

**PRIMER SEMINARIO INTERDISCIPLINAR DE DERECHO
ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO, DERECHO PENAL, FILOSOFÍA
DEL DERECHO Y DERECHO CONSTITUCIONAL¹**

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

14 Y 15 DE JUNIO DE 2001

¹ Este seminario contó con la colaboración de la Asociación “Derecho, Laicidad y Libertades”.

UNA PERSPECTIVA ECLESIASTICISTA DE LA PROTECCIÓN PENAL DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA.

Ana FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico
Universidad Complutense de Madrid.

SUMARIO:

I.- INTRODUCCIÓN

II.- DERECHO COMPARADO

III.- DERECHO ESPAÑOL. *1. Derecho histórico. 2. La Constitución de 1978 y sus primeras derivaciones en materia penal. 3. Derecho penal vigente. 3.1 Protección de la libertad de conciencia. 3.2 Protección de los sentimientos religiosos.*

IV.- VALORACIÓN GENERAL

I.- INTRODUCCIÓN.

Parece claro que el tratamiento de la protección penal del derecho de libertad de conciencia desde la perspectiva del Derecho eclesiástico del Estado, exige como premisa metodológica la determinación del bien jurídico tutelado, esto es, del propio derecho subjetivo de libertad de conciencia.

Este derecho, que constituye hoy el objeto del Derecho eclesiástico del Estado, está formado, como ha señalado LLAMAZARES¹, por tres fases o momentos distintos y complementarios.

La primera fase, comprende el derecho del sujeto individual a formar libremente en su interior sus propias convicciones en materia de religión e ideología. Es una fase interna, no trasciende al exterior y, en consecuencia,

¹ Vid. *Derecho de la libertad de conciencia. Libertad de conciencia y laicidad*. Madrid 1997, pp. 14-15.

el derecho lo más que puede hacer es proteger desde fuera la libre decisión del sujeto, evitando en lo posible cualquier ataque contra el mismo.

La segunda fase esta constituida por el derecho del individuo a manifestar externamente, si así lo quiere, las convicciones religiosas o ideológicas formadas en su interior.

Por último, la tercera fase, también externa, consiste en el derecho que tiene la persona a comportarse de acuerdo a sus propias creencias religiosas o ideológicas y a no ser obligado a comportarse en su contra. En definitiva, el derecho a la objeción de conciencia.

Este triple contenido, pone de manifiesto la naturaleza esencialmente personalista de este derecho fundamental básico de los Estados democráticos, que es fundamento de todos los demás derechos fundamentales del individuo y al que ha de estar ordenado todo el sistema².

No obstante, su real y efectiva plasmación exige un cierto recurso al aspecto comunitario, debido a que la persona humana precisa a menudo para lograr ese cometido, integrarse en colectivos como confesiones religiosas o asociaciones ideológicas. De este modo, cabe hablar también de un sujeto colectivo del derecho de libertad de conciencia.

Este sujeto colectivo tiene, a mi juicio, un mero carácter instrumental. Es un simple medio de realización del derecho individual. Sin embargo, no siempre es calificado así, y con frecuencia se trasciende de su consideración de instrumento al servicio del individuo, a su configuración como valor social en sí mismo³.

El doble aspecto individual y colectivo de este derecho se proyecta, entre otras muchas esferas, en el ámbito de la tutela penal⁴, que tomará en consideración uno u otro, teniendo en cuenta como factor esencial la posición jurídica de los Estados ante los contenidos del derecho de libertad

² *Ibidem*.

³ Tal ocurre en los Estados confesionales o pluriconfesionales e, incluso, en algunos de los considerados Estados laicos en sentido amplio. Para un detenido examen sobre el tema, vid. FERNÁNDEZ-CORONADO, *Posibilidades de un sistema supranacional de Derecho Eclesiástico en el marco de la Unión Europea*. En VV. AA. *La armonización legislativa de la Unión Europea*. Madrid 2000, pp. 79-122.

⁴ Vid. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione*. Milano 1983, pp. 8-9; PANTALEO, *Delitti contro il sentimento religioso, e la pietá verso i defunti*. Milano 1961, p. 32.

de conciencia⁵, además de otros factores íntimamente ligados a aquel como, por ejemplo, la importancia dada por los Estados a los derechos humanos y las libertades públicas, la fuerza social de los valores religiosos, o las concepciones secularizadoras del Derecho penal.

Si partimos de una tutela penal del aspecto colectivo del derecho de libertad de conciencia, las leyes penales protegerán la religión como un bien jurídico social con una doble opción: o bien la protección de la religión del Estado, o la del hecho religioso en general entendido como bien social que interesa al propio Estado.

Si se tutela la confesionalidad, la legislación penal protegerá con fuerza la religión del Estado, que podrá ser compatible con una tutela mínima de los demás cultos, si hay tolerancia religiosa e, incluso, con una tutela de la libertad religiosa, si el Estado confesional admite su existencia. No obstante en caso de conflicto entre tutela de la confesionalidad o de la libertad religiosa, siempre prevalecerá la tutela de la primera.

Si se tutela la religión como bien jurídico social, el Derecho penal tratará de asegurar las condiciones que hagan posible el pleno desarrollo del fenómeno religioso en general.

La tutela del aspecto individual admite también un doble planteamiento. En primer lugar, es posible una tutela penal del derecho individual de libertad de conciencia como bien jurídico primario, compatible con una tutela secundaria de los colectivos religiosos o ideológicos, entendidos como meros instrumentos de realización individual⁶. En segundo lugar, el Derecho penal puede tutelar estrictamente el derecho individual de libertad de conciencia en todas sus manifestaciones, entre las que se encuentra la libertad de opción por lo religioso. Se parte aquí de una valoración indiferente de la religión en cuanto tal, que se considera como una simple opción civil dentro de un Estado que no actúa en absoluto como sujeto religioso.

Esta última modalidad fundamenta, según veremos, dos posibles líneas de actuación: renunciar a una tutela específica de este sector del derecho, reconduciendo la misma a normas penales ordinarias dictadas en

⁵ Un completo y ya clásico análisis de esta relación puede verse en WOLF. *Ordnung der Kirche. Lher und andbuch des Kirchenrechts auf öekumenischer Basis*. Frankfurt-Main 1961.

⁶ Vid. VITALE, *Ordinamento giuridicoe interessi religioso. Corso di Diritto Ecclesiastico*, 2ª ed. Milano 1981, pp. 14-15.

defensa de otros bienes jurídicos⁷; o limitar estrictamente el recurso al derecho penal a las exigencias de los principios de intervención mínima, necesidad y racionalidad⁸.

El planteamiento general realizado hasta aquí, será la base que sustentará el cometido de este estudio, en tanto que la aplicación de cada uno de sus aspectos y contenidos determinarán el tipo de protección penal otorgada por los Estados y, en consecuencia, su grado de adecuación al derecho de libertad de conciencia.

II.- DERECHO COMPARADO.

Las variadas opciones de tutela penal tienen una diferente proyección en el ámbito del Derecho comparado. Limitaré el análisis de éste, por razones de espacio, a una breve síntesis de aquellos sistemas que reflejan más fielmente las diversas alternativas que el ordenamiento jurídico penal tiene con respecto de la protección de la libertad de conciencia⁹.

El Derecho italiano, tras el Código penal de *Zanardelli* de 1889¹⁰ fruto del Estado liberal, que consideraba a la religión como un problema exclusivo del individuo y tutelaba lo que VITALI denomina *Derecho público subjetivo de libertad religiosa*¹¹, protege en el vigente Código fascista de *Rocco* de 1930 a las confesiones religiosas como instituciones¹², cancelando el individualismo jurídico. Esta protección es, además, desigual, existiendo una tutela especial a la iglesia católica, tanto en sus dogmas, como en sus manifestaciones externas, aspecto este último que es

⁷ Vid. SIRACUSANO, op. cit. pp. 282-283. Es, por ejemplo, la postura mantenida por el Proyecto Alternativo del Código penal alemán de 1966 y por importantes sectores doctrinales en el ámbito del Derecho español y el Derecho comparado.

⁸ Vid. TAMARIT, *La libertad ideológica en el Derecho penal*. Barcelona 1989, p. 78.

⁹ Para un estudio más detenido, vid. FERNÁNDEZ-CORONADO, *La tutela penal de la libertad religiosa*. En "Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado (ADEE)", vol. II (1986), pp. 17-55, vid. pp. 21 ss.

¹⁰ El Código introdujo una nueva fórmula de delitos contra la libertad agrupados en seis capítulos del Libro I, Título II. El segundo de estos capítulos relativo a los *Delitos contra la libertad de culto*, contemplaba los *Delitos contra la libertad de conciencia y de culto y los delitos contra la religiosidad de la muerte*.

¹¹ Vid. *Vilipendio delle religioni dello Stato*. (Contributo all'interpretazione dell'art. 402 C. penale). Padova 1964, pp. 83 ss.

¹² Vid. PANTALEO, op. cit. pp. 35 ss.

lo único que se tutela para los demás cultos¹³. La necesidad de una reforma del Código, por su dudosa constitucionalidad en esta materia, está presente en la mayoría de los planteamientos doctrinales¹⁴ y el Tribunal Constitucional italiano ha ido realizando una interpretación de los artículos sobre esta materia, dirigida a sustituir el bien jurídico de la religión por el del sentimiento religioso individual¹⁵.

El Derecho francés, por su parte, sigue en materia penal los postulados del Estado laico indiferente, que se basa en el principio de igualdad como presupuesto de la libertad de conciencia. En esta línea, la Ley de Separación entre el Estado y la Iglesia de 1905, completada por las Leyes de 2 de enero de 1907 y 13 de abril de 1908, hace reposar el régimen de cultos sobre tres bases: libertad de conciencia, libertad de cultos y separación entre la Iglesia y el Estado. La tutela penal del Estado sobre estas cuestiones se regula en la propia Ley de Separación y no en el Código penal¹⁶ y sanciona únicamente las conductas contra el derecho individual de ideología o creencia tanto positiva como negativa, no sólo porque tales actuaciones suponen un ataque al orden público, sino también porque implican un atentado contra la más preciada de las libertades garantizadas en las Constituciones políticas, cual es la libertad de conciencia.

¹³ Para un detenido análisis de su normativa, vid. VITALI, op. cit. pp. 85 ss.

¹⁴ La doctrina no se muestra unánime sobre esta cuestión. Desde una perspectiva esencialmente eclesiasticista, algunos autores afirman la compatibilidad de la normativa penal con la Constitución (CONSOLI, *Il reato di vilipendio della religione cattolica*. Milano 1957, p. 157 ss; ONIDA, *Vilipendio della religione e libertà di manifestazione del pensiero*. En "Giurisprudenza Costituzionale" XX (1975), fasc.6, pp. 3160-3169, etc). Otros, la niegan y abogan por una despenalización en esta materia (LARICCIA, *Diritto civile e fattore religioso*. Bologna 1978, p. 46; BERLINGO, *Vilipendio delle religione e norme costituzionali*. En "Il Diritto Ecclesiastico", LXXX (1969), pp.274-309; FINOCCHIARO, *Appunti in tema di vilipendio della religione dello Stato e libera manifestazione del pensiero*, en "Giurisprudenza italiana" 1962, fasc.4, p. 18; BOTTA, *Manuale di Diritto Ecclesiastico*. Torino 1994, pp. 263 ss. etc).

¹⁵ Para una extensa referencia a las sentencias sobre el tema, vid. MARTIN SANCHEZ, *El derecho a la formación de la conciencia y su tutela penal*, Valencia 2000, pp.189-190.

¹⁶ La Ley de Separación de 1905 deroga en el art. 44.5 los artículos 260 a 264 del Código penal de 1810, e incluye la regulación de esta materia en los artículos 31 a 33 de la propia Ley. La nueva normativa es más amplia que la anterior, en tanto que regula también la no creencia y su respeto por todos los ciudadanos, aunque en general se mantiene en una línea análoga.

El Derecho alemán, por último, en el vigente Código penal de 1969 equipara la tutela entre las diversas visiones del mundo o *Weltanschauung* sean o no religiosas¹⁷. Esta neutralidad del legislador penal obedece a un imperativo constitucional, el sancionado en el art.4 del *Grundgesetz*, que coloca implícitamente en el mismo plano religión e ideología¹⁸. Sobre esta base, el código considera como bien jurídico protegido a la paz pública, en tanto que presupuesto de existencia para una sociedad pluralista y realiza la tutela desde la perspectiva del aspecto individual¹⁹. Las raíces de esta concepción de la tutela se encuentran en las doctrinas de la Ilustración que propugnaban que las conductas humanas interesan al Derecho penal, no a causa de su intrínseca inmoralidad, sino en tanto que pusiesen en peligro la convivencia civil y violasen el derecho de otros.

El análisis del Derecho alemán exige hacer siquiera una breve referencia al Proyecto Alternativo de Código penal de 1966, que sobre la base de que el Derecho penal debe limitarse a tutelar bienes jurídicos y no normas morales y que debe constituir, además, la ultima *ratio* en la tutela de los mismos, niega la necesidad y la oportunidad de un núcleo autónomo sobre lo que podríamos denominar como *Derecho penal de lo religioso* en una sociedad moderna, pluralista y abierta y, en consecuencia, propugna una despenalización de esta materia²⁰.

Consecuentemente, como señala HASSEMER²¹, los delitos clásicos religiosos serían sancionados por las normas penales generales que protegen el honor y la paz pública. Únicamente se considera necesario la

¹⁷ El Derecho penal vigente ha sido reformado por la strRG de 25 de junio de 1969. La antigua rúbrica *De los delitos relativos a la religión* ha sido sustituida por la de *Delitos que se relacionan con la religión y la visión del mundo o Weltanschauung*.

¹⁸ Vid. SIRACUSANO, op. cit. pp. 172 ss; HASSEMER, *Religionsdelikte in der säkularisierten Rechtsordnung*. En VV. AA. *Cristianesimo, secolarizzazione, diritto moderno*. Vol. II (1981), p. 1315.

¹⁹ Vid. ZIPF, *Die Delikte gegen den öffentlichen Frieden im religiösweltanschaulichen Berich*. En "Neue Juristischen Wochenschrift" (NJW) 1969, p. 1944, así como los autores citados en la nota anterior.

²⁰ *Alternatif-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Sexual Delikte. Straftaten gegen Ehe, Familie und Personalstand. Straftaten gegen den religiösen Frieden und die Totenruhe*. Tübingen, 1968, p.77. Sobre las tesis mantenidas por el Proyecto Alternativo, vid. ROXIN, *L'evoluzione della politica criminale a partire dai Progetti Alternativi*. En VV. AA. *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del Codice penale*. Napoli 1981, pp. 31 ss.

²¹ Op. cit. p. 1324.

tutela penal específica de la inviolabilidad para todo individuo de un ámbito personalísimo de inmersión (*Versenkung*) religioso-meditativa que no esta cubierta por la tutela ordinaria²². En definitiva, se trataría de proteger la libertad del individuo de profesar la propia devoción en un contexto espacial inviolable, el lugar de culto, que se considera como una proyección de la esfera privada de los ciudadanos con creencias.

Esta idea de despenalización directa del sector religioso se ha plasmado también en otros Derechos de ámbito europeo, como el Derecho penal sueco, que no regula desde 1970 delitos clásicos en materia de religión, reconduciendo los tipos delictivos a normas penales generales relativas, por ejemplo, a la perturbación del derecho de reunión o manifestación y a la violación del orden público²³. También ha encontrado eco, según veremos, en importantes sectores de la doctrina española, como la tesis más idónea con el contenido del derecho de libertad de conciencia.

III.- DERECHO ESPAÑOL.

1. Derecho Histórico.

El Derecho español en materia de tutela de libertad de conciencia, ha estado mediatizado por las fluctuaciones del poder constituyente. Por ello, el análisis de la tutela penal vigente exige, siquiera, un breve recorrido por nuestro derecho histórico²⁴, que ha influido en mayor o menor medida en la regulación actual. En este sentido, es evidente la estrecha relación existente entre la Constitución de un Estado y su Derecho penal. Los cambios constitucionales, señala VIVES ANTÓN²⁵, suelen ir acompañados de una reforma correlativa del derecho penal. Podría decirse que por regla general la implican, puesto que pueden suponer una alteración de los presupuestos materiales y formales que determinan el ejercicio de la potestad punitiva.

La codificación penal se inicia en España con el Código de 1822, que responde en esta materia a los postulados de la Constitución de 1812, típico ejemplo de confesionalidad doctrinal intolerante. Sobre esta base, el Código tutela fuertemente la confesionalidad, llegando incluso a confundir,

²² Vid. *Alternativ-Entwurf...* op. cit. p. 81.

²³ Vid. SIRACUSANO, op. cit. p. 283.

²⁴ Para un detenido análisis, vid. FERNÁNDEZ-CORONADO, *La tutela penal...* op. cit. pp. 29-39.

²⁵ Vid. *Introducción: Estado de Derecho y Derecho Penal*. En VV. AA. *Comentarios a la legislación penal I. Derecho penal y Constitución*. Madrid 1982, p. 19.

como señala TERRADILLOS²⁶, razón de fe y razón de Estado, al castigar, por ejemplo, con pena de muerte la conspiración contra la religión católica, y con la pérdida de la nacionalidad, la apostasía de la misma²⁷. Se produce, así, una fuerte tutela del aspecto colectivo, con una relación Estado-Iglesia plenamente institucionalizada y sin el menor atisbo de libertad de conciencia.

Esta situación continúa en el Código penal de 1848, que persiste en la severidad de la conformación de los tipos delictivos aunque con una disminución en las penas. Como novedad, el Código sanciona la celebración de actos públicos por los cultos acatólicos²⁸, lo que, paradójicamente, supone una admisión implícita de su tolerancia privada. Este hecho es bastante sorprendente si tenemos en cuenta que la Constitución de 1845, de la que el Código es hijo, guarda absoluto silencio sobre cualquier religión que no sea la católica.

Los postulados que rigen la tutela penal, cambian con el Código reformado de 1870, hijo de la Constitución liberal de 1869. Ya no se habla de *Delitos contra la religión*, como los Códigos anteriores, sino de *Delitos relativos al libre ejercicio de los cultos*²⁹. Se tutela de forma igualitaria un solo aspecto de la libertad de conciencia: la libertad de cultos. En este sentido, el Código va más allá que el texto constitucional de 1869, que contiene aún un cierto sentimiento confesional³⁰. El bien jurídico protegido pasa a ser la libertad religiosa del individuo en su aspecto positivo, con lo que se inicia una relación personalizada entre los dos poderes.

Como es sabido, la Constitución de 1875, restableció la confesionalidad y, en consecuencia, hizo inaplicable el Código de 1870 en esta materia. Fracasados los sucesivos intentos de reforma³¹, el texto penal se mantiene hasta el Código de 1928, bajo la Dictadura de Primo de Rivera que, aunque valora positivamente la religión en general, como un bien de trascendencia social útil para el Estado y sus fines, no realiza una tutela

²⁶ Vid. *Protección penal de la libertad de conciencia*. En "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense", n.º. 69 (1983), pp. 139-162. Vid. p. 142.

²⁷ Vid. artículos 227 y 233 del Código penal de 1822.

²⁸ Vid. art. 129.

²⁹ Vid. arts. 236 a 241.

³⁰ Vid. art. 21 de la Constitución de 1869.

³¹ Vid. JIMENEZ DE ASÚA-ANTON ONECA *Derecho penal conforme al Código de 1928*. T. II, Madrid 1929, pp. 37 ss.

igualitaria para todas las confesiones, pues juega el límite de la confesionalidad del Estado³².

La II República, supuso un revulsivo en materia religiosa. La Constitución de 1931, establece un Estado laicista con una mera tolerancia privada igualitaria para todos los cultos³³. Sin embargo, el Código penal reformado de 1932 realiza una valoración más positiva del fenómeno religioso que el texto constitucional, al no limitar el libre ejercicio de los cultos al aspecto privado. El bien jurídico protegido es por primera vez en nuestro derecho histórico la libertad de conciencia como derecho individual e inviolable de la persona³⁴, e incluso cabe hablar derivadamente de una cierta valoración positiva de las confesiones religiosas, quizás porque el Código estaba inspirado en el de 1870 que no respondía claramente a un sistema de separación entre la iglesia y el Estado³⁵.

La Dictadura franquista dio al traste con todos los avances logrados. El texto refundido de Código penal de 1944 vuelve a la tutela de la religión del Estado en sus dogmas, actos, personas y cosas³⁶, suprime la tutela del derecho de libertad de conciencia y guarda silencio sobre los cultos acatólicos³⁷. Se vuelve, así, a la tutela del aspecto colectivo en su forma más radical, que se plasma en un derecho especial favorable para la religión del Estado y perjudicial para las demás confesiones y los no creyentes.

La promulgación de la Declaración *Dignitatis humanae* sobre libertad religiosa, del Concilio Vaticano II marca el inicio de una nueva etapa en el Estado franquista que, aunque se limitó a un mero maquillaje de la confesionalidad estatal, con la reforma de una sola de las Leyes Fundamentales para admitir la libertad religiosa sometida a la

³² Vid. arts. 270 a 279. Los delitos contra la tolerancia religiosa regulados en los arts. 278 y 279, tutelaban el derecho de los ciudadanos no católicos a practicar sus cultos religiosos. Sin embargo, el reconocimiento de este derecho se veía limitado por el contenido del art.275, relativo a los delitos contra la religión del Estado, que establecía la obligación de practicar estos cultos en el ámbito privado.

³³ Vid. art. 27.3 de la Constitución de 1931, en relación a los arts. 27 y 30.

³⁴ Vid. arts. 228 a 231.

³⁵ Vid. FERNÁNDEZ-CORONADO, op. cit. p. 35.

³⁶ Vid. LÓPEZ ALARCÓN, *El interés religioso y su tutela por el Estado*. En VV. AA. *Derecho Eclesiástico del Estado español*, 2ª ed. Pamplona 1983, pp. 509-569, vid. p.545.

³⁷ Vid. arts. 205 a 212.

confesionalidad³⁸, obligó a promulgar la Ley de libertad religiosa de 1967 y a replantearse la tutela penal.

De este modo, la reforma penal de 1971, texto refundido del Código penal de 1973, establece un curioso régimen que, de un lado, produce una derivación desde la tolerancia a la libertad religiosa³⁹, pero, de otro, erige a la confesionalidad como límite de aquella y tutela especialmente a la religión católica sobre las demás confesiones, con la consiguiente lesión de la igualdad. El articulado referente a la materia⁴⁰ muestra con nitidez la utilización del límite del respeto debido a la religión católica como primordial sobre el límite del respeto debido a las demás confesiones. Parece evidente, a mi juicio, que en cuanto el respeto a cada idea religiosa supone el respeto a cada confesión religiosa, no se puede diferenciar a las confesiones en su consideración como límites, sino que habría que pensar que ese límite se encontraría recogido en el ámbito del orden público. Sin embargo, el Código de 1973 no lo hizo así, precisamente por la mala interpretación del principio de confesionalidad.

2. La Constitución de 1978 y sus primeras derivaciones en materia de tutela penal.

La Constitución de 1978, establece un sistema pluralista y democrático basado en el principio personalista como presupuesto del principio de igualdad en la libertad de conciencia de los ciudadanos y del principio de laicidad del Estado. Este principio, a su vez, sirve de límite al principio de cooperación con las confesiones, establecido en el art. 16.3 que, matizado por el art. 9.2, ha de ser entendido en función de la plena realización del derecho individual de igualdad en la libertad de conciencia y la consiguiente subordinación del derecho colectivo al derecho individual.

La cooperación así entendida en el marco de los demás principios informadores del Derecho Eclesiástico del Estado, debe de ser, a mi juicio, el punto de partida de la tutela penal.

³⁸ En concreto el art.6.2 del Fuero de los Españoles.

³⁹ Los artículos se corresponden con los del Código anterior.El único artículo original es el 205, que tutelaba la libertad religiosa reconocida por las leyes, término con el que según CORDOBA, se hacía referencia a las leyes fundamentales del régimen. Vid. *Comentarios al Código Penal* III, Barcelona 1979, p. 396.

⁴⁰ Vid. arts. 206 a 212.

El Estado democrático que nace de la Constitución vigente, no podrá, entonces, coaccionar ni sustituir a sus ciudadanos en materia religiosa; ni podrá concurrir con éstos, como sujeto, con su propia decisión resolutoria del acto de fe, sea cual fuere el signo de esa resolución. Consecuentemente, el Estado no podrá utilizar el Derecho penal en defensa de una religión propia, ni de los valores inherentes a lo religioso. Si así lo hiciere, estaría primando lo religioso sobre lo agnóstico, en detrimento de los principios pluralistas e igualitarios que informan nuestro ordenamiento⁴¹.

Este planteamiento exige analizar la protección penal en materia de libertad de conciencia desde la perspectiva de los principios constitucionales que informan el Derecho Eclesiástico del Estado y plantearse, incluso, si es necesario conforme a ellos una tutela penal específica en esta materia.

Sin embargo, el primer texto que se elaboró en el nuevo sistema, el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980⁴², ni siquiera se cuestionó la necesidad de proteger específicamente la libertad religiosa, cuando sobre la base del texto constitucional, éste debería haber sido el punto de partida del legislador⁴³, por el contrario, protegía la libertad y los sentimientos religiosos únicamente desde la perspectiva de profesión religiosa positiva.

Algo parecido sucedió con el primer texto penal del nuevo sistema, el Código reformado por ley de 25 de junio de 1983, cuya *ratio legis* era acomodar el Código confesional a los principios constitucionales. Este texto penal, bajo la rúbrica de *Delitos contra la libertad de conciencia*, tipificaba una serie de delitos en los artículos 205 a 212, que RODRIGUEZ DEVESA clasificaba en tres grupos: impedimento de la práctica de una confesión religiosa; proselitismo ilegal; y otros ataques al sentimiento religioso. Así mismo, el Código fuera de esta Sección, regulaba la blasfemia como delito y como falta y el delito de violación de sepulturas⁴⁴.

Prescindiendo del tratamiento igualitario para todas las confesiones, salvo el supuesto de la blasfemia, claramente ligado a la confesionalidad

⁴¹ Vid. sobre el tema LLAMAZARES, op. cit. pp. 224 ss.

⁴² Para un pormenorizado análisis del Proyecto, vid. FERNÁNDEZ-CORONADO, op. cit. pp. 43 ss.

⁴³ Vid. COBO-VIVES ANTON, *Derecho Penal. Parte General*, I. Valencia 1980, p. 92; TERRADILLOS, op. cit. p. 153.

⁴⁴ Vid. arts 239, 567 y 340.

del Estado, y ya desaparecido, en mi opinión, sólo el art.205⁴⁵ tutelaba efectivamente la libertad de conciencia como derecho individual, aunque sólo como libertad de profesión religiosa y no como libertad de ideología, según veremos al comentar el art. 522 del Código vigente que recoge en esencia el contenido de este artículo.

El resto de los artículos realizaba, a mi juicio, una valoración de lo religioso como bien social y no en función del individuo, con lo que sobrepasaba el mandato constitucional de cooperación y los demás principios informadores del Estado laico.

Una nueva necesidad de reforma se plasmó en el Anteproyecto de Código penal de 1992. Es importante reseñar que el Consejo General del Poder Judicial en informe emitido sobre el mismo, señaló que *la Ley penal debe limitar el contenido de los derechos fundamentales sin alterar la esencia de los mismos, por lo que los delitos contra estos derechos deberán nutrirse con conductas que, en ningún caso, puedan quedar amparadas por el derecho fundamental supuestamente afectado*⁴⁶.

El Proyecto seguía la línea del Código reformado de 1983, con ciertas modificaciones por razón de adaptación constitucional y con la exclusión de los preceptos ajenos a los derechos fundamentales y las libertades públicas⁴⁷. La Exposición de Motivos del texto contenía dos afirmaciones de singular importancia en relación a la postura del Estado respecto de la tutela penal en esta materia: La intervención mínima como criterio lógico de actuación, para la protección de algo tan problemático como son los sentimientos íntimos; y la consideración de la libertad religiosa en su más amplia acepción de libertad de creer o no creer, o de creer en cualquier dogma⁴⁸. Por lo demás, el contenido de la regulación coincidía, también con la del Código vigente, con la adicción por enmienda, según veremos, del antiguo art.205 del Código de 1983 y algunas variaciones en el delito de escarnio.

La derivación en el ámbito de la tutela penal de los principios constitucionales informadores del Derecho eclesiástico pone de manifiesto, en estos primeros tiempos de andadura del nuevo sistema, un resultado y

⁴⁵ Para un análisis del art. 205, vid. FERNÁNDEZ-CORONADO, A. Op. cit. pp. 46-47.

⁴⁶ Vid. *Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*. Ministerio de Justicia. Madrid 1992, p. 18.

⁴⁷ Vid. arts. 554 a 557 en ibidem.

⁴⁸ Vid. Ibidem. *Exposición de Motivos*, p. 55.

una carencia. Con respecto del primero, existe un avance sustancial del perfil de las conductas penales tipificadas con respecto de la etapa confesional, sin que se logre, no obstante, la plena congruencia con el espíritu y la letra de la Constitución que nació. La libertad de conciencia sigue estando limitada a uno de sus contenidos: la libertad de religión, tanto en su aspecto positivo como negativo, pero no a la libertad de ideología no religiosa. En consecuencia, solo cabe hablar de una tutela parcial del derecho de libertad de conciencia.

En relación a la segunda, una correcta interpretación del contenido constitucional con respecto del Derecho eclesiástico, hubiera hecho preciso que el legislador penal se plantease, al menos, la necesidad de seguir o no manteniendo una tutela específica en la materia, sobre la base de la existencia o inexistencia de una exigencia directa de los principios constitucionales, como punto de partida previo a la positivación de las nuevas normas. La ausencia de este planteamiento previo, no cabe duda de que mediatizo la regulación penal vigente.

3. Derecho penal vigente.

El Código penal vigente, aprobado por Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995, tras recorrer el obligado *iter* parlamentario como Proyecto de Ley⁴⁹, pretendía cumplir, a tenor de su Exposición de Motivos varios objetivos, de los que, por lo que aquí interesa destacaremos dos: La mesura en el recurso al instrumento punitivo, cuando lo que esta en juego es el ejercicio de un derecho fundamental; y el avance en el logro de la igualdad real y efectiva, cumpliendo el mandato constitucional a los poderes públicos⁵⁰.

Los *Delitos contra la libertad de conciencia, la libertad religiosa y el respeto a los difuntos*, regulados en un principio en los artículos 502 a 505, fueron objeto de enmiendas a su paso por las cámaras legislativas. Las enmiendas respondían sustancialmente a tres razones: 1ª) Introducir una tutela del derecho a la libertad de formación de la propia conciencia, sobre la base de que el Código penalizaba solamente los ataques a la libertad de conciencia en la fase de decisión y en la fase de actuación⁵¹. 2ª) Mantener

⁴⁹ Publicado en el "Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG), nº 77-1 de 26 de septiembre de 1994. Serie A. Proyectos de Ley.

⁵⁰ Vid. *ibídem*. Exposición de Motivos, pp. 2-3.

⁵¹ Tal es la tesis mantenida por un sector de eclesiasticistas españoles. Vid. MARTIN SANCHEZ, *op. cit.* pp. 320 ss.; BUENO, *El ámbito de amparo del derecho de libertad*

la tutela del ejercicio del derecho de libertad religiosa del art. 205 del Código anterior, ahora suprimido, añadiéndole la protección del derecho de libertad ideológica. 3ª) Equiparar en los demás artículos, por presión del principio de igualdad, la tutela, fundamentalmente colectiva, de la libertad religiosa e ideológica.

La primera de las propuestas se plasmó un nuevo art., el 501 (bis), que castigaba al *que mediante cualquier medio ilegítimo de persuasión violare el derecho de otro a la libre formación de su conciencia, impidiéndole así la elección de una religión, ideología o creencia*. Se pretendía, en definitiva, enfrentarse penalmente al problema de las sectas destructivas y sus métodos de captación engañosa⁵².

Cabe destacar la vaguedad del artículo, manifestada ya en la discusión parlamentaria⁵³. La expresión *cualquier medio ilegítimo de persuasión* referida a la conducta delictiva es indeterminada, compleja y de apreciación subjetiva, lo que dificulta su calificación judicial, y hace muy difícil su regulación en el Código penal, por su dudosa compatibilidad con el principio de legalidad⁵⁴. En la misma línea TAMARIT considera que la fórmula propuesta en la enmienda sería incompatible con el mandato constitucional de taxatividad y certeza⁵⁵.

No obstante, es evidente que si se tuvieran que tipificar penalmente las técnicas de captación engañosa, éste sería su lugar sistemático, en tanto que lesiones a la libertad de conciencia. Incluso, en mi opinión, hubiese sido oportuna su regulación en el Código Penal de 1983, cuando el aún

religiosa y las asocaciones. En ADEE, V.I (1985), pp. 198 ss.; JORDÁN, *Las sectas pseudoreligiosas*, Madrid 1991, p. 9; LOPEZ ALARCÓN, op. cit. pp. 168 ss, etc.

⁵² Para las enmiendas presentadas por los distintos grupos parlamentarios y su justificación, vid. *Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos Parlamentarios*. V.I Cortes Generales (1966), pp. 242-244 y pp. 452.

⁵³ Vid. *Ley Orgánica del Código penal*....op. cit. p. 1049. Intervención del diputado JOVER PRESA.

⁵⁴ Vid. FERNÁNDEZ-CORONADO, *El contenido de la tutela de la libertad de conciencia en el Código penal de 1995*. En "Revista General del Poder Judicial" (RGPJ), nº.52 (1998), pp. 135-176, vid. pp. 151-152.

⁵⁵ Vid. *Sección 1ª De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria*. En VV. AA. *Comentarios al nuevo Código Penal*. 2ª edición. Pamplona. 2001, p. 2171; En relación al análisis de un supuesto similar en el Derecho italiano, vid. así mismo, *Las sectas y el Derecho pebnal*. En VV. AA. *Aspectos socio-jurídicos de las sectas desde una perspectiva comparada*. Oñati 1991, pp. 286 ss.

incipiente sistema democrático español se encontró con la explosión de este fenómeno, novedoso en nuestro derecho, precisamente porque la falta de libertades había impedido su desarrollo hasta entonces.

Sin embargo, se optó por la creación de una Comisión Parlamentaria, para el estudio de las sectas, en la misma línea que había hecho el Parlamento Europeo en Resolución de 22 de mayo de 1984, como paso previo para determinar la conveniencia de una regulación específica del tema.

Como es sabido, la Comisión en Dictamen de 10 de octubre de 1989⁵⁶, determinó la suficiencia del ordenamiento jurídico vigente en esta materia y, apuntó como solución, no el cambio de la Ley, sino su respeto y su efectiva aplicación por los tribunales de justicia cuando fuese violada. También puso de manifiesto el riesgo de inconstitucionalidad de una reforma legislativa en esta materia, dadas las mínimas limitaciones admitidas al derecho de libertad de conciencia en el seno de una sociedad democrática, por afectar a los derechos fundamentales de religión y creencia de los ciudadanos. En definitiva, por su posible colisión con el art.16 de la CE, o con el art.25.1⁵⁷.

Como señala LLAMAZARES, en estos supuestos entran en colisión dos derechos de libertad religiosa: el de quien convence y el de quien es convencido. Consecuentemente, la utilización de técnicas psicológicas especiales, puede entrar en el derecho de libertad religiosa del que transmite las creencias, con lo que su tipificación delictiva implicaría un riesgo de inconstitucionalidad. Por ello, ante la dificultad de señalar el límite entre técnicas legítimas e ilegítimas, lo razonable es dejar en las actuales circunstancias el tema en manos de los tribunales de justicia para el análisis de cada caso⁵⁸.

La postura de la Comisión Parlamentaria afectó sin duda a la regulación penal. Así, la propuesta de adición del 501 (bis) fue rechazada, a mi juicio correctamente. La conducta es subsumible en el delito de coacciones del art. 172 o en el delito contra la integridad moral del art.173.

⁵⁶ Vid. "Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados". III Legislatura. Serie E, nº.174, pp. 4805 ss.

⁵⁷ Vid. FERNÁNDEZ-CORONADO, *Voz. Sectas*. En *Enciclopedia Jurídica Básica*. Civitas. Madrid 1994, T. IV, pp. 6090-6092.

⁵⁸ Vid. op. cit. pp. 1060-1061.

Además, desde otra perspectiva, el Código penal vigente en el art.515.3 considera punibles por ilícitas a *las asociaciones que, aún teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos de alteración o control de la personalidad para su consecución*, sancionando, así mismo, en los artículos 517 y 518 a los dirigentes de las mismas y a sus cooperadores.

La segunda propuesta, consistente en mantener la tutela del ejercicio del derecho de libertad religiosa del antiguo artículo 205, añadiéndole la protección del derecho de libertad ideológica, se plasmó en una enmienda de adición de otro artículo, el 501(ter)⁵⁹, que fue aceptado finalmente por la mayoría parlamentaria, mediante una enmienda transaccional en la que se eliminaba la referencia a las asociaciones ideológicas y a las convicciones, con la curiosa argumentación de que la libertad de conciencia se plantea básicamente en las relaciones de libertad religiosa. No cabe duda de que con la solución adoptada el derecho individual de libertad de conciencia solo está parcialmente tutelado. El resultado, en definitiva, es poco congruente con los principios constitucionales y supone, además, una curiosa manera de entender el principio de intervención mínima.

El resto de las enmiendas, por último, pretendían equiparar la libertad ideológica con la libertad religiosa, fundamentalmente en el aspecto colectivo, y fueron rechazadas, creo que acertadamente. Si entendemos la libertad de conciencia como la libertad para formar interiormente, manifestar y ejercer, o no, creencias religiosas o ideológicas y teniendo en cuenta el principio de intervención mínima, de especial significación en relación a los derechos fundamentales, parece claro que el Derecho penal de un Estado laico sólo podrá sancionar las perturbaciones más graves de esa libertad y siempre habrá de hacerlo desde la perspectiva individual. Consecuentemente, la tutela de los colectivos en sí mismos, sean religiosos o ideológicos, no viene exigida por los principios constitucionales⁶⁰.

Concluido el *iter* parlamentario, el texto definitivo, aprobado por el Congreso en noviembre de 1995, regula el tema en los artículos 522 a 526, que se corresponden con los artículos 501(ter) al 505 del Proyecto inicial,

⁵⁹ Vid. texto en FERNÁNDEZ-CORONADO, *El contenido de la tutela...* op. cit. p.145, nota 42.

⁶⁰ Para un detenido análisis de las enmiendas presentadas, vid. FERNÁNDEZ-CORONADO, *El contenido de la tutela...* op. cit. pp. 142-155

bajo la rúbrica de *Delitos contra la libertad de conciencia, el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos*.

3.1. Protección de la libertad de conciencia.

Está contenida en los artículos 522 y 523. El art. 522⁶¹ parece, a primera vista, que realiza una amplia tutela del derecho de libertad de conciencia. Así, en el párrafo 1º, la expresión actos propios de las creencias que profesen, parece que pretende una efectiva tutela de esta libertad, incluyendo todas las creencias, sean o no religiosas. Sin embargo no es así. La limitación que realiza el artículo respecto al sujeto protegido, que ha de ser miembro de una confesión religiosa, reduce la tutela a los actos propios de la confesión religiosa a la que el sujeto pertenece, quedando sin protección las personas que sin ser miembros de una confesión religiosa tengan una creencia religiosa o ideológica.⁶²

La efectiva tutela de la libertad de conciencia hubiera exigido la sustitución de la expresión *miembro o miembros de una confesión religiosa* por la de *otro u otros*, como hace el párrafo 2º. Pero esto nos conduciría a que sobra el párrafo 1º. Bastaría con introducir en el 2º la acción de *impedir*, junto a la de *forzar*, y la expresión *creencia*, junto a *religión*, puesto que *los actos propios de las creencias que profesen*, reseñados en el párrafo 1º, entrarían perfectamente dentro de los *actos reveladores de profesar o no profesar...* a que se refiere el 2º.

El no hacerlo así pone de manifiesto, a mi juicio, que lo que se pretendió tutelar, no fue la libertad de conciencia como derecho individual en toda su extensión, sino solamente dos aspectos de la misma: la libertad

⁶¹ *Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses: 1º. 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. 2º. 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.*

⁶² Piénsese, como señala LLAMAZARES, en creyentes ecumenistas que, sin estar adscritos a ninguna confesión religiosa, participen en actos religiosos de alguna confesión o en actos de culto ecumenistas. Vid. op. cit. p. 1062. Por el contrario PÉREZ MADRID, cree que en este supuesto no es exigible la tutela, ya que la ley Orgánica de Libertad Religiosa, a su juicio, limita el derecho a la práctica del culto a los casos de la confesión a la que se pertenezca. Vid. *La tutela penal del factor religioso en el Derecho español*. Pamplona 1995, p. 188.

de creencia religiosa positiva de los miembros de una confesión y la libertad para tener y ejercitar o no una creencia religiosa.

En definitiva, creo que el artículo no es necesario. Tiene cabida en el delito de coacciones del art. 172 del Código penal, que además introduce un agravamiento de la pena cuando las coacciones tengan por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental. Esta mayor penalización parece que fue introducida precisamente porque el Proyecto, según hemos visto, había prescindido del actual art. 522, que fue posteriormente incorporado mediante enmienda.

El artículo 523⁶³, por su parte, plantea evidentes problemas. El bien jurídico tutelado en última instancia son las *confesiones inscritas*, lo que supone, una valoración de lo religioso en cuanto tal, de difícil congruencia con los principios constitucionales que demandan una protección igual del derecho de libertad religiosa de todos los ciudadanos. Pero, además, representa un paso atrás respecto del Código de 1983, que hablaba de *confesiones religiosas sin más*, y se sitúa en la línea del Código confesional de 1973. En consecuencia, no se adapta a la cooperación constitucionalmente mandada en los art. 16.3 y 9.2, ya que este último artículo se refiere a todo grupo social, incluso a los que no tengan la personalidad jurídica requerida por el art. 5 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, o por el art. 22 CE, sin que sea posible, por otra parte, justificar la limitación de la tutela confesional por razones de seguridad jurídica⁶⁴, ya que parece evidente que quedarían fuera del ámbito de protección los grupos que violasen el orden público constitucional.

Pero, incluso si prescindimos de la cualificación del sujeto protegido, el objeto de tutela sería en una lectura acorde con la Constitución el derecho individual de libertad religiosa en su ejercicio colectivo y no el derecho individual de libertad ideológica. A mi juicio, hubiese sido más correcto, en el caso de que se quisiera realizar una tutela específica, equiparar estos dos aspectos del derecho de libertad de

⁶³ *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 se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar.*

⁶⁴ Vid. PEREZ MADRID, op. cit. p. 187.

conciencia a la manera del Código penal alemán de 1969⁶⁵, desde la perspectiva del derecho individual⁶⁶, si bien ello podría suponer en algunos casos, como ha señalado algún autor, la ausencia de imputación delictiva, por no cumplirse el requisito exigido de perturbación de la paz pública⁶⁷.

En mi opinión el artículo es redundante, más aún cuando una nueva conducta delictiva regulada en el art. 514.4, introducida por reforma de 1998, recoge el mismo supuesto de coacciones al ejercicio de un derecho fundamental del art.523, sin la especificidad del carácter religioso⁶⁸ y, además, constituye un delito especial respecto del art. 172.2 que, según hemos visto, ya agravaba la pena del delito de coacciones cuando se lesionan derechos fundamentales.

3.2. Protección de los sentimientos religiosos.

La protección penal deberá de referirse a los sentimientos religiosos individuales, a tenor de los principios recogidos en la Constitución vigente. La regulación de la tutela de los sentimientos religiosos fuera de la libertad de conciencia es algo que ya realizaba el Código de 1983. Sin embargo, tal distinción, a mi juicio, es innecesaria. Los sentimientos individuales religiosos, así como los ideológicos relativos a una cosmovisión, forman parte de la libertad de conciencia. Se insertan en la esfera íntima del individuo y constituyen la base de su decisión personal en materia de religión e ideología. Están, pues, integrados en la primera fase de la libertad de conciencia. Son una consecuencia de la propia dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad y se exteriorizan a través de las otras dos fases de la libertad de conciencia.

⁶⁵ Vid. arts. 166 y 167.

⁶⁶ Vid. JESCHECK, *Die Delikte gegen den öffentlichen Frieden im religiösweltanschaulichen Bereich*. En "Neue Juristischen Wochenschrift", 1969, p. 1944; SIRACUSANO, pp. 172 ss; FERREIRO, *Protección jurídico-penal de la religión*. La Coruña 1998, pp. 44 ss.

⁶⁷ Vid. TAMARIT, *La libertad ideológica...* op. cit. p. 140.

⁶⁸ En nº. 4 del art. 514 fue introducido por LO 2/1998 de 15 de junio, con la pretensión de combatir el llamado terrorismo de baja intensidad o violencia callejera. Señala: *Los que impidieren el legítimo ejercicio de las libertades de reunión o manifestación, o perturbaren gravemente el desarrollo de una reunión o manifestación lícita, serán castigados con la pena de prisión de dos a tres años o multa de doce a veinticuatro meses si los hechos se realizaren con violencia, y con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses si se cometieren mediante vías de hecho o cualquier otro apremio ilegítimo.*

La regulación de los sentimientos religiosos se ubica en los artículos 524 y 525. El art. 524⁶⁹ constituye un residuo de la legislación preconstitucional⁷⁰. La expresión *sentimientos religiosos legalmente tutelados* aparecía en el art. 208 del Código de 1973, que había sido redactado pensando en la Ley de Libertad religiosa de 1967. Como señalaba CORDOBA al comentar aquel artículo, sentimientos religiosos legalmente tutelados son en definitiva los de las religiones inscritas⁷¹. Consecuentemente, se reproducen aquí los mismos problemas que en el artículo anterior, y las confesiones inscritas son, en última instancia, el bien jurídico protegido.

Parece evidente que el Estado laico no puede hacer un juicio de valor sobre los distintos sentimientos religiosos y determinar su tutela sobre la base de que pertenezcan o no a confesiones inscritas. De hacerlo, estaría contraviniendo los propios principios que sustentan su laicidad. De conformidad con éstos, el objeto de protección ha de ser el individuo afectado en su sentimiento, con independencia de la confesión a que este inscrito, por presión del principio de igualdad. Por tanto, establecer como límite el que los sentimientos se refieran a confesiones inscritas, desvirtúa la esencia de la tutela que se debe de realizar y que solo admitiría como límite el orden público constitucional.

Además, y al margen de los problemas de calificación penal de este bien⁷², una protección específica de los sentimientos de los creyentes exclusivamente, supone una defensa por parte del Estado de los valores inherentes a la religiosidad, poco compatible con el pluralismo y la igualdad constitucional. Si bien es cierto que la ampliación del bien

⁶⁹ *El que en templo, lugar destinado al culto o ceremonias religiosas, ejecutar 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.*

⁷⁰ Vid. LLAMAZARES, op. cit. p. 1066; FERNÁNDEZ-CORONADO, *El contenido de la tutela...* op. cit. pp. 167-168; LÓPEZ ALARCÓN, op. cit. p. 164; OTADUY, *La tutela penal del derecho a la libertad religiosa*. En VV. AA. *Tratado de Derecho Eclesiástico*. Pamplona 1994, p. 531; REDONDO, *Factor religioso y protección penal*. Pamplona 1998, p. 298. Para una opinión en contra, vid. PÉREZ MADRID, op. cit. p. 220.

⁷¹ Vid. *Comentarios al Código Penal, III*. Barcelona 1979, p. 407-408.

⁷² Para un detenido análisis de los sentimientos religiosos, vid. FERREIRO, *Los límites de la libertad de expresión. La cuestión de los sentimientos religiosos*. Madrid, 1996 y *Protección jurídico-penal*. op. cit. Para una visión general sobre el tema y las distintas posturas doctrinales, vid. MARTÍN SANCHEZ, op. cit. pp. 172 ss.

jurídico a los sentimientos de los no creyentes, acrecentaría aún más el carácter subjetivo y relativo de las conductas tipificadas, frente a la idea de que los bienes jurídicos deben ser hechos objetivables independientes de la realidad subjetiva, como ha señalado TAMARIT⁷³. Piénsese que para el nacimiento del tipo se requiere no solo el ánimo de ofender, sino también que el individuo resulte efectivamente ofendido⁷⁴. La solución, a mi juicio, se encontraría en la supresión de una tutela específica, integrando el tipo en el delito de injurias del art.208 y ss., en tanto que lesiones a la dignidad de la persona.

El artículo 525⁷⁵ es el más novedoso de la Sección. Tiene la misma estructura y el mismo problema que el artículo 522, ya comentado. El párrafo 1º tiene también igual limitación con respecto del sujeto protegido, que ha de ser *miembro de una confesión religiosa* con lo que, aunque se hable de *escarnio de dogmas creencias, ritos o ceremonias* y de vejación a *quienes los profesan o practican*, en definitiva los sujetos tutelados en uno y otro caso son las confesiones religiosas y sus miembros.

En el párrafo 2º, por el contrario, el objeto de tutela sí es el derecho individual de libertad de conciencia puesto que se castiga el escarnio de quienes *no profesan religión o creencia alguna*, sin ningún tipo de limitación. Es el único artículo de la Sección que se refiere a la creencia como a algo distinto de la religión.

Sin embargo, creo que esa no era la pretensión del legislador penal. La inclusión de las creencias en el párrafo 2º se hizo, a mi juicio, por correspondencia con el 1º, donde también se habían incluido. No se pensó

⁷³ Vid. *La libertad ideológica...* op. cit. p. 167 y la bibliografía contenida en la nota 2 de la misma obra.

⁷⁴ Por esta razón el bien jurídico es de difícil valoración. FERREIRO, por razones de seguridad jurídica, establece la necesidad de ligar la lesión a el resultado de producción de una verdadera conmoción psíquica y no una mera intranquilidad o molestia. Vid. *Protección jurídico-penal...* op. cit. pp. 64 ss. La regulación penal en los Códigos de este tipo delictivo, se suele ligar a requisitos objetivos de más fácil prueba como, por ejemplo, la perturbación de la paz pública o el escándalo. Para una visión de la doctrina y la regulación del tema, vid. MARTIN SANCHEZ, op. cit. pp. 79 ss.

⁷⁵ 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.*

que el efecto iba a ser distinto, al no haber en el párrafo 2º limitación por razón del sujeto pasivo.

Para constatar esto, basta con ver el resultado obtenido con la redacción dada: se castiga el escarnio de quienes no profesen religión o creencia alguna, pero no de los que profesándolas no son miembros de una confesión religiosa, lo cual es cuando menos paradójico e incorrecto con los principios constitucionales, que demandarían una igual tutela de los sentimientos religiosos e ideológicos, si bien con respecto de estos últimos, habrá que tener en cuenta los problemas señalados en el artículo anterior.

Por todo ello, creo que resulta más adecuado prescindir de una tutela específica. Puesto que el escarnio requiere *animus iniuriandi* el supuesto es perfectamente subsumible en el delito de injurias graves, que también exige el requisito de publicidad⁷⁶ y cuya pena se corresponde con la de este artículo 525.

Una cuestión a tener en cuenta, finalmente, en relación a este artículo es su carácter limitador de la libertad de expresión, aunque dentro de la línea restrictiva que se exige para todo derecho fundamental⁷⁷, ya que el nacimiento del tipo requiere *animus iniuriandi* además del requisito de publicidad.

Para concluir el análisis de la Sección es preciso hacer una breve referencia al respeto a los difuntos que se regula en el art.526⁷⁸. Este artículo vuelve al lugar que había ocupado en los primeros Códigos y de donde fue sacado en el de 1870, para colocarlo entre los delitos de riesgo. La solución adoptada por el Código de 1995, había sido propuesta ya por la doctrina. A este respecto LLAMAZARES⁷⁹ había señalado que estos delitos deberían colocarse con los relativos a los sentimiento religiosos,

⁷⁶ Vid. arts. 208 y 209 del Código penal.

⁷⁷ Vid. art. 20.1 CE. Sobre los sentimientos religiosos como límite a la libertad de expresión, vid. FERREIRO, *Los límites de la libertad de expresión...* op. cit. pp. 192 ss.

⁷⁸ *El que faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadaver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruirere, 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.*

⁷⁹ Vid. *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*. Madrid 1989, p. 884. Otros autores, por el contrario opinan que el delito supone una ofensa a los sentimientos religiosos. Vid. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal*, Madrid 1991, p. 397; MUÑOZ CONDE, op. cit. p. 416; PEREZ MADRID, op. cit. p. 277.

pues aunque protejan un bien laico y ajeno a estos intereses, este bien está entroncado con la propia conciencia y con las convicciones ideológicas individuales⁸⁰. En consecuencia, sí tutela de forma efectiva la libertad de conciencia.

IV.- VALORACIÓN GENERAL.

Partiendo de los principios informadores de Derecho eclesiástico contenidos en la Constitución vigente, parece evidente que la tutela del Derecho de libertad de conciencia habrá de tomar como punto de referencia el principio personalista del Estado laico. Ello supone la obligación de garantía y promoción estatal del derecho individual de igualdad en la libertad de conciencia como objetivo esencial, creando las condiciones idóneas para que este derecho pueda realizarse. La consecución de este objetivo puede implicar la necesidad de una relación con los colectivos religiosos e ideológicos, aunque siempre en función del derecho individual.

Este principio esencial habrá de actuarse sobre la base del principio penal de intervención mínima y el obligado carácter restrictivo de la limitación a los derechos fundamentales, como puntos de referencia de la tutela penal. Sobre estos presupuestos, el derecho penal solo deberá actuar ante los ataques más graves al derecho de libertad de conciencia, cuando no sean neutralizables por otras ramas del ordenamiento jurídico y sin que la tutela efectuada vulnere su contenido esencial.

Si se aplican estos parámetros a la protección realizada por el Código penal vigente, a primera vista es posible constatar tres realidades: una reducción de los tipos delictivos; una disminución en la cuantía de las penas; y una ampliación en la denominación del bien jurídico protegido. Todo ello puede hacer pensar que caminamos hacia una despenalización específica de los delitos en esta materia o, cuando menos, hacia un mínimo de criminalización, aunque un análisis detenido del contenido legal refleja, en mi opinión, que no ha encontrado aún su exacto contenido dentro de los parámetros de un Estado laico y personalista.

Y es que la regulación del Código penal vigente desde la perspectiva del Derecho eclesiástico, pone en tela de juicio dos cuestiones: si la tutela

⁸⁰ Para una visión de las diferentes opiniones sobre la calificación de este bien jurídico, vid. RODRIGUEZ DEVESA, op. cit. pp. 937 ss; MUÑOZ CONDE, op. cit. pp. 416 ss; PÉREZ MADRID, op. cit. pp. 277 ss; TAMARIT, *La libertad ideológica...* op. cit. pp. 268 ss; TERRADILLOS, op. cit. pp. 316 ss. Etc.

se adapta a las exigencia de los principios informadores del mismo establecidos en la Constitución; y cual fue la pretensión reguladora.

Respecto de la primera cuestión, según se ha visto, al margen del supuesto de respeto a los difuntos, los otros dos bienes jurídicos plantean evidentes problemas. La tutela de la libertad de conciencia, salvo en el escarnio, recoge solo un aspecto de la misma: la libertad de tener o no una creencia religiosa. Además la Sección en general contiene una mayor tutela de la Libertad religiosa entendida como libertad de culto y existe una protección de las confesiones religiosas como sujeto colectivo en los arts. 522.1, 523, 524 y 525.1 que excede el mandato constitucional de cooperación en función del individuo y cuya solución no consiste, sin más, como se pretendió por las enmiendas del Grupo Popular, en una tutela de los colectivos ideológicos, sino en no proteger específicamente a los grupos religiosos como colectivo, en tanto que ello supone una valoración de lo religioso en cuanto tal⁸¹.

La tutela de los sentimientos religiosos, por su parte, es parcial. Abarca a los miembros de las confesiones inscritas y en virtud del art. 525.1 puede entenderse como extendida a los miembros de todas las confesiones, inscritas o no. No se protegen los sentimientos religiosos de quienes no son miembros de una confesión religiosa. Si bien es cierto que se tutelan sentimientos ideológicos individuales referidos a una conducta concreta: el escarnio, aunque este artículo puede suponer un límite a la libertad de expresión.

En definitiva la tutela penal realizada va más allá de lo que exigen los principios informadores del Derecho eclesiástico y es susceptible de una lectura acorde con la Constitución solo si se fuerza la interpretación de alguno de sus contenidos.

Partiendo de los presupuestos señalados al inicio de este apartado, creo que el Derecho de un Estado eminentemente personalista, como el que diseña la Constitución de 1978, deberá limitarse a proteger las condiciones para que el individuo sea libre en todas las fases que integran su Derecho de libertad de conciencia. La protección penal, entonces, deberá limitarse a lo estrictamente necesario para salvaguardar el derecho individual de libertad de conciencia únicamente en aquellos contenidos, cuando los

⁸¹ Para un análisis del *iter* parlamentario del Código de 1995, vid. FERNÁNDEZ-CORONADO, *El contenido de la tutela...* op. cit. pp.142 ss.

hubiere, no tutelados con carácter general en otros artículos del Código penal ni en otros ámbitos jurídicos.

Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho eclesiástico la pretensión del legislador no fue ésta, como quedo patente en los debates parlamentarios y en la regulación realizada. El legislador penal de 1995, a mi juicio, consideró que la libertad de conciencia se plantea básicamente en las relaciones de libertad religiosa, entendida como libertad de creencia positiva, y tuteló fundamentalmente esa libertad.

El resultado es una protección parcial del Derecho de libertad de conciencia que sobrepasa el mandato constitucional, es redundante en algunos contenidos, y tiene aún reminiscencias del Estado confesional.

