

LIBERTAD RELIGIOSA E IDEOLÓGICA: GARANTIAS PROCESALES Y TUTELA PENAL

Juan Ferreiro Galguera

Sumario: 1.INTRODUCCIÓN. 2.GARANTÍAS NORMATIVO-PROCEDIMENTALES 3. PROTECCIÓN JURISDICCIONAL 3.1 Jurisdicción ordinaria. 3.2 Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional 3.3 Jurisdicción internacional. 3.3.1 Consejo de Europa. 3.3.2 Tribunal de Justicia de las Comunidades 3.3.3 Protección internacional en el marco de la ONU 4.PROTECCION MATERIAL: TUTELA PENAL 4.1 Delitos contra la libertad religiosa. 4.1.2.Coacción en el ejercicio de la libertad religiosa 4.1.3. Perturbación 4.2 Delitos contra los sentimientos religiosos. 4.2.1 Profanación 4.2.2. Escarnio 4.3. Otras figuras delictivas relacionadas con el factor religioso. 4.3.1. Protección indirecta de la libertad religiosa en el Código Penal 4.3.2 Protección de la libertad religiosa en el ámbito internacional

1. INTRODUCCIÓN

Tan propio del Estado de Derecho es reconocer una serie de derechos y libertades fundamentales como el arbitrar un sistema de garantía y protección de los mismos. De poco serviría el mero reconocimiento programático de los derechos en nuestra Constitución si no fueran acompañados de un mecanismo legal que asegurase su desarrollo normativo y un procedimiento jurisdiccional que les amparase ante supuestas acciones encaminadas a obstaculizar su ejercicio. Tanto más si se trata de los derechos revestidos de la más alta consideración jurídica: los derechos fundamentales. No sólo un amplio elenco de convenios internacionales sino todas las Constituciones de los Estados de nuestro entorno jurídico-cultural incluyen a la libertades religiosa dentro del listado de derechos fundamentales y prevén procedimientos de protección de los mismos.

La libertad religiosa, como la libertad ideológica, goza en nuestro ordenamiento constitucional de la misma protección que se dispensa para el resto de derechos fundamentales¹. Aunque en el caso de esta libertad, no es ocioso matizar que lo que nuestro ordenamiento jurídico protege no es el fenómeno religioso en sí mismo sino el ejercicio de la libertad respecto a las creencias religiosas o ideológicas. En suma, nuestro sistema normativo protege a los individuos, aislados o en grupo, cuando en el ejercicio de su libertad adoptan una actitud creyente, atea o agnóstica.

Corresponde pues analizar la protección de este derecho fundamental desde una triple perspectiva: la normativo-procedimental, la protección jurisdiccional y el derecho

1 Si bien con la singularidad de que, como apunta SOUTO, y tal como exige el art. 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, no podrá ser suspendida en los supuestos de declaración de Estado de excepción o de sitio. *Vid.* J.A. SOUTO PAZ, *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho comparado*. Marcial Pons. Madrid 1999, pág. 287

material. Desde el prisma normativo-procedimental, fijaremos nuestra atención sobre las garantías que la Carta Magna exige para la regulación normativa de la libertad religiosa.

En un segundo momento, nos referiremos a la protección jurisdiccional en sentido estricto², esto es, los mecanismos procesales que el ordenamiento arbitra en los supuestos en que este derecho haya sido vulnerado por la acción de un tercero y se requiera su legítima protección ante los tribunales (derecho adjetivo).

Por último, nos referiremos a las garantías incluidas en el derecho material que regula y protege la libertad religiosa haciendo especial hincapié en las figuras delictivas que protegen los bienes jurídicos libertad religiosa y la libertad ideológica en el vigente Código Penal, en donde entre los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas se incluye expresamente una sección referida a los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos.

2. GARANTIAS NORMATIVO-PROCEDIMENTALES

Por imperativo constitucional, tanto la libertad religiosa como la ideológica disfrutan de la protección especial que la Constitución otorga a los derechos fundamentales en la fase de gestación legislativa. De acuerdo con el artículo 53.1 C.E., esta libertad está sometida al principio de *reserva de ley*, esto es, sólo puede ser regulada por una norma con rango legal³. Pero, no cualquier tipo de ley. El artículo 81 de la Carta Magna exige que, en tanto que derecho fundamental, la libertad religiosa sólo puede ser regulada por leyes orgánicas, cuya aprobación parlamentaria exige contar con la “mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto”. Esta mayoría cualificada requerida para su aprobación garantiza que, por la relevancia de su contenido, las leyes orgánicas que regulen tanto la libertad religiosa como el resto de los derechos fundamentales, estén edificadas sobre la base de un sólido consenso parlamentario.

Siguiendo estas directrices constitucionales, no tardaría en ver la luz la LO 7/1980 de 5 de julio, norma que regula de forma sistemática la libertad religiosa. Lo dicho se refiere a la regulación directa. Esto quiere decir que la regulación indirecta (normas que aludan incidentalmente a la libertad religiosa o que desarrollen la LOLR, u otra norma del mismo rango que regule sus manifestaciones en el ámbito estatal, autonómico o local) puede llevarse a cabo por medio de leyes ordinarias. Valgan como ejemplo las leyes por las que se aprobaron los Acuerdos de cooperación con otras confesiones distintas a la Iglesia católica -a los que se refiere el art. 7 de la LOLR-⁴, o la normativa autonómica en materia de patrimonio histórico-artístico.

Ahora bien, todas las normas que regulen, ya directa ya indirectamente, la libertad religiosa han de respetar ese ámbito esencial intocable por el legislador denominado contenido esencial. Efectivamente, la segunda exigencia que la Carta Magna impone a las leyes orgánicas reguladoras de un derecho fundamental es el respeto que deben pro-

2 “...la protección jurisdiccional en sentido estricto, es decir, la posibilidad de accionar ante los tribunales de justicia para lograr su actuación en defensa del derecho que se entiende violado” *vid.* I. C. IBÁN; L. PRIETO SANCHIS y A. MOTILLA *Derecho Eclesiástico*. McGraw-Hill Madrid 1997 pag. 127

3 Su regulación a través de una norma de carácter inferior produciría su nulidad inmediata excepto que dicha regulación fuese en ejecución de una norma anterior. *Vid* J. A. SOUTO PAZ, *Comunidad política y libertad de creencias...op.cit.* pág. 287

4 Leyes 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992 por las que se aprueban sendos Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), con la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCI) y con la Comisión Islámica de España (CIE)

fesar hacia el contenido esencial del mismo. Con dicha exigencia, el artículo 53 C.E. introduce una cautela frente a hipotéticos abusos de las mayorías imponiendo un límite al consenso parlamentario, que, aunque necesario para desarrollar legislativamente los derechos fundamentales, no está legitimado para vulnerar ese contenido mínimo nuclear del derecho fundamental. Este concepto indeterminado, que aparece por vez primera en la Ley Fundamental de Bonn⁵, adquiere de esta forma una doble naturaleza de límite para el legislador y garantía para los derechos fundamentales. Algún sector doctrinal ha intentado responder a los interrogantes que plantea el contenido esencial de los derechos fundamentales tanto con carácter general⁶ como referido a la propia libertad religiosa⁷. Pero es función del máximo garante de la Constitución determinar cuando se vulnera ese contenido mínimo así como ofrecer pautas desde las cuales pueda calibrarse la amplitud de dicho concepto⁸.

Por último, las leyes orgánicas reguladoras de la libertad religiosa en general y de sus manifestaciones en particular han de respetar la Constitución en su conjunto. En el supuesto de que algún artículo de las mencionadas leyes orgánicas fuesen sospechosos de contradecir los postulados de la Carta Magna, el ordenamiento prevé dos procedimientos a través de los cuales las personas y órganos legitimados podrían instar la declaración de inconstitucionalidad ante el propio Tribunal Constitucional. En este sentido, si la regulación normativa de la libertad religiosa careciese del rango de Ley Orgánica, vulnerase su contenido esencial o quebrantase algún precepto de la Carta Magna, las personal y órganos legitimados para ello (el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 diputados, 50 senadores, los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas) podrían formular ante el Tribunal Constitucional demanda de declaración de inconstitucionalidad de la ley impugnada o de preceptos de la misma, durante un plazo -en principio- de tres meses desde la publicación oficial de la misma. Y si en el marco de un proceso un Juez o Tribunal, de oficio o instancia de parte, considerase que una ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pudiera ser contraria a la Constitución podría plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional⁹.

Por último, hemos de tener en cuenta que la vulneración del derecho fundamental de libertad religiosa e ideológica, así como el resto de los derechos fundamentales, podría invocarse directamente ante los Tribunales de Justicia, aún en el caso de que no se hubiese producido el correspondiente desarrollo legislativo, ya que los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y se trata de derechos que no tiene un contenido programático sino específicamente normativo¹⁰.

5 Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 23 de mayo de 1949 (enmendada por la ley de 26 de noviembre de 2001). Dentro del título I relativo a los derechos fundamentales, el art. 19.2: "En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial"

6 Sobre aproximaciones doctrinales relativas a esta cuestión *vid.* M. LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el artículo 53.1 de la Constitución Española* Granada 1996; A.-L MARTÍNEZ-PUJALTE. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.* 1997

7 *Vid.* J.GOTI ORDEÑANA *Sistema de Derecho Eclesiástico del Estado* 2ª ed. 1999 págs. 409-411

8 Un ejemplo lo tenemos en la STC 11/1981, cuando se refiere con carácter general a este concepto en estos términos: "constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesaria para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose" F.J. 8º

9 Art.161 C.E y arts, 31-4 y 35-37 de L.O. 2/1979 del Tribunal Constitucional.

10 Al contrario que los principios rectores de la política social y económica —a los que se refiere el capítulo III del título I- cuyo cometido es meramente "informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos", en virtud de lo cual "sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen" (art. 53.3 C.E.)

3. PROTECCIÓN JURISDICCIONAL

Entre las múltiples acepciones que pueden atribuirse al término jurisdicción, la que nos interesa aquí es la que se refiere a la función que tienen encomendada los jueces y tribunales, en cuanto que órganos estatales, para aplicar lo justo (*iuris-dictio*) en cada caso concreto que le planteen las personas físicas o jurídicas legitimadas. La búsqueda de la *iuris-dictio*, quizá la tarea más característica de la función jurisdiccional¹¹, pasa necesariamente por la aplicación de la norma al caso concreto, esto es, juzgar conforme a Derecho y hacer ejecutar lo juzgado.

3.1 Jurisdicción ordinaria

El artículo 24.1 de la Constitución Española atribuye expresamente a jueces y tribunales la misión de garantizar a los ciudadanos la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos “ sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”¹². Al estar la libertad religiosa incluida dentro de los “derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II”, en el supuesto en que un ciudadano considere que ha sido vulnerado su derecho a la libertad religiosa en cualquiera de sus manifestaciones puede acudir a los tribunales ordinarios competentes, en aplicación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para reclamar la tutela de ese derecho siguiendo un procedimiento común; aunque lo normal es que se acoja al procedimiento especial basado en los principios de preferencia y sumariedad al que se refiere el art. 53.2 C.E.

Este último procedimiento, fue inicialmente regulado por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona, cuyo artículo primero se refiere expresamente a la libertad religiosa. Dicha norma incluye una vía procedimental preferente y de mayor brevedad que la ordinaria tanto en el ámbito penal¹³, como en el contencioso administrativo¹⁴ y en el civil¹⁵.

3.2 Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional

Contra las resoluciones dictadas por los Tribunales ordinarios siguiendo los procedimientos judiciales a los que nos acabamos de referir, cabe interponer recurso de

11 *vid.* Voz Jurisdicción, en AAVV *Enciclopedia Jurídica Básica* Vol. III Editorial Civitas

12 *vid.* STC 13/1981, 22 de abril

13 La sección primera de la ley (arts. 2-5) ofrece para los supuestos de delitos o faltas contra los derechos fundamentales de la persona, un procedimiento que incluye plazos mas breves que los establecidos con carácter general por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que en todo caso tendrá carácter urgente, preferente y una duración que no podrá exceder (desde la iniciación hasta la sentencia) de 60 días en el caso de que sean tramitados ante la Audiencia Provincial ni 45 días si se trata de delitos cometidos a través de la imprenta u otros medios de difusión escrita, oral o audiovisual

14 La sección segunda de la Ley 62/1968 (arts. 6-10) que regulaba el proceso contencioso-administrativo en su versión preferente y sumaria por estar en juego la vulneración de un derecho fundamental han sido derogadas por la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contenciosa-administrativa. Los arts. 31, 32 y 114 y ss., que se refieren al proceso de protección de los derechos fundamentales, incluyen medidas que simplifican el procedimiento con respecto al proceso ordinario, dotándolo de mayor agilidad, suprimiendo trámites y señalando plazos más breves para evacuar determinadas actuaciones.

15 Los artículos 11-15 de la Ley 62/1968 relativos a la jurisdicción civil han sido derogados por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Así como en la anterior regulación se preveía para estos supuestos el procedimiento para los incidentes, el art. 249 establece que el procedimiento aplicable cuando se pida la tutela judicial civil de un derecho fundamental, salvo el derecho de rectificación, será el juicio ordinario. Otras disposiciones de la LEC relacionada con la protección de los derechos fundamentales en la vía civil son los arts. 477, 479 y 524 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

amparo ante el Tribunal Constitucional de acuerdo con el art 161.1 b) de la C.E desarrollado por la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional¹⁶.

Para recurrir en amparo es menester que se cumplan los siguientes requisitos: que la violación del derecho fundamental de libertad religiosa haya sido producida por normas sin rango de ley o por actos de los poderes públicos; que se haya acudido ante los tribunales de instancia y haya sido agotado la vía judicial previa; y que el recurso de amparo haya sido interpuesto por: la persona, natural o jurídica, que esgrima un interés legítimo, el Ministerio Fiscal o el Defensor del Pueblo arts. (41-47 LOTC).

3.3 Jurisdicción internacional

A partir de la segunda mitad del siglo XX, y en el contexto del proceso de humanización del Derecho Internacional Contemporáneo, han surgido unas normas dedicadas a la protección internacional del individuo a las que de modo convencional la doctrina ha agrupado bajo la categoría de “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”¹⁷. La libertad religiosa viene recogida en todas los Pactos o Declaraciones internacionales cuyo objetivo es consagrar la vigencia de los derechos fundamentales en todo el mundo. Muchos de estos prevén mecanismos de protección de los mismos. Pero, hoy día, es en el marco de los espacios regionales, y más concretamente en el ámbito europeo, donde los niveles de protección internacional de los derechos fundamentales han alcanzado una mayor cota de eficacia jurídica. No obstante, también resulta de suma relevancia el mecanismo de protección que han establecido las Declaraciones de Derechos Humanas en el marco de la ONU.

3.3.1. Consejo de Europa

El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950¹⁸,(en adelante CEDH) se refiere a la libertad religiosa en los arts. 9 y 14 y en el art. 2 del I Protocolo Adicional¹⁹. Dicho Convenio ofrece un mecanismo protector que se ha convertido en paradigma de los establecidos con posterioridad, tanto en Europa como en otros ámbitos regionales. Se conoce como el “sistema europeo de derechos humanos”, aunque actualmente no sea el único mecanismo de protección internacional aplicable en el ámbito europeo²⁰.

16 El texto inicial de la ley ha sido modificado por las siguientes disposiciones: L.O. 8/1984, de 26 de diciembre; la L.O.4/1985, de 7 de junio, y por la L.O. 6/1988 de 9 de junio; L.O. 7/1999 de 21 de abril; y L.O. 1/2000 de 7 de enero

17 M. DIEZ DE VELASCO *Instituciones de Derecho Internacional Público* 13ª edición, Madrid 2001, págs 543-588, a quien seguimos en esta exposición

18 El Convenio de Roma entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. España lo ratificó por instrumento de 26 de septiembre de 1979, entrando en vigor para nuestro país el 4 de octubre del mismo año (*B.O.E* n. 243, de 10 de octubre de 1979).

19 El Convenio Europeo ha sido completado hasta la fecha con doce *Protocolos Adicionales* adoptados entre los años 1952 y 2000.

20 En este sentido , además del sistema de protección articulado en el seno de las Comunidades Europeas hemos de mencionar el mecanismo de seguimiento y control establecido en la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (O.S.C.E.) y la más reciente *Convención de Minsk* adoptada el 26 de mayo de 1955 por los países integrados en la Comunidad de Estados Independientes (C.E.I.). Aunque ninguno de estos nuevos mecanismos puede restar protagonismo al sistema arbitrado por el Consejo de Europa, amplían la cobertura de protección de los derechos humanos existentes en la totalidad de Europa.

El nuevo mecanismo procesal –producto de la reforma establecida por el Protocolo Adicional 11²¹– entró en vigor el 1 de noviembre de 1998. Frente al anterior sistema²², se prescinde de la Comisión, se reducen las competencias del Comité de Ministros y las funciones de instrucción y enjuiciamiento se asignan al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, formado por un número de jueces igual al de los Estados partes (43 en la actualidad)²³. El proceso contencioso funciona de la siguiente manera. Se inicia siempre a instancia de parte. Puede presentar la demanda “cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares” que se considere víctima de una violación del derecho de libertad religiosa, imputable a un Estado parte. Dicha demanda se debe presentar ante un Comité de tres jueces que tras examinar si concurren una serie de requisitos²⁴ se pronunciará por unanimidad sobre la admisión o no a trámite de dicha demanda.

En caso afirmativo, el procedimiento contencioso se iniciará ante la Sala competente, formada por 7 jueces²⁵. Con carácter previo al mismo, se plantea el arreglo amistoso entre las partes. Si éste se alcanza y recibe el visto bueno de la Sala se terminaría el procedimiento. Si, por el contrario, no se consigue el acuerdo, se celebra ante la misma un proceso contencioso que será público y que concluirá con una sentencia. Excepcionalmente, y en el caso de que se plantee “una cuestión grave relativa a la interpretación o aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general”, la sentencia de la Sala pueden ser recurrida en apelación ante la Gran Sala en el plazo de 3 meses. Si éste nuevo órgano judicial, compuesto por 17 magistrados, admite el recurso debe pronunciarse de nuevo sobre el fondo del asunto mediante una sentencia que será ya definitiva²⁶.

Las sentencias, que habrán de ser motivadas, determinarán si el Estado ha cometido una violación del derecho de libertad religiosa (o de otros derechos reconocido en el Convenio o en sus Protocolos adicionales). Caso de ser condenado, el Estado, por el mero hecho de ser parte del Convenio²⁷, viene obligado a adoptar las medidas necesari-

21 El Protocolo de 11 de mayo de 1994 fue ratificado por España mediante instrumento de 16 de diciembre de 1996 (BOE. n. 152, de 26 de junio de 1998).

22 Para un estudio exhaustivo de la protección de la libertad religiosa en el marco del Consejo de Europa siguiendo el anterior sistema procesal *vid J. MARTÍNEZ-TORRÓN* “La protección internacional de la libertad religiosa” en AA.VV. *Tratado de Derecho Eclesiástico* Eunsa 1995, págs. 145 y 167 y ss.

23 Los jueces son elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Cada Estado presenta una terna de candidatos que deben gozar de una alta consideración moral y reunir los requisitos exigidos en sus respectivas legislaciones internas para desempeñar las más altas funciones judiciales o ser juriscóndulos de reconocida competencia. Han de desempeñar su mandato a título individual manteniendo siempre su independencia e imparcialidad. La duración del mandato es de 6 años (se renuevan por mitades cada 3). El Tribunal, que actúa en Pleno, a través de una Gran Sala –17 miembros–, las Salas –7 jueces– y los Comités – 3 jueces– tiene asignadas funciones consultivas y contenciosas.

24 Son los mismos requisitos exigidos en su día respecto de las denuncias presentadas ante la Comisión: no ser anónima, haberse presentado una vez agotados los recursos internos que prevea el ordenamiento del Estado demandado, presentarse en un plazo máximo de 6 meses desde que recaiga la última resolución que pone fin al procedimiento interno, no haber sido sometida ya en idénticos términos ante el T.E.D.H. o ante otro órgano internacional de solución de controversias, no ser incompatible con las disposiciones del Convenio o sus Protocolos y no ser manifiestamente mal fundada o abusiva.

25 Salvo que esta Sala decida inhibirse a favor de la Gran Sala, formada por 17 jueces. La inhibición sólo podrá producirse con el consentimiento de las partes y en los casos en los que se plantee una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o si se prevé que la solución del caso puede contradecir la jurisprudencia anterior de dicho Tribunal.

26 La sentencia de la Gran Sala sólo admitirá los recursos extraordinarios de revisión e interpretación.

27 Anteriormente se exigía, además, que hubiese aceptado expresamente la jurisdicción del Tribunal

rias en su ordenamiento interno para dar cumplimiento a la sentencia y para proceder a la restitución del derecho violado. Respecto a la ejecución de las sentencias, se mantiene el procedimiento existente antes de reforma procesal del Protocolo 11, en virtud del cual, se encomienda la supervisión de su cumplimiento a un órgano distinto del órgano judicial: el Comité de Ministros, encargado de velar por la ejecución de las sentencias adoptando las medidas que considere adecuadas respecto de aquellos Estados que reiterada e intencionalmente incumplan las sentencias del Tribunal²⁸.

Además de la competencia contenciosa, el Tribunal tiene una función consultiva, cuestionada por parte de doctrina²⁹. A solicitud del Comité de Ministros y en relación a cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos, el Tribunal podrá emitir opiniones consultivas que en todo caso deberán ser motivadas (por lo que permiten los votos separados). Ahora bien, dichas opiniones no podrán referirse a cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio y sus protocolos, ni a las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultas de la presentación de un recurso previsto por el Convenio³⁰.

3.3.2. Unión Europea: El Tribunal de Justicia de las Comunidades (Tribunal de Luxemburgo)

La magnitud inicialmente económica del proceso de integración europea explica el silencio que los Tratados constitutivos de las tres Comunidades guardaban sobre los derechos humanos. Sin embargo, la progresiva ampliación de dicho proceso hacia la esfera política tuvo como una de sus lógicas consecuencias la paulatina presencia de la preocupación por la protección de los derechos fundamentales, piedra angular de los sistemas democráticos.

Quizá la primera manifestación significativa de este interés por la garantía de los derechos humanos se produjo al establecer, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Tribunal de Luxemburgo) un peculiar sistema de protección que desde 1969 se ha mantenido hasta nuestros días. No se trata de un procedimiento de protección directa de un catálogo cerrado de derechos fundamentales previamente nominados, sino, más bien, de un procedimiento de protección indirecta respecto a unos derechos que el Tribunal asume implícitamente por vía de la asunción de los principios generales del Derecho. Efectivamente, el Tribunal sólo ejerce una función tuitiva respecto a los derechos fundamentales cuando se produce una *conexión comunitaria*, esto es, cuando en el proceso de interpretación o aplicación de una norma comunitaria se suscita una cuestión que afecta al disfrute de aquellos derechos fundamentales que aunque no expresamente reconocidos por el ordenamiento comunitario son identificados por estar presente en las Constituciones de los Estados miembros, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o en otros Convenios internacionales en la materia.

28 La desaparición de la Comisión y la reducción de las competencias del Comité de Ministros han generado problemas de derecho transitorio respecto aquellos asuntos que habían sido sometidos a la Comisión o al Comité y que estaban pendientes de resolución en el momento de la entrada en vigor del Protocolo número 11. A estos efectos, el artículo 5 del propio Protocolo 11 establecía un régimen transitorio, ya superado en la actualidad.

29 Algunos entienden que la competencia consultiva que tiene asignada el Tribunal está configurada dentro de unos límites tan estrechos que es dudoso que pueda algún día llegar a ejercerse *vid* A. SANCHEZ LEGIDO "Un nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos" en suplemento al num 1830 del *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1998 pag. 73

30 Arts. 47 y 49 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma 1950 y reformado en función del Protocolo num 11

Pasada la inicial fase comunitaria de ensimismamiento en torno a la integración económica, se observó, como hemos apuntado más arriba, una inercia hacia la incorporación de los derechos fundamentales. En una primera fase, se produjo de forma paulatina una expresa proclamación de esos derechos como fundamento ideológico de la integración comunitaria. Iniciada con el Acta Única de 1986³¹, esta fase preliminar culminó con el expreso reconocimiento que el Tratado de la Unión Europea de 1992 hace del respeto de los derechos humanos, tal como se garantizan en el CEDH y tal como resultan de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, como “principios generales del Derecho Comunitario” (art. F.2).

Este panorama se ha mantenido sustancialmente tanto en el Tratado de Amsterdam³² como en el Tratado de Niza.

La fase siguiente parece debería pasar necesariamente por la elaboración de un catálogo de derechos fundamentales propios y la elevación de los mismos a rango constitucional. Actualmente, se ha llegado al primero de esos dos ambiciosos objetivos. Aunque los derechos protegidos siguen definiéndose en virtud del reflejo jurídico que emiten tanto el Convenio Europeo³³ como las Constituciones de los Estados miembros, se han elaborado algunos catálogos de derechos de incuestionable valor moral pero carentes todavía de valor jurídico vinculante³⁴. Pero, sin duda, el paso más resuelto dado hasta ahora en esa dirección ha sido la adopción de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Aunque elaborada tras un complejo proceso y proclamada solemnemente por el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo en diciembre de 2000, dicha carta aún teniendo un indudable sentido político, carece de fuerza vinculante. Como ha recordado el propio Tribunal³⁵, la Comunidad Europea no ha recibido todavía competencias por parte de los Estados para adoptar medidas normativas generales en materia de derechos humanos. Esta nueva atribución requeriría una previa reforma de los Tratados. Cuestión que está en estos tiempos en el centro del debate jurídico.

Al no haberse adherido la Unión Europea, en cuanto tal, al Convenio Europeo de Derechos Humanos, se excluye la posibilidad de un control internacional extracomunitario sobre el respeto de los derechos humanos por parte de las instituciones comunitarias, en el ejercicio de sus funciones³⁶.

Respecto al reconocimiento de las Iglesias, hemos de mencionar la iniciativa presentada por el Gobierno alemán, a instancias de las Iglesias Evangélica luterana y

31 El preámbulo del Acta Única Europea de 1986 contiene referencias a la protección de los derechos humanos como fundamento ideológico de la integración.

32 Este tratado refuerza el papel de fundamento ideológico de los derechos fundamentales en el seno de la Unión cuando afirma que “la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros” (art. 6 T.U.E.). En virtud de lo cual, el respeto a los derechos fundamentales es requisito imprescindible que ha de cumplir cualquier candidato a incorporarse a la Unión (art. 7)

33 Algunos han llegado a afirmar que “el Convenio Europeo de Derechos Humanos desempeña en la práctica jurisprudencial del Tribunal de Justicia una función equivalente a la de un catálogo de derechos fundamentales formalmente reconocido” G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS y A. VALLE GALVEZ “El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de derechos humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales” en *Revista de Derecho Europeo Comunitario* 2, vol. 1, 1997, pag. 30; *cit.* Por D. LLAMAZARES *Derecho de la Libertad de Conciencia* II Ed. Civitas, Madrid 1999, pag. 614

34 Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales adoptada por el Parlamento Europeo el 12 de mayo de 1989 y la Carta Comunitario de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, aprobada en el Consejo Europeo de Estrasburgo en diciembre de 1989.

35 Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996

36 M. DIEZ DE VELASCO *Instituciones de Derecho Internacional...* pág. 581

Católica, para que en el Tratado de Amsterdam se reconociera expresamente que las confesiones con más arraigo en Europa formaran parte del patrimonio europeo común. En el mencionado Tratado no se llegó a aprobar ninguna cláusula en ese sentido. Tan solo la Declaración núm. 11 de mayor contenido jurídico que político, en la que la Unión europea respeta y no prejuzga el estatuto que los Estados miembros otorguen tanto a las iglesias como a las organizaciones filosóficas y no confesionales.³⁷

3. 3.3 *Protección internacional en el marco de la ONU*

En el ámbito de Naciones Unidas, el mecanismo más significativo de protección convencional de los derechos humanos es el Comité de Derechos Humanos (en adelante Comité). Fue creado por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos³⁸, que en su artículo 18 se refiere a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. De acuerdo con el artículo 28 de dicho Pacto, el Comité estará integrado por 18 miembros de gran integridad moral y competencia en materia de derechos humanos, que son elegidos y desempeñan sus funciones a título personal y en calidad de expertos. Además de una función interpretativa —es el órgano con máxima competencia para interpretar el alcance y significado del Pacto y de sus Protocolos facultativos³⁹—, desempeña una importante labor de control y supervisión para la cual prevé tres tipos de procedimientos diferenciados inicialmente por el instrumento a partir del cual se inicie el proceso: informe gubernamental, denuncia intergubernamental o denuncia individual.

El primer procedimiento mencionado surge a partir de los informes periódicos que los Estados parte han de presentar al Comité sobre dos temas: las disposiciones que hayan adoptado respecto a los derechos reconocidos en el Pacto y el progreso que hayan realizado en cuanto al ejercicio y disfrute de los mismos (art. 40.1). El evidente lastre de parcialidad que lleva consigo esta vía ha sido en parte superado merced a la intervención en las sesiones públicas de las O.N.G. que pueden contrapesar los informes presentados por el Estado. El segundo mecanismo previsto en el Pacto se activa a partir de las denuncias presentadas por un Estado parte contra la presunta violación por otro Estado parte de los derechos proclamados. La complejidad del sistema y la reticencia de los Estados a denunciarse entre sí⁴⁰ explican el hecho de que el Comité, hasta la fecha, no haya intervenido en aplicación de dicho procedimiento.

Por último, el proceso que más ha sido utilizado hasta ahora es el de la denuncia privada. Se inicia con una denuncia (denominada *comunicación*) del particular afectado por la supuesta violación de un derecho reconocido en el Pacto. La denuncia o *comunicación* ha de ser presentada por la víctima o su representante. No puede ser presentada por terceros. Aunque no se exige un plazo de tiempo para su presentación, sí otros requisitos: no ser anónima, no ser contraria a los principios del Pacto ni de las Naciones Unidas, no estar manifestamente mal fundada, no haber sido sometida con anterioridad a otro sistema internacional de control en materia de derechos humanos y, sobre todo, haber agotado todos los recursos internos establecidos en el ordenamiento del Estado supuestamente infractor.

37 Declaración núm 11 anexa al Tratado de Amsterdam: Declaración sobre el estatuto de las iglesias y de las organizaciones no confesionales: La Unión Europea respeta y no prejuzga el estatuto reconocido, en virtud del derecho nacional, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas de las Estados miembros. La Unión Europea respeta asimismo el estatuto de las organizaciones filosóficas y no confesionales.

38 Aprobado por la Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1966

39 Una manifestación de esa función exegética es la elaboración de unos *Comentarios Generales* en los que define el alcance que para el Comité tienen cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto.

40 Esta reticencia puede entenderse por el deseo de evitar un deterioro de las relaciones exteriores en unos casos; en otros, simplemente los Estados recelan de un proceso que inician como acusadores pero en el que pueden acabar siendo ellos mismos acusados.

Recibida la comunicación por el Comité, éste dará traslado de la misma al Estado interesado que podrá formular las objeciones que estime oportunas. Esas informaciones, junto a las presentadas por el individuo, constituyen la base del procedimiento que se desarrollará ante el Comité de forma confidencial. El proceso concluye con una *decisión* del Comité en la que se pronuncia sobre la existencia o no de la violación cometida por el Estado parte acusado. La decisión suele ir acompañada de un exhorto al Estado parte para que en el futuro tome las disposiciones necesarias para que no vuelvan a ocurrir violaciones parecidas. Su eficacia depende, por tanto, del espíritu de colaboración de los Gobiernos y no pocas veces se producen conflictos⁴¹

4. PROTECCIÓN MATERIAL: TUTELA PENAL (CÓDIGO 1995)

Como hemos ya indicado, la libertad religiosa ha sido desarrollada con carácter general por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio de Libertad religiosa, que a su vez ha tenido un desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas, y por el Real Decreto 1159/2001, de 26 de octubre por el que se regula la Comisión Asesora de Libertad religiosa⁴².

La protección jurídica de la libertad religiosa e ideológica se realiza además de forma tangencial a través de otras leyes, como las que regulan la protección de datos personales⁴³, el derecho a la educación⁴⁴, o la protección de la intimidad personal y familiar⁴⁵, entre otras.

No obstante, el objeto de estudio de este apartado es la protección material que se dispensa a la libertad religiosa en el Código Penal, que entre los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades regula expresamente los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos⁴⁶.

41 En nuestro país, recientemente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se negó a anular una condena tal como establecía un dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU, que consideró que España había vulnerado el derecho a la doble instancia penal establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los antecedentes descansaban en una denuncia de un particular, un portero de discoteca, a quien la Audiencia Provincial de Toledo, y posteriormente el Tribunal Supremo en casación, habían condenado por asesinato frustrado. Según el abogado del denunciante, el recurso de casación ante el Supremo no cumplió la exigencia de la doble instancia penal, al no poder volver a evaluar las pruebas por ser definitiva la decisión del tribunal inferior sobre hechos y pruebas. En agosto de 2000, el Comité emitió un dictamen por el que declaró que el recurso de casación no cumplía las garantías que exige el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Toda persona declarada culpable de un delito, tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior". El Comité dictaminó que la condena debía de ser desestimada, salvo que fuese revisada de acuerdo con los requisitos del Pacto. También señaló que el Estado parte tenía la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurriesen violaciones parecidas. El Tribunal Supremo, en una resolución de la que era ponente el magistrado Enrique Bacigalupo, estimó que el dictamen regía "para el Estado y para el futuro", por lo que si el Gobierno no estaba obligado a modificar la legislación, los tribunales españoles, cuyas resoluciones no son revisables en vía de recurso por el Comité, no pueden estar obligados a declarar la nulidad de la sentencia dictada". *Vid. Diario El País* 15.12.2001

42 Disposición que derogó al RD/198/1981, de 19 de junio.

43 Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal.

44 Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación; Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo; Ley Orgánica de Universidades 6/2001, de 24 de diciembre

45 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen

46 Arts. 522-525 el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, e 23 de noviembre.

Según sea el bien jurídico protegido, las figuras delictivas que figuran en el Código Penal pueden ser sistematizadas en cuatro grupos:

- I. Delitos contra la Libertad Religiosa: Coacción en el ejercicio de la libertad religiosa y perturbación del mismo
- II. Delitos contra los sentimientos religiosos: la profanación y el escarnio
- III. Otros delitos relacionados con el factor religioso

4.1 Delitos contra la Libertad Religiosa

4.1.2 Coacción en el ejercicio de la Libertad Religiosa (arts. 522 1º y 2º)

Artículo 522.

Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses:

1. *Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo **impidan** a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos.*
2. *Los que por iguales medios **fuercen** a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen.*

Respecto a la conducta punible, hemos de reparar en el hecho de que se trata de un tipo penal que contiene dos delitos de resultado. Las acciones tipificadas -impedir la práctica de actos religiosos o la concurrencia a los mismos (lo que denominaremos *coacción impediende*) u obligar a ejercitarlos (a lo que nos referiremos como *coacción comisiva*)- se materializan en tanto en cuanto hayan sido perpetradas mediando “violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo”. Antes de entrar en el análisis de las dos conductas punibles nos hemos de referir al alcance conceptual de los medios comisivos a los que se refiere el primer párrafo y que deben concurrir en las dos acciones típicas. Las dos modalidades de coacciones a la libertad religiosa han de ser perpetradas mediando “*violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo*”. Los vocablos *violencia* y *fuerza* -que pueden considerarse sinónimos- no presentan mayores dificultades interpretativas. Por lo que se refiere a la *intimidación*, ateniéndonos al significado que otorga el Diccionario de la Real Academia⁴⁷, se refiere a “causar o infundir miedo” a una persona con el objeto de impedirle u obligarle a realizar actos de culto o ritos. Mayor complejidad ofrece la referencia a *cualquier otro apremio ilegítimo*. De acuerdo con su significado literal apremiar significa presionar, compelir u obligar a alguien a que haga algo. Algunos autores, entiende que se puede considerar apremio ilegítimo a cualquier especie de coacción no justificada, v.gr., el abuso de funciones públicas; por ejemplo, un jefe de policía municipal cuando amenaza con facilitar al alcalde una lista de los no asistiesen a una Misa⁴⁸.

4.1.2.1 Coacción impediende:

La conducta punible a la que se refiere el primer tipo, y que hemos convenido denominar coacción impediende, se refiere, como ya hemos indicado, a un delito de resultado. La acción punible se perpetra concurriendo las variantes conceptuales de

47 Intimidar: 1.tr. causar o infundir miedo 2. Prnl. Entrarle o acometer a alguien el miedo. RAE, edición 2001.

48 Auto 551/1985, de 24 de julio, del Tribunal Constitucional

fuerza más arriba indicadas, y se consuma cuando se logra el resultado: *impedir a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de sus creencias o asistir a los mismos*.

Hemos de subrayar, que se ha sustituido la expresión *actos de culto* (tal como figuraba en el antiguo art. 205 del C.P.) por la más *genérica actos propios de las creencias*. El cambio tiene un efecto extensivo del tipo, pues dentro de éste último enunciado están incluidos no sólo las manifestaciones colectivas de la fe religiosa sino también las expresiones individuales de la misma, como, por ejemplo, la oración. Podía incluirse en este tipo la prohibición arbitraria de vestirse de acuerdo con lo preceptuado por la religión (no sería prohibición arbitraria, si la interdicción se justificase por el contenido atentatorio contra la dignidad humana implícito en dicha vestimenta). Sin embargo, ordenar a un soldado musulmán realizar un servicio de obras de retén en el mes de Ramadán, no es considerado como una coacción impeditiva para que realice actos propios de sus creencias. Pues ni los musulmanes tienen prohibido trabajar durante todo el día en el mes de Ramadán, ni se les prohíbe practicar los actos propios de sus creencias. En virtud de artículo 12 del Acuerdo de Cooperación entre el Estado y la Comisión Islámica, los musulmanes que estén en España, pueden solicitar la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol durante ese mes⁴⁹.

Por lo que se refiere al sujeto pasivo del delito, el texto del precepto señala expresamente como sujetos protegidos a *los miembros de una confesión religiosa*. Es obvio que al no especificar más, debemos entender que el texto de la ley se refiere no sólo a las confesiones religiosas inscritas sino también a las que no figuran en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia. En nuestra opinión, hubiese sido más acertado haberse referido expresamente, como sujeto pasivo del delito, a “cualquier persona”. Este término, además de ser más amplio, habría sido más respetuoso con la libertad religiosa e ideológica al incluir la punición de las conductas dirigidas a impedir los actos propios de creencias que no tuviesen raigambre religiosa.

4.1.2.2. Coacción coactiva:

El segundo párrafo se refiere a ese tipo de conductas que hemos convenido denominar *coacciones coactivas*. Se materializan cuando con intimidación, violencia, miedo o cualquier otro apremio se fuerce a una persona a practicar o asistir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen.

En relación con los medios comisivos, podría interpretarse como coacciones ilegítimas no sólo los supuestos en los que materialmente se fuerza a una persona a practicar actos de culto o ritos mediante coacciones o amenazas, sino también cuando se perpetra por otros medios más sutiles como las técnicas de hipnosis o el uso de narcóticos⁵⁰. Más delicado sería subsumir dentro de dichas vías de actuación (violencia, intimidación, fuerza u otras vías de hecho) esa gama de medios de persuasión a los que unos llaman proselitismo y otros “lavado de cerebro” o “control mental”. Aunque el propio art. 515 C.P. considera ilícitas las asociaciones que utilicen medios de “control de la personalidad”, tanto esta expresión como las mencionadas más arriba (“lavado de cerebro” y “control mental”) están revestidas de una cierta carga de indeterminación

49 Vid. STS de 27.3.2000 - R.J. 2001/4830

50 Aunque no existe unanimidad doctrinal en cuanto a la posible subsunción de estas prácticas dentro del concepto general de violencia en el delito de coacciones. Vid. J.M^a TAMARIT SUMALLA “Los delitos contra la Constitución” en AAVV *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* Madrid 1996. Edit Aranzadi, pág. 1456

que obliga al profesional del Derecho a actuar con cautela, y siempre en el marco de la interpretación restrictiva, no sólo porque se trata de establecer límites a un derecho fundamental como es el de libertad ideológica y religiosa, sino porque ha de actuar respetando el propio principio de seguridad jurídica

Por lo que se refiere al sujeto pasivo, llama la atención el hecho de que el párrafo no se constriñe a los miembros de una religión sino que se utiliza el término más genérico “otro u otros”. Ello coadyuva a que esta figura penal sea mucho más amplia que la que hemos denominado coacción impediende. Este efecto expansivo se produce no sólo por la expresa ampliación del sujeto pasivo sino por una descripción más amplia de las conductas delictivas que se extienden en tres direcciones: forzar a practicar actos de culto, obligar a manifestar creencias religiosas y practicar proselitismo ilegal.

a) Forzar a practicar o a concurrir a actos de culto o ritos.

Respecto a la regulación anterior, constatamos que junto al *vocablo actos de culto* se ha incluido la palabra *ritos*. Este término hace referencia a ceremonias o costumbres no necesariamente religiosas. Por tanto, la formulación de esta figura penal permite que el bien jurídico protegido se extienda, aunque tímidamente, hacia la versión amplia de la libertad de creencias que incluye no sólo las de sesgo religioso sino también aquellas creencias ideológicas no definidas por el acto de fe en un Dios.

b) Obligar a manifestar las creencias religiosas

El segundo inciso del art. 522.2 sanciona a los que, empleando los medios de fuerza mencionados, obliguen a otro u otros a *realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión*⁵¹. Este párrafo no hace sino desarrollar una de las manifestaciones de la inmunidad de coacción: el derecho a mantener las creencias en el ámbito de la intimidad. Este derecho esta expresamente protegida por el artículo 16.2 de la C.E. –*nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias*- y por el propio art. 2.1 de la LOLR cuando garantiza el derecho de toda persona a *...manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas o abstenerse a declarar sobre ellas*. El legislador hubiera sido más coherente con el texto constitucional (arts. 16.2 y 14 C.E) , e incluso con la propia LOLR, si se hubiere referido a actos reveladores de profesar o no profesar “una creencia”, sin especificar el sesgo de ésta. De esta manera, la protección penal no solo incluiría la inmunidad de coacción de los que profesan una confesión religiosa (que incluye la coacción para que falsee su declaración afirmando que profesa otra religión diferente o ninguna), sino también la de aquellos que tienen creencias ideológica⁵¹.

Loable sin embargo es haber utilizado la expresión “realizar actos reveladores” en vez de los verbos *declarar*, empleado en la Carta Magna, o *manifestar*, plasmado en la LOLR. Se trata de una enunciado más coherente con lo exigido por los Convenios Internacionales suscritos por España⁵² que incluye no solamente las declaraciones o manifestaciones orales, escritas o gestuales, sino cualquier manifestación individual o

51 En este sentido hemos de recordar como el art. 197 del. C.P., relativo al descubrimiento y revelación de secretos por parte de terceros, protege el ámbito de la intimidad en materia de creencias al incluir en el párrafo 5 la revelación de datos que “revelen la ideología, religión o creencias...”

52 *Vid.* en este sentido el art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 9 del Convenio Europeo de Derecho Humanos; art. 18 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y el art. 1 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones.

colectiva, tanto en público como en privado, expresada por medio de la enseñanza, la observancia y práctica de esa religión⁵³, o los actos de culto.

c) Proselitismo ilegal

El inciso último del art. 522.2 se refiere a las conductas consistentes en obligar a otros a *mudar la [religión] que profesa*. El derecho a divulgar o propagar los credos religiosos, del que son titulares tanto las confesiones como los individuos, está reconocido en el art. 2. de la LOLR y amparado por los artículos 16 y 20 de la Constitución. La mera sugerencia o invitación que se hace expresa o implícitamente a un tercero para que se incorpore a una confesión o para que profese determinadas creencias no es en principio un acto ilícito siempre que se desarrolle en parámetros de respeto a la libertad y al derecho a la intimidad del otro. Estaríamos ante un supuesto de proselitismo legal amparado por el derecho de libertad religiosa. Sin embargo, las insistencias machaconas para vencer la renuencia mostrada por la personal a la que se quiere convertir podría llegar a ser un supuesto de hecho punible. Ahora bien, el trazado de la línea divisoria entre el lícito ofrecimiento de una opción fideística (proselitismo legal) y los ruegos tenaces potencialmente vulneradores de la inmunidad de coacción de que debe gozar un individuo respecto a sus creencias (proselitismo ilegal) es una cuestión que deberá decidir con suma cautela los jueces desde la interpretación extensiva de la libertad religiosa.

Se trata de un delito que guarda estrecha relación con el delito de coacciones, del que puede ser considerado como una especialidad. Sin embargo, llama poderosamente la atención que la pena aplicada –multa de cuatro a diez meses– sea sensiblemente inferior a la prevista con carácter general para las coacciones en el art. 127 C.P.⁵⁴. En nuestra opinión, el motivo por el que la libertad religiosa recibe del Código Penal una protección inferior de la que gozan la libertad genérica o los demás derechos fundamentales no es sino un descuido del legislador.

Por último, al ser un delito de resultado admite el grado de tentativa.

Respecto al bien jurídico protegido por el estas figuras de coacciones ilegítimas, salta a la vista que es la libertad religiosa del individuo. Aunque, el empleo del vocablo *ritos* (que pueden tener contenido no religioso) al lado de *actos de culto* (párrafo 2º), así como otras inercias aperturistas que hemos reseñado más arriba, nos permiten afirmar que en el legislador subyace la intención de ampliar el bien jurídico protegido hacia la libertad ideológica..

4.1.2 Perturbar el ejercicio de la L.R.

Artículo 523.

*El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, **impidiere, interrumpiere o perturbare** los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas 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*

53 Según el Comentario oficial realizado por el Comité de Derechos Humanos, posibles manifestaciones de la práctica de la religión o creencias pueden ser: la observancia de ciertas costumbres, como normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos o el empleo de un lenguaje especial que sólo hablan los miembros del grupo...

54 Art. 172 C.P: El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de seis a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.

se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar.

El texto legal utiliza tres verbos *-perturbar, impedir o interrumpir-* para describir las conductas punibles. El primero *-perturbar-* nos indica que el delito que se perpetra con la mera actividad. Sin embargo, los verbos *impedir o interrumpir* son propios de delitos de resultado y por tanto exigen la materialización de una consecuencia separada de la acción. Se trata de una ampliación innecesaria pues al haber tipificado la perturbación, esto es, el delito de acción, la especificación de unos resultados (interrumpir o impedir), implícitos en todo acto de perturbación de una ceremonia religiosa, resulta ociosa⁵⁵. Entendemos que, para evitar un alcance excesivamente represivo de la norma, el acto de profanación ha de ser grave para ser considerado antijurídico.

Por lo que se refiere a las modalidades de la acción, los conceptos de *violencia y amenaza* son los propios de los delitos genéricos de coacciones y amenazas. Según la doctrina penalista, el vocablo *tumulto* se refiere a la confusión o desorden causado por un multitud de personas, aún cuando hayan sido provocados por una sola (Vives Antón). Por último, la expresión *vías de hecho* hace referencia a todas aquellas actuaciones de los poderes públicos o de los ciudadanos que no sean conforme a Derecho⁵⁶.

La alusión a los *actos, funciones, ceremonias o manifestaciones*, es lo suficientemente amplia como para abarcar a toda clase de actos colectivos que realicen las confesiones religiosas, ya sean reuniones litúrgicas, de culto o cualesquiera otros actos que se realicen en grupo y cuyo objetivo sea la enseñanza, la expresión artística, la comunicación de ideas etc. Sin embargo el legislador ha seguido una dinámica restrictiva al referirse al sujeto protegido, pues en vez de utilizar el genérico “confesiones religiosas”, como preveía tanto la primera redacción como el art. 207 del Código anterior, optó por referirse exclusivamente a las confesiones religiosas inscritas. La protección de la libertad religiosa en su vertiente colectiva queda, pues, limitada a las confesiones que hayan optado por inscribirse en el correspondiente Registro⁵⁷. La consecuencia es más coherente con el deseo de control que con el principio de libertad religiosa. La consecuencia de esa redacción es que las confesiones no inscritas gozan de una protección penal de menor intensidad. Por tanto, en el supuesto de que las ceremonias de una confesión que haya optado por no figurar en el Registro fuesen objeto de los actos perturbadores a que se refiere este artículo, sólo podría invocarse la protección genérica que brinda el art. 633⁵⁸.

Por lo que respecta a las penas, éstas se agravan (prisión de seis meses a seis años) si la perturbación se refiere a actividades celebradas en *lugar destinado a culto*. Este término incluye no sólo a los templos sino a cualquier lugar que de modo habitual sea destinado a celebrar actos de culto. En caso contrario, esto es, si el acto que se interrumpe, impide o perturba se desarrolla en otro lugar sin ese sesgo sagrado⁵⁹, la pena aplicable sería inferior: multa de cuatro a diez meses.

55 J.Mª TAMARIT SUMALLA “Los delitos contra la Constitución” en AAVV *Comentarios a la Parte Especial...*pág. 1462

56 *Ibidem* pág. 1462

57 El legislativo no tuvo a bien aceptar una enmienda que pretendía añadir la expresión “asociaciones ideológicas” vid. J.FERREIRO GALGUERA *La protección jurídico penal de la religión*. A Coruña 1998, pág. 248.

58 Art. 633 C.P: Los que perturbaren levemente el orden en la audiencia de un Tribunal o Juzgado, en los actos públicos, en espectáculos deportivos o culturales, solemnidades o reuniones numerosas, serán castigados con las penas de arresto de uno a seis fines de semana y multa de diez a treinta días.

El art. 558 del C.P. relativo a desórdenes públicos, no se puede aplicar porque no incluye las reuniones religiosas

59 Entendemos que entra dentro de esta categoría aquellos lugares utilizados por las confesiones inscritas, de forma ocasional -pero no habitual-, para realizar actos de culto

4.2 Delitos contra los sentimientos religiosos

4.2.1 Profanación

Artículo 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 la pena de prisión de seis meses a un año o multa de cuatro a diez meses. La materialización de la conducta típica requiere que concurran tres requisitos

- a) Ejecutar actos de profanación (acción principal)
 - b) En un lugar concreto: templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas
 - c) Con una intención: ofender los sentimientos religiosos legalmente tutelados.
- a) Ejecutar actos de profanación (acción principal)

Respecto a la acción principal, *ejecutar actos de profanación*, el empleo del verbo *ejecutar* nos indica que el legislador se está refiriendo a una acción positiva y externa, susceptible de ser captada por los sentidos. En nuestra opinión, el verbo *ejecutar* se refiere exclusivamente a las acciones profanatorias perpetradas vías de hecho (ej: destruir o manchar objetos sagrados). Si las ofensas fuesen ejecutadas por medio de palabra o escrito, quedarían fuera de este tipo penal aunque podrían ser subsumibles en el delito de escarnio⁶⁰. Respecto al término *actos de profanación*, la jurisprudencia se ha venido apoyando en el significado que atribuye a este vocablo el Diccionario de la Real Academia: “tratar cosa sagrada sin el debido respeto o aplicarla a usos profanos”. Dicha definición implica dilucidar el alcance de los dos conceptos implícitos en la misma, esto es, qué son *cosas sagradas* y hasta dónde llega ese *debido respeto* de que son acreedoras⁶¹.

Respecto al término *cosas sagradas*, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que se refiere a aquellos objetos, muebles o inmuebles, que según los dogmas o ritos de las distintas religiones se dediquen a Dios o al culto divino⁶². A modo de ejemplo, y referido a la Iglesia Católica, la jurisprudencia más reciente entiende que el Crucifijo, como expresión inequívoca de la imagen del Jesús crucificado⁶³, o la Sagrada

60 Por el contrario, algunos autores entienden que el art. 524 C.P. incluye los supuestos de profanación verbal, ya sea oralmente o por escrito. *Vid.* J.FERREIRO GALGUERA *La protección jurídico penal*. *Op. cit.* pág 197

61 Sentencias dictadas con posterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995, como la sentencia de 19 de mayo de 2000 de la Sección 2ª Audiencia Provincial de Valladolid recogen el criterio consagrado por el Tribunal Supremo según el cual “La Doctrina y la Jurisprudencia han coincidido en que la acepción jurídica ha de estimarse coincidente con la gramatical, según la cual, supone tratar a una cosa sagrada sin el debido respeto, lo que conduce a la necesidad de precisar, a su vez, las cosas que han de calificarse como sagradas, tendiendo a los dogmas y ritos de las distintas religiones..” (STS 688/1993, de 25 de marzo)

62 STS 688/1993, de 25 de marzo, Fº J. 4º

63 STS de 25 de marzo de 1993 (RAJ 3152). La procesada era María Paloma Chamorro (Alaska) en su calidad de directora y presentadora de un programa de televisión (*La Edad de Oro*) que versaba sobre las tendencias artísticas y culturales de vanguardia. En la emisión del día 16 de noviembre de 1984, y dentro de la actuación de un grupo musical (Psychic-TV) se había proyectado un vídeo clip de unos tres minutos de duración en el que tras una rápida sucesión de imágenes aparecía sobre un ataúd una cruz sin la parte superior del madero vertical y con una figura humana crucificada cuyo rostro era el de un animal. En opinión del tribunal, en el caso de autos faltaba un elemento del delito porque la cruz descrita no podía identificarse con el crucifijo católico al faltarle la parte superior de la madera vertical en la que suele consignarse la palabra INRI. De lo dicho se deduce que si hubiere concurrido ese elemento se hubiere inferido que se trataba del crucifijo cristiano, que goza de la protección que el Código Penal depara a las cosas sagradas.

Forma de la Eucaristía⁶⁴ son objetos sagrados susceptibles de ser profanados en los términos del 524 C.P.

En cuanto al término “debido respeto”, entendemos que la falta de respeto implícita en el acto de profanación ha de alcanzar una cota de gravedad (ej: escupir al suelo la hostia durante la celebración de una eucaristía). No están incluidas por tanto dentro del tipo penal las simples irreverencias. Siempre que el supuesto de hecho pueda ser contemplado como un caso de enfrentamiento entre el respeto a los sentimientos religiosos y la libertad de expresión, es el juez quien ha de calibrar el alcance de esta falta de respeto utilizando criterios restrictivos⁶⁵.

b) En un lugar concreto: templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas

Respecto al lugar donde se perpetra la profanación, el artículo habla de *templo lugar destinado a culto o en ceremonias religiosas*. Así como el artículo 208 del anterior C.P. incluía un tipo agravado de profanación cuando ésta se realizase en “lugar destinado al culto o en ceremonias del mismo”, el legislador ha cambiado de criterio y entiende que para que esa falta de respeto alcance la gravedad suficiente para ser selectiva ha de ser perpetrada en uno de estos lugares: *templo, lugar destinado habitualmente a culto o en ceremonias religiosas*⁶⁶.

Por ceremonia religiosa hemos de entender, no cualquier manifestación colectiva de una confesión, sino sólo aquella en la que se realicen actos de culto o actividades consideradas como sagradas por esa confesión, se celebren o no en espacios destinados habitualmente al culto.

c) Intención de ofender los sentimientos religiosos legalmente tutelados.

El tipo penal exige además la concurrencia de un requisito subjetivo: perpetrar la acción descrita con ánimo de ofender *los sentimientos religiosos legalmente tutelados*⁶⁷. Por lo que se refiere al alcance de esta expresión, algunos autores, sopesando la relación que guarda con el anterior artículo, entienden que la expresión *legalmente tutelados* hace referencia a las confesiones inscritas en el Registro del Ministerio de Justicia⁶⁸.

En nuestra opinión, debemos precisar dos cosas. En primer lugar, los sujetos directamente protegidos son las personas físicas aunque indirectamente lo puedan ser las confesiones, pues son aquellos y no éstas las que tienen capacidad de albergar sentimientos en general y sentimientos religiosos en particular. El cristianismo o el judaísmo sólo sienten en términos metafóricos. Los sentimientos religiosos son, pues, un bien

64 En la sentencia de 19 de mayo de 2000 de la Sección 2ª Audiencia Provincial de Valladolid se condena por profanación a un individuo que entró en una iglesia de Tordesillas mientras se estaba celebrando la misa. Tras ir a comulgar, y en presencia de numerosos feligreses, escupió y arrojó al suelo la Sagrada Forma, tras lo cual encendió y fumó un cigarrillo. El tribunal entendió que la eucaristía y en concreto la Sagrada Forma, eran consideradas como cosas sagradas de la Religión Católica.

65 Vid. J. FERREIRO GALUERA *Los límites de la libertad de expresión. La cuestión de los sentimientos religiosos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid 1996 pg. 123 y ss.

66 Un sector doctrinal crítica esta “reducción de la tutela de los sentimientos religiosos” por entender que éstos “no dejan de lesionarse porque la profanación se realice fuera de esos lugares o circunstancias” AAVV *Derecho Eclesiástico del Estado Español* Eunsa, 4ª edición, Pamplona 1996, pág. 164

67 Por tanto si no puede demostrarse la concurrencia del *animus injuriandi* (ej. si se desparraman sagradas formas por el suelo con el fin de robar el cáliz) no serían, pues, subsumibles en el tipo penal del art. 524. De la misma forma, actos de profanación pueden también ser susceptibles de ser encuadrados simultáneamente en otra figuras delictivas en virtud de un concurso de delitos vid J.FERREIRO GALGUEIRA *Protección penal ...* pág. 210

68 Si bien rechazan esta interpretación por considerarla atentatoria contra el principio de igualdad. Vid. *Ibidem..* pag. 163-4

jurídico de naturaleza individual, pues su titularidad jurídica no corresponde a las confesiones sino a los individuos⁶⁹.

Por otro lado, no creemos que el legislador penal al utilizar el término *legalmente tutelados* se refiera sólo a los sentimientos religiosos de aquellas personas que profesen alguna de las confesiones inscritas en el Registro del Ministerio de Justicia. Por el contrario, nos inclinamos a pensar que la mencionada expresión subsiste por una mezcla de inercia (figuraba en el anterior Código) y despiste. A la luz de la Constitución, y desde el respeto al los principios de igualdad (art. 14) y libertad religiosa (art. 16) es más coherente deducir que la protección se extiende a los sentimientos religiosos de cualquier persona que profese una confesión religiosa, se halle o no inscrita. A nuestro juicio, el legislador hubiese estado más acertado si hubiera aceptado una serie de enmiendas tendentes a ampliar el tipo legal protegiendo de forma más explícita las creencias ideológicas⁷⁰.

Por último, La pena que le corresponde es de prisión de 6 meses a un año o multa de 4 a 10 meses.

Un sector doctrinal considera, sin embargo, que son innecesarias no sólo la existencia del artículo 524 sino también la pervivencia de la tutela especial de los sentimientos religiosos. Entienden que estos bienes jurídicos están ya suficientemente tutelados por el Derecho común al tipificarse el delito de injurias⁷¹.

4.2.2 Escarnio

Artículo 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 tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.*

2. *En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna.*

Hemos de diferenciar entre el bien jurídico protegido y el objeto del escarnio. El bien jurídico protegido no es la religión en sí misma ni las manifestaciones de sus dogmas, ritos o ceremonias. Tampoco son las creencias (que pueden ser no religiosas) ni los ritos que de ellas se deriven. En todo caso, estas manifestaciones son el objeto del escarnio, pero el bien jurídico protegido son los sentimientos religiosos de personas que pueden sentirse heridas en su dignidad como consecuencia de una acción que pretenda escarnecer expresiones concretas de su credo.

El tipo penal del escarnio, tal como queda configurado en el art. 525, ofrece tres modalidades de conductas punibles: el escarnio en sentido restringido, las vejaciones de los creyentes, en cuante tales, y de los no creyentes.

69 En este sentido, coincidimos con SOUTO al tachar de ambiguo al legislador cuando tanto en este como en el siguiente artículo (escarnio) pretende por un lado proteger los sentimientos religiosos “y por tanto una dimensión personal” y al mismo tiempo los vincula a una confesión religiosa. J.A. SOUTO PAZ *Comunidad Política...* pág. 290

70 La enmienda 502 pretendía añadir junto a “ceremonias religiosas” la expresión “otros ritos” incluyendo así otras convicciones no necesariamente religiosas. Por otro lado, la enmienda 516 pretendía extender la protección que brinda el artículo a “otras creencias”, con la misma intención que el anterior. Ambas enmiendas fueron rechazadas. (vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los diputados* num. 516, pgs. 15830 y ss.

71 D. LLAMAZARES *Derecho de la Libertad de Conciencia ... pag. 598*

4.2.2.1 Escarnio en sentido restringido:

El 521.1 castiga a aquellas personas que de forma pública, ya sea por medio de *palabra, escrito o cualquier otro documento* cometan *escarnio* contra los *dogmas, creencias, ritos o ceremonias* de una confesión religiosa con una intención expresa e inequívoca: ofender los sentimientos religiosos de las personas que profesen la religión escarnecida.

Respecto al alcance del término escarnio, la jurisprudencia ha venido apoyándose en el sentido que ofrece el diccionario de la Real Academia: “burla tenaz que se hace con el propósito de afrentar”. De esta forma, el elemento objetivo del escarnio en sentido amplio sería perpetrar una “befa tenaz que se hace con el propósito de afrentar”⁷². Ahora bien, el tipo no se refiere al escarnio en sentido amplio sino sólo a las expresiones públicas que atenten directamente contra manifestaciones o símbolos relevantes de una confesión religiosa y que hayan sido formuladas con la inequívoca intención de ofender los sentimientos religiosos de los creyentes. Exigencias que, en coherencia con el principio de mínima intervención, restringen el alcance general de esta figura delictiva, también cuestionada por una parte de la doctrina. Analicemos por separado estas exigencias conceptuales

a) Publicidad:

El texto exige expresamente que la befa contra los signos religiosos se haga *públicamente*. La jurisprudencia ha interpretado el requisito de la publicidad en sentido amplio. El tipo delictivo se materializa no sólo cuando el escarnio se perpetra en recintos públicos de naturaleza religiosa (templos) sino también en lugares profanos en los que concurren varias personas que puedan presenciario (teatro, sala de cine u otra análoga)⁷³. No se debe confundir el requisito de publicidad con el hecho de que esas manifestaciones sean difundidas en los medios de comunicación⁷⁴. A los efectos de escarnio, un acto puede ser público incluso sin haber trascendido a los periódicos, televisiones, radios, internet o análogos.

b) De palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento

Además de la publicidad, se requiere que el escarnio se haya realizado mediante estas vías de hecho: de palabra, por escrito o por otro documento. Respecto al concepto de documento hemos de tener en cuenta lo dispuesto en el art. 26 del C.P.⁷⁵. En este sentido, la jurisprudencia considera que la expresión gráfica en general o los dibujos en

72 Vid STS DE 26 DE 11.1990 (RAJ 9163) y STS de 19.2.1982 (RAJ 673). Aunque en éstas se aplica el delito de escarnio según la interpretación anterior a la reforma (art. 209 del entonces vigente C.P) nos sirve para hacernos idea del alcance que la jurisprudencia otorga al vocablo escarnio con carácter general. Por befa, se entiende “grosera e insultante expresión de desprecio, o mofa, burla o vilipendio” STS 13.10.1980

73 Vid. STS 26.11.1990, que condena al grupo catalán “Els Joglars” por la representación de la polémica obra TELEDEUM en el “Teatre Valencia-Cinema”. Se trataba de una parodia en la que se ridiculizaba a varios representantes de religiones cristianas –incluida la católica– mientras ensayaban una suerte de celebración ecuménica que iba a ser retransmitida por televisión. A efectos de la publicidad, frente los que negaban la concurrencia de la misma (defendiendo por tanto la inexistencia del escarnio) por haberse ejecutado en un lugar no religioso, de acceso restringido al pago de entrada y con horario preestablecido, de modo que sólo pudiese resultar escandalizado quien acudiese voluntariamente al mismo, el Tribunal Supremo entendió que bastaba con que el acto objetivamente escarneador se hubiere realizado en un lugar público.

74 Llama la atención cómo respecto al delito de injurias, con quien el delito de escarnio guarda una indudable analogía estructural, el art.211 C.P sí establece que “... se reputarán hechas con publicidad [las injurias] cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante”.

75 Art. 26: “A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.”

particular pueden ser vías para perpetrar el escarnio⁷⁶. Sin embargo, sin nos adherimos al texto del artículo quedarían fuera del tipo penal las befas contra los símbolos religiosos perpetrados mediante la mímica o los gestos, pues ni se articulan mediante palabras, ni se plasman por escrito, ni parecen sostenidas en más documento que el propio cuerpo. En nuestra opinión, esta interpretación literal no guardaría coherencia lógica con el sentido de la norma.

c) *Animus injuriandi*: intención de ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa.

No sólo basta con que el escarnio sea perpetrado en público, por medio de la palabra, el escrito y cualquier otro documento para que constituya un delito. Es necesario, además, que concurra un elemento subjetivo del injusto: que el escarneador se burle tenazmente de las ceremonias, ritos, dogmas o creencias de una religión con la indudable intención de ofender los sentimientos religiosos de sus creyentes.

Por tanto, las manifestaciones verbales o escritas que entrañen una mera crítica a unas creencias pueden resultar amparada por la libertad de expresión. Sólo en los casos en los que la expresión proferida tuviese una intención claramente vejatoria (que se trate no de una crítica sino de un escarnio: acto de mofa, menosprecio, burla o vilipendio), y concudiesen los requisitos arriba enunciados, podría este precepto penal erigirse en un límite legítimo a la libertad de expresión. En el fondo, el legislador entiende que el respeto a los sentimientos religiosos debe prevalecer sobre la libertad de transmitir el *lenguaje del odio*⁷⁷.

Hemos de señalar que en este tipo delictivo el legislador, al referirse a las confesiones, no ha utilizado la expresión restrictiva del artículo 523 (confesiones inscritas en el Registro del Ministerio de Justicia) ni la más ambigua del art. 524 (sentimientos religiosos legalmente tutelados), sino que se refiere abiertamente a los sentimientos religiosos de las personas que profesen *una confesión religiosa* sin especificar si debe o no estar inscrita en el Registro.

Se trata de un delito de simple actividad cuya consumación se produce con la mera exteriorización pública de la expresión ofensiva, sin necesidad de que llegue a producir un resultado de escándalo en los sujetos pasivos. Sin embargo, entendemos que la expresión utilizada, además de ser ejecutada en los términos arriba descritos, ha de ser objetivamente idónea para conseguirlo.

En nuestra opinión, el bien jurídico directamente protegido no es propiamente la religión o las religiones (que resultan protegidos sólo de forma indirecta) sino los sentimientos religiosos de las personas que las profesan. En un Estado no confesional, manchar los símbolos de una religión sólo puede ser delito en tanto en cuanto puedan resultar heridos los sentimientos religiosos de las personas miembros de esa religión. Tanto en la profanación como en el escarnio el bien jurídico directamente protegido son los sentimientos religiosos de los creyentes en su dimensión pasiva, esto es, los sentimientos religiosos en cuanto tales, protegidos por el mero hecho de ser experimentados por el individuo, sin necesidad de que se exterioricen por el ejercicio de la libertad religiosa. Ahora bien, el fundamento último del bien jurídico sentimientos religiosos es el mismo que el de la libertad religiosa: el respeto y protección de la dignidad de la persona

76 "una interpretación acorde con los tiempos y con el espíritu que informa la norma autoriza a incluir el dibujo entre los medios comisivos que se indican en el precepto, cuales son la palabra y la escritura (...) dibujos, símbolos o imágenes [poseen] una carga ideológica, crítica o narrativa cuya sola contemplación puede producir mayor impacto entre quienes los ven o interpretan que la simple leyenda o palabra escrita" STS de 25.1. 1983 (RAJ 48)

77 P. SALVADOR CODERECH *El derecho de la libertad* Madrid 1993, pág. 20

4.2.2.2 Vejaciones de los creyentes

El Código Penal de 1995 castiga también a los que vejen públicamente a las personas por el hecho de profesar una religión. En este caso el objeto directo del escarnio no son las expresiones materiales de las creencias religiosas, ni son los símbolos sacros, sino los propios creyentes en tanto que creyentes.

Entendemos que el bien jurídico protegido es el mismo para las tres figuras que aparecen en este artículo: los sentimientos religiosos de la persona en tanto que vertiente de la dignidad humana. Por tanto, aunque no lo dice expresamente el texto, se entiende que se requiere el elemento subjetivo del injusto (el ánimo de ofender los sentimientos religiosos) para que esta clase de vejación sea punible. Esta figura delictiva castiga, pues, a los que vejen –e.d. humillen, denigren o ridiculicen– públicamente a una persona por el hecho de ser creyente.

Respecto a la exigencia de la publicidad, valga para este supuesto lo dicho más arriba, salvo que al omitir el texto legal una mención expresa a los medios comisivos, incluye tácitamente toda vejación perpetrada públicamente: no sólo las escritas u orales sino también las proferida por medio de la mímica o los gestos.

4.2.2.3 Escarnio de los no creyentes

El párrafo 2º del art. 522, castiga expresamente y con las mismas penas, a los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna.

No parece muy afortunada la redacción pues a primera vista parece que el legislador pretende proteger solamente a las personas que no profesen ningún tipo de creencia, ni religiosa ni ideológica. Desde el punto de vista sistemático, esta interpretación no sería muy coherente en un capítulo sobre los delitos contra la libertad de conciencia. Si entendemos que el término *creencias* que acompaña al vocablo *religión* incluye a las creencias ideológicas, el artículo estaría discriminando a los que profesen alguna creencia ideológica al proteger solamente al que rechaza cualquier credo sea del signo que sea. Por eso, entendemos que el término creencias debe interpretarse como “creencia religiosa”, esto es, como sinónimo de religión, y no como alternativa. De esta forma el tipo del escarnio se extendería para proteger no sólo a los que no profesen religión ni creencia de ningún tipo sino también a aquellos que aun no siendo creyentes se sienten adheridos a cualquier otra cosmovisión que no sea de naturaleza religiosa. Desde esta interpretación, el ámbito de protección se extendería más allá de la libertad religiosa hacia la libertad ideológica.

Al no reproducir el texto de este párrafo la redacción del primero, nos plantea la cuestión de si se exige la concurrencia de los requisitos en éste indicados. Respecto a los medios comisivos, al utilizar el texto legal la expresión cerrada *de palabra o por escrito* impide al intérprete incluir otros medios como el de escarnecer a no creyentes por medio de documentos que no sean escritos u orales. En nuestra opinión, se trata de un despiste del legislador que debiera ser subsanado en una ulterior reforma legislativa.

Por lo que se refiere al elemento intencional (elemento subjetivo del injusto) por la vocación analógica que procede al ser un párrafo incluido en el tipo genérico del escarnio –palabra que, además, no tiene necesariamente una connotación religiosa– cabe entender que se exige su concurrencia; aunque bien pudo el legislador reflejarlo de forma expresa.

En nuestra opinión, en el artículo 525, el legislador hace un tímido guiño a la libertad ideológica y a la protección de los sentimientos de los no creyentes en cuanto

tales. Aunque no pasa de ser un mero gesto. Esa indecisión se observa ya en el primer párrafo cuando aun refiriéndose inequívocamente a los que profesan una confesión religiosa utiliza vocablos de cierto sesgo profano que pueden estar relacionados con creencias de otra naturaleza, como la palabra *escarnio*, el mero término genérico *creencias* o el vocablo *ritos*. Hubiera sido un paso más decidido en favor de la ampliación hacia las creencias ideológicas si en vez de la expresión *de los miembros de una confesión religiosa*, se hubiere referido expresamente a los sentimientos *de los que profesen cualquier tipo de creencias*. Algo más decidido se mostró el legislador en el último párrafo, aunque con los matices que hemos puesto de manifiesto

Respecto a la pena, a los tres supuestos se le aplica la misma: multa de 8-12 meses

4.3. Otras figuras delictivas relacionados con el factor religioso

No incluimos en este estudio al artículo 526 referido a la profanación de cadáveres y violación de sepulturas por entender que el bien jurídico protegido en el mismo no es ni los sentimientos religiosos de los familiares que pudieran sentirse ofendidos por dichos actos ni la libertad religiosa; y mucho menos la protección de las religiones en sí mismas. Aunque algunos autores efectuaron una interpretación en clave religiosa de éste delito al relacionar la protección de la intangibilidad de los restos mortales con la creencia de la inmortalidad del alma (Rodríguez Devesa) entendemos que el bien jurídico que se preserva en este delito pertenece a la sociedad en su conjunto. Efectivamente, detrás de la figura que reprime la profanación de los cadáveres o sus cenizas y la violación con ánimo de ultraje de sepulcros, urnas, lápidas y panteones subyace una exigencia de la sociedad de imponer un mínimo respeto al recuerdo más tangible de los difuntos, esto es, sus restos o los sepulcros donde descansan.

Dicho esto, no debemos abandonar este capítulo sin hacer mención, aunque breve, de aquellos artículos del Código que guardan una vinculación indirecta con la protección de la libertad religiosa en la medida en que castigan aquellas acciones teñidas de xenofobia religiosa o ideológica.

4.3.1 Protección indirecta de la libertad religiosa en el Código Penal

En la línea que acabamos de apuntar, podemos incluir un precepto genérico y otros más específicos. Respecto al primero, la nueva circunstancia agravante del artículo 22.4 se refiere a la discriminación por motivos ideológicos: “*cometer delito por...otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencia*”.

Respecto a otras figuras relacionadas indirectamente con el factor religioso, hemos de mencionar aquellas ubicadas en el capítulo de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Así, el art. 510.1 criminaliza la incitación a la discriminación y xenofobia religiosa e ideológica aplicando penas de prisión de hasta 3 años a los que por motivos religiosos o ideológicos “*provocaren a la discriminación, odio y violencia contra grupos o asociaciones*”.

El segundo párrafo de este precepto añade un tipo autónomo: la difusión de *informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias*, siempre que no sean veraces, esto es, que hayan sido publicadas con conocimiento de su falsedad o en temerario desprecio de la verdad (por ejemplo: sin haber sido previa y debidamente contrastadas).

La redacción de este artículo ha estado seguramente influida por la doctrina sentada en la STC 101/1990 en respuesta de la demanda de protección al honor de Violeta Friedman⁷⁸.

La vertiente asociativa del art. 510.1 la encontramos en el párrafo 4º del art. 515 que considera ilícitas y punibles aquellas asociaciones que “*promuevan a la discriminación, el odio o la violencia contra personas grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias...*” El párrafo primero de dicho artículo protege indirectamente la libertad religiosa en cuanto que considera ilícitas y punibles a las asociaciones que *aun teniendo por objeto un fin lícito* (puede ser la profesión de una confesión religiosa) “*empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución*”.

Por último, el artículo 511 castiga a aquellos funcionarios o particulares encargados de un servicio público que denieguen a una persona, por razón de su ideología, religión o creencias, una prestación a la que tenga derecho. Aunque el bien jurídico directamente protegido es el la igualdad, este precepto tutela indirectamente la libertad religiosa e ideológica desde el momento en que castiga la discriminación por motivos religiosos o ideológicos.

4.3.2 Protección de la libertad religiosa en el ámbito internacional.

Dentro del Título XXIV “Delitos contra la comunidad internacional” aparece la figura del genocidio y los delitos contra el personal religioso protegido en caso de conflicto armado.

Incorporado para dar cumplimiento al Convenio de 9 de diciembre de 1948 sobre prevención y sanción del genocidio (Ley de 15 de noviembre de 1971), el delito de genocidio (art. 607) castiga en el primer párrafo a los que, con propósito de destruir a un grupo religioso, perpetrare alguno de los siguientes actos: matar, lesionar o agredir sexualmente a alguno de sus miembros, someterlos a condiciones peligrosas para la vida o la salud, atentar contra su integridad física, forzarles a desplazamientos forzosos o adoptar medidas que tiendan a impedir su género de vida y reproducción.

Para perpetrar dichos delitos es menester que concurra el dolo específico indicado, esto es, la intención de destruir dicho grupo religioso.

El párrafo segundo del mencionado artículo sanciona la apología del genocidio a través de la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los acciones arriba indicadas o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadores de los mismos.

El bien jurídico protegido es la libertad religiosa en su vertiente colectiva, ya que el titular indirecto de la protección son los grupos religiosos. Como este tipo de delitos puede ser cometido por gobiernos, el artículo 6º del Convenio antes citado (al que se adhirió España el 13.10.1968) establece que la jurisdicción competente para juzgar este tipo de delitos sea indistintamente la de los tribunales del Estado en cuyo territorio fueren cometidos o bien la Corte penal internacional competente, respecto a las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

Por lo que se refiere a los delitos contra el personal religioso protegido internacionalmente en caso de conflicto armado, el artículo 612 criminaliza diversos actos en los que se ejerce violencia sobre dicho personal. Por otra parte, los arts. 609-612 describen minuciosamente los supuestos delictivos contra el personal protegido en general, dentro del cual el art. 608 menciona expresamente al personal religioso.

78 La demanda de protección civil del derecho al honor había sido interpuesta tras la publicación en un medio de comunicación de un artículo de un ex nazi que relativizaba la dimensión del holocausto de los judíos, reprochaba a éstos su tendencia al victimismo y hacía votos por el advenimiento de un nuevo Führer. Vid J. FERREIRO GALGUERA *Los límites a la libertad de expresión...* pag.