuando dice que ni el legislador, ni un juez ni la Administración Pública pueden crear límites internos a los derechos fundamentales que no estén ya en la propia Constitución, ni pueden elevar el rango de derechos, bienes o intereses infra constitucionales para emplearlos como límites a derechos fundamentales, ni pueden descubrir límites positivos donde la propia Constitución no los establece expresamente. Años antes ÁLVAREZ GARCÍA, 1999, p. 15, basándose en las razones y palabras de I de Otto y Pardo, después de recoger la doctrina constitucional que rechazaba la llamada «cláusula de comunidad», circunscribía la limitación inmanente de los derechos fundamentales la que resulta de otros bienes constitucionalmente protegidos, excluyendo la que sirve a bienes objeto de una protección jurídica infraconstitucional, por muy importantes que sean socialmente, concluye que frente a la prevalencia de los bienes y valores constitucionales ... no puede prevalecer idea ninguna de «necesidad social» de tutela, a riesgo de «reducir a la nada la garantía de los derechos».

Finalmente quiero destacar otras dos razones concretas que aconsejan la desaparición de este tipo de normas represivas y que voy a referir particularmente a las expresiones artísticas. Son, en concreto, el peligro de autocensura y lo que podemos llamar el reforzamiento de la figura del artista como mártir.

3.2 El efecto de desaliento y el peligro de autocensura

El conocido como «*chilling effect*» o efecto de desaliento es una repercusión bien conocida y estudiada cuando se analizan los límites de la libertad de expresión. Procedente de la jurisprudencia constitucional americana, ha sido definido en la doctrina española como aquel desaliento que se produce en un derecho fundamental a consecuencia de la sanción con que se conmina una conducta que es límite con el legítimo ejercicio de ese derecho¹⁴⁴. El TEDH, entre las decisiones que he tenido ocasión de mencionar, se refieren este efecto en las sentencias *I.A. v. Turkey* y *Giniewski v. France*¹⁴⁵. También ha aludido a él nuestro Tribunal Constitucional en sentencias como la 88/2003, de 19 de mayo, o la 104/2011, de 20 de junio¹⁴⁶.

Aplicado al ámbito que nos ocupa, significa que la restricción de la libertad artística y, sobre todo, su condena penal, puede llevar a los artistas a crear únicamente obras que sean conformes con la opinión dominante¹⁴⁷. Además puede tener influencia en las prácticas empresariales de museos y galerías, restringiendo o negando la distribución y publicidad de determinados artistas o de las personas que han amparado sus derechos¹⁴⁸.

¹⁴⁴ CUERDA ARNAU, 2007, p. 24. También alude al efecto disuasorio RUBIO FERNÁNDEZ, 2006, p. 222.

¹⁴⁵ Haciéndose a su vez eco de otras decisiones que aluden precisamente a la proporcionalidad de la sanción y a su capacidad para disuadir a la prensa de participar en discusiones de público interés (Fdo. 54); de nuevo, en mi opinión, se trata de una visión reduccionista del problema planteado en este caso por el efecto de desaliento.

¹⁴⁶ Esta última menciona «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».

¹⁴⁷ KEARNS, p. 96. «*To prosecute artists and to deny them their rights qua artists leads not only to injustice but also to auto-censorship; more worryingly, it is the prelude to the prescription of an official art and that arts close association with totalitarianism*». También, KADRI, 2007, p. 29.

¹⁴⁸ El caso más significativo es del fotógrafo Mapplethorpe en 1990, algunas de cuyas obras provocaron la imputación penal por obscenidad del director del museo de Cincinnati donde se exponían sus trabajos, Sr. Barrie. Aunque la imputación no prosperó y fue considerada como un éxito paradigmático de la libertad de expresión, un año después de finalizado el proceso el imputado perdió su trabajo porque el museo deseaba retornar a la normalidad; el Sr. Barrie y su familia sufrieron persecuciones y amenazas y una situación de angustia que derivó en el divorcio de su esposa; el museo perdió también una parte importante de sus donaciones (el caso es expuesto extensamente por DUBIN, 1997, pp. 366 y ss. y VASSALL-ADAMS, 2007, pp. 289-304).

Todo ello significa que el legislador debe ser extremadamente cuidadoso a la hora de decidir si procede la sanción, sobre todo de índole penal, de este tipo de conductas y, en caso de que se pronuncie por la afirmativa, valorar cuidadosamente cómo ha de hacer la tipificación. Como señala en nuestra doctrina Cuerda Arnau, cuando una norma penal tipifica conductas relacionadas con los derechos fundamentales aumentan las exigencias de justificación y además lo hacen exponencialmente a medida que se incrementa el riesgo de afectación de los mismos¹⁴⁹.

La cuestión que se nos plantea entonces es la de decidir si la proscripción del desaliento es una consecuencia necesaria de la libertad de expresión (si forma parte de su contenido esencial) y por tanto si una regla jurídica que produzca tal efecto es una regla inconstitucional. A mi juicio tal respuesta ha de ser positiva, al menos si, como es el caso del tipo previsto en el artículo 525.1 CP, la regla en cuestión no es a su vez manifestación de otro derecho fundamental, sino resultado de la incorrecta elevación de un bien infra constitucional al rango de límite de un derecho de naturaleza constitucional. Como se ha reiterado en las páginas que preceden, la Constitución permite la limitación del derecho a la creación artística –como de otras libertades fundamentales–, pero únicamente si se puede fundamentar a partir de la garantía de otros derechos, bienes o intereses constitucionales; pero si el hipotético derecho a no sentirse ofendido por las expresiones de otros no forma parte de la libertad religiosa, no se puede convertir lo que no es un bien constitucional en límite a un derecho fundamental; mucho menos cuando se adopta la forma más restrictiva de limitación, como es una tipificación penal¹⁵⁰.

3.3 El reforzamiento de la idea del artista como mártir

Finalmente, existe otra razón ajena a consideraciones estrictamente jurídicas, que desaconseja la existencia de normas penales como las descritas. No cabe duda de que la criminalización de las expresiones artísticas contrarias a la religión o a los sentimientos

¹⁴⁹ CUERDA ARNAU, 2007, pp. 29-30, añade además la autora que entre la indeterminación del tipo que sanciona conductas relacionadas con la libertad de expresión y la pena con que aquellas pueden ser conminadas existe una relación inversamente proporcional que obliga al legislador a poner a disposición del juez los resortes legales que permitan adecuar la pena al grado de desvalor de la conducta correspondiente. En este sentido, la rebaja del umbral mínimo, la previsión de penas alternativas o la articulación de un sistema flexible de sustitutivos penales son algunos de los posibles resortes.

¹⁵⁰ La clave está en el ámbito de protección del artículo 16 CE: al no quedar protegida por la libertad religiosa la hipotética ofensa a los sentimientos religiosos, no se puede invocar el artículo 16 como un límite a los derechos fundamentales del artículo 20.1.

religiosos contribuyen a reforzar el cliché de que el artista es un mártir perseguido por los poderes establecidos¹⁵¹. La publicidad y el despliegue mediático que en muchos casos generan los asuntos judiciales del tipo de los descritos producen efectos colaterales, no pocas veces contrarios a los pretendidos por esas eventuales normas.

Es poco discutible que a buena parte de los artistas les gusta la controversia y a todos ellos les conviene la notoriedad¹⁵²; no pocas veces, a través de su imputación penal, algunos artistas adquieren una relevancia pública de la que antes carecían y con ello sus obras incrementan su valor de manera espectacular¹⁵³. Los casos son numerosos; por aludir a algunos de los citados en este trabajo cabe mencionar a Andrés Serrano, que tras la polémica generada por su *Piss Christ* aumentó notablemente su estatus como fotógrafo, adquirió una proyección internacional que hasta entonces no tenía e incrementó de manera notable las ventas de sus obras¹⁵⁴. Algo similar sucedió con el también fotógrafo R. Mapplethorpe; tras el proceso contra el director del museo que exponía sus obras, el autor ya fallecido, hasta entonces marginal, se convirtió en un artista reconocido, prestigiosas galerías de todo el mundo hicieron retrospectivas sobre su obra y en 1993 la *Mapplethorpe Foundation* estableció una galería permanente en el *New York Guggenheim Museum* dedicada monográficamente a su obra¹⁵⁵. Ambos ejemplos son buena muestra de que la persecución penal de los artistas y su repercusión mediática sirven para alterar de manera un tanto «artificial» el valor de la obra de arte.

VI. CONCLUSIONES

La interferencia entre arte y derecho es necesariamente conflictiva: este es un mundo regulado, aquella es una esfera caracterizada por la ausencia de reglas¹⁵⁶. En la búsqueda de un punto de armonía entre ambas realidades cuando la libertad de expresión artística produce obras de contenido «antirreligioso» mis conclusiones son las siguientes.

¹⁵¹ KADRI, 2007, p. 22.

¹⁵² Lo pone claramente de manifiesto, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 2006, p. 598.

¹⁵³ AHDAR/LEIGH 2005, p. 369, al mencionar las denuncias por blasfemia a los artistas, afirma que frecuentemente tienen un componente de manipulación por ambas partes.

¹⁵⁴ BRENT PLATE, 2006, p. 131.

¹⁵⁵ DUBIN, 1997, p. 382; KADRI, 2007, pp. 25-26.

¹⁵⁶ En parecido sentido, DOUZINAS, 2007, p. 66, la ley del arte es lo opuesto a la regla jurídica. En términos hegelianos, el derecho es combinación de razón y necesidad; el arte de emoción y subjetividad.

Es muy criticable la doctrina del TEDH en los casos *Otto Preminger Institut* y *Windrove*. De forma completamente contradictoria con el hecho artístico, somete la libertad de expresión artística a límites más estrictos de los que considera propio de la libertad de expresión política o comercial¹⁵⁷ y no comprende en absoluto la autonomía y funciones del arte.

La libertad religiosa no protege el derecho a que los demás no ofendan tu religión o tus sentimientos religiosos. A pesar de la aparente presunción contraria contenida en las sentencias *Otto-Preminger Institut* y *Windrove*, he destacado varias veces a lo largo del trabajo que el derecho a no ser insultado en las propias creencias religiosas no forma parte del derecho fundamental a la libertad religiosa. Yendo más allá, cabe decir que es más que dudoso que tal derecho deba ser reconocido aun fuera del ámbito de la citada libertad, porque de hacerlo no existe ninguna razón plausible en las modernas sociedades democráticas por la cual este derecho no hubiera de ser aplicado a cualquier sentimiento o creencia, y no únicamente al de tipo religioso¹⁵⁸. No tiene sentido la penalización autónoma de este tipo de conductas. El sentimiento religioso no tiene por qué tener una protección penal reforzada, que no poseen –ni tienen por qué– otro tipo de sentimientos de naturaleza diversa e igualmente pertenecientes al ámbito más íntimo de la personalidad.

Ello no quiere decir que en determinadas ocasiones no esté justificada la sanción de conductas, acciones o expresiones consistentes en insultar a unas determinadas creencias religiosas, por ejemplo porque si se permiten pueden provocar violencia y conflicto social, o inducir al odio entre comunidades o a la discriminación de alguna de ellas. Pero entonces la restricción a la libertad de expresión *lato sensu* se justifica por la evitación de la violencia o la discriminación, no por la protección de las creencias religiosas¹⁵⁹.

Es más, si se admite un concepto amplio de religión, el único posible en las sociedades democráticas, donde se incluya también el derecho a disentir de la religión o religiones mayoritarias y el

¹⁵⁷ Y no al revés, como de forma contradictoria escribe MARTÍN Y PÉREZ DE NANCCLARES, 2008, p. 301.

¹⁵⁸ LETSAS, 2012, *passim*, quien además pone el énfasis en la necesaria distinción entre la afirmación de que algo está bien hecho y la de que alguien tiene derecho a que lo hagas, en el sentido de que tiene derecho a la que la coerción del Estado sea usada frente a ti si no lo haces (p. 254, «*The estate should not sanction behavior on the grounds that doing so will make me a better person or on the grounds that a particular way of life or conception of the good is superior to the one I currently have. Since it is my responsibility to decide that, and since we are equals, the state should not take sides on whether the plan of life of some of us is ethically inferior to that of others*»).

¹⁵⁹ LETSAS, 2012, p. 258.

derecho a no profesar religión alguna, en los casos del tipo de los referidos en este trabajo más bien hay que considerar que la libertad religiosa amenazada es precisamente la del ofensor.

Ningún sentimiento, ni religioso, ni moral, ni de ningún otro tipo puede convertirse en canon de lo que es artísticamente lícito, entre otras razones porque resulta difícil imaginar una genuina creatividad artística –que es un bien constitucionalmente protegido– sin una cierta dosis de heterodoxia y algún grado de provocación.

Finalmente aunque las normas que penalizan la expresión artística blasfema o que hace mofa o escarnio del sentimiento religioso no se apliquen apenas y cuando lo hacen sea, la mayoría de las veces, para derivar en la absolución de los imputados, lo cierto es que siguen ahí (tal vez precisamente por eso, porque no se utilizan). Cuando surge un caso el revuelo social que producen suele ser notorio. Si el fin de protección de la norma penal es la paz social, la convivencia entre creencias diversas o algo que tenga que ver, aunque sea remotamente, con todo ello, resulta que este tipo de normas están sirviendo, derechamente, para todo lo contrario¹⁶⁰.

Queda pendiente de estudio la decisión sobre si estas situaciones deberían generar alguna otra respuesta por parte del derecho; por ejemplo, del derecho civil en la medida en que en una sociedad pluralista y multicultural la protección de los sentimientos religiosos de los ciudadanos es una cuestión de los propios individuos, que debe ser respetada e incluso facilitada por el Estado, pero no es, en absoluto, una cuestión del Estado. Tal premisa vendría a implicar que la protección se encauzaría, sobre todo, a través de acciones de daños, de enriquecimiento o de cesación de determinadas conductas productoras de la ofensa. Otra posibilidad es considerar que simplemente este tipo de cuestiones deberían quedar al margen de cualquier consecuencia jurídica. Sin duda, problemas y enfoques suficientemente complejos como para justificar otro trabajo.

¹⁶⁰ Como dice con razón KADRI, 2007, p. 31, sea cual sea la decisión final del tribunal en los casos que envuelven sentimientos religiosos y libertad de expresión solo una consecuencia es segura: el sentido de tal decisión desagradará al menos a tanta gente como dejará satisfecha.

BIBLIOGRAFÍA

- AHDAR R/LEIGH I., *Religious Freedom in the Liberal State*, Oxford University Press, 2005.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Introducción a la Teoría Jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, 1999.
- BARENDT, E., *Freedom of Speech*, 2.^a ed., Oxford University Press, 2005.
- BOZAL, V., *Francisco de Goya. Vida y Obra*, Tf. Editores, 2005.
- BRADNEY, A., *Religions, Rights and Laws*, Leicester University Press, 1993.
- BRENT PLATE, S., *Blasphemy: art that offends*, Black Dog Publishing, 2006
- BRITZ, G., «Der Freiheit der Kuns in der europäischen Kulturpolitik», *Europarecht*, 2004, pp 1-26.
- CARBONELL MATEU, J. C./VIVES ANTÓN, T. S., «De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos», en *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 2018 y ss.
- CHILDS, E. C., *Suspended License, Censorship and the visual Arts*, University of Washington Press, 1997.
- COETZEE, J. M., *Contra la censura. Ensayos sobre la pasión por silenciar*, traducción de la edición de 1996, por R. Martínez i Muntada, Debate, 2007.
- COSTA, J. P., *Libertà di espressione e identità collettive*, G.Giappichelli ed., 2007.
- CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expression: la function dogmatica del efecto de desaliento», *RGDP*, 8, 2007, disponible en revistas@iustel.com
- DE WERRA, «Liberté de l'art e droit d'auteur», *Medialex*, 2001, 3, pp. 143-149.
- DOUZINAS, C., «The Aesthetics of Law», en *The Trials of Art*, D. McClean (ed), Ridinghouse, London, 2007, pp. 65-86.
- DREIER, S., «It's Not about Free Expression: A Sociological Examination fo the Daisch Cortoon Controversy», en *Rights in Context. Law and Justice in Late Modern Society*, R. Banakar (ed.), Ashgate, 2010, pp. 177-191.
- ELKINS, J., *On the Strange Place of Religion in Contemporary Art*, Routledge, 2010.
- FENWICK, H., *Civil Liberties and Human Rights*, 4.^a ed. Routledge-Cavendish, 2011.
- FREELAND, C., *Pero ¿esto es arte?*, 3.^a ed., Cátedra, 2006.
- GARCÍA AMADO, J.A., «La sentencia de la semana. Absolución de Javier Krahe del delito contra los sentimientos religiosos del artículo 525.1 CP», disponible en *Dura lex*, <http://garciamado.blogspot.com.es/2012/06/la-sentencia-de-la-semana-absolucion-de.html>
- HUGHEY, O., «The First Amendment and the Protection fo Art», en Duboff, L.D. (Ed.), *Art Law. Domestic and International*, Frd.B. Rothman, 1975, pp. 167-192.
- JERICÓ OJER, L., «La relevancia penal de los sentimientos religiosos como límite a la libertad de expresión. Especial referencia al delito de escarnio (artículo 525 CP)» en *Libertad de expresión y sentimientos religiosos*, M. Díaz y García-Conlledo/J.A. García Amado y otros (Coord.), Ed. Juruá, 2012, pp. 103-151.
- KADRI, S., «The Licence of Poets and Madmen: Judging Art since Veronese», en *The Trials of Art*, D. McClean (ed), Ridinghouse, London, 2007, pp. 19-35.
- KAPLAN, P., «Veronese and the Inquisition: The Geopolitical Context», en Childs, E.C., *Suspended License, Censorship and the visual Arts*, University of Washington Press, 1997, pp. 85-124.

- KEARNS, P., «The Neglected Minority: The Penurious Human Rights of Artists», en *Rights in Context. Law and Justice in Late Modern Society*, R. Banakar (ed.), Ashgate, 2010, pp. 83-96.
- *The legal concept of Art*, Hart Publishing, Oxford, 1998.
- LETSAS, G., «Is there a right not to be ofended in one´s religious beliefs?», en *Law, State and Religion in the New Europe*. Zucca L/Ungureanu C. (eds), Debates and Dilemmas, 2012pp. 239-260.
- MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Comentario al artículo 525», en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, t. II*, J.Córdoba Roda/M. García Arán (dirs.), Marcial Pons, 2004, pp. 2468-2470.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Comentario al artículo 13», en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. A. Mangas Martín (Dir.), Fundación BBVA, 2008, pp. 298-307.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO, «Respeto a los sentimientos religiosos y libertad de expresión», *Anales Real Academia Jurisprudencia Legislación*, 2006, pp. 593-612. Reproducido en el libro del mismo autor, *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas. Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa*, Pamplona, 2007.
- MCCLEAN, D/AVASENSSIAN, A., «Trials of the Title: the Trials of Brancusi and Veronese», en *The Trials of Art*, D. McClean (ed), Ridinghouse, London, 2007, pp. 37-63.
- MCCREA, R., *Religion and the Public Order of the European Union*, Oxford University Press, 2010.
- MINTEGUÍA ARREGUI, I., *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, Dykinson, 2006.
- MORTENSEN, R., «Art, Expression and the Offender Believer», en *Law and Religion*, R.J. Ahdar (ed.), Ashgate, 2000, pp. 181-197.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 18 ed., Tirant lo Blach, 2010.
- PLAZA PENADÉS, J., *El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1, b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, 1997.
- RUBIO FERNÁNDEZ, E. M.^a, «Expresión frente a religión: un binomio necesitado de nuevas vías de entendimiento y de superación de sus interferencias», *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, núm. 24, 2006, pp. 201-231.
- SANDBERG, R., *Law and Religion*, Cardiff University, 2011.
- SIMON, L. E., «The Re-Interpretation of the Crucifix in Contemporary Art: Rene Cox, Edwina Sandys and Robert Mapplethorpe», *Dissertation*, Sotheby´s Institute of Art-London, 2009.
- TAYLOR, P. M., *Freedom of Religion. UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, 2005.
- TOMLINSON, J. A., «Goya and the Censors», en *Suspended License, Censorship and the visual Arts*, University of Washington Press, 1997, pp. 125-147.
- VASSALL-ADAMS, G., «Robert Mapplethorpe: the Perfect Moment», en *The Trials of Art*, D. McClean (ed), Ridinghouse, London, 2007, pp. 289-304.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «Los límites a los derechos fundamentales», en *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, en Bastida F./Villavede I./Requejo P./Presno M.A./Aldez B./Fernández Sarasola I, Tecnos, 2004 (Reimp. 2012), pp. 120-150.
- VIVES ANTÓN, T. S./CARBONELL MATEU, J. C., «Delitos contra la Constitución», en *Derecho penal. Parte especial*, 3.^a ed., Vives Antón et altri, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 760 y ss.

- VIVES ANTÓN, T. S., *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, 1995.
- WHITE, M., «Not another Blasphemy Trial!: The Prosecution of George Grosz and Political Justice in Weimar Germany», en *The Trials of Art*, D. McClean (ed), Ridinghouse, London, 2007, pp. 255-270.
- YOUNG, A., «Piss Christ on Trial: Disgust, Obscenity and Transgression», en *The Trials of Art*, D. McClean (ed), Ridinghouse, London, 2007, pp. 307-324.