REDC 58 (2001) 819-830

# LA PROTECCIÓN DEL FACTOR RELIGIOSO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL ESPAÑOL (LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE)

## I. Planteamiento de la cuestión

A raíz de los profundos cambios de toda índole (sociales, económicos, políticos, culturales) que se generan en España con la entrada en vigor de nuestra Constitución y la instauración de un régimen democrático, se hizo imprescindible una renovación legislativa en todos los ámbitos, y como no, también en las disposiciones que regulaban el fenómeno religioso.

Este cambio constitucional generó ya algunas tensiones «cuando incidió en el régimen matrimonial y las ha seguido suscitando cuando se han tratado otras materias en las que entra en juego la cuestión religiosa como: enseñanza, presupuestos, aborto, etc.» [1].

En el ámbito penal tal cambio se dejo sentir, primero, con una reforma «urgente y parcial». Más tarde, con la elaboración y promulgación de un nuevo Código penal (LO 10/1995, de 23 de noviembre), donde en su misma exposición de motivos señala como el Derecho penal «ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social». De tal manera que, cuando esos principios y valores cambian o se ven alterados sustancialmente en su formulación, éste, en buena lógica, deberá también cambiar. A esta finalidad responde la elaboración de la nueva normativa penal: «a una necesidad de adaptación positiva a los nuevos valores constitucionales» [2], otorgando así , un especial relieve a la tutela de los derechos fundamentales y procurando dar un paso más en el camino de que la igualdad de todos los ciudadanos sea real y efectiva, obligación que impone la Constitución a los poderes públicos» [3].

1 *Vid.* D. Llamazares Fernández - G. Suárez Pertierra, «El fenómeno religioso en la nueva Constitución española», en *Revista de la Universidad Complutense de Madrid* 61 (1980) 7-34; L. Prieto Sanchís, «Las relaciones Iglesia y Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas fundamentales», en Pedrieri - García de Enterría, *La Constitución española de 1978*, Madrid 1980, 307; J. J. Amorós, *La libertad religiosa en la Constitución española de 1978*, Madrid 1984; D. Basterra, *El derecho de libertad religiosa y su tutela jurídica*, Madrid 1989; J. Terradillos Basoco, «La protección penal de la libertad de conciencia», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 69 (1983) 141.

2 Cf. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *BOE* n. 281, de 24 de noviembre de 1995: Exposición de motivos.

3 *Ibidem*, Exposición de motivos 3.º y 5.º en relación con el artículo 9, 2 CE.

Universidad Pontificia de Salamanca

Esto ha hecho que el fenómeno religioso, como dimensión esencial de la persona humana, haya sido objeto de protección en todas nuestras leyes penales [4], aunque eso sí, abordada desde muy diferentes perspectivas según cual fuera el sistema y la filosofía política imperante en cada momento histórico [5].

No podemos decir que sean muy abundantes los estudios que se han elaborado sobre la materia [6], es más, los trabajos que encontramos, en su mayoría han sido realizados por penalistas [7]. Esta realidad, añadida al hecho de la entrada en vigor de la nueva normativa, nos ha inducido a pensar que es una tarea ineludible del eclesiasticista el irrumpir en escena y reclamar, o mejor dicho, asumir el papel que legítimamente le corresponde desempeñar en el tratamiento y estudio de una materia que concierne directamente a nuestra disciplina y, en la que como muy bien afirma un conocido autor, constantemente se barajan y utilizan términos como «religión», «sentimientos religiosos», «confesión religiosa», «comunidad religiosa», etc., a los que quizá tan «sólo un eclesiasticista sabrá dar una repuesta más ajustada y completa» [8], circunstancia esta que los mismos penalistas no han dudado en ningún momento en reconocer [9].

4 Cf. J. de Otaduy, «La tutela penal del derecho de libertad religiosa», en *Tratado de Derecho eclesiástico,* Pamplona 1994, 512-513.

5 Cf. F. Pérez Madrid, *La tutela penal del factor religioso en el Derecho español,* Pamplona: Eunsa, Colección Jurídica, 1995, 17.

6 A pesar de ello, encontramos trabajos de notable interés como: D. Llamazares Fernández, «Libertad religiosa y de culto», en *XII Jornadas de Estudios de Derechos Fundamentales y Libertades públicas,* Madrid 1992, 354-370; A. Fernández Coronado González, «La tutela penal de la libertad religiosa», en *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado,* vol. II (1986) 17-55; ID., «El contenido de la tutela de la libertad de conciencia en el Código penal de 1995», en *Revista del Poder Judicial* 52 (1999) 135-173; J. de Otaduy, «La tutela penal de la libertad religiosa», en: AA. VV., *Tratado de Derecho eclesiástico,* Pamplona 1994, 511-539; J. M. Goti Ordeñana, *Delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos en el nuevo Código penal;* J. A. Souto Paz, *Derecho eclesiástico del Estado. El Derecho de la libertad de ideas y creencias,* Madrid 1992, 9-12;J. Vázquez García-Peñuela, «Posición jurídica de las confesiones religiosas y de sus entidades», en: AA. VV., *Tratado de Derecho eclesiástico del Estado,* Pamplona 1994, 551 ss.; ID., «La libertad religiosa y de culto», en *Los derechos fundamentales y las libertades públicas* I, Madrid 1992; M. López Alarcón, «El interés religioso y su tutela por el Estado», en VV. AA., *Derecho eclesiástico del Estado español,* 2.ª ed., Pamplona 1983, 554-569; ID., «Tutela de la libertad religiosa», en AA. VV., *Derecho eclesiástico del Estado español,* Pamplona 1993.

7 Pueden verse, entre otros: L. Morillas Cueva, *Los delitos contra la libertad religiosa,* Granada 1977; ID., «Los delitos contra la libertad de conciencia y de culto», en *Documentación jurídica. Monografía dedicada a la propuesta del Anteproyecto del nuevo Código penal,* vol. 2, enero-diciembre 1983; T. Vives Antón, «Estado de Derecho y Derecho penal», en *Comentarios a la legislación penal,* I: *Derecho penal y Constitución,* Madrid 1982; ID., «Delitos contra la libertad de conciencia», en AA. VV., *Derecho penal. Parte especial,* Valencia 1993; A. Serrano López, «Delitos contra la libertad religiosa», en *Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código penal de 1983,* Madrid 1985, 719-742; L. Rodríguez Ramos, «Aconfesionalidad del Estado y Derecho penal», en *Comentarios a la legislación penal,* II: *El Derecho penal del estado democrático,* Madrid 1983, 173-178.

8 «En ocasiones pueden aparecer nociones como diócesis, órdenes, congregaciones religiosas, etc., que harán necesario dirigirse a un ordenamiento confesional, en concreto el Ordenamiento canónico, para determinar con exactitud el contenido de dichos conceptos». J. Fornés, *El nuevo sistema concordatario español,* Pamplona 1980, 58.

9 «Ninguna ciencia puede predicar su autosuficiencia, sino tan sólo reclamar un enfoque determinado de un objeto sobre el que deben incidir además otras disciplinas, actuando cada cual desde la

Universidad Pontificia de Salamanca

## II. Posibles alternativas de tutela penal del fenómeno religioso en el Derecho de los Estados

La protección penal del fenómeno religioso puede llevarse a cabo desde dos dimensiones bien distintas: desde una dimensión colectiva, o desde la dimensión individual. En el texto constitucional, concretamente en el art. 16 se reconoce o se hace alusión a esta doble dimensión individual y colectiva del fenómeno religioso. De igual modo, es obligado referirnos a la LOLR 5 de julio de 1980, en cuyo artículo 2.º cita como sujetos del derecho de libertad religiosa al individuo y a las confesiones y comunidades religiosas en las que se inserta con la intención de aludir a todos los entes de carácter religioso [10].

### A) *Desde la dimensión colectiva se consideran los valores religiosos como «bienes sociales»*

Bajo este aspecto colectivo se pueden observar dos opciones:

Una primera opción que supone una tutela penal fundamental de la confesionalidad del Estado. En ella, se pueden dar diferentes supuestos con distintos grados de intensidad:

*Confesionalidad excluyente.* El Estado protege fuertemente la religión oficial y, en consecuencia, crea o tipifica figuras delictivas específicamente dirigidas no sólo a proteger delitos contra esta religión, sino también (y esto es lo más significativo) delitos de religión [11]. Las penas se corresponden con las de delitos de «lesa majestad» o contra la «seguridad del Estado». El Estado confesional elige así entre el elenco de confesiones religiosas que pueden tener implantación dentro de su ámbito, aquella que responde mejor a sus fines éticos. «Se potencia una sola opción religiosa estimada como única y válida» [12].

*Confesionalidad que admite la simple tolerancia de otras confesiones o religiones como un mal menor.* Los textos penales protegen en alguna medida a estas reli-

perspectiva que le resulte peculiar». L. Morillas Cuevas, *Los delitos contra la libertad religiosa*, Granada 1977, 20.

10 En este punto seguimos casi textualmente el referido trabajo de la Prof.ª Fernández-Coronado, *La tutela penal de la libertad religiosa...*, *o. c.*

El predominio de uno u otro aspecto, estima la Prof.ª Fernández Coronado que dependerá de varios factores:

— El más importante: la posición jurídica del Estado frente al fenómeno religioso; factores extrajurídicos que condicionan el tratamiento por la norma penal del interés protegido (derechos fundamentales y libertades públicas) que surgen como consecuencia de movimientos ideológicos y políticos de signo liberal; fuerza social de los intereses religiosos; concepciones secularizadoras del Derecho penal, etc.

11 Un claro ejemplo de lo que afirmamos lo encontramos en nuestro primer Código penal de 1822, que asume la «defensa de la religión de Estado» con gran fuerza y meticulosidad.

12 J. Terradillos Basoco, *Protección de la libertad...*, *o. c.*, 141.

Universidad Pontificia de Salamanca

giones, pero eso sí, siempre en manifiesta desigualdad respecto a la religión oficial, a la que otorga un trato privilegiado [13].

*Confesionalidad sociológica,* que admite el derecho de libertad religiosa. El Derecho penal tutelará el derecho de libertad religiosa, pero, en caso de conflicto, prevalece el principio del Estado, lo que conlleva la debilidad de la tutela penal.

Una segunda opción se producirá cuando el Estado realice una valoración positiva de lo religioso en general, como bien de trascendencia social que ha de potenciar y defender, como algo a lo que no puede permanecer ajeno porque constituye una fuerza útil a él mismo y a sus fines [14]. En este caso, el Derecho penal debe asegurar las condiciones que posibiliten el desarrollo de ese fenómeno religioso mediante una legislación especial que tutele el valor social de lo religioso [15]. Se erige en defensor de esta realidad, pero ya no constriñéndose a los límites establecidos por un solo dogma. De tal manera, que la intervención por parte del Estado, tutelándola, viene justificada por el valor ético que atribuye a lo religioso, a la religión, a la que considera de interés general. Así, el valor moral que impregna a lo religioso fundamenta el que sea penalmente protegido por el Estado [16].

B) *Desde la dimensión individual los valores religiosos son considerados como una «manifestación libre e incoercible de la vida interior de la persona»*

El aspecto individual, admite, a su vez, un doble planteamiento:

En primer lugar, el Derecho penal del Estado puede tutelar directa y principalmente la libertad religiosa o la libertad de conciencia como bien jurídico de carácter individual, esto es, como derecho fundamental e inviolable de la persona. Pero puede, junto con esto, realizar una tutela mediata o directa del fenómeno religioso como bien social en cuanto instrumento de amplificación de los intereses particulares, es decir, que la protección de las confesiones haga posible la libertad del individuo [17].

Un segundo planteamiento de este aspecto individual surge cuando lo que se protege por el ordenamiento punitivo del Estado es estrictamente la libertad ideológica de los individuos. Se producirá, en tal caso, una protección penal a todas las manifestaciones de la misma y, entre ellas, a la libertad de opción por lo religioso. Se

13 Ejemplo de ello lo tenemos en la Constitución de 1876, donde, en su artículo 11, prohíbe las ceremonias y manifestaciones públicas de las religiones no católicas. Ahora bien, permite el ejercicio privado de los otros cultos, considerándolo más como «un mal menor» inevitable que un aspecto socialmente positivo.

14 Se tiene en cuenta su función social integradora.

15 A. Fernández-Coronado González, «La tutela penal de la libertad religiosa», en *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado,* 1986, 20.

16 Un ejemplo de esta opción lo tenemos en el primer manifiesto del Gobierno provisional surgido de la revolución de 1868.

17 Esta opción de tutela del hecho religioso como manifestación de la libertad individual la vemos reflejada en las Constituciones de 1869 y 1931 y concretada en los Códigos penales respectivos a dicho momento histórico de 1870 y 1932.

Universidad Pontificia de Salamanca

parte aquí de una valoración indiferente del fenómeno religioso en cuanto tal. Se trata, simplemente, de una opción civil dentro de un Estado que no actúa en absoluto como sujeto religioso. Desde esta última perspectiva, que ha ido adquiriendo consistencia en el Derecho penal de los Estados democráticos-sociales de nuestro tiempo, se renuncia total o parcialmente a una penalización directa y autónoma de tal sector, confiándose al mismo una tutela refleja o global de normas penales ordinarias dictadas en defensa de otros bienes jurídicos [18].

Esta distinción no es irrelevante, pues según cuál sea el aspecto que prevalezca distinta será la ubicación de estos tipos penales. Así, si el factor o fenómeno religioso es abordado desde el aspecto colectivo y, por ende, los valores religiosos son considerados como bienes sociales, su ubicación correcta sería entre aquellos delitos que atacan a la organización de la comunidad o incluso a la seguridad del Estado.

Por el contrario, si partimos de su carácter de derecho individual y, por tanto, unido directamente con la libertad ideológica, ello exigirá tener que conectarlos con aquellos preceptos encaminados a la protección de la libertad personal, lo cual supondría la desaparición de la sección especial dedicada a estos delitos [19], o bien subsumirlos en ellos [20].

## III. Postura adoptada por el legislador español en el nuevo Código penal de 1995

Una vez que hemos visto las diferentes alternativas de tutela penal al factor religioso que se pueden dar en el Derecho de los Estados, fijamos nuestra atención en el análisis de nuestra nueva normativa penal.

Aparece regulada la materia en el cap. IV, «*De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria*» del Título XXI, en concreto en la Sección 2.ª De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos (arts. 522 a 526).

Si prestamos atención a otros Códigos penales de nuestro área cultural es fácil advertir cómo en la mayor parte de ellos subsisten un grupo de delitos en materia de religión, resultado de un proceso de progresiva reducción de un sector que en el modelo, ya superado, de Estado confesional gozaba de mayor extensión, relevancia sistemática y trascendencia en cuanto a las consecuencias punitivas [21].

18 A. Fernández-Coronado, La tutela penal..., *o. c.*, 21; J. Terradillos Basoco, «Protección penal de la libertad de conciencia», en *Revista de la Universidad Complutense* 69 (1983) 140.

19 D. Llamazares Fernández, *Derecho de la libertad de conciencia*, II: *Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, Civitas, 1999, 591.

20 Cf. J. Terradillos Basoco, *Protección penal de la libertad de conciencia*, *o. c.*, 140.

21 Cf. J. M. Tamarit Sumalla, *Comentario a la Parte Especial del Derecho penal*, Aranzadi, 1996, lib. II, t. XXI, 1457.

Universidad Pontificia de Salamanca

Actualmente la doctrina, como en otras tantas cuestiones, está dividida en lo que se refiere a la justificación político-criminal de este grupo de delitos. Así, algunos autores mantienen con firmeza la necesidad de que se lleve a cabo un proceso de secularización hasta sus ultimas consecuencias, prescindiendo con ello de un grupo autónomo de «delitos de religión», en la convicción de que los meros sentimientos no son acreedores de tutela penal y de que, por otra parte, los tipos genéricos contra la libertad individual y contra el ejercicio de los derechos de asociación y reunión podrán ofrecer la protección necesaria de las diversas manifestaciones de la libertad religiosa [22]. Otros, en cambio, insisten en la conveniencia de mantener un núcleo mínimo de delitos con la finalidad de destacar el relevante valor de la libertad religiosa como derecho fundamental en un sistema democrático y pluralista [23].

El nuevo Código penal de 1995 ha optado por la conservación del grupo de delitos religiosos, y no precisamente en su mínima expresión, puesto que no se limita a la tutela de la libertad religiosa en sus diversas proyecciones externas, a través de los tipos de proselitismo ilegal y de perturbación de ceremonias, sino que alcanza a la protección de los sentimientos religiosos mediante los tipos de escarnio y profanación. Tan sólo desaparecen el delito de maltrato a un ministro de una confesión religiosa y el tipo residual de ofensa contra los sentimientos religiosos del anterior artículo 211, al margen del delito de blasfemia, ya suprimido en 1988.

Dentro de los criterios que han inspirado esta reforma penal en su intento de adaptación a los valores constitucionales, a nosotros nos interesa fundamentalmente resaltar el especial relieve otorgado a la tutela de los derechos fundamentales, así como el deseo firme de «avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva», tratando con ello de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos, eliminando regulaciones que son obstáculos para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias [24].

Veamos, pues, cuáles son los supuestos o tipos que contempla:

Se inicia esta sección 2.ª con el artículo 522. Coincide prácticamente con el antiguo artículo 205, introducido con la reforma de 1973, con el fin de tutelar la liber-

22 Todo ello se manifiesta especialmente en la tendencia adelgazar cada vez más el derecho especial en la protección penal de las creencias y de los sentimientos religiosos a favor del Derecho y de la protección común, con la consiguiente equiparación entre creencias y sentimientos religiosos y no religiosos, y en la protección original y, sólo por respeto a ellos, el de los grupos y confesiones (personalización): no se protegen valores confesionales (lo impide la laicidad del ordenamiento), sino sólo los sentimientos de esos ciudadanos que tienen esas vivencias». D. Llamazares Fernández, *Derecho de la libertad de conciencia...*, *o. c.*, 591. En el mismo sentido se inclinan penalistas de la talla de Muñoz Conde, Terradillos y Tamarit.

23 En este sentido se inclina Morillas Cuevas.

24 Art. 9, 2: «Corresponde a los poderes públicos *promover* las condiciones para que la libertad y la libertad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; *remover* los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Universidad Pontificia de Salamanca

tad religiosa (además de la religión del Estado, que seguirá siendo protegida a través de otros tipos) y levemente remodelado en la reforma de 1983.

Las variaciones efectuadas son éstas:

— La sustitución de «actos de culto» por «actos propios de las creencias que profese», en el párrafo primero, y en la agregación de la expresión «ritos» junto a cultos, en el segundo párrafo.

Por tanto, queda configurado como un delito cuya acción típica debe consistir en: violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo que tenga como resultado, en el primer supuesto, *el impedir* a uno o diversos miembros de una determinada confesión religiosa practicar actos propios de sus creencias o asistir a los mismos. En el segundo supuesto, la situación es totalmente contraria a la anterior, esto es, *«obligar a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, cambiar de religión o a realizar actos reveladores de profesar o no una religión»*.

Tanto en el primero como en el segundo supuesto se sustituye la expresión «actos de culto» por «actos propios de las creencias que profesen», sustitución que tiene como consecuencia la ampliación del tipo, de manera que quedarán insertadas en el mismo no sólo las manifestaciones colectivas de una determinada fe religiosa, que eso son los actos de culto, sino también otros actos realizados individualmente, como, por ejemplo, la oración [25].

El mismo efecto produce la adición del término «ritos» en el segundo apartado: también ocasiona el mismo efecto extensivo del tipo.

Otro de los aspectos en los que la política criminal había emprendido una revisión crítica de estos delitos se concretaba en que el impulso de una reformulación interna de los mismos que evitase situaciones poco respetuosas con el principio de igualdad, como el hecho de arbitrar protección penal de unos individuos que profesaban alguna creencia religiosa, mientras que no se ofrecía una tutela igual frente a las mismas conductas típicas a quienes no profesaban tal tipo de creencias.

Artículo 523: La nueva regulación resulta prácticamente idéntica al Código derogado [26]. El único elemento innovador ha destacar es el requisito de que las confesiones religiosas se encuentren inscritas en el registro público del Ministerio de Justicia, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de junio, de Libertad Religiosa. Lo que ha sido considerado por la doctrina como una anomalía o, en todo caso, una imprecisión, porque si se sigue al pie de la letra la LOLR en el sentido

25 Cf. J. M. Tamarit Sumalla, *Comentario a la parte especial...*, *o. c.*, 1460

26 Art. 523: «El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto; con la multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar».

Universidad Pontificia de Salamanca

de considerar como sujeto de este derecho únicamente a las confesiones religiosas inscritas, estaríamos ante un supuesto de inconstitucionalidad [27].

En este tipo se protege una de las dimensiones de la libertad religiosa, la comunitaria, consistente en el derecho de reunirse o manifestarse públicamente y asociarse para desarrollar actividades religiosas y de culto propias de una confesión.

La actividad delictiva puede abarcar desde el hecho de *impedir* hasta *perturbar e interrumpir* (la doctrina ha considerado la necesidad de que la perturbación sea grave).

La alusión a los *actos, funciones, ceremonias* o *manifestaciones* es suficientemente amplia como para abarcar a toda clase de actos colectivos de las confesiones religiosas, ya sean litúrgicos o cualesquiera reuniones organizadas conforme a la libertad que les reconoce el artículo 2, *d)* de la LO 7/80, de 5 de julio, ya se celebren en recintos o lugares privados o espacios públicos.

— La norma distingue, a efectos punitivos, según que el lugar sea destinado al culto o no. Por ello, se pueden plantear problemas cuando se trate de espacios en los que sólo se celebra el culto de modo ocasional o en los que se ha dejado de celebrarlo.

El artículo 524 mantiene el delito de profanación, aunque la extensión del mismo se ha visto limitada respecto al Código anterior [28].

— La configuración abierta del tipo ha dejado paso a una descripción cerrada de tres situaciones en las que la profanación resulta punible:

*a)* en un templo;

*b)* en un lugar destinado al culto;

*c)* en el transcurso de la celebración de una ceremonia religiosa.

El bien jurídico protegido son los «sentimientos religiosos» propios de los miembros de una confesión religiosa.

La profanación es un tipo cualificado respecto al delito de escarnio.

— Que los actos de profanación se materialicen o se refieran explícitamente a algún objeto de especial significación para una confesión religiosa.

— Se ha de tratar no de cualquier reunión o manifestación colectiva de una determinada confesión religiosa, sino tan sólo de aquellas calificadas como de actos de culto o que estén dotados de un contenido «sacro» por la correspondiente confesión.

27 En este sentido afirma el Prof. Goti Ordeñana que «hay instituciones religiosas que por la Constitución tienen plenos derechos, y que no quieren inscribirse, sin que por ello dejen de ser legítimas asociaciones religiosas, con todos los derechos para ejercitar actividades religiosas». J. Goti Ordeñana, *Delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos en el nuevo Código penal*, Ponencia de la Asociación de Canonistas.

28 Art. 524: «El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas, ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados, será castigado con pena de prisión de seis meses a un año o multa de cuatro a diez meses».

Universidad Pontificia de Salamanca

— Debe existir además, un elemento subjetivo, esto es, el ánimo de ofender los sentimientos religiosos de los miembros de una determinada confesión religiosa.

El artículo 525 tipifica el delito de escarnio [29] si presenta algunas novedades significativas respecto a su anterior tipificación:

— La extensión de la protección a los sentimientos de quienes no profesen religión o creencia alguna.

— Se ha suprimido la distinción entre el escarnio de la confesión religiosa y el ultraje de los dogmas, ritos o ceremonias, reuniendo las dos modalidades en un solo supuesto, aunque con la restricción de la publicidad hasta ahora reservada al ultraje (se trata de una figura penal muy discutida, aunque más respetuosa con el principio de intervención mínima).

— El bien jurídico protegido se concreta en los sentimientos religiosos de los miembros de la confesión religiosa objeto de escarnio o de las personas que no profesan religión alguna.

— El elemento objetivo del escarnio se desprende del significado de la palabra «befa tenaz que se hace con el propósito de afrentar» o a «grosera e insultante expresión de desprecio o mofa, burla o vilipendio» [30].

Nos encontramos ante un delito de simple actividad, cuya consumación se produce con la mera exteriorización pública de la expresión ofensiva, sin que llegue a producirse un resultado de escándalo de los sujetos pasivos. Aunque la expresión debe ser idónea para conseguirlo.

Se requiere la publicidad y además que el escarnio se haya efectuado de palabra, por escrito o mediante cualquier otro documento.

Resultan excluidos del tipo las acciones o gestos, aunque resulta difícilmente explicable.

Se exige explícitamente la presencia de un «animus iniuriandi», es decir, la intención de ofender los sentimientos religiosos de los miembros de una confesión religiosa.

Respecto a la redacción del párrafo segundo, hay que destacar su carácter lacónico. Cabe preguntarse —afirma Tamarit— si resulta exigible la concurrencia de los elementos que conforman el tipo en el primer párrafo, y concluye que son aplicables los requisitos estructurales, tales como elementos subjetivos del injusto. Pero no puede decirse lo mismo sobre los medios comisivos, pues el carácter cerrado de la fórmula «de palabra o por escrito» impide incluir otros medios, como

29 Art. 525, 1: «Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican. 2. En la mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna.

30 *Vid.* SSTS 13 de octubre 1980 (RJ 1980, 3696) y 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 9163).

Universidad Pontificia de Salamanca

el uso de cualquier otro documento. La omisión, entiende el autor que se debe a una deficiencia técnica, que no puede corregirse más que a través de la reforma legislativa.

Art. 526. Los elementos novedosos que presenta esta norma [31] en comparación con la del Código anterior son básicamente dos:

— La inserción del tipo en el grupo de delitos de religión, siguiendo la tendencia dominante en los códigos penales de nuestro contexto cultural.

— La ampliación del tipo delictivo más allá de la simple profanación de la violación de sepultura y la profanación de cadáveres, que integraban el contenido del anterior artículo 340. Esto hace que se extienda el objeto material de la profanación a las cenizas y que contemple también la *destrucción, alteración* o *daño* de urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos con ánimo de ultraje.

El bien jurídico protegido en tales supuestos es el interés social en el respeto a la memoria de los difuntos. Tal interés constituye, además de un enraizado valor cultural no necesariamente vinculado a las creencias religiosas, una emanación del principio constitucional de dignidad humana. El titular de este bien jurídico es la sociedad, no los difuntos o las personas que por razones familiares, afectivas, religiosas o raciales puedan resultar emocionalmente afectadas por los hechos. Aquí parece que por estos motivos no cabe una interpretación en clave exclusivamente religiosa de este delito, como la efectuada por algunos autores como Rodríguez Devesa, que relacionan directamente la protección de la intangibilidad de los restos mortales con la creencia en la existencia de un alma inmortal.

El contenido de este tipo utiliza expresiones propias de otros ámbitos, como son las de violar o profanar [32], cuyo uso puede resultar problemático por problemas interpretativos; sin embargo, las conductas introducidas son mucho más concretas (sirva como ejemplo lo que significa destruir).

De modo explícito la norma exige un ánimo de ultraje en relación con los supuestos del segundo grupo. Se trata del elemento subjetivo del injusto.

Será de aplicación la circunstancia agravante de actuar por motivos racistas o antisemitas en el artículo 22, 4, si la conducta tuviera como causa la condición judía o la raza de los difuntos.

31 Art. 526: «El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de tres a seis meses».

32 Violar debe entenderse objetivamente abrir ilegítimamente un sepulcro o sepultura o acceder a él. Por profanar cabe entender tratar un cadáver o sus cenizas sin el respeto debido, y puede concretarse en conductas que afecten a su integridad corporal, como mutilaciones o sustracciones de órganos, o de cualquier modo impliquen una falta o respeto, como conductas sexuales (necrofilia) o sustracción de ropas u objetos de valor.

Universidad Pontificia de Salamanca

## IV. Consideraciones finales

1.ª Según el artículo 1 del texto constitucional, «España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como primer valor rector de su ordenamiento jurídico la libertad; esto hace que no se pueda prescindir, por parte del Derecho penal, de la defensa a ultranza de ese bien esencial. Ahora bien, el legislador toma en consideración el hecho religioso, «en la medida, y sólo en esa dimensión, en que se manifiesta y actúa como factor social sometido a un tratamiento jurídico de naturaleza civil (no confesional)» [33]. Así, un tratamiento jurídico penal de la cuestión exige expresamente la defensa e incluso la promoción de la libertad e igualdad de todos los ciudadanos (art. 9, 2 CE) y, obviamente, la libertad de conciencia.

2.ª La rúbrica resulta más congruente con el contenido de la sección.

3.ª La razón de que el Estado asuma el compromiso de colaboración con las confesiones religiosas es porque éstas son condición necesaria para que pueda darse la libertad religiosa, pero esto, en ningún caso esta tutela o promoción podrá suponer un trato discriminatorio de unas en detrimento de otras, ni del ciudadano creyente respecto del no creyente.

4.ª El Derecho penal ha de aspirar a poder evitar eficazmente la imposición de una determinada ideología, a suprimir los impedimentos que obstaculicen la libre elección de una de ellas o a asegurar la posibilidad de actuar públicamente de acuerdo con la propia» [34].

5.ª De lo anterior hay que deducir que un Derecho penal democrático sólo entrará en juego (en conformidad con el principio de intervención mínima) ante los ataques más graves del ejercicio de la libertad y se abstendrá de intervenir cuando las demás ramas del ordenamiento jurídico sean suficientes para lograr el grado de control que se pretende. «Ha de abstenerse de defender lo 'religioso' o lo 'ético' para proteger las condiciones que hagan posible la libertad de conciencia y sus manifestaciones. Sólo ha de hacer frente a los ataques más graves, sólo cuando estos ataques no sean neutralizables por otras ramas del ordenamiento jurídico» [35].

6.ª Se conservan el grupo de «delitos de religión», y no precisamente en su mínima expresión, puesto que no se limita a la tutela de la libertad religiosa en sus diversas proyecciones externas, a través de los tipos de proselitismo ilegal y de perturbación de ceremonias, sino que alcanza a la protección de los sentimiento religiosos mediante los tipos de escarnio y profanación.

33 J. Viladrich, «Los principios informadores del Derecho eclesiástico español», en AA. VV., *Derecho eclesiástico del Estado español*, 2.ª ed., Pamplona 1983, 179.

34 J. Terradillos Basoco, *Protección penal...*, *o. c.*, 157.

35 Cita a López Alarcón, «El interés religioso y su tutela por el Estado», en AA. VV., *Derecho eclesiástico del Estado español*, 2.ª ed., Pamplona, 1983, 554 y 559; Id., «Tutela de la libertad religiosa», en AA. VV., *Derecho eclesiástico del Estado español*, 1993.

Universidad Pontificia de Salamanca

7.ª Desaparecen el delito de maltrato a un ministro de una confesión religiosa y el tipo residual de ofensa contra los sentimientos religiosos del anterior artículo 211, al margen del delito de blasfemia.

— La alusión a «sentimientos religiosos» se corresponde con la presencia de los delitos de escarnio y profanación.

— La libertad de conciencia, expresión introducida en la reforma de 1983 con la intención de subrayar la voluntad de protección también de las creencias no religiosas.

— Incorporación a la presente sección del delito de violación de sepulturas y profanación de cadáveres, anteriormente incluido, junto con el delito de inhumaciones ilegales, en un espacio «sui generis» previo a los delitos contra la salud pública.

Ángeles Liñán García
Universidad de Málaga

Universidad Pontificia de Salamanca