

EL DELITO DE ESCARNIO DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS

Luis Roca de Agapito
Universidad de Oviedo

In memoriam de Andrés-Corsino Álvarez Cortina
No tot era físic, ni mental, també era sentimental
(Antònia Font, «Calgary 88», 2011)

Abstract: The regulation of the offence of scorn under article 525 of the Spanish Penal Code is analyzed in light of the doctrine and jurisprudence poured on it. It's also examined the jurisprudence of the European Court of Human Rights about the conflict between freedom of expression and religious feelings. It concludes that religious feelings are protected by this provision; although it is not shared that Criminal Law should do it. Therefore a restrictive interpretation of this offence is done, understanding that the scorn is a crime of result, harm and expression, because in this way such regulation would conform better with the principles of non-denominational and equality that the Spanish Constitution provides as guarantees for the citizens exercise of the ideology, religion and conscience freedom.

Keywords: offence of scorn, religious feelings and Criminal Law.

Resumen: Se analiza la regulación del delito de escarnio prevista en el artículo 525 del Código Penal español a la luz de la doctrina y jurisprudencia vertida sobre el mismo. Se examina también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos acerca del conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos. Se llega a la conclusión de que lo protegido en este precepto son los sentimientos religiosos, aunque no se comparte que el Derecho penal deba hacerlo. Por ello se realiza una interpretación restrictiva de este delito, entendiéndolo que se trata de un delito de resultado, de lesión y de manifestación, pues de este modo dicha regulación se adecuaría mejor con los postulados de aconfesionalidad y de igualdad que la Constitución establece como garantías para el ejercicio de la libertad ideológica, religiosa y de conciencia de los ciudadanos.

Palabras clave: delito de escarnio, sentimientos religiosos y Derecho penal.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. La protección del factor religioso humano y los distintos bienes jurídicos en juego.- 3. Los sentimientos religiosos como bien jurídico protegido.- 3.1. Reconocimiento jurisprudencial.- 3.2. Precisiones conceptuales: sentimientos sociales vs. individuales.- 3.3. Diferentes fundamentos de su protección.- 3.4. Opinión personal.- 4. El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos.- 5. Examen del art. 525 CP relativo al delito de escarnio.- 5.1. Consideraciones generales acerca de su constitucionalidad.- 5.2. Conductas típicas: hacer escarnio y vejar.- 5.3. Objetos materiales y sujetos pasivos de la acción.- 5.4. Modos de comisión.- 5.5. Tipo subjetivo; 5.6. Escarnio de no creyentes.-

1. INTRODUCCIÓN

En momentos como los que estamos viviendo, en los que el fanatismo religioso mueve a las personas a cometer auténticas barbaridades, como las efectuadas por el «Daesh», resulta de lo más oportuno analizar la regulación penal acerca de las ofensas a los sentimientos religiosos, y en particular, del llamado delito de escarnio.

Pero las razones por las que resulta interesante examinar dicha regulación no son sólo de tipo coyuntural, sino que hunden sus raíces en lo más profundo de la justificación del *ius puniendi* estatal. Como se suele decir, el Derecho penal tiene como función primordial la protección de bienes jurídicos fundamentales y este es un principio básico del Derecho penal moderno¹. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, también denominado de ofensividad o de lesividad, comporta que el legislador no está facultado para castigar conductas sólo por su inmoralidad, su desviación o su marginalidad sin afectar a bienes jurídicos, como, por ejemplo, ha sucedido en el pasado, y todavía hoy sigue sucediendo en algunos lugares del planeta, con las relaciones homosexuales consentidas entre adultos o el adulterio.

Para poder castigar una conducta se exige un concreto daño o peligro al prójimo o a la sociedad. En este sentido, y relacionado con la distinción entre Derecho y Moral, el principio de ofensividad implica que no pueden ser protegidos penalmente intereses solamente morales. Pero, por supuesto, esto no significa que los bienes jurídico-penales no sean también bienes morales, como

¹ Véanse, por ejemplo, MIR PUIG, S.: “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, *Estudios Penales y Criminológicos* t. XIV (1991), p. 203 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1990, p. 5 ss.

de hecho lo son los más importantes (la vida, la integridad física, la libertad, etc.). Sin embargo, para ser considerados como bienes jurídicos protegidos penalmente necesitan algo más que les haga merecedores de la tutela penal. En un Estado social y democrático de Derecho, como es el nuestro, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos atiende a la protección de aquellas condiciones básicas para el funcionamiento social y para el desarrollo y la participación de los ciudadanos en la vida social.

En atención a ello, se puede hablar entonces de **merecimiento** de la protección penal. Pero la justificación de la intervención penal no se limita a esta perspectiva. Resulta igualmente necesario tener en cuenta otros principios, que a la vez que limitan el *ius puniendi* también lo legitiman, como son los principios de intervención mínima (subsidiariedad y fragmentariedad) y de efectividad o utilidad de la intervención penal, en virtud de los cuales se podría hablar entonces de **necesidad** y de **capacidad de protección penal** respectivamente. La cuestión es si los sentimientos en general, y los religiosos en particular, cumplirían estos requisitos².

Por último, y no por ello menos importante, en el examen de la regulación penal de los delitos contra los sentimientos religiosos se deberá tener muy presente la configuración de nuestro Estado como un Estado aconfesional (art. 16 CE), que no sólo reconoce como derecho fundamental de las personas la libertad religiosa, sino que va más allá y acaba convirtiéndose en un principio básico de organización del Estado, que exige del mismo su neutralidad en el terreno religioso. Ahora bien, el hecho de que España se constituya también en un Estado social (arts. 1.1 y 9.2 CE) comporta en este ámbito que el Estado debe reconocer el hecho religioso. La aconfesionalidad estatal no tiene por qué implicar antirreligiosidad o indiferencia hacia la religión. Pues bien, en aquellos países donde no hay libertad de pensamiento (dictaduras, Estados teocráticos) nunca

² Véase al respecto, entre otros, HÖRNLE, T.: “La protección de sentimientos en el StGB”, en Hefendehl, R. (ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 383 ss. (trad. M. Martín Lorenzo).

³ TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La libertad ideológica en el Derecho penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1989, p. 42.

⁴ Sobre toda esta amplia regulación, véanse, entre otros, PÉREZ MADRID, F.: *La tutela penal del factor religioso en el Derecho español*, Ed. Eunsa, Pamplona, 1996. Así, cabría citar entre esos delitos que tienen en cuenta el factor religioso, algunos delitos contra la comunidad internacional, como el genocidio (art. 607), el crimen de lesa humanidad (art. 607 bis) y los delitos contra las personas en caso de conflicto armado (arts. 608 ss.). Asimismo, en este grupo de delitos se pueden incluir las amenazas a un colectivo religioso (art. 170), la revelación de secretos referente a datos personales relativos a la religión (art. 197), las falsedades documentales (art. 390.2), los delitos de discriminación e incitación al odio (arts. 314 y 510-512) y las asociaciones ilícitas (art. 515.4º). A todo ello habría que sumar también la agravante genérica del art. 22.4º CP de cometer el delito por motivos de discriminación religiosa.

podrá haber una verdadera democracia. Pero es que ni siquiera aquellos Estados que establezcan una tolerancia hacia otras religiones distintas de la oficial serán verdaderamente democráticos. Como señala TAMARIT SUMALLA, la libertad religiosa no debe ser entendida como una libertad “frente al” Estado, esto es, como un derecho a no profesar la religión oficial, sino como una auténtica libertad “en” el Estado, es decir, como que el marco jurídico en el que las diversas opciones de fe o de no fe se desenvuelvan, sea una situación real y efectiva de igualdad³.

2. LA PROTECCIÓN DEL FACTOR RELIGIOSO HUMANO Y LOS DISTINTOS BIENES JURÍDICOS EN JUEGO

Dentro de la legislación penal española que tiene en cuenta el factor religioso del ser humano y que sanciona ciertas conductas que afectan al mismo hay muchas figuras delictivas⁴, pero, sobre todas, destacan «los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos», recogidos en los arts. 522 a 526 CP de la Secc. 2ª del Cap. IV del Tit. XXI del Lib. II del CP.

La determinación del bien jurídico protegido en estos delitos no ha sido cuestión pacífica en la doctrina y se puede decir que la controversia ha continuado hasta nuestros días. Incluso, desde la perspectiva del bien jurídico, se ha postulado la supresión de estos delitos, pues en ellos no se protegerían más que bienes ya tutelados en otros ámbitos del Código⁵. No obstante, no parece que haya sido esa la voluntad del CP/1995, sino más bien todo lo contrario, es decir, la de reafirmar la singularidad del bien o bienes protegidos en la citada Sección. Y dicha singularidad se derivaría del expreso reconocimiento del hecho religioso en el art. 16 CE, lo cual, según algunos autores, sería lo que justificaría la existencia de una legislación penal específica⁶.

³ De esta opinión son, entre otros, TAMARIT SUMALLA, *La libertad ideológica...*, cit., p. 209 ss.; TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Protección penal de la libertad de conciencia”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* nº 69 (1983), p. 139 ss., en particular, p. 154 ss. Más recientemente, entre otros, GARCÍA AMADO, “La sentencia de la semana. Absolución de Javier Krahe del delito contra los sentimientos religiosos del art. 525.1 CP”, en *Dura lex* de 13 de junio de 2012 (disponible en <<http://www.garciamado.blogspot.com.es>>).

⁴ Así lo entiende, entre otros, RAMÍREZ NAVALÓN, R.M.: “La protección penal del derecho de libertad religiosa: Valoración crítica de su regulación en el vigente Código Penal de 1995”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Ed. Universidad de Valencia, 1997, vol. 2, p. 658-659.

Crítica al respecto, y comparto su opinión, se ha mostrado JERICÓ OJER, L.: “La relevancia penal de los sentimientos religiosos como límite a la libertad de expresión. Especial referencia al delito de escarnio (art. 525 CP)”, en VV.AA.: *Libertad de expresión y sentimientos religiosos*, Ed. Juruá, Lisboa, 2012, p. 140 ss. Esta autora considera que, en general, la libertad religiosa no merece una

Como decía, el bien jurídico protegido en estos delitos ha sido configurado de distintas formas⁷. Hay quien ha visto en estos delitos un atentado contra la religión, también se ha visto en ellos un ataque al orden público, pero sobre todo emerge en la actualidad la concepción de estos delitos como una agresión a los sentimientos religiosos o una lesión de un derecho individual de la persona, como es la libertad religiosa y de culto.

A mi juicio, y en este punto sigo a la mayoría de la doctrina⁸, en estas disposiciones del CP están presentes varios bienes jurídicos, y no solamente un único y singular bien jurídico.

Descartadas las dos primeras direcciones apuntadas, la una por inconstitucional, dada la aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 CE)⁹, y la otra por su va-

protección penal específica, siendo ya suficiente los delitos contra la libertad (amenazas y coacciones), contra el honor (injurias) y contra el orden público (desórdenes públicos). En particular, ninguno de los argumentos que se suelen utilizar para justificar la existencia de unos tipos penales específicos resulta convincente, como que exista un deber estatal de promoción de las condiciones para la dignidad humana, que aquellos sirvan como recordatorio de la importancia de los bienes jurídicos protegidos por los mismos, o que con ellos se trate de proteger la paz pública.

⁷ Véase al respecto, entre otros, JERICÓ OJER, “La relevancia penal de los sentimientos religiosos...”, cit., p. 113 ss.; MORILLAS CUEVA, L.: *Los delitos contra la libertad religiosa. (Especial consideración del artículo 205 del Código Penal Español)*, Ed. Universidad de Granada, 1977, p. 183 ss.; IDEM, “Los delitos contra la libertad de conciencia y de culto”, *Documentación Jurídica* n.ºs 37-40 (1983), vol. 2, p. 1355 s.; y PÉREZ MADRID, *La tutela penal del factor religioso...*, cit., p. 141 ss.; TAMARIT SUMALLA, *La libertad ideológica...*, cit., p. 115 ss.

⁸ Así, entre otros, CANCIO MELIÁ, M.: en Rodríguez Mourullo (dir.): *Comentarios al Código Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 1296; CARBONELL MATEU, J.C./VIVES ANTÓN, T.S.: en Vives Antón (dir.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 2019; MORILLAS CUEVA, L.: “Delitos contra la Constitución (VI)”, en Cobo del Rosal (dir.): *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, t. II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 728 ss.; IDEM, “Delitos contra la Constitución (VI)”, en Cobo del Rosal (dir.): *Derecho penal español: parte especial*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 1069-1080; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 726; RAMÍREZ NAVALÓN, LH-Casabó Ruiz (1997), p. 660; TAMARIT SUMALLA, J.M.: en Quintero Olivares (dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 8ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 1996; VALMAÑA OCHAÍTA, S.: “Los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Ed. Edisofer, Madrid, 2008, p. 2290.

⁹ No obstante, ha habido sentencias postconstitucionales que sí lo admitieron, como por ejemplo, la STS de 19 de febrero de 1982, que a propósito de unas viñetas publicadas en una revista universitaria titulada “La Higiénica”, textualmente dice que “el sujeto pasivo ha de ser la Religión Católica u otra confesión reconocida, pero que en el primer caso, el escarnio ha de afectar a dicha religión considera globalmente, aunque basta que se refiera a determinados o determinados aspectos de la misma, con tal que repercuta sobre la totalidad”; o la STS de 14 de febrero de 1984, que respecto de un poema publicado en la revista “Interviú” afirma que “implica burla y befa sobre la esencia de la pureza que contiene la religión católica, desprendiéndose de la narración, no solamente el carácter poético, del escrito, sino un predominio sobre el mismo, del ánimo de menoscabar, ridiculizar e injuriar a la religión Católica”.

A propósito de la consideración de la religión como bien jurídico merecedor de protección penal, cabe traer a colación unas palabras pronunciadas por el Consejo de Europa, a través de su Asamblea Parlamentaria, en la Recomendación 1805 (2007), de 29 de junio, sobre blasfemia, insultos reli-

guedad, dado que el ataque al orden público es nota común a todo delito, se podría decir que el CP vigente protege, por una parte, la libertad religiosa, contemplada desde una doble vertiente, individual y colectiva, y por otra, también los sentimientos religiosos. A ello habría que sumar además el respeto a los difuntos.

Esta pluralidad de bienes jurídicos protegidos se observa no sólo en la redacción de la rúbrica de la Sección, sino también a través de la propia regulación contenida en los arts. 522 a 526 CP.

La dimensión individual de la libertad religiosa, en cuanto derecho personal, se protege en el delito de **coacciones y proselitismo ilegal** del art. 522 CP. La dimensión colectiva, como exteriorización de aquélla y aglutinadora de grupos de personas identificadas con una misma confesión, se protege a través del delito de **perturbación de ceremonias** del art. 523 CP. Pero con una simple lectura del texto legal se puede comprobar que en algunos tipos penales se protegen otros valores distintos a esa libertad. Tal sucede en los delitos de **profanación** del art. 524 CP y de **escarnio y vejación** del art. 525 CP, donde lo que se está protegiendo son los sentimientos religiosos de los miembros de una confesión religiosa. Y lo mismo se puede decir del delito de **profanación de cadáveres, violación de sepulturas y destrucción, alteración o daño de objetos funerarios** del art. 526 CP, que protege no ya la libertad religiosa, ni los sentimientos religiosos, sino el respeto a los difuntos, que no necesariamente se tiene que interpretar en clave religiosa, pues también las personas no creyentes pueden tener el sentimiento humano de respeto hacia los muertos, y que se encontraría ligado a la dignidad de la persona que en un día fue¹⁰.

Por tanto, dentro de la mencionada Sección del CP se pueden distinguir tres grupos de delitos en función del bien jurídico protegido. En primer lugar,

giosos y discurso del odio contra personas basado en su religión. En ella se dice que “la blasfemia, como insulto a una religión, no debería considerarse como una infracción penal. Se debe hacer una distinción entre los problemas relacionados con la conciencia moral y aquellos relacionados con lo que es legal, entre problemas que pertenecen al dominio público y aquellos que pertenecen a la esfera privada”.

¹⁰ Así, entre otros, ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: en Álvarez García, F.J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial*, t. IV (“Delitos contra la Constitución”), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 569, con ulteriores referencias.

Hay quien incluso va más allá y habla de una “especie de dignidad humana superviviente”. En este sentido, HÖRNLE, “La protección de los sentimientos en el StGB”, cit., p. 394, para quien “serían los derechos de los vivos que perduran tras su muerte durante un período limitado como derechos supervivientes” lo que se protegería, de tal modo que “el derecho subsiste mientras que el cadáver justifique de forma todavía patente una continuidad parcial de la persona que fue”.

De otra opinión se manifestó RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1995, p. 936, quien relacionaba la protección de la intangibilidad de los restos mortales con la creencia en la existencia de un alma inmortal que postulan ciertas religiones y que, por tanto, no tendría nada que ver con el respeto a la dignidad humana. Le sigue, entre otros, RAMÍREZ NAVALÓN, LH-Casabó Ruiz (1997), p. 660.

aquellos delitos que atentan contra la libertad religiosa, grupo constituido por los arts. 522 y 523; en segundo término, los que atentan contra los sentimientos religiosos, constituido por los arts. 524 y 525; y por último, el art. 526 relativo a aquellos ataques contra el respeto a los difuntos. En este trabajo sólo me voy a ocupar los sentimientos religiosos como bien jurídico protegido penalmente, y en particular del delito de escarnio del art. 525 CP.

3. LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

3.1. RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido reconociendo desde hace bastante tiempo los sentimientos religiosos como bien jurídico protegido penalmente, si bien lo hace de un modo confuso y a veces desigual. Valga traer a colación, a título meramente ejemplificativo, la STS de 15 de julio de 1982, que, al referirse a un delito de profanación, señalaba que “se advierte el cambio que se da en el bien jurídico lesionado, que antes... era la Iglesia Católica y ahora son los sentimientos religiosos de cualquiera religión legalmente tutelados”. O también la STS de 8 de abril de 1981¹¹, que afirma, en relación al delito de escarnio, que “los actos perseguidos no atentan en estricto sentido contra la libertad religiosa, sino contra los sentimientos religiosos”, considerando que “no suponen un agravio o ultraje a una persona determinada, sino a los sentimientos religiosos de la comunidad en razón a que el hecho religioso es un valor comunitario, colectivo o social de primera magnitud”.

La concepción del sentimiento religioso que se muestra en estas resoluciones resulta criticable, porque lo que en el fondo se está diciendo es que lo que se protege es la religión en sí, como valor social o factor de cohesión social. Sin embargo, se puede entender que la tutela de la religión como valor social se opone a los principios de igualdad, pluralismo, aconfesionalidad y de libertad ideológica y religiosa como fundamentos de nuestro ordenamiento jurídico.

También se puede citar como otro ejemplo de dicho reconocimiento de los sentimientos religiosos como bien jurídico protegido, la STS de 25 de marzo de 1993, en la cual se indicaba que el precepto que se denunciaba infringido (el art. 208 ACP sobre profanación) “otorga la protección penal a un derecho fundamentalísimo en todo Estado Democrático de Derecho, como es el de respeto a un sentimiento, para algunos el más profundo y querido, como es el religioso, que justifica, sobradamente, el que se sancionen penalmente actos tan repugnantes y gravísimamente hirientes, como son los de profanación”.

¹¹ Se trataba de un cómic titulado “Sor Angut-tias de la Crú” en el que se narra como unas religiosas celebraban la entrada del año nuevo, sustituyendo las tradicionales uvas por hostias consagradas.

Aquí la concepción del sentimiento religioso parece que parte más bien de una concepción individual y no social del objeto de protección, que en mi opinión se ajusta mejor a las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho. Lo que el Derecho penal protegería no son sentimientos religiosos sociales o comunitarios, sino más bien los sentimientos individuales de una persona concreta o de varias.

Incluso el máximo intérprete de nuestra Constitución hace una exégesis de estos sentimientos religiosos, a mi modo de ver, también a veces discutible y confusa. En este sentido cabe mencionar el ATC nº 271/1984, de 9 de mayo, que resolvió un recurso de amparo contra una condena por blasfemia, estando vigente el art. 239 ACP¹². El condenado recurrió en amparo ante el TC alegando que el art. 239 ACP vulneraba el art. 16.3 CE por dar una mayor protección a la religión católica frente a las demás. El TC, tras rechazar los defectos de forma, denegó el amparo al rechazar también el motivo de fondo, afirmando que la SAP no se fundó en la protección de la religión católica, sino en la “protección de los sentimientos íntimos y profundos de una mayoría de la población”, aduciendo que “la libertad individual termina allí donde empieza la esfera jurídica de otro u otros ciudadanos”. En la primera afirmación parece que se refiere a una concepción social de los sentimientos religiosos; la segunda, en cambio, parece que atiende a una concepción individual de los mismos.

3.2. PRECISIONES CONCEPTUALES: SENTIMIENTOS SOCIALES VS. INDIVIDUALES

Como se habrá podido comprobar de lo expuesto en el apartado anterior, la delimitación conceptual de los sentimientos religiosos no es una cuestión clara y sencilla. Antes al contrario, se observa en nuestros Tribunales cierta confusión y falta de precisión a la hora de definir cuál es el bien jurídico protegido en estos delitos.

Lo primero que hay que decir es que el sentimiento religioso (o el de no profesar religión alguna) constituye un componente destacado de la personalidad y de la dignidad de la persona, que el legislador penal ha estimado digno de protección. Así pues, los sentimientos religiosos constituyen la clave de bóveda de estos tipos penales, pero a la vez es quizás el aspecto más discutible de la protección penal del factor religioso, aunque sólo sea por la dificultad que encierra su definición.

Para empezar, hasta el propio concepto de religión resulta difícil de precisar, puesto que existen muchas y muy variadas. El Diccionario de la RAE define la re-

¹² Inicialmente una sentencia del Juzgado de El Escorial de 21 de mayo de 1982 absolvió a un concejal que blasfemó en un Pleno Municipal, pero posteriormente la SAP Madrid (Secc. 6ª) de 11 de noviembre de 1982 revocó dicha sentencia y le condenó.

ligión como el “conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, principalmente la oración y el sacrificio para darle culto”. Este concepto¹³ puede servirnos a efectos del objeto de este trabajo, pero habría que advertir que se trata de un concepto de base fundamentalmente judeocristiana, en el que un elemento central del mismo es la presencia de un Dios¹⁴. En cambio, hay religiones, sobre todo orientales, como por ejemplo el budismo, el confucianismo o el taoísmo, en las que no existen dioses o no tienen la importancia que se les da en las religiones occidentales¹⁵.

A este respecto, conviene poner de relieve la doctrina sentada por la STC nº 46/2001, de 18 de julio, que admitió la inscripción de la Iglesia de la Unificación o “Secta Moon”, porque “la Administración no debe arrogarse la función de juzgar el componente religioso de las entidades solicitantes del acceso al Registro, sino que debe limitarse a constatar que, atendidos sus estatutos, objetivos y fines, no son entidades de las excluidas por el art. 3.2 LOLR [esto es, entidades destinadas al estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o a la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos]”. Esta doctrina es la que ha permitido también la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas de la Iglesia de la Cienciología en base a la SAN, Sala contencioso-administrativo (Secc. 3ª) de 11 de octubre de 2007, aunque hace unas décadas, precisamente, se le había negado dicha inscripción por falta de fines religiosos [STS, Sala contencioso-administrativo (Secc. 5ª) de 25 de junio de 1990].

Sentado este concepto acerca de la religión, el sentimiento religioso se podría concebir como el estado de ánimo o disposición emotiva de una persona hacia las representaciones religiosas. Esta definición hace referencia a una entidad ideal, pero el que carezca de materialidad no significa que se escape a procesos causales y que los sentimientos religiosos no puedan lesionarse o ser puestos en peligro.

¹³ Lo utiliza, por ejemplo, la SAN, Sala contencioso-administrativo (Secc. 3ª) de 21 de abril de 2005, para admitir la inscripción de la llamada “Iglesia de la Confraternidad de la Realización del Ser”.

¹⁴ Véase, por ejemplo, la STS, Sala contencioso-administrativo (Secc. 6ª) de 1 de marzo de 1994, que afirma “que una entidad tiene «fines religiosos» cuando su objetivo fundamental es agrupar a las personas que participan en unas mismas creencias sobre la divinidad, para considerar en común esa doctrina, orar y predicar sobre ella, así como realizar los actos de culto que su sistema de creencias establece, o bien, si se trata de fundaciones, aplicar un conjunto de bienes a las finalidades antedichas”.

¹⁵ Por ejemplo, LENSKI, G.: *El factor religioso*, Ed. Labor, Barcelona, 1967, p. 316, sin hacer referencia a los dioses, define la religión como “un sistema compartido de creencias y prácticas asociadas, que se articulan en torno a la naturaleza de las fuerzas que configuran el destino de los seres humanos”.

Conforme a lo expuesto, los sentimientos religiosos, como bien jurídico protegido en estos delitos, se podrían configurar como el **bienestar emocional del individuo en lo referente a sus creencias sobre la divinidad o lo trascendente**, y ese estado se puede menoscabar cuando se causan emociones negativas o desagradables a través de comportamientos externos.

En este punto hay que poner de relieve con TAMARIT SUMALLA¹⁶ que la configuración del bien jurídico como los **sentimientos religiosos sociales** hará que el legislador recurra principalmente a figuras delictivas de peligro abstracto y de mera actividad, que los medios de ataque queden indeterminados y que el sujeto pasivo sea la sociedad en su conjunto. Por el contrario, si se entiende que el bien jurídico protegido son los **sentimientos religiosos individuales**, la ley penal describirá las conductas típicas normalmente como delitos de resultado material y de lesión, y la consumación exigirá entonces una alteración o perturbación psíquica en un individuo concreto o varios, entendiéndose por tal toda modificación de cierta consideración del bienestar emotivo del sujeto pasivo. Ahora bien, para evitar una excesiva intervención punitiva en este terreno habrá que exigir que la alteración o perturbación sentimental tenga cierta relevancia, que no se trate de una mera sensación de molestia o intranquilidad, sino una auténtica conmoción emotiva. Además, habrá que exigir que la lesión del bienestar emotivo sea directamente imputable a la ofensa y no como “efecto colateral” al presenciar el desdoro colectivo que haya podido sufrir la propia creencia religiosa ante la ofensa acaecida. Sólo la primera interpretación, dice TAMARIT SUMALLA, es cohonestable con la estructura típica de resultado de lesión y la protección de bienes jurídicos individuales, siendo perfectamente compatible con que la estructura típica exija publicidad en la ofensa como cláusula de restricción del ámbito de lo punible en atención al principio de intervención mínima.

Considerar que los **sentimientos religiosos sociales** sean el bien jurídico protegido resulta criticable por varios motivos. En primer lugar, por la *vaguedad e indeterminación* que ello conlleva, pues resulta obligado acudir a tipos excesivamente abiertos para describir la conducta punible. En segundo lugar, dicho bien jurídico comporta una *contradictio in terminis*, pues por su propia naturaleza, los sentimientos son personales. En tercer lugar, es una *ficción* tratar de homogeneizar los sentimientos religiosos, pues cada uno vive el hecho religioso a su manera, por lo que no se puede decir que haya un sentimiento religioso medio en una población. En cuarto lugar, en el fondo de dicha concepción del bien jurídico late un *autoritarismo*, pues sólo se tutelarían los sentimientos de la mayoría y quedarían desprotegidos los sentimientos de las minorías. Y en quinto lugar, proceder de este modo resulta también *injusto*, ya que cualquier

¹⁶ TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La libertad ideológica...*, cit., p. 143 ss.

intento de generalizar los sentimientos llevará a una selección de los mismos arbitraria y contraria al pluralismo ideológico y religioso de nuestra sociedad, que se proclama además como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico en el art. 1.1 CE.

Por estos motivos comparto la opinión mayoritaria en la doctrina de concebir el bien jurídico protegido en los delitos de profanación y de escarnio como los **sentimientos religiosos individuales**. Ahora bien, hay que destacar que la doctrina fundamenta la tutela de dicho bien jurídico desde distintas perspectivas, que paso a explicar.

3.3. DIFERENTES FUNDAMENTOS DE SU PROTECCIÓN

1. La opinión más común acerca del fundamento de ese bien jurídico de los sentimientos religiosos es que éstos constituyen una manifestación de la **libertad ideológica y religiosa** del art. 16 CE. En este sentido cabe traer a colación la opinión de GIMBERNAT ORDEIG¹⁷, para quien los sentimientos se pueden proteger penalmente si son legítimos y llama la atención sobre la confusión que se produjo en su momento, en el ámbito de los delitos sexuales, al respecto. “La *correcta fundamentación* –dice este autor– de que diversas conductas sexuales tradicionalmente castigadas en los Códigos Penales debían ser despenalizadas, porque el sentimiento de escándalo que podían originar en un sector más o menos amplio de la sociedad no podía ser considerado un bien jurídico, ha originado la confusión de que, igualmente, había que negar esa cualidad de bien jurídico a cualquier otra clase de sentimiento. Pero esta conclusión es equivocada. Aquel sentimiento de escándalo no era un bien jurídico, no porque fuera un sentimiento, sino porque era un sentimiento ilegítimo. En cambio, cuando ese sentimiento es legítimo... es justamente ese sentimiento el que debe ser considerado el bien jurídico”. Para él los sentimientos son legítimos “cuando no están en contradicción con un derecho que le asiste al autor de la conducta supuestamente escandalosa o perturbadora”. Por eso, este autor entiende que el delito de blasfemia sería una limitación ilegítima del derecho a la libertad de expresión del art. 20.1 CE, porque las cosmovisiones, y la religión es una cosmovisión más, “tienen que poder ser objeto de crítica sin límite alguno, porque, si son ciertas, merecen el respeto sólo de quienes las profesan personalmente,

¹⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Presentación”, en Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico*, cit., p. 18-19.

En contra de este parecer, entre otros, GARCÍA AMADO, en *Dura lex* (13 junio 2012), para quien “ni la libertad religiosa conlleva la protección de los sentimientos religiosos como consecuencia o como contenido necesariamente derivado de ella, ni es el sentimiento religioso un sentimiento acreedor de respaldo mayor que tantos otros que son muy relevantes para los ciudadanos y sus esquemas vitales, pues ese trato preferente de la religión implica una sutil estratificación de los ciudadanos, privilegiando a los creyentes”.

y, si no lo son, entonces se trata de grandes estafas intelectuales y tiene que ser posible que los que alguna vez se sintieron estafados, o tratan de evitar que otros incurran en ese fraude, puedan expresar, si así lo tienen por conveniente, qué miserable opinión les merece cualquiera de las cosmovisiones, sin que el Derecho penal esté autorizado para inmiscuirse en polémicas que están y deben seguir estando abiertas”. Por el contrario, es de la opinión que el “art. 16.1 CE es el que justifica la existencia de los delitos descritos en los arts. 522 y ss. CP, ya que lo que ahí se prohíbe es la perturbación del desarrollo pacífico de las «manifestaciones» religiosas constitucionalmente garantizadas”.

2. Sin embargo, esta no es la única fundamentación de la protección de los sentimientos religiosos que hace la doctrina. En este sentido, cabe destacar la opinión de otros autores, que, partiendo del principio de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10.1 CE, consideran que la protección de los sentimientos religiosos individuales habría que encuadrarla más bien dentro del **derecho al honor** del art. 18 CE¹⁸. Para estos autores, la tutela que debe conceder el legislador a la libertad religiosa es a través de la garantía de las condiciones necesarias para que la persona pueda desarrollar en libertad su conciencia, siendo los ejemplos más significativos de su lesión el uso de la coacción o el empleo de técnicas de manipulación de la mente tendentes a limitar esa capacidad. En cambio, la protección de los sentimientos religiosos, según TAMARIT SUMALLA, se debe vincular al derecho al honor. Para el ofendido, los sentimientos religiosos forman parte del núcleo esencial de su personalidad y merecerían por ello el respeto de los demás, aunque no se compartan. Desde

¹⁸ El representante más destacado de esta opinión es TAMARIT SUMALLA, *La libertad ideológica...*, cit., p. 197 ss. Siguen planteamientos similares, entre otros, FERNÁNDEZ CORONADO, A.: “El contenido de la tutela de la libertad de conciencia en el Código penal de 1995”, *Poder Judicial* n° 52 (1998), p. 169; FERREIRO GALGUERA, J.: “Supuestos de colisión entre las libertades de expresión e información y otros derechos fundamentales. La creación artística y el respeto a los sentimientos religiosos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña* n° 3 (1999), p. 199 ss., en particular p. 215 s., quien distingue una vertiente estática y otra dinámica de la dignidad humana, que es donde se encontrarían los sentimientos religiosos; GARCÍA RUBIO, M.P.: “Arte, religión y derechos fundamentales: la libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos. (Algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe)”, *Anuario de Derecho Civil* n° 67 (2014), p. 435; GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: “El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales”, *Anuario de Filosofía del Derecho* n° 30 (2014), p. 105; JERICÓ OJER, “La relevancia penal de los sentimientos religiosos...”, cit., p. 146-148; MINTEGUIA ARREGUI, I.: “El arte ante el debido respeto a los sentimientos religiosos”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* n° 11 (2006), p. 28; IDEM, “Religión, moral y expresión artística”, en VV.AA.: *Libertad de expresión y sentimientos religiosos*, cit., p. 84; SANTAMARÍA LAMBÁS, F.: *El proceso de secularización en la protección penal de la libertad de conciencia*, Tesis doctoral, Valladolid, 1999, p. 374 (disponible en <www.cervantesvirtual.com>).

este planteamiento, la protección del honor debe extenderse también a la protección de las creencias religiosas, como garantía de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, y que comprende unos deberes de reconocimiento y respeto de la posición desde la que el individuo participa en la vida social. Por lo tanto, el desprecio de unas creencias concretas podría ser considerado perfectamente un supuesto incluíble en el delito de injurias.

3. Por otra parte, hay autores que fundamentan la protección de los sentimientos religiosos desde un **punto de vista colectivo** de la libertad religiosa, pues el sujeto pasivo no sería la persona individual que considera que han sido atacadas sus propias creencias, sino, en general, la comunidad de creyentes en su globalidad. En este sentido, MORILLAS CUEVA considera que los sentimientos religiosos se originan por la unión de personas que integran las confesiones religiosas. Por lo tanto, el bien jurídico (sentimientos religiosos) surgiría por la constitución de una comunidad con una serie de sentimientos comunes¹⁹.

La jurisprudencia más reciente parece que se ha decantado por esta fundamentación, y en este sentido es paradigmática la SJP Madrid nº 8, nº 235/2012, de 8 de junio, dictada en primera instancia en el “caso Krahe” [confirmada luego por la SAP Madrid (Secc. 16ª) nº 224/2013, de 2 de abril], que mantuvo una concepción colectiva del bien jurídico protegido. Esta configuración de los delitos contra los sentimientos religiosos tiene además consecuencias procesales importantes, en el sentido de permitir la apertura de juicio oral aunque sólo exista una acusación popular [doctrina Botín en las SSTs nºs 1045/2007, de 17 de diciembre (pte. E. Bacigalupo Zapater); y 54/2008, de 8 de abril (pte. M. Marchena Gómez)]. Y es que, por lo que yo he podido comprobar al hilo de la jurisprudencia examinada, en muchos casos el ejercicio de la acción penal para perseguir estos delitos lo llevan a cabo asociaciones que ejercen la acusación popular (como por ejemplo HazteOir.org, Asociación de Abogados Cristianos, Centro de Estudios Jurídicos Tomás Moro, Manos Limpias...). Si se otorgase una naturaleza personal o individual del bien jurídico protegido en estos delitos contra los sentimientos religiosos, no cabría entonces la apertura de juicio oral si no hay también una acusación particular o no acusa también el Ministerio Fiscal.

¹⁹ El representante más destacado de esta opinión es MORILLAS CUEVA, DJ nºs 37-40 (1983), p. 1357-1358; IDEM, *Curso...*, cit., p. 729. Con planteamiento similar MAGALDI PATERNOSTRO, M.J.: en Córdoba Roda, J./García Arán, M. (dirs.): *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 2457; OTADUY, J. de: “La tutela penal del delito de libertad religiosa”, en Instituto Martín de Azpilicueta (coord.), *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Eunsas, Pamplona, 1994, p. 530; PÉREZ-MADRID, *La tutela del factor religioso...*, cit., p. 224 ss.; y VALMAÑA OCHAÍTA, LH-Gimbernat Ordeig (2008), p. 2302.

4. Finalmente, cabe destacar también otros autores, y en línea de lo establecido en el § 166 del StGB alemán, que sostienen igualmente una perspectiva colectiva pero desde otro ángulo, sin relacionar el objeto de protección directamente con la libertad religiosa, sino con la defensa del patrimonio religioso de la comunidad. Este bien se constituiría en un elemento necesario para el mantenimiento del orden público y la convivencia pacífica, como señala SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO²⁰. En un sentido similar se ha pronunciado también LÓPEZ GUERRA a la hora de estudiar la Jurisprudencia del TEDH sobre las ofensas a sentimientos religiosos, y entiende este autor que la intervención penal debe orientarse hacia la protección del orden público, en cuanto que se garantice el libre ejercicio de la religiosidad de las personas²¹.

3.4. OPINIÓN PERSONAL

Por mi parte, entiendo que lo protegido en los delitos de profanación y de escarnio son los sentimientos religiosos individuales, con un fundamento más bien en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad. Sigo, pues, el planteamiento de TAMARIT SUMALLA. Ahora bien, que entienda a tenor de la regulación vigente que el bien jurídico sea ese, no significa que sea partidario de proteger meros sentimientos²².

En primer lugar, y conforme al principio de intervención mínima del Derecho penal, considero que la respuesta penal no es necesaria en este terreno sentimental. Si de sentimientos hablamos, hay un dicho popular que dice: “*Ojos que no ven, corazón que no siente*”. Pues bien, puede haber otras alternativas de control social respecto de ciertas conductas hirientes para los sentimientos religiosos de las personas, como advertir previamente que lo que se va a ver, oír o leer puede herir la sensibilidad de ciertas personas, por ejemplo. En este sentido, cabe traer a colación el voto particular de la STEDH de 20 de septiembre de 1994 (*asunto del Instituto Otto Preminger contra Austria*), en el que los magistrados discrepantes tomaron en consideración las medidas de precaución adoptadas para evitar herir los sentimientos de otras personas.

En segundo lugar, y conforme al principio de legalidad y de seguridad jurídica, la protección de sentimientos siempre conlleva el riesgo de una notable indeterminación y un excesivo subjetivismo. ¿Cuándo podemos afirmar que al-

²⁰ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.: “El delito de escarnio de creencias”, *La Ley* 1996-5, p. 1383.

²¹ LÓPEZ GUERRA, L.M.: “Libertad de expresión y libertad de religión a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: blasfemia e insulto a la religión”, *Revista Española de Derecho Europeo* n° 46 (2013), p. 89 s.

²² Tampoco es partidario de proteger meros sentimientos JERICÓ OJER, “La relevancia penal de los sentimientos religiosos...”, cit., p. 119 ss., si bien reconoce que el legislador penal es lo que hace en el delito de escarnio del art. 525 CP (p. 130).

guien ha sido herido en sus sentimientos? Muchas veces va a resultar muy difícil determinar si se ha lesionado o no un sentimiento. No me imagino cómo pueda ser una policía espiritual o emotiva que trate de investigar si se ha cometido un delito de este tipo; o sí la imagino, y da miedo. Es más, la intervención penal en este terreno queda en última instancia al albur de las circunstancias psicológicas o emotivas de cada víctima, y hay que tener presente que no todos reaccionamos emocionalmente de la misma manera. Precisamente porque los sentimientos son siempre personales y únicos, la sanción penal perdería entonces la objetividad que sería deseable. Por estas razones considero que también sería conveniente establecer requisitos de procedibilidad (querrela) para poder perseguir estos delitos y que el perdón del ofendido pudiese extinguir la responsabilidad penal²³.

Y en tercer lugar, en atención al principio de igualdad, hay que decir que la protección de los sentimientos puede resultar discriminatoria²⁴. En particular, para los sentimientos religiosos ello está claro si se protegen sólo los sentimientos de los creyentes. Pero incluso cuando se protegen también los sentimientos de los no creyentes, igualmente se podría cuestionar por qué hay que proteger las creencias (a favor o en contra) ante la cuestión de la divinidad, y no se tutelan en cambio otros sentimientos como los relacionados con la política, con la honestidad, el patriotismo, la honradez, o incluso otros menos serios como los relativos a los gustos estéticos o a las aficiones deportivas (para algunos el fútbol es como una religión). Pero el problema es que si extendemos la protección a todas estas dimensiones sentimentales del ser humano, ya no está justificada una previsión expresa de los delitos contra los sentimientos religiosos, y en última instancia habría que entender que sería suficiente con la protección dis-

²³ Véanse las argucias procesales que se tuvieron que hacer en la SAP Ciudad Real (Secc. 1ª) nº 1/2014, 15 enero, para no condenar. Se retiró, primero, la acusación por delito contra los sentimientos religiosos y luego se admitió el perdón del ofendido como causa de extinción de una falta de vejación injusta.

²⁴ GARCÍA AMADO, en *Dura lex* (13 junio 2012), lo dice de un modo muy sarcástico: “Es normal que el creyente se sienta muy contento con su credo y sus dogmas y que les dé la importancia que para él tienen. Pero si a mí me castigan por hacer mofa o escarnio de ese sentimiento, me lo ponen a mí en un valor que para mí no tiene, me obligan a mí a plegarme por las malas a aquello a lo que él se pliega de mil amores. De esa forma yo soy discriminado, pues mientras al que cree se le permite vivir según su fe y dar rienda suelta a sus sentimientos, todo ello en nombre de la libertad religiosa, esa misma libertad religiosa no me vale a mí para troncharme públicamente y con algo de crueldad de lo que me parecen las paparruchas de la fe, cosas tales como que resucitó Cristo o resucitaremos nosotros o que ocurre la transustanciación o que es pecado nefando desear la mujer del vecino o montárselo con ella y con su marido, ya puestos a no discutir”. Y continúa: “Si la libertad religiosa es libertad que protege a los religiosos, no solo en el ejercicio de su fe, sino también en sus sentimientos y para que no nos partamos de risa los demás a costa de su credulidad, esos ciudadanos tienen una libertad más que yo, que no soy religioso, y no la tienen como compensación de una carencia, sino como premio por su propio sentimiento de superioridad y hasta por su soberbia”.

pensada por otros delitos contra la persona y la dignidad humana. Yo personalmente abogaría por la supresión de estos delitos.

4. EL CONFLICTO ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS

Admitida por el legislador penal la protección de los sentimientos religiosos, ello puede dar lugar con cierta frecuencia a que se plantee un conflicto con el ejercicio de la libertad de expresión.

Quizás el ejemplo más agudo de este conflicto lo hayamos vivido en los últimos tiempos con el conocido como caso de las viñetas o **caricaturas sobre Mahoma**²⁵. Como se recordará, entre septiembre de 2005 y mediados de 2006 se produjo un gravísimo conflicto de civilizaciones entre el mundo islámico y los países occidentales, fundamentalmente los europeos, y que todavía a día de hoy no se ha apaciguado²⁶, por unas caricaturas que publicó un diario danés para reflejar las dificultades que había tenido que sortear un escritor para poder encontrar un dibujante que ilustrase un libro infantil sobre la vida del profeta Mahoma²⁷. Quizás la más ofensiva de dichas caricaturas era una en la que Ma-

²⁵ Véanse, entre otros, ATIENZA, M.: “Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión”, *Revista Internacional de Filosofía Política* nº 30 (2007), p. 65 ss.; COMBALÍA SOLÍS, Z.: “Libertad de expresión y difamación de las religiones: el debate en naciones Unidas a propósito del conflicto de las caricaturas de Mahoma”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* nº 19 (2009); FERREIRO GALGUERA, J.: “Las caricaturas sobre Mahoma y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* nº 12 (2006).

²⁶ Basta con recordar el atentado a la revista satírica francesa *Charlie Hebdo* el 7 de enero de 2015. A propósito de este caso particular, RIVERO ORTIZ, R.: “Libertad de expresión, libertad religiosa y Código Penal: ¿todos somos Charlie?”, *La Ley* nº 8487 (24 de febrero de 2015), responde a esa pregunta diciendo que “en una democracia occidental, todos somos Charlie, pues los dibujantes pagaron con su vida la libertad de expresión”.

²⁷ Como es sabido, para el Islam suní está prohibido reproducir la imagen de Mahoma y se la considera una grave blasfemia. A este respecto comparto la opinión de Gustavo BUENO MARTÍNEZ, “Sobre el “respeto” a Mahoma y al Islamismo, y sobre la “condena moral” de las caricaturas”, en *El Catoblepas* nº 48 (2006) (disponible en <www.nodulo.org/ec>), para quien “el tabú de esa representación no puede ser respetable”, pues “quien se niega a que sean representadas las figuras en las que él dice creer, habrá de ser visto como un peligroso oscurantista que hace imposible su integración en la única civilización existente”.

A este respecto, GARCÍA AMADO llama la atención por la perfecta simetría que debe guardar un Estado aconfesional entre los derechos de los creyentes de una religión u otra y de los no creyentes. “Dicha simetría es vulnerada –dice– cuando, por ejemplo, se permite el escarnio de una determinada fe, en nombre de la libertad de expresión o de creación artística, pero, simultáneamente, se exige mayor respeto y consideración hacia otras convicciones o hacia la sensibilidad de otros creyentes. Es lo acontecido en el célebre caso de las caricaturas de Mahoma. Si no jugamos todos y para todo con las mismas reglas, la discriminación se introduce por la puerta de atrás. Y el miedo a la violencia de los más radicales, como excusa para ese trato diferente, no es más que descarada traición a la igualdad en libertad. Lo que unos puedan decir de Jesucristo han de poder decirlo igualmente los

homa aparecía con una bomba en lugar del turbante. Sin embargo, en mi opinión, mucho más grave que la ofensa que algunos musulmanes pudieron haber experimentado en sus sentimientos religiosos fue que, a consecuencia de los disturbios producidos durante las manifestaciones en contra de dichas caricaturas, murieron más de un centenar de personas²⁸.

El TEDH se ha ocupado en diversas ocasiones del conflicto que se puede plantear entre la libertad de expresión y la religiosa²⁹.

Según el art. 10.2 CEDH, la libertad de expresión se encuentra sujeta a ciertos límites, que se establecen en el propio artículo. Ahora bien, estos límites a su vez están sujetos a condiciones, cuyo incumplimiento constituye una transgresión de los derechos comprendidos en la libertad de expresión.

En este punto, la STEDH de 7 de diciembre de 1976 (*asunto Handyside contra el Reino Unido*)³⁰ sienta las bases de toda la jurisprudencia posterior.

otros de Mahoma. Lo que un creyente opine en voz alta de un ateo ha de poder ser replicado con idéntico tono por éste, si le da la gana. Y los límites que para unos rijan deben ser los mismos que se pongan a los otros. Si no se hace así, se traiciona la libertad de expresión al condicional su ejercicio al estatuto personal del que se expresa o es aludido por la expresión de otros” (“Introducción: libertad de expresión y religiones”, en VV.AA.: *Libertad de expresión y sentimientos religiosos*, Ed. Juruá, Lisboa, 2012, p. 14-15).

²⁸ Hasta intervinieron en el conflicto los presidentes del Gobierno de España y Turquía con un artículo publicado en el *International Herald Tribune* el 5 de febrero de 2006, llamando al respeto y a la calma (así se titulaba). En dicho artículo apuntaban que la libertad de expresión, aun siendo piedra angular del sistema democrático, debería ser ejercida con sentido de la responsabilidad y respetando las diferentes sensibilidades. Aunque reconocieron la legalidad de las publicaciones, los mandatarios afirmaron su inoportunidad desde el punto de vista moral y político.

También tomó cartas en el asunto el Parlamento Europeo y aprobó el 16 de febrero de 2006 una resolución [P6_TA(2006)0064], en la que si bien defendía la libertad de expresión incluía algunas advertencias sobre los límites: debería ser ejercida con responsabilidad personal y respetando no sólo los derechos y libertades de las personas y grupos, sino también los sentimientos religiosos. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa también se pronunció al respecto, y adoptó una decisión [la Resolución 1510 (2006), de 28 de junio, sobre libertad de expresión y respeto por las creencias religiosas] en la que proclamaba que con carácter general la sensibilidad religiosa no debía erigirse sin más en una restricción de la libertad de expresión.

Incluso el asunto llegó al TEDH, pero por Decisión nº 5853/06 de 11 de diciembre de 2006 (asunto Ben el Mahi y otros contra Dinamarca) no se admitió a trámite la demanda planteada, porque consideró que no había ningún vínculo jurisdiccional entre los demandantes (un marroquí y dos asociaciones también marroquíes) y algún Estado miembro, en particular Dinamarca, por lo que entendió que el TEDH no tenía competencia a tenor del art. 1 CEDH.

²⁹ Aparte de los trabajos antes citados de ATIENZA y FERREIRO GALGUERA, también analizan la jurisprudencia del TEDH vertida sobre el conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos, entre otros, GARCÍA RUBIO, ADC nº 67 (2014), p. 419 ss.; GARRIGA DOMÍNGUEZ, AFD nº 30 (2014), p. 106 ss.; LÓPEZ GUERRA, REDEu nº 46 (2013), p. 79 ss.; y MARTÍNEZ TORRÓN, J.: “Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* nº 2 (2003).

³⁰ Esta sentencia se refería al secuestro judicial de un libro, ordenado por los tribunales británicos por razones de moral pública. El libro se titulaba “The Little Red Schoolbook” e iba destinado al uso de niños en edad escolar. El motivo de su incautación fue unos fragmentos dedicados a materias

Tras señalar que la libertad de expresión es fundamento esencial de la sociedad democrática, el TEDH considera que “esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue”. El TEDH elabora un test que aplica siempre que se encuentra ante injerencias de las autoridades y que consistiría en lo siguiente: La limitación o injerencia ha de estar prevista en la ley, ha de estar justificada en una finalidad legítima, ha de ser necesaria en una sociedad democrática y debe ser proporcionada a la finalidad legítima perseguida.

También hay que señalar que el TEDH, en la STEDH de 23 de julio de 1969 (*asunto del régimen de la lengua en la educación en Bélgica*) estableció la **teoría del margen de apreciación**, puesto que son los Estados quienes pueden legislar sobre la interposición de los límites concretos y sobre la configuración del propio límite o injerencia. De este modo, el TEDH define el margen de apreciación como el terreno discrecional que se ofrece a las sociedades democráticas para decidir sobre la extensión de la injerencia, y aquí hay que señalar que la interposición de los límites no tiene un carácter obligatorio, sino que son las autoridades internas quienes han de decidir sobre su interposición y configuración. Además, este margen de discrecionalidad no es ilimitado ni absoluto y puede ser controlado por el propio TEDH.

El efecto que ha producido esta doctrina del margen de apreciación ha sido relativizar el concepto de necesidad de las limitaciones al ejercicio de un derecho, remitiendo su determinación concreta a la prudencia del Tribunal en el enjuiciamiento de cada caso singular sometido a su jurisdicción.

Sobre la base de esta jurisprudencia y a partir de los límites previstos en el art. 10.2 CEDH en relación con la protección de la moral y la protección de los derechos y libertades de terceros, el **TEDH considera que el respeto a las creencias religiosas puede también constituir un límite a la libertad de expresión.**

Así, en la STEDH de 20 de septiembre de 1994 (*asunto del Instituto Otto Preminger contra Austria*)³¹, tras afirmar que la libertad de religión exige que se tolere la crítica, el TEDH considera que esta libertad no da cobertura a los insultos proferidos en una película, incluso aunque no exista un concepto europeo general sobre el significado de la religión en la sociedad. Es el margen de apreciación de los Estados lo que fundamenta la posición del TEDH para justificar las injerencias de los poderes públicos (secuestro y confiscación de

sexuales.

³¹ Véase el comentario, entre otros, de LACABA ZABALA, M.L.: “El sentimiento religioso como límite a la libertad artística y la divulgación del arte, a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1994/29, en el asunto Otto Preminger-Institut contra Austria”, en García García, R. (coord.): *El Derecho eclesiástico a las puertas del siglo XXI. Libro homenaje al profesor Juan Gotti Ordeñana*, Ed. Fundación Universitaria Española, Madrid, 2006, p. 233-252.

la película) en defensa de las creencias religiosas. En última instancia dice que “las autoridades austríacas han obrado con el fin de preservar *la paz religiosa* en esta región y para impedir que *muchas personas se sintieran agredidas en sus sentimientos religiosos* de forma ofensiva e injustificada”.

La cursiva añadida pone de relieve la concepción de los sentimientos religiosos que está detrás de esta Jurisprudencia del TEDH. Una concepción, en mi opinión, reaccionaria, pues en el fondo la “paz religiosa” no es sino la propia religión, como valor social, y los sentimientos religiosos de muchas personas comportan una concepción social de los mismos, con las críticas que hemos visto que se pueden hacer a la misma.

También en la STEDH de 25 de noviembre de 1996 (*asunto Wingrove contra el Reino Unido*) se justificó, aplicando la teoría del margen de apreciación de los Estados, la existencia del delito de blasfemia y, subsiguientemente, la no autorización administrativa de un vídeo, pese a constituir un caso claro de censura previa, por la intensidad de la profanación de las convicciones religiosas. En este caso el TEDH entendió que lo decisivo no sería tanto el contenido de lo que se dice, como la forma en que se dice. El art. 10.2 CEDH entraña deberes y responsabilidades en el ejercicio de la libertad de expresión, entre ellas, y en el contexto de creencias religiosas, la **obligación de evitar expresiones gratuitamente ofensivas para los demás**³².

ATIENZA considera que si el conflicto de las caricaturas de Mahoma llegase al TEDH porque alguien hubiese sido condenado por escarnio, muy probablemente, el Tribunal estimaría que dicha medida no vulneraría el art. 10 CEDH, porque las caricaturas son gratuitamente ofensivas y no contribuyen a un debate de ideas ni tienen especial mérito artístico, y que la limitación de la libertad de expresión respondería a una necesidad social imperiosa³³.

Sin embargo, en varias sentencias del año 2006, aun sin contradecir o revocar la línea marcada por las resoluciones anteriores, vienen a restringir la doctrina del margen de apreciación de los Estados a la hora de limitar o sancionar expresiones críticas con la religión. En este sentido cabe citar las SSTEDH de 31 de enero de 2006 (*asunto Giniewski contra Francia*) y de 31 de octubre

³² Se trataba de un vídeo musical de 18 minutos titulado “The Visions of Ecstasy” (disponible en Youtube, por cierto) con escenas de contenido sexual explícito con Santa Teresa de Ávila y el cuerpo de Jesús en la cruz. Para poder comercializar este vídeo se necesitaba una calificación administrativa, y por el órgano administrativo competente se denegó el correspondiente certificado, aduciendo que el vídeo vulneraba la ley sobre blasfemia. Por cierto, el delito de blasfemia en el Reino Unido era un delito de *common law*, es decir, creado y tipificado por la Jurisprudencia, no por la legislación. Fue abolido por la *Criminal Justice and Immigration Act* de 8 de mayo de 2008. Este caso contrasta con que en su día los Tribunales británicos se negaron a proceder contra *Los versos satánicos* de Salman RUSHDIE, porque el delito de blasfemia no protegía las creencias no cristianas.

³³ ATIENZA, RIFP nº 30 (2007), p. 70.

de 2006 (*asunto Klein contra Eslovaquia*)³⁴, en las que se estimó que para poder calificar una expresión como indebidamente ofensiva respecto de los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa **no bastaba con que tal expresión se refiriese a una sola persona**, por importante que ésta fuese dentro de dicha confesión.

Asimismo otro aspecto que el TEDH tuvo en cuenta en estas sentencias del año 2006 fue si la expresión que se alegaba como ofensiva o difamatoria era gratuita e innecesaria o si se refería a **materias propias de un debate de interés general**. Además de las resoluciones acabadas de citar, en la STEDH de 2 de mayo de 2006 (*asunto Tatlav contra Turquía*), el Tribunal consideró que se había producido una violación del art. 10 CEDH, subrayando que la publicación expresaba opiniones de un no creyente con respecto a la religión desde un punto de vista sociopolítico. El TEDH señaló que en una sociedad democrática, cuyas características son el pluralismo y la tolerancia, “quienes decidan ejercer la libertad de profesar una confesión religiosa, sea mayoritaria o minoritaria, no pueden razonablemente pretender quedar al abrigo de toda crítica” y “deben tolerar y aceptar el rechazo de sus creencias por otras personas e incluso la propagación de doctrinas hostiles a su fe”. El Tribunal no observó en el libro un tono insultante dirigido directamente a los creyentes, ni un ataque injurioso contra símbolos sagrados del Islam, por lo que entendió que se había vulnerado el derecho de Sr. Tatlav a expresar libremente sus opiniones³⁵.

No obstante, es importante subrayar que una cosa es el conflicto que se pueda producir entre estos dos derechos fundamentales y otra los límites que

³⁴ En el *asunto Giniewski contra Francia* se trataba de un artículo, titulado “La oscuridad del error”, publicado en el periódico francés *Le quotidien de Paris*, y relativo a la encíclica *Veritatis Splendor* del Papa Juan Pablo II. El artículo estaba firmado por Paul Giniewski, un periodista, sociólogo e historiador, y en él el autor manifestaba que ciertos principios de la religión católica, que la citada encíclica volvía a afirmar, unidos al antijudaísmo de la versión católica de la historia sagrada, habían constituido el germen de la idea y la realización del Holocausto. Por dichas afirmaciones se condenó a Giniewski por difamar a un grupo de personas en razón de su pertenencia a una religión en virtud del art. 29 de la Ley de 29 de julio de 1881 sobre libertad de prensa.

En el *asunto Klein contra Eslovaquia* se trataba de un artículo escrito por Martin Klein, un periodista y crítico de cine, publicado en el semanario *Domino Efekt*. En dicho artículo Klein criticaba las declaraciones del arzobispo Ján Sokol a una televisión en las que instaba a detener la distribución de una película y a retirar el cartel publicitario de la misma. El artículo estaba escrito en términos vulgares y contenía insinuaciones de tipo sexual, alusiones a la supuesta cooperación del arzobispo con la policía secreta del antiguo régimen comunista y una invitación a los miembros de la Iglesia Católica para que abandonaran la misma. El periodista fue condenado por difamación de un grupo de personas a causa de sus creencias en virtud del art. 198 CP eslovaco.

³⁵ Se trataba de una obra de cinco volúmenes titulada *İslamiyet Gerçeği* (La realidad del Islam), aunque el que se cuestionó fue sólo el primer volumen dedicado a “El Corán y la religión”. En él se criticaba al Islam como una religión legitimadora de la injusticia social al retratarla como la “voluntad de Alá”, y vertía opiniones críticas sobre las religiones en general, y en particular sobre el Islam y el Corán, que dieron lugar a una condena penal por profanación según el art. 175 CP turco.

tenga la libertad de expresión. Es cierto que el TEDH admite que los sentimientos religiosos limiten la libertad de expresión, pues otorga un margen de apreciación a las autoridades del Estado a la hora de imponer limitaciones a la libertad de expresión, aunque restringido a aquellos casos en que la forma o estilo de expresión resulta gratuitamente insultante y pretende directamente molestar u ofender a los miembros de una confesión. Sin embargo, las expresiones ofensivas para los sentimientos religiosos sólo supondrán una vulneración de la libertad religiosa (art. 9 CEDH), cuando comporten una “interferencia indebida” (*asunto Klein contra Eslovaquia*) o cuando supongan una amenaza o una incitación al odio. En este sentido, la STEDH de 13 de septiembre de 2005 (*caso I.A. contra Turquía*) señala, aunque sin anular la condena por blasfemia, que si bien los Estados tienen cierto margen de apreciación para castigar si lo estiman necesario ataques gratuitos u ofensas a creencias religiosas, esto no significa que los creyentes gocen de una completa exención ante las críticas, debiendo el Estado limitarse a asegurar el ejercicio pacífico de la libertad religiosa, pues algunos de estos ataques pueden inhibir a las personas respecto de la expresión de sus creencias, restringiéndose así ilegítimamente sus derechos y libertades. Es decir, que para que una ofensa a los sentimientos religiosos pueda considerarse como un ataque a la libertad religiosa (conflicto entre las libertades reconocidas en los arts. 9 y 10 CEDH), **tiene que contener elementos de hate speech**³⁶. En este sentido, cabe citar la STEDH de 4 de diciembre de 2003 (*caso Gündüz contra Turquía*), en la que el TEDH consideró que la condena por incitación al odio había vulnerado el derecho a la libertad de expresión de un líder religioso islámico que, desde una posición de defensa de la *sharia*, criticaba duramente el principio de laicidad que regía en Turquía, pero sin que se apreciase un tono insultante en sus declaraciones, ni tampoco una amenaza o incitación al odio hacia los no musulmanes³⁷.

³⁶ Así lo resalta LÓPEZ GUERRA, REDEu n° 46 (2013), p. 89.

También GARCÍA RUBIO, ADCiv n° 67 (2014), p. 415-416, quien distingue entre expresiones ofensivas que atacan a la religión, que no necesariamente afectarían a la libertad religiosa, y expresiones ofensivas que se dirigen a determinados grupos religiosos, que sí lo harían, sobre todo cuando los ataques son graves e incitan a la confrontación entre comunidades y estarían ligadas al racismo y al odio religioso. Más abajo (p. 424-425), esta autora afirma, criticando a la STEDH de 20 de septiembre de 1994 (*caso del Instituto Otto Preminger contra Austria*), que “no hay fundamento alguno que justifique el derecho a no ser insultado en las propias creencias religiosas, ni a que este tipo de creencias o sentimientos reciban un trato preferente respecto a otras creencias o sentimientos, de tipo político, ideológico, deportivo o musical, por poner algunos ejemplos. [...] Si tal derecho no existe, ya no hay conflicto posible [entre la libertad de expresión y la libertad religiosa]”.

³⁷ En el mismo sentido, se pueden mencionar las SSTEDH de 6 de julio de 2006 (*caso Erbakan contra Turquía*) y de 27 julio de 2006 (*caso Güzel contra Turquía*).

5. EXAMEN DEL ART. 525 CP RELATIVO AL DELITO DE ESCARNIO

5.1. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE SU CONSTITUCIONALIDAD

El delito de escarnio se encuentra recogido en el art. 525 CP, a tenor del cual:

«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».

El CP/1995 introdujo en este delito varias novedades dignas de ser destacadas. La principal novedad con relación a la regulación anterior radica en la extensión de la protección penal a los sentimientos de quienes no profesan religión o creencia alguna, que se produce con la incorporación del apartado 2º del art. 525 CP. En el primer apartado se recogen los delitos de escarnio y vejación contra los sentimientos religiosos de los miembros de una confesión religiosa y en el apartado 2 se castigaría el escarnio de los no creyentes³⁸. Por tanto, lo protegido en este precepto tiene una doble dimensión. Por un lado, el bien jurídico está constituido por los sentimientos religiosos de los miembros de la confesión que son objeto de escarnio o vejación, pero por otro también se protegen los sentimientos de aquellas personas que tienen creencias agnósticas o ateas y son igualmente objeto de mofa o burla por ello. Hay que recordar la fundamentación personalista que he dado a este bien jurídico, emparentándolo con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, por lo que desde esta perspectiva ambas formas del delito de escarnio se encuentran estrechamente relacionadas con las injurias³⁹.

³⁸ Junto a esta novedad hay que destacar también la desaparición de la referencia autónoma al ultraje de dogmas, ritos o ceremonias, que no tenía mucho sentido, pues resultaba redundante con el escarnio de una confesión religiosa. Ahora ambos supuestos se refunden en una única modalidad de escarnio, la cual requiere en todo caso que se cometa con publicidad, a diferencia de la anterior regulación que únicamente exigía la publicidad respecto del ultraje. También hay que resaltar que en la nueva regulación se tipifica expresamente como delito la vejación de las personas que profesen o practiquen una religión. Y por último, respecto a la pena prevista cabe señalar dos cosas: por un lado, desaparece la distinción a efectos punitivos según el lugar en que se cometiese el escarnio; y por otro lado, las antiguas penas de prisión (prisión menor si se realizare el hecho en actos de culto o en lugar destinado a celebrarlos; o arresto mayor en los demás casos) se han convertido ahora en una única pena de multa (de ocho a doce meses).

³⁹ Con las que, por cierto, guardaría relación de subsidiariedad, de tal modo que el precepto principal será el art. 525 CP, y en su defecto, cabrá aplicar el delito de injurias. De todas formas, para poder apreciar las injurias tendrán que darse todos sus requisitos, en particular, que se pueda concretar la ofensa en una persona física determinada.

Con ser loable el propósito de esta incorporación del escarnio de los no creyentes, sin embargo, ello no quita para que se pueda criticar la forma en que se ha hecho. A este respecto, ATIENZA dice que el art. 525 CP le parece que “carece de justificación” y que además resulta “incoherente”, pues “hay una clara asimetría en el tratamiento dispensado a los creyentes y a los no creyentes: en relación con los primeros, lo prohibido es hacer escarnio «de sus dogmas, ritos o ceremonias», así como vejar a «quienes los profesan o practican», mientras que en relación con los segundos, la única conducta prohibida es la de hacer escarnio «de quienes no profesan religión o creencia alguna»”⁴⁰. Igualmente, GARCÍA AMADO considera que el art. 525 CP “no tiene justificación en estos tiempos”⁴¹, y GARCÍA RUBIO afirma que en este precepto “el legislador penal... está empleando los sentimientos religiosos, que carecen de protección constitucional, como un límite a un derecho constitucional cual es la libertad de expresión, cosa que no puede lícitamente hacer” y que además ello conlleva un injustificable “efecto de desaliento o *chilling effect*”⁴², es decir, una consecuencia de refreno o de cohibición a la hora de ejercitar dicha libertad de expresión. O MAGALDI PATERNOSTRO también pone en cuestión la constitucionalidad del art. 525, por no ser típico el escarnio de los no creyentes hecho mediante cualquier tipo de documento aun con publicidad (un vídeo, por ejemplo), pues sólo se prevé el escarnio «de palabra o por escrito»⁴³.

Esta incriminación desigual entre el escarnio de los creyentes y de los no creyentes creo que puede poner en tela de juicio la constitucionalidad de este precepto. Incluso alguna autora, como CUGAT MAURI, considera que hasta se podría poner en cuestión el propio contenido del delito de escarnio de los creyentes, porque para ella “el problema deriva del hecho de que... en la definición de los elementos configuradores de la conducta típica continúa teniendo relevancia la afección al corpus ideológico de las confesiones religiosas, pues sólo se incurre en la infracción penal cuando en el ataque a los sentimientos de los sujetos media una simultánea agresión a los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de las confesiones, o la vejación de quienes las profesan o practican. El ataque a los postulados religiosos es, así, el vehículo necesario de la lesión de

⁴⁰ ATIENZA, RIFP n° 30 (2007), p. 71.

⁴¹ GARCÍA AMADO, *Dura lex* (13 junio 2012).

⁴² GARCÍA RUBIO, ADCiv n° 67 (2014), p. 445 ss. Al margen de estas dos razones jurídicas, esta autora considera que habría otra razón más, no de tipo jurídico, que desaconseja la existencia de tipos penales que sancionen la ofensa a los sentimientos religiosos, y es que “contribuyen a reforzar el cliché de que el artista es un mártir perseguido por los poderes establecidos”, precisamente algo contrario a lo que dichas normas pretenden, ya que con una condena penal el artista puede adquirir una relevancia pública de la que antes carecía y con ello incrementar el valor de sus obras, y pone como ejemplo lo que sucedió con los fotógrafos Andrés Serrano y R. Mapplethorpe.

⁴³ MAGALDI PATERNOSTRO, en Córdoba Roda/García Arán (dir.): *Comentarios*, cit., p. 2469.

los sentimientos o, en otras palabras, no está prevista la sanción de la afección a los sentimientos sin el ataque a la religión⁴⁴.

No comparto la opinión de esta autora, porque considero que se puede dar una interpretación al delito de escarnio que sea conforme con nuestra Constitución, configurando el bien jurídico protegido por el mismo como los sentimientos religiosos individuales (*supra* 3.2), sin necesidad de tener que asumir como objeto de protección la religión misma, lo cual sí que se puede tachar de inconstitucional⁴⁵. Otra cosa es, y yo lo comparto (*supra* 3.4), que se pueda prescindir de estos delitos contra los sentimientos religiosos sin que por ello se generen lagunas de punibilidad.

A este respecto, hay que señalar que el Tribunal Constitucional ya se pronunció, en el ATC nº 180/1986, de 21 de febrero, acerca de la constitucionalidad del delito de escarnio del art. 209 ACP (que sólo preveía el de los creyentes), y lo consideró conforme a la Constitución, por cuanto que “no cabe imaginar—dice en su f.j. 2º— cómo un precepto que trata de garantizar el respeto a las convicciones religiosas de todos los ciudadanos puede afectar al derecho a la libertad ideológica y religiosa de cada uno... Más bien, el precepto impugnado contribuye a crear las condiciones adecuadas para el pleno ejercicio de dicho derecho⁴⁶. Y concluye que “el carácter aconfesional del Estado no implica que las creencias y sentimientos religiosos de la sociedad no puedan ser objeto de protección”, pues, “el mismo art. 16.3 de la Constitución, que afirma que ninguna confesión tendrá carácter estatal, afirma también que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española. Y, por otra parte, la pretensión individual o general de respeto a las convicciones religiosas pertenece a las bases de la convivencia democrática que, tal como declara el preámbulo de la Norma Fundamental, debe ser garantizada”. “Ello explica que en el derecho comparado europeo las incriminaciones de hechos semejantes a los penados en el art. 209 del Código Penal español sean la regla y que los textos legales tengan, en general, un contenido similar al del precepto que se impugna en el presente recurso”.

El legislador español ha seleccionado de entre los posibles supuestos de ofensa a los sentimientos religiosos aquellos que revisten una mayor gravedad

⁴⁴ CUGAT MAURI, M.: “Acerca de la protección penal de los sentimientos religiosos en los medios de comunicación”, en VVAA, *Medios de comunicación y pluralismo religioso*, Ed. Consell de l’Audiovisual de Catalunya, Barcelona, 2010, p. 41.

⁴⁵ A pesar de que el propio Tribunal Constitucional no haya llegado a entenderlo así, pues en el ATC nº 271/1984, de 9 de mayo, consideró que incluso el delito de blasfemia del art. 239 ACP, esto es, el puro insulto a una religión, era constitucional, lo cual, a mi modo de ver, resulta más que discutible (*supra* 2).

⁴⁶ Esta afirmación hay que ponerla en conexión con la jurisprudencia del TEDH que se acaba de exponer (*supra* 4), según la cual habría que distinguir entre los límites a la libertad de expresión y el conflicto entre ésta (art. 20 CE) y la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE).

para configurar el delito de escarnio del art. 525 CP, y la gravedad de tales ofensas radica o procede de tres exigencias legales. En primer lugar, por la conducta típica que consiste en «*hacer escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias*», o «*vejar a quienes los profesan o practican*», o «*vejar a quienes no profesan religión o creencia alguna*»; en segundo lugar, la comisión de estos actos debe haberse realizado «*públicamente*»; y en tercer lugar, la conducta debe revelar un propósito o finalidad especialmente reprochable, consistente en el ánimo de «*ofender los sentimientos religiosos de los miembros de una confesión religiosa*».

Para analizar estos elementos me voy a referir fundamentalmente a la modalidad de escarnio de los creyentes. Dejo para el final, unas consideraciones sobre el escarnio de los no creyentes.

5.2. CONDUCTAS TÍPICAS: HACER ESCARNIO Y VEJAR

En el art. 525.1 CP se prevén dos conductas delictivas: una, hacer escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa; y otra, vejar públicamente a quienes los profesan o practican.

Escarnio significa, según el Diccionario de la RAE, “befa tenaz que se hace con el propósito de afrentar”, y befa es tanto como “grosera e insultante expresión de desprecio”. Esta definición ha venido siendo reconocida como válida tanto por doctrina como por la jurisprudencia⁴⁷. Por su parte, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO señala que la conducta típica ha quedado reducida en su alcance, pues quedan excluidas del tipo todas las demás formas de ofender distintas a la burla, conductas éstas que en el anterior Código podrían ser abarcadas por la conducta de ultrajar⁴⁸.

La segunda conducta típica consiste en «*vejar*», que puede identificarse con el concepto de injuria grave o ultraje, humillación o trato degradante⁴⁹. Por otra parte, y dado que la vejación del art. 525 CP tiene que tener carácter grave, unas injurias o vejaciones leves serían impunes, pues tampoco están incriminadas con carácter general, con la excepción de lo dispuesto en el art. 173.4 CP.

Pero hacer escarnio y vejar no se contentan con la simple realización de la conducta⁵⁰, sino que tienen que producir un resultado lesivo para el bien jurídico

⁴⁷ En la doctrina, por ejemplo, la aceptan, entre otros, GARCÍA AMADO, *Dura lex* (13 junio 2012); JERICÓ OJER, “La relevancia penal de los sentimientos religiosos...”, cit., p. 130; MORILLAS CUEVA, *Curso...*, cit., p. 739; IDEM, *DPE.PE*², p. 1076; RAMÍREZ NAVALÓN, LH-Casabó Ruiz (1997), p. 669; TAMARIT SUMALLA, *Comentarios...*, cit., p. 2004; VALMAÑA OCHAÍTA, LH-Gimbernat Ordeig (2008), p. 2303; y en la jurisprudencia se puede citar, por ejemplo, la STS de 26 de noviembre de 1990 –caso Els Joglars–.

⁴⁸ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, LL 1996-5, p. 1385.

⁴⁹ Así, JERICÓ OJER, “La relevancia penal de los sentimientos religiosos...”, cit., p. 133.

⁵⁰ Por el contrario, los consideran como delitos de mera actividad, entre otros, FERREIRO GAL-

protegido (los sentimientos religiosos). En este sentido, igual que se viene sosteniendo para las injurias⁵¹, el escarnio es un delito de resultado.

5.3. OBJETOS MATERIALES Y SUJETOS PASIVOS DE LA ACCIÓN

1. El objeto sobre el que debe recaer la conducta de escarnio está constituido por «*los dogmas, creencias, ritos o ceremonias*». Siguiendo a MORILLAS CUEVA, por «*dogma*» cabe entender “la verdad revelada por Dios y declarada y propuesta por la Iglesia para la creencia de sus fieles”, o “el fundamento y punto capital de una religión”; y por «*creencia*» “el firme asentimiento y conformidad con postulados de una determinada confesión religiosa”⁵². Los conceptos de «*ritos*» y «*ceremonias*» aparecen también en otros delitos contra la libertad religiosa y los sentimientos religiosos, y aluden a actos de culto.

Hay quien ha interpretado el término «*ritos*» en un sentido amplio, comprendiendo ceremonias o costumbres no necesariamente relacionadas con creencias religiosas (por ejemplo, las de sectas o las de la masonería)⁵³. Otros autores, en cambio, lo relacionan con ceremonias de carácter religioso⁵⁴, que parece más apropiado para este delito de escarnio.

En cuanto a la expresión «*ceremonia*», ésta debe entenderse, no como cualquier reunión o manifestación colectiva de una confesión religiosa, sino tan sólo como aquella que pueda ser calificada como acto de culto o que esté dotada de un contenido sagrado o relacionado con la divinidad por la correspondiente confesión, aunque no se celebre en espacio destinado al culto o en un templo.

En la jurisprudencia actual ha habido algunos casos en los que se ha apreciado que hubo escarnio y que éste recayó sobre los «*dogmas, creencias, ritos o ceremonias*» de una confesión religiosa. Sin embargo, la mayor parte de las resoluciones judiciales no lo aprecian.

Por ejemplo, la SJP Madrid 8º, nº 235/2012, de 8 de junio –caso Krahe–, aunque consideró que “un crucifijo es el símbolo de una creencia y, dado que el tipo analizado menciona el escarnio de creencias religiosas, debemos recon-

GUERA, J.: “Libertad religiosa e ideológica: garantías procesales y tutela penal”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña* nº 6 (2002), p. 392; JERICÓ OJER, “La relevancia penal de los sentimientos religiosos...”, cit., p. 131, quien precisa que no cualquier burla o befa serán típicas, “sino que éstas deben alcanzar una mínima idoneidad establecida en criterios objetivos, es decir, se debe exigir que la burla o la befa en sí mismas presenten una serie de características que, objetivamente, tendrían capacidad de ofender”; MAGALDI PATERNOSTRO, *Comentarios...*, cit., p. 2469; o TAMARIT SUMALLA, *Comentarios...*, p. 2004.

⁵¹ Por todos, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: “Delito de injurias”, en Álvarez García (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial*, t. I, 2º ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 849, con ulteriores referencias.

⁵² MORILLAS CUEVA, *Curso...*, cit., p. 739; IDEM, *DPE.PE*², p. 1077.

⁵³ TAMARIT SUMALLA, *Comentarios...*, cit., p. 1999.

⁵⁴ MORILLAS CUEVA, *Curso...*, cit., p. 739; IDEM, *DPE.PE*², p. 1077.

ducir nuestra valoración a este objeto, la creencia como tal”, y que “también consideraremos que la conducta enjuiciada pudo referirse a dogmas de la religión Católica como la Resurrección, o la Eucaristía”, sin embargo, finalmente absolvió por otros motivos [resolución confirmada luego por la SAP Madrid (Secc. 16ª) nº 224/2013, de 2 de abril]. De modo similar, curiosamente con el mismo querellante (el Centro de Estudios Jurídicos Tomás Moro), el AAP Sevilla (Secc. 1ª), nº 438/2011, de 25 de julio, revocó un Auto de sobreseimiento respecto de la campaña de las Juventudes Socialistas de Andalucía dirigida a prevenir las enfermedades de transmisión sexual, que consistía en un vídeo en el que se advertía, en primer plano, un preservativo no desplegado, y los dedos de una mano que lo sostienen en alto, como si fuesen las manos de un sacerdote católico en el acto de la Consagración. Además, se podía leer el siguiente mensaje: “Bendito condón que quitas el sida del mundo”. El Auto entendió que se hacía “una parodia de un Sacramento de la Religión Católica”, al superponer la hostia y el condón, y también por cambiar la expresión “Cordero de Dios que quitas el pecado del mundo”, por “Bendito condón que quitas el sida del mundo”. “Desde el punto de vista de una nada desdeñable proporción de nuestra sociedad –dice el Auto–, supone un claro ultraje, una descarada ofensa, una inaceptable mofa, de sus sentimientos religiosos”.

En cambio, en otras resoluciones los Tribunales entendieron que aunque se pudiesen haber ofendido los sentimientos religiosos de ciertas personas, sin embargo, la conducta no había recaído sobre los «dogmas, creencias, ritos o ceremonias». En particular ello ha sucedido con la asociación de fotografías de contenido sexual con imágenes religiosas. Así, por ejemplo, la SAP Sevilla (Secc. 4ª), nº 353/2004, de 7 de junio, absolvió al acusado que exhibió una imagen de la Virgen María junto a los genitales de un varón. Se concluyó que, aparte de faltar en el acusado la específica intención de ofender, “ni la fotografía ni el texto cuestionan directa o indirectamente ningún dogma, creencia, rito o ceremonia de la religión católica, sólo utiliza una conocida imagen para escandalizar y provocar una polémica que difícilmente conseguiría con el uso de una imagen no religiosa o, incluso, con poca devoción en la ciudad, cuestión que, al parecer, es lo que pretende resaltar el autor sin darse cuenta que las numerosas faltas de ortografía que contiene el texto bastaría para escandalizar a cualquier lector sin necesidad de ningún añadido más”. El AAP Madrid (Secc. 17ª), nº 809/2011, de 29 de julio, tampoco lo apreció en el caso de la publicación de un calendario por parte del Colectivo de Gays, Lesbianas, Transexuales y Bisexuales de Madrid (COGAM) con imágenes alusivas a símbolos católicos. Y en el mismo sentido, el AAP Castellón (Secc. 7ª), nº 485/2007, de 29 de octubre, tampoco consideró que hubiese escarnio en dos personas disfrazadas del Papa y de cardenal, que durante una cabalgata lúdica simularon que una le hacía una

felación a la otra. El Auto consideró que tenía que “verse como una actuación muy desacertada en un ambiente de fiesta y muestra del divertimento, más destinada a causar una gracia socarrona y grosera, en virtud de los personajes de los que ellos eran figurantes, pero sin un ánimo más allá, de herir las creencias, ritos, dogmas, etc. cristianos”.

A propósito de la iconografía religiosa, cabe llamar la atención sobre el fenómeno que se ha producido en torno a algunas de las imágenes más emblemáticas de la Semana Santa sevillana. Y es que a raíz de un caso relativo a un videojuego titulado “Matanza cofrade”⁵⁵, lo que las Hermandades de Sevilla han hecho para defenderse de los posibles usos abusivos de las imágenes que veneran y que puedan ofender a los sentimientos religiosos de los cofrades ha sido registrarlas como marca, por lo que a partir de ahora la intervención penal en este ámbito puede trasladarse a los delitos contra la propiedad industrial, lo cual, evidentemente, nada tiene que ver con los sentimientos religiosos.

Tampoco el AAP Madrid (Secc. 30^a), n° 73/2013, de 24 de enero, apreció delito de escarnio en una campaña de la CNT titulada “¡Peligro, que viene el Papa!” con motivo de la visita del Papa Benedicto XVI a España en 2011 y en la que se afirma rotundamente que “calificar a la Iglesia Católica de organización religiosa ‘cuya historia está llena de crímenes y enemiga de la justicia social y el progreso humano’ puede considerarse una falta de respeto a la verdad histórica, o una acentuación de los momentos o actuaciones más censurables desde la óptica actual de algunos integrantes o rectores de la Iglesia, con olvido intencionado de todo lo positivo, [...], pero que no pueden criminalizarse. Por otra parte, determinados carteles ofensivos para los obispos, en general y sin particularizar en nadie, o que oponen razón y fe, reservando la inteligencia solo a la primera tampoco suponen un escarnio de dogma, creencia o rito alguno. Al igual que las censurables expresiones sobre las iglesias que arden, la omnipresencia divina que supone su presencia bajo una defecación, la tacha de gran inquisidor al Papa, no son escarnio de creencias, ritos o dogmas, sino descalificaciones de las mismas, donde lo que se pretende es tachar de inutilidad a los templos, o pretendidamente ingeniosas reducciones al absurdo o inadecuado recordatorio de la trayectoria como Cardenal Prefecto de la Congregación de

⁵⁵ Se trataba de un videojuego incluido en un disco titulado “Registro de penados y rebeldes” del grupo de rock *Narco*, que consistía en disparar contra nazarenos y mujeres con mantilla transformados en zombis, sobre un fondo en el que se veían las imágenes de la Macarena y del Cristo del Gran Poder. El juicio se celebró en septiembre de 2005 y el JP 4° de Sevilla absolvió al creador del videojuego, porque después de pedir perdón, tanto el Fiscal como las acusaciones particulares renunciaron al ejercicio de la acción penal. El Fiscal se basó en que no había quedado acreditada la intención de ofender los sentimientos religiosos.

Sobre este caso, véase POLAINO ORTS, M.: “«Matanza cofrade» y el Derecho penal”, en *El Mundo* (Sevilla), de 31 de diciembre de 2002.

la doctrina de la fe del actual Papa, más o menos mezclada con su obligada contribución adolescente como soldado a la Alemania nacional socialista”. “La convocatoria –continúa la resolución– a crear viñetas o mensajes ‘para escarnio de las instituciones religiosas y de Dios’ (cláusula 4ª de la convocatoria de la CNT, f. 58) debe interpretarse a luz de la cláusula 2ª que introduce un tono festivo y jocoso en la misma y que establece que se valorarán los trabajos ‘por su ingenio y mensaje crítico y simpático’ y en todo caso las referencias a las instituciones religiosas no se refiere a ninguna en particular, sino a todas ellas, entronquen con la religión católica con otras confesiones monoteístas, cristianas o no cristianas, con religiones politeístas, y no es ese el objeto de protección del mencionado art. 525.1 del CP. Como tampoco Dios puede ser objeto de protección del Código Penal que se está refiriendo a los sentimientos religiosos de los seres humanos”.

Esta jurisprudencia actual contrasta con la de hace tres décadas en la que sí hubo condenas por estos delitos, como, por ejemplo, la STS de 19 de febrero de 1982, que consideró que el sujeto pasivo era la Religión (católica u otra confesión reconocida), y que se habían ofendido “los sentimientos religiosos, vilipendiando, ultrajando y ridiculizando a dos personas de la Santísima Trinidad y, con ello, a uno de los dogmas fundamentales de la Religión Católica”, sin que sirviese de excusa o exoneración al Tribunal, ni el invocado tono cultural, que estima totalmente ausente, ni la libertad de expresión del art. 20.1 a) CE, que tiene sus límites señalados en el apart. 4 (sin referirse expresamente a ellos, por cierto), ni la ausencia de «*animus iniuriandi*», el cual estima patente y manifiesto, especialmente en el pasaje sospecho, ni el pretendido «*animus criticandi*», pues no se apreció “un serio, científico y profundo estudio teológico en el que se negaran alguna de las verdades tenidas por fundamentales en la fe católica”.

2. En cuanto a las personas que se pueden sentir ofendidas, o sujetos pasivos de la acción de escarnio, el art. 525 CP se refiere a «*los miembros de una confesión religiosa*», inclusive el catecúmeno, aunque no haya recibido todavía el bautismo⁵⁶. Por lo que al tipo de vejación se refiere, éste ha de realizarse sobre «*quienes profesan o practican*» dogmas, creencias, ritos o ceremonias, quedando incluidos no sólo los creyentes practicantes, sino también los creyentes no practicantes. Se entiende que mientras el escarnio debe recaer sobre la religión misma (sus «dogmas, creencias, ritos o ceremonias»), la vejación debe llevarse a cabo sobre una persona.

⁵⁶ El art. 6 LO 1/1996, de 15-1, de Protección Jurídica del Menor dispone que “el menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión”. Por tanto, también los menores pueden ser sujeto pasivo de este delito.

El problema fundamental que plantea el delito de escarnio en este punto es si la «*confesión religiosa*» debe estar inscrita o no. Mientras que hay autores que no lo exigen⁵⁷, otros, en cambio, sí lo hacen⁵⁸. A mi juicio, habrá que acudir a la LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, la cual establece los criterios para calificar a un grupo como confesión religiosa (art. 3). Sin embargo, esto no quiere decir que sea precisa la inscripción de la confesión religiosa en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia (regulado por el RD 594/2015, de 3 de julio), pues se puede argumentar que cuando el legislador penal quiso emplear un concepto formal y exigir dicha inscripción, lo hizo constar expresamente, tal y como acontece en el art. 523 CP. Por otro lado, esta interpretación me parece más correcta, porque todos los sentimientos, una vez que adquieren el carácter de religiosos, se encuentran protegidos penalmente. Por tanto, aquí «*confesión religiosa*» hace referencia simplemente a cualquier grupo con fines religiosos, concepto material que exigirá una valoración por parte del juzgador para decidir si se trata de un grupo religioso o no.

Por otra parte, el momento del conocimiento del escarnio, que es cuando los miembros de la correspondiente confesión religiosa pudieran ver ofendidos sus sentimientos religiosos, puede ser simultáneo o posterior a la realización de la conducta ofensiva. Será simultáneo cuando el escarnio se realice, por ejemplo, en un programa de televisión en directo; pero podrá ser también posterior, por ejemplo, si se realiza en el extranjero (ATS de 17 de enero de 2006 –caso de la corona de espinas–)⁵⁹.

5.4. MODOS DE COMISIÓN

Estas conductas delictivas tienen un singular *modus operandi* o técnica comisiva. El art. 525 CP exige que tanto el escarnio como la vejación se comentan «*públicamente*». Además, para el escarnio (no para la vejación) se concreta que tiene que llevarse a cabo «*de palabra, por escrito*», a lo que el

⁵⁷ Como TAMARIT SUMALLA, *Comentarios...*, cit., p. 2005.

⁵⁸ Así, aunque refiriéndose ambos al delito de profanación, pero siendo perfectamente extensible al escarnio, MORILLAS CUEVA, *Curso...*, cit., p. 737; o RAMÍREZ NAVALÓN, LH-Casabó Ruiz (1997), p. 668, quien además señala que “no dándose esta circunstancia estaríamos ante un delito de injurias”.

⁵⁹ En el caso de Pascual Maragall y Carod Rovira fotografiándose con una corona de espinas, la citada resolución del TS consideró que parte del supuesto delito de escarnio (la fotografía) se había cometido en Israel, pero otra parte en España (la ofensa a los sentimientos religiosos), por lo que en aplicación del criterio de la ubicuidad (Acuerdo de la Sala 2ª del TS de 3 de febrero de 2005) declaró competentes a los Tribunales españoles para juzgar esos hechos (concretamente el TSJ de Cataluña). Sobre este caso de la corona de espinas, he sido incapaz de encontrar las resoluciones definitivas del TSJ de Cataluña sobre dicho asunto. Sé que ha habido dos autos, uno en febrero de 2006 y otro en marzo de 2006, pero me atrevo a afirmar que no están incluidos en la base de datos del CENDOJ y habría sido muy interesante conocer los argumentos en que se basó el TSJ para sobrepasar el caso.

CP/1995 ha añadido también «o mediante cualquier tipo de documento», de tal manera que estos requisitos le convierten en un delito de medios determinados.

Alguna resolución judicial considera que “el legislador se ha quedado corto a la hora de hacer previsión sobre las manifestaciones posibles de unas ofensas, pero no puede hacerse en materia penal analogía extensiva”⁶⁰.

Los dos primeros medios no precisan mayor aclaración. Nada más que con ellos quedan excluidos de la tipicidad las simples acciones o gestos, inclusive el lenguaje de signos⁶¹. «De palabra» alude a la palabra hablada⁶², por contraposición a «por escrito». A mi entender, también se estaría incurriendo en analogía si se incluyesen en estas expresiones los dibujos⁶³, como por otra parte venía haciendo la jurisprudencia con anterioridad al CP/1995⁶⁴. Los dibujos no se pueden considerar ni palabras, ni escritura. En cambio, con la regulación actualmente vigente sí podrían quedar abarcados bajo el concepto de «documento», igual que los vídeos, el cine o la música. A este respecto habrá que remitirse a la interpretación auténtica del mismo contenida en el art. 26 CP, que habla de «todo soporte material».

Pero no basta con que se haga de palabra, por escrito o en cualquier documento. Será preciso que tanto el escarnio como la vejación se realicen «públicamente». Aunque este requisito pueda apuntar en la dirección de una configuración colectiva de los sentimientos religiosos, sin embargo, cabe entender que el mismo no resulta incompatible con una configuración desde el

⁶⁰ Así, el AAP Castellón (Secc. 7ª) nº 485/2007, de 29 de octubre. El caso se trataba, recordemos, de la simulación de una felación entre dos personas disfrazadas de Papa y de cardenal.

⁶¹ TAMARIT SUMALLA, *Comentarios...*, cit., p. 2005. JERICÓ OJER, “La relevancia penal de los sentimientos religiosos...”, cit., p. 132 n. 96, trae a colación el AAP Castellón (Secc. 7ª), nº 485/2007, de 29 de octubre, que no consideró que hubiese escarnio en dos personas disfrazadas del Papa y de cardenal, que durante una cabalgata lúdica simularon que una le hacía una felación a la otra, porque la inclusión de los gestos en la modalidad de escarnio supondría una analogía *in malam partem*, aunque podría encontrar encaje –dice el Auto– en la vejación hacia los que profesan la religión católica. Sin embargo, con razón señala JERICÓ OJER, tampoco encajaría en la modalidad de vejación, pues “esta requiere que se realice no sobre la religión misma, sino sobre una persona”.

⁶² El Diccionario de la RAE define esta locución adverbial como “por medio de la expresión oral”.

⁶³ En contra MINTEGUÍA ARREGUI, RGDCDEE nº 11 (2006), p. 47, quien lo acepta, porque considera que “escribir equivale a representar palabras o ideas mediante letras u otros signos”. JERICÓ OJER, “La relevancia penal de los sentimientos religiosos...”, cit., p. 131, lo califica como “una aplicación extensiva del tipo penal”.

⁶⁴ Por ejemplo, la STS de 8 de abril de 1981 consideró delictivas unas viñetas de un cómic titulado “Sor Angut-tias de la Crú” en el que se narraba como unas religiosas celebraban la entrada del año nuevo, sustituyendo las tradicionales uvas por hostias consagradas.

O la STS de 25 de enero de 1983, que aunque absolvió a José Luis Martín, editor de *El Jueves*, por una viñeta publicada en el nº 51 (del 19 al 25 de mayo de 1978) en la que se mostraba una ceremonia en la que Dios imponía unas condecoraciones a unos ángeles y obispos que se ubicaban en una tribuna con la inscripción “Desfile de la Victoria contra Lucifer”, entendió incluido el dibujo entre los medios comisivos del delito de escarnio.

punto de vista individual o personal de los sentimientos religiosos y que se trata simplemente de una restricción del ámbito de lo punible en atención al principio de intervención mínima⁶⁵.

La cuestión estriba, por tanto, en determinar cuándo un escarnio se comete con publicidad. Frente al criterio excesivamente laxo de los Tribunales⁶⁶, la doctrina defiende una interpretación de la misma equivalente a la contenida en los delitos de calumnias e injurias⁶⁷. Concretamente, el art. 211 CP dispone que *«la calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante»*, es decir, a través de medios de comunicación. Por este motivo habrá que tener en cuenta la regulación de la responsabilidad penal por delitos cometidos a través de medios de comunicación del art. 30 CP.

A mi juicio, debe prevalecer el criterio doctrinal, dadas las evidentes semejanzas entre el delito de escarnio y los de injuria y calumnia.

5.5. TIPO SUBJETIVO

El delito de escarnio es de exclusiva comisión dolosa, pues además de que no está expresamente prevista la comisión por imprudencia, la ley exige un especial elemento subjetivo del injusto.

Para que se produzca el delito de escarnio no basta, según lo dispuesto en el art. 525 CP, que se ejecuten actos de escarnio o vejación en los términos que se han visto, sino que tienen que hacerse *«para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa»*.

⁶⁵ TAMARIT SUMALLA, *Comentarios...*, cit., p. 2003.

⁶⁶ Por ejemplo, la STS de 26 de noviembre de 1990 apreció publicidad en el escarnio respecto de una obra teatral de *Els Joglars*, titulada “Teledeum”, a la cual se tenía acceso únicamente mediante el previo pago de una entrada y en un horario preestablecido. Sin embargo, apreció la publicidad por ocurrir los hechos “en lugar público, como un teatro y en sesiones de tal carácter”, por lo que concluye que “no cabe negar que, en todo caso, tuvieron trascendencia pública”.

⁶⁷ Así, JERICÓ OJER, “La relevancia penal de los sentimientos religiosos...”, cit., p. 134; MAGALDI PATERNOSTRO, *Comentarios...*, cit., p. 2469; MORILLAS CUEVA, *Curso...*, cit., p. 739; IDEM, *DPE.PE*², p. 1077; TAMARIT SUMALLA, *Comentarios...*, p. 2004. En contra CARRETERO SÁNCHEZ, A.: “Teoría y práctica de los delitos contra los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos: el peso de una negativa influencia histórica”, LL n° 6666 (7 marzo 2007); FERREIRO GALGUERA, *AFDUC* n° 6 (2002), p. 391.

En particular, CARRETERO SÁNCHEZ sostiene que hay publicidad cuando las expresiones orales “se hacen dentro de un templo y sean oídas por un solo creyente que lo transmita a la comunidad, o las que se hagan fuera del templo ante más de tres creyentes, siempre que en uno y otro caso revistan tal gravedad que ofenderían a cualquier miembro de la confesión religiosa ofendida”. “Por poner un ejemplo gráfico –continúa–, dentro de la religión católica, no es lo mismo llamar «beata» despectivamente a una feligresa dentro de un templo que burlarse delante de ella de Jesucristo. En el primer caso, siendo un acto de mala educación y poca ética, no tiene tanta gravedad para la comunidad católica, si se conoce, que el segundo”.

En mi opinión, en ninguno de estos supuestos hay publicidad, y por tanto, en ninguno de ellos debería haber responsabilidad penal por delito de escarnio.

La mayoría de la doctrina⁶⁸ y de la jurisprudencia⁶⁹ entiende que es común a los arts. 524 y 525 CP (profanación y escarnio) la exigencia de un elemento subjetivo del injusto, aunque no esté expresado en los mismos términos en ambos preceptos. En el art. 524 CP se dice «*en ofensa de...*», mientras que en el art. 525 CP dice «*para ofender...*». Sin embargo, ello no impide entender que son expresiones equivalentes⁷⁰.

Se requiere, por tanto, que el autor actúe con el ánimo de ofender los sentimientos religiosos de los miembros de una confesión, lo que convierte a estos delitos en **delitos de manifestación**⁷¹.

Siguiendo la clasificación de los delitos portadores de singulares elementos subjetivos del injusto que ofrece POLAINO NAVARRETE, podemos distinguir entre delitos de intención (mutilados de dos actos y de resultado cortado), delitos de tendencia (de especial motivación subjetiva, de hábito personal, con una singular cualidad constitutiva en el autor y de tendencia sexual) y delitos de manifestación (de expresión falsaria, de exteriorización de un juicio de valor y de un especial conocimiento del autor). Dicho autor considera que la profanación y el escarnio son “delitos de exteriorización finalista de un juicio de valor subjetivo”, caracterizados por “la exigencia de la revelación por parte del sujeto de un juicio de valor de específico sentido final, que es normativamente desvalorado en sí, en cuanto actitud subjetiva del autor indicativa de la intencionalidad que inspira la manifestación de voluntad del sujeto”⁷².

⁶⁸ Por ejemplo, entre otros, POLAINO NAVARRETE, M.: “Dolo y elemento subjetivo del injusto en los delitos de manifestación a la luz del Código penal de 1995”, en VVAA: *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López*, Ed. Comares, Granada, 1999, p. 905; TAMARIT SUMALLA, *Comentarios...*, cit., p. 2005; VALMAÑA OCHAÍTA, LH-Gimbernat Ordeig (2008), p. 2303.

⁶⁹ Por ejemplo, véanse las SSTs de 15 de julio de 1982; n.º 668/1993, de 25 de marzo; las SSAP Sevilla (Secc. 4.ª), n.º 353/2004, de 7 de junio; Valladolid (Secc. 4.ª), n.º 367/2005, de 21 de octubre; Valladolid (Secc. 2.ª), n.º 251/2011, de 9 de junio; los AAAP Madrid (Secc. 1.ª), n.º 112/2005, de 1 de marzo; Castellón (Secc. 2.ª), n.º 452/2007, de 29 de octubre; Madrid (Secc. 17.ª), n.º 809/2011, de 29 de julio –caso COGAM–; o la SJP Madrid 8.ª, n.º 235/2012, de 8 de junio –caso Krahe–, con ulteriores referencias.

⁷⁰ Ciertamente el sector de la doctrina interpreta la expresión «*en ofensa...*» en términos objetivos (RODRÍGUEZ DEVESA, *PE*¹⁸, p. 932; o más recientemente MAGALDI PATERNOSTRO, *Comentarios...*, cit., p. 2467). En este sentido, CARRETERO SÁNCHEZ, LL n.º 6666 (7 marzo 2007), se pregunta si “quien pisotea una Sagrada Forma en una iglesia, rompe un Corán en una mezquita o escupe a los Libros Sagrados en una sinagoga, ¿precisa ánimo de ofender para que su conducta sea castigada?”.

Es cierto que pueden existir argumentos gramaticales para interpretar este requisito típico en sentido objetivo, ya que los arts. 524 y 525 tienen una redacción distinta en este punto. Pero este argumento literal también se le puede dar la vuelta, pues si el primer delito no es más que una derivación del segundo, habrá que entender que la profanación también exige un elemento subjetivo del injusto, pues con respecto al escarnio no se duda de que dicho elemento esté presente. El art. 525 CP dice «*para ofender...*».

⁷¹ POLAINO NAVARRETE, LH-Torio López (1999), p. 895.

⁷² POLAINO NAVARRETE, LH-Torio López (1999), p. 899.

En correspondencia con este planteamiento, cabe entender que el sujeto **tiene que actuar con un total desprecio o desdén hacia las creencias religiosas de ciertas personas, mostrando arrogancia, altivez o soberbia hacia ellas por dicho motivo.**

Este modo de entender el elemento subjetivo del injusto presente en los delitos de profanación y de escarnio se acerca a una concepción del mismo como un elemento de actitud interna (*Gesinnungsmerkmal*). Sin embargo, no considero que en este caso estemos en presencia de un elemento que pertenece al tipo de la culpabilidad⁷³, sino ante un elemento subjetivo del injusto. La razón de ello estriba en que dicho elemento subjetivo sirve para caracterizar el tipo delictivo al referirse al bien jurídico protegido o a la forma de su menoscabo, y no alude, en cambio, a motivos, sentimientos o actitudes internas del sujeto independientes del injusto.

A propósito de esta concepción como si se tratase de un elemento de actitud interna cabe traer a colación la SAP Valladolid (Secc. 4ª), nº 367/2005, de 21 de octubre, que absolvió al acusado que había exhibido dos veces en época de Semana Santa y en el recorrido de sendas procesiones, una pancarta con la imagen de la Virgen María y de Jesús con la leyenda “Adúltera con su bastardo”. En este caso se concluyó que “la manera burda y grosera de comportarse el acusado, expresándose de una forma que no resulta respetuosa con los sentimientos ajenos, tratando de imponer sus valoraciones e interpretaciones de un dogma religioso [la virginidad de la Virgen María] con una actitud intransigente, e intentando que prevalezcan sus valoraciones por encima de las opiniones y creencias de los demás, es sin duda una conducta extravagante, probablemente en conexión directa con el trastorno que padece [se le diagnosticó trastorno paranoide de la personalidad con repercusiones conductuales que le llevan a sentirse perseguido por opinar de manera distinta al resto de las personas]⁷⁴ [...],

El ATS de 17 de enero de 2006 –caso de la corona de espinas– califica el delito de escarnio como “delito de expresión”.

⁷³ No obstante, conviene advertir que sobre la adscripción de los elementos de actitud interna al tipo de la culpabilidad la doctrina dista de ponerse de acuerdo. En efecto, y sin entrar ahora en más detalles, pues ello excedería con creces del objeto de este trabajo, cabe señalar que hay autores que consideran que estos elementos de la actitud interna o espiritual forman parte del injusto (como MAURACH/ZIPF); otros admiten que algunos de ellos pertenecen también a la culpabilidad (como JAKOBS); otros entienden que estos elementos son puros componentes de la culpabilidad (como GALLAS o SCHMIDHAUSER); otros consideran que ocupan un lugar intermedio entre el injusto y la culpabilidad (WELZEL o STRATENWERTH); y, en fin, otros admiten una concepción diferenciadora, según la cual habría unos elementos propios de la actitud interna, que se integran dentro del ámbito de la culpabilidad, y otros que serían componentes en parte del injusto subjetivo y en parte también de la culpabilidad, que serían elementos impropios de la actitud interna (esta podría considerarse la opinión mayoritaria en Alemania, con JESCHECK o ROXIN, por ejemplo, como destacados representantes de la misma).

⁷⁴ Por cierto, resulta bastante frecuente que los delitos contra los sentimientos religiosos aparezcan

pero como se explica ampliamente en la resolución recurrida, en su fuero interno su conducta no estaba dirigida a lesionar los sentimientos religiosos ajenos, sino a su deseo de expresar y exteriorizar sus opiniones discrepantes”.

A mi modo de ver, con la exigencia de un elemento subjetivo del injusto en el delito de escarnio se tiene la ventaja de que el dolo eventual no sería punible⁷⁵, que en mi modesta opinión es una solución dogmáticamente más correcta y político-criminalmente más conveniente⁷⁶. En primer lugar, porque el dolo directo parece que es consustancial a muchos delitos con elementos subjetivos del injusto, entre ellos los de manifestación. En segundo lugar, porque demuestra una mayor peligrosidad en la conducta, ya que es más peligroso para el bien jurídico actuar con dolo directo que con dolo eventual. Y en tercer lugar, porque con el castigo del dolo eventual se corre el riesgo de ampliar excesivamente la intervención penal, ya que si se admitiera dicha clase de dolo en el delito de escarnio, se correría el peligro de ampliar enormemente la posibilidad de criminalizar manifestaciones artísticas, culturales o ideológicas que pudieran resultar ofensivas, pero que se hiciesen en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión⁷⁷.

ligados a causas de inimputabilidad, como por ejemplo en el caso juzgado por la SAP La Rioja (Secc. 1ª), nº 61/2005, de 30 de mayo, que absolvió del delito de profanación por apreciar una eximente completa de anomalías psíquicas basada en un trastorno con ideas delirantes de contenido religioso que anulaban por completo su capacidad de culpabilidad. En otros casos se apreció sólo una atenuante o una eximente incompleta, como en la SAP Valladolid (Secc. 2ª), nº 424/2000, de 19 de mayo, que apreció una eximente incompleta de embriaguez. Respecto a un trastorno paranoide ligado a un retraso mental y al consumo de alcohol y drogas, la SAP Albacete (Secc. 1ª), nº 10/2014, de 22 de enero, apreció una atenuante analógica, y la SAP Córdoba (Secc. 2ª), nº 243/2005, de 3 de noviembre, una eximente incompleta. La SAP Cádiz (Secc. 8ª), nº 206/2013, de 11 de junio, apreció una eximente incompleta de anomalía psíquica por una esquizofrenia de tipo paranoide unida a una adicción a sustancias estupefacientes. Y la SAP Ciudad Real (Secc. 1ª), nº 22/2010, de 6 de julio, apreció una eximente incompleta de anomalía psíquica por un trastorno neurótico e histriónico de la personalidad.

⁷⁵ Respecto del delito de escarnio, las SSTS de 12 de mayo de 1973 y de 20 de mayo de 1988, expresamente dicen que ese elemento subjetivo del tipo penal comporta un “ánimo excluyente no sólo de cualquier forma de tipo culposo, sino incluso del dolo eventual”.

⁷⁶ La mayoría de los Tribunales consideran que si no hay indicios de la presencia del elemento subjetivo del injusto decretan el sobreseimiento del procedimiento. Véase, por ejemplo, el AAP Castellón (Secc. 2ª), nº 452/2007, de 29 de octubre. En contra, los AAP Sevilla (Secc. 1ª), nº 438/2011, de 25 de julio; y Madrid (Secc. 6ª), nº 31/2009, de 23 de enero, consideraron que eso habría que dilucidarlo en el juicio.

⁷⁷ Igualmente no deberían ser punibles aquellos supuestos en los que concurran a la vez un ánimo de ofensa y una intención crítica o artística, pues como dice JERICÓ OJER, “La relevancia penal de los sentimientos religiosos...”, cit., p. 138, “al margen de la aplicación del principio procesal de *in dubio pro reo* que conduciría a un pronunciamiento absolutorio, habrá que tener presente que si se opta por la incriminación quizás lo que se esté provocando con ello es el denominado *chilling effect* o efecto de desaliente”.

Por ejemplo, tal sería el **caso de Javier Krahe**⁷⁸, absuelto por la SJP Madrid 8º, nº 235/2012, de 8 de junio [previamente se había sobreseído la causa, pero el AAP Madrid (Secc. 15ª), nº 28/2010, de 27 de enero, revocó el sobreseimiento y acordó que se celebrase juicio oral contra los acusados], luego confirmada por la SAP Madrid (Secc. 16ª), nº 224/2013, de 2 de abril. Se trataba de un vídeo, titulado “La Cristofagia”, grabado en 1977 y recogido en un álbum recopilatorio del cantautor, en el que se iba explicando, paso a paso, la receta para cocinar un cristo crucificado, aderezado con mantequilla y hierbas aromáticas. Dicho vídeo fue emitido el 15 de diciembre de 2004 en el programa “Lo + Plus”, que fue lo que motivó el juicio contra Krahe y la directora del programa, Montserrat Fernández Villa. La absolución se basó fundamentalmente en la ausencia del elemento subjetivo del injusto, que cifra en el propósito de afrentar, es decir, “causar afrenta, ofender, humillar, denostar”. En este sentido, afirma lo siguiente: “La creación artística, y el Sr. Krahe es un creador reconocido, tiene en ocasiones una dosis de provocación. La sátira y el recurso a lo irreverente han sido en no pocas ocasiones un recurso artístico para hacer crítica social, mostrando la oposición del creador a determinados modelos. Esta sátira se ha dirigido en especial a las distintas manifestaciones del poder. La religión, especialmente por cuanto se refiere a la mayoritaria en España, y la Iglesia como institución, han estado asociadas en la historia al poder y han sido por tanto también objeto de crítica legítima. No son infrecuentes en distintos ámbitos de la expresión, referencias críticas a símbolos o creencias religiosas. Si esto es así en la actualidad, lo fue especialmente en la época en la que el cortometraje en cuestión se elaboró”.

O el **caso de Leo Bassi**, respecto del que el AAP Valladolid (Secc. 2ª), nº 251/2011, de 9 de junio, revocó un auto inicial que admitía a trámite una querrela contra el citado actor y contra el Rector de la Universidad de Valladolid (como cómplice), por una parodia de Juan Pablo II durante la cual también consagraba preservativos que luego distribuyó entre el público que se encontraba en el Paraninfo de la UVA. Lo que la actuación del actor ponía de relieve “es un posicionamiento laico y, si se quiere, anticlerical del conferenciante sin que ello constituya realmente escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de la religión católica, ni vejación de quienes los profesan o practican, y tam-

⁷⁸ Sobre este caso particular, véase el comentario, entre otros, de GARCÍA AMADO, en *Dura lex* (13 junio 2012); y de GARCÍA RUBIO, ADC nº 67 (2014), p. 436 ss. Concretamente, GARCÍA AMADO pone de relieve cómo con esta decisión judicial, sumada a otras, “los jueces conviertan en papel mojado y vacíen de sentido un delito para el que no encontramos justificación razonable, como a mí me ocurre con este y como parece que opinan también los jueces de nuestro país y de este tiempo. Sin embargo, por evidentes razones de seguridad jurídica y de legitimidad, debería ser el legislador el que aligerara el Código Penal de este tipo de ilícitos con los que se usa el Código para dar gusto a todos y para que el sistema finja que está a la vez en la procesión y repicando”.

poco apreciamos un dolo de ofender los sentimientos religiosos de tal confesión”. Se trataba, dice el Auto, “de una mezcolanza de ideas, de gags, de comentarios sobre libros o artículos y de ocurrencias, teñido de un fondo humorístico, que vienen amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE); pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, sólo pueden entenderse como reflexiones o juicios subjetivos discrepantes con determinadas creencias religiosas, sin que se advierta un contenido que fomente el odio o escarnio de la religión católica ni frente a quienes la profesan, y sin que sea inferible un específico dolo de escarnecer o lesionar los sentimientos religiosos de los católicos, ni el ánimo de calumniar o injuriar a personas o colectivos de personas determinados”⁷⁹.

En cambio, la jurisprudencia de hace tres décadas no tuvo inconveniente en condenar por expresiones artísticas similares, como el caso de la STS de 14 de febrero de 1984, relativo a fragmentos de un poema publicado en el nº 78 (10-17 noviembre 1977) de la revista *Interviú*, en que se aludía al yacimiento de un centurión con Cristo crucificado y la descripción de los sentimientos por dicho acto. El TS consideró que dicho poema “implica burla y befa sobre la esencia de la pureza que contiene la religión católica, desprendiéndose de la narración, no solamente el carácter poético, del escrito, sino un predominio, sobre el mismo, del ánimo de menoscabar, ridiculizar, e injuriar a la Religión Católica”. Lo que sucede es que esta jurisprudencia mantiene una concepción del bien jurídico protegido no admisible, y flagrantemente inconstitucional, pues lo que se protege no es la religión (*supra* 2).

En definitiva, los criterios valorativos de distinción entre lo lícito y lo injusto en estos delitos residen en una exigencia objetiva, que suponga la adecuación de la conducta para ofender a los miembros de una confesión en sus sentimientos religiosos, por un lado, y por otro, en una exigencia subjetiva consistente en la presencia en el sujeto de un ánimo de ofender los sentimientos religiosos, el cual estaría ausente si dicho sujeto realiza la conducta con una finalidad crítica, divulgativa, docente, investigadora, artística u otra similar. Esta última finalidad excluiría la exteriorización de un juicio de valor subjetivo normativamente desvalorado en sí (como el total desprecio por los sentimientos religiosos ajenos), que es lo que, a mi entender, revela la intencionalidad ofensiva que inspira la conducta del sujeto.

⁷⁹ Posteriormente, se trató de presentar un recurso de casación, pero la AP Valladolid lo denegó (Auto de 17 de junio de 2011). Se presentó un recurso de queja ante el TS, que también lo rechazó (ATS 5 de marzo de 2012). Y no termina ahí el caso, porque Leo Bassi se querelló contra Libertad digital y Hazteoir por posibles delitos de calumnias e injurias hacia su persona. Sin embargo, el AAP Madrid (Secc. 2ª), nº 265/2012, de 12 de abril, confirmó la inadmisión a trámite de la querrela.

Respecto a este elemento subjetivo en el delito de escarnio constituido por el “ánimo de ofender” se ha mostrado especialmente crítico SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, quien cree que “no cabe mantener que [...] lo ilícito de la conducta se entienda fundamentado en un supuesto *animus iniuriandi* (intención ofensiva, de que el escarnio hiera los sentimientos), distinguible del dolo”⁸⁰.

Sin embargo, las razones que este autor esgrime para negar que lo ilícito de la conducta deba residir en la intención ofensiva del sujeto no parecen, a mi juicio, suficientemente convincentes.

En primer lugar, ciertamente tiene razón al señalar que no se puede concebir tal ánimo como la previsión de que lo manifestado vaya a ofender los sentimientos religiosos (o similares) de otro, pues entonces su contenido no se diferenciaría del propio del dolo. Pero es que el contenido del dolo se encuentra referenciado a los elementos objetivos del tipo, en este caso a desprestigiar, mofarse, bafarse, burlarse, vilipendiar los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa (o a quienes los practican o profesan, en la vejación); mientras que el contenido del elemento subjetivo del injusto adicional del dolo consistiría en la intención de ofender los sentimientos religiosos de esas personas. En la profanación esta separación se ve con mayor claridad. El dolo en la profanación se refiere a la ejecución de actos de profanación, es decir, a tratar a una cosa sagrada sin el debido respeto, mientras que el elemento subjetivo del injusto se refiere a la intención de ofender los sentimientos religiosos de las personas que profesan esa creencia.

Conforme a ello, si la conducta de burla de un dogma o de un rito se realiza con otra intención, como pueda ser la de criticar u otra similar, dejaría de estar reprobada socialmente y de ser punible por convertirse en atípica. En este sentido, PÉREZ MADRID considera que es precisamente en la exigencia de este elemento subjetivo del tipo adicional del dolo –intención de ofender–, y no en la destipificación de la conducta, donde cobra virtualidad el principio de intervención mínima del Derecho penal, el cual supone no castigar cualquier ataque a un bien jurídico, sino sólo aquellos ataques que revistan una especial gravedad por ser socialmente intolerables⁸¹.

En segundo lugar, aquel autor critica “los insuperables problemas probatorios que plantea la indagación procesal de la intención de ofender”. Sin embargo, estas dificultades probatorias se pueden aducir de cualquier elemento subjetivo del tipo, inclusive del mismo dolo, y no por ello se prescinde de estos elementos. Es más, los problemas probatorios en este delito los podemos encontrar incluso en la parte objetiva del tipo. Como afirma CUGAT MAURI, “la

⁸⁰ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, LL 1996-5, p. 1386.

⁸¹ PÉREZ MADRID, *La tutela penal del factor religiosos...*, cit., p. 227.

dificultad de prueba del elemento subjetivo no ha sido con todo el único obstáculo a la aplicación del delito, pues se requiere también de la prueba de la base objetiva de la ofensa, es decir, el escarnio de dogmas, etc., que no siempre es posible aun concurriendo una intención burlesca en el sujeto actuante”⁸². Por tanto, se puede producir la paradoja que “si se quiere ofender y se ofende pero no se ataca ningún dogma, rito, etc., no habrá delito”.

Y en tercer lugar, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO critica el modelo adoptado por el legislador español para la determinación del carácter ofensivo que lo califica de subjetivo (intención de ofender), frente al modelo alemán que gravita sobre el sentido social de lo exteriorizado (modelo objetivo). Sin embargo, el propio autor, siguiendo en este punto a QUERALT JIMÉNEZ⁸³, supera dicha crítica al situar el umbral de la ofensividad en un observador social imparcial. No obstante, a través de la exigencia de publicidad se puede entender delimitada ya objetivamente la ofensividad de la conducta por su adecuación para producir el resultado de escándalo o desagrado en los sujetos pasivos.

Si no he entendido mal, la crítica que este autor hace del elemento subjetivo del injusto hay que enmarcarla dentro de la más amplia de *lege ferenda* de supresión del delito de escarnio. Entiende que esta figura es redundante, superflua y perturbadora, y propone sustituirlo por el modelo alemán, como delitos de puesta en peligro de la paz pública.

Comparto su opinión de suprimirlo, en cuanto que no creo que se produzcan lagunas de punibilidad. Sin embargo, el CP/1995 no lo ha hecho, y no se puede decir que haya seguido el modelo alemán a la hora de configurarlo, sino más bien lo contrario, implícitamente lo ha desechado debido al cambio de ubicación sistemática que ha experimentado. En el ACP estos delitos contra los sentimientos religiosos se encontraban dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado, mientras que en el vigente CP pasan a formar parte de los delitos contra la Constitución (Tít. XXI). Es más, el modelo alemán comporta claramente un discriminación entre las convicciones religiosas mayoritarias y las minoritarias, porque una ofensa a éstas difícilmente resultará idónea para poner en peligro la paz pública, con lo que no recibirían ninguna protección penal.

Teniendo en cuenta el cambio de ubicación sistemática y la interpretación que he hecho del escarnio, como delito contra los sentimientos religiosos individuales, configurándolo además como un delito de resultado, de lesión y de

⁸² CUGAT MAURI, en VVAA: *Medios de comunicación y pluralismo religioso*, cit., p. 43, y pone como ejemplo la STS de 25 de marzo de 1993 y la SAP Sevilla de 7 de junio de 2004. A estas resoluciones se podrían añadir otras, como las que indiqué *supra* 5.3.

⁸³ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 897, quien afirma que “sólo cuando el *general* de la sociedad, no los portavoces de los presuntos afectados, considere intolerable el hecho procederá la apreciación del delito”.

manifestación, pretendo, moviéndome dentro del tenor literal del art. 525 CP, dar un poco de coherencia al mismo. De este modo, considero que se adecuaría mejor con los postulados de aconfesionalidad y de igualdad que nuestra Constitución establece como garantías para el ejercicio de la libertad ideológica, religiosa y de conciencia de los ciudadanos.

5.6. ESCARNIO DE NO CREYENTES

El apartado 2 del art. 525 CP sanciona con las mismas penas a quienes hagan escarnio de quienes no profesan religión o creencia alguna. La LOLR, al desarrollar el art. 16 CE, dispone que el derecho a la libertad religiosa comporta también el derecho de cualquier persona a no profesar ninguna religión. Con el apartado 2 del art. 525 CP se viene a extender la sanción penal, entonces, a quienes atenten contra ese derecho a no profesar ninguna religión, pero no desde la perspectiva del proselitismo ilegal (art. 522 CP), que consiste en imponer coactivamente una práctica religiosa, sino en cuanto que se atente contra su honor o dignidad por el mero hecho de no tener creencia religiosa alguna⁸⁴. Sin embargo, el modo en que se ha hecho “oscila –afirman CARBONELL MATEU y VIVES ANTÓN– entre lo curioso y lo ridículo”⁸⁵.

Parece evidente que el tenor literal del precepto adolece de algunos defectos de redacción. En primer lugar, la alusión a la falta de «*creencia alguna*» es intrigante, porque resulta muy difícil, por no decir imposible, encontrar a alguien sin ningún tipo de creencia, alguien que no crea en algo o en alguien. La referida expresión debe entenderse como equivalente a la ausencia de creencia religiosa alguna, pero no a cualquier creencia, porque si no el precepto no tendría sentido. Y en segundo lugar, a pesar de que la literalidad del precepto no lo especifique así, habrá que entender que el escarnio debe realizarse sobre esas personas, precisamente por no profesar religión o creencia (religiosa) alguna, y no por cualquier otra razón. Por ejemplo, pensemos en un colegio en el que el profesor de la asignatura religión sea un cura, que se dedica a vejar a los niños que no están bautizados, o que no practican su religión.

Por otro lado, la parquedad con que está redactado este precepto, obliga a cuestionarse algunos aspectos del mismo. En primer lugar, no se explica razo-

⁸⁴ JERICÓ OJER, “La relevancia penal de los sentimientos religiosos...”, cit., p. 140, advierte del sinsentido legal que es, según la rúbrica de la Sección, intentar proteger algo, los sentimientos religiosos, de los que el sujeto pasivo carece. “Todo esto apunta –concluye– a que, quizás, bajo la etiqueta de sentimiento religioso lo que quiere proteger el legislador sea un bien jurídico diferente, como por ejemplo el honor de un individuo que puede resultar lesionado por la realización de conductas que suponen una burla u ofensa de una persona por el hecho de no profesar creencia religiosa alguna”.

⁸⁵ CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, en *Comentarios...*, cit., p. 2026. GARCÍA AMADO, en *Dura lex* (13 junio 2012) dice que es “de lo más simpático”.

nablemente por qué se ha dejado de recoger expresamente un elemento subjetivo como el que está presente en su precepto correlativo, el párrafo anterior. No obstante, dado el paralelismo que existe entre ambos apartados (y buena prueba de ello es cómo empieza el nº 2: «*En las mismas penas incurrirán...*»), parece oportuno entender que está implícitamente contemplado dicho elemento subjetivo del injusto, que en este caso consistiría en el ánimo de ofender los sentimientos de libertad religiosa de quienes no profesan religión alguna⁸⁶. Y en segundo lugar, no se alcanza a comprender cuál es el motivo que justifica la exclusión de la comisión del escarnio «*mediante cualquier tipo de documento*», que está presente en la modalidad del párrafo anterior y no en ésta. En este apartado se exige solamente su comisión con publicidad, y de palabra o por escrito (conceptos ya estudiados).

⁸⁶ Lo admiten como contemplado implícitamente, entre otros, MORILLAS CUEVA, *Curso...*, cit. p. 740; IDEM, *DPE.PE*², p. 1077; POLAINO NAVARRETE, LH-Torío López (1999), p. 906; TAMARIT SUMALLA, *Comentarios...*, cit., p. 2005; en contra, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, LL 1996-5, p. 1386.