

¿VOX POPULI, VOX DEI? ESCARNIO DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS Y MORAL PÚBLICA

VOX POPULI, VOX DEI? MOCKERY OF RELIGIOUS FEELINGS AND PUBLIC MORALITY

Alberto José Ferrari Puerta

Investigador predoctoral FPU¹
Universidad Complutense de Madrid

Fecha de recepción: 30/07/2023.

Fecha de aceptación: 05/11/2023.

RESUMEN

El presente trabajo pretende dilucidar si la tutela penal de los sentimientos religiosos puede incluirse en el concepto de moral pública, concepto que, en el marco trazado por la Constitución de 1978, debe identificarse con el mínimo ético común compartido por la inmensa mayoría de la sociedad. Así, la primera parte del trabajo versará sobre la evolución histórica del concepto de moral pública, sobre su condición de límite de derechos fundamentales y sobre la idoneidad de su consideración como bien jurídico protegido por el ordenamiento penal. La segunda parte del mismo se destinará, en cambio, al análisis del delito de escarnio de los sentimientos religiosos del artículo 525 del Código Penal y a la exposición de las principales críticas vertidas contra el mismo. Finalmente, se determinará si el objeto de tutela del mencionado artículo puede considerarse como integrante de la moral pública.

PALABRAS CLAVE

Moral pública, libertad de expresión, derechos fundamentales, sentimientos religiosos, tratados internacionales de derechos humanos.

ABSTRACT

This paper aims to elucidate whether the criminal protection of religious feelings can be included in the concept of public morals, a concept which,

¹ Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Instituto Universitario de Ciencias de las Religiones.

in the framework established by the 1978 Constitution, must be identified with the common ethical minimum shared by most of the society. The first part of the paper will deal with the historical evolution of «public morality», its status as a limit to fundamental rights and the suitability of its consideration as a legal right protected by the criminal law. The second part of the paper, on the other hand, will be devoted to the analysis of the offence of mockery of religious feelings in Article 525 of the Spanish Criminal Code and the main criticisms levelled against it. Finally, it will determine whether the object of protection of this article could be considered as an integral part of public morality.

KEYWORDS

Public morals, freedom of expression, fundamental rights, religious feelings, international human rights treaties.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho y la moral: tan lejos, tan cerca. 3. La moral pública en la historia del constitucionalismo español. 4. La moral pública en la Constitución de 1978 y en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980. 5. La moral pública como bien jurídico protegido en el ordenamiento penal. 6. El delito de escarnio de los sentimientos religiosos del artículo 525 del Código Penal: breve análisis de su contenido. 7. Principales críticas doctrinales al delito del artículo 525: las dudas acerca de su constitucionalidad. 8. ¿Los sentimientos religiosos como parte de la moral pública? 9. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Vox populi, vox dei: «La voz del pueblo es la voz de Dios». Este aforismo, originariamente griego (empleado, entre otros, por Hesíodo), fue popularizado en su versión latina por Alcuino de York, teólogo anglosajón del siglo VIII, que empleó esta expresión en su *Admonitio Generalis*, código de legislación en materia religiosa y educativa elaborado por encargo de Carlomagno². Esta máxima ha sido utilizada con frecuencia para remarcar el carácter casi siempre acertado de la sabiduría popular.

² CARRASCO MANCHADO, A.I. «“Vana” o “divina” vox populi: la recreación de la opinión pública en Fernando del Pulgar». En NIETO SORIA, J.M. y LÓPEZ-CORDÓN CORTEZO, M. V. (eds.). *Gobernar en tiempos de crisis. Las quiebras dinásticas en el ámbito hispánico (1250-1808)*. Sílex, Madrid, 2008, p. 290

El aforismo expresa a la perfección el objetivo de este artículo: dilucidar si la protección penal de los sentimientos religiosos (que, metafóricamente, podríamos calificar como *vox dei*) puede incardinarse en el concepto de moral pública o, lo que es lo mismo, en el mínimo ético compartido por la mayor parte de la población en una determinada sociedad (que bien podría tildarse de *vox populi*). Para ello, primero debemos profundizar en el concepto, tanto histórico como actual, de moral pública; a continuación, debemos analizar el contenido del artículo 525 de nuestro Código penal, que castiga el escarnio de los sentimientos religiosos; y, finalmente, debemos determinar si este último concepto puede subsumirse en el primero.

2. EL DERECHO Y LA MORAL: TAN LEJOS, TAN CERCA

La distinción entre Derecho y moral constituye una de las lecciones principales en el ámbito de la Filosofía del Derecho. Bobbio, citando a Del Vecchio, distingue entre el carácter unilateral de la norma moral y la naturaleza bilateral de la norma jurídica³. Ello implica que esta última tiene un carácter relacional, puesto que opera en el marco de las relaciones entre individuos, afectando a los dos (o más) sujetos que conforman esa relación: concretamente, otorga derechos, en el seno de esa relación, al sujeto activo e impone los correlativos deberes al sujeto pasivo (carácter imperativo-atributivo). Por el contrario, la norma moral solo impone obligaciones al individuo que se rige por la misma (carácter meramente imperativo).

A partir de esta distinción básica, se han sucedido recurrentemente las discusiones iusfilosóficas acerca de la conexión entre ambos. En principio suele identificarse la concepción de la moral como base del Derecho con las posturas iusnaturalistas⁴, mientras que los positivistas se asocian a la completa autonomía de ambos conceptos. Sin embargo, esta interpretación peca de simplismo, en tanto que realmente ninguna de las dos posturas filosóficas establece una separación radical entre Derecho y moral, sino que la diferencia radica en el distinto concep-

³ BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*. Debate, Madrid, 1991, p. 27

⁴ Posición que se puede vislumbrar, entre otros, en GALLEGO, que sostiene que «entre el derecho y la moral cabe distinción, pero no separación». Cfr. GALLEGO GARCÍA, E. *Fundamentos para una teoría del Derecho*. 2.º edición. Dykinson, Madrid, 2011, p. 51).

to de «moral» que tiene cada postura: así, el iusnaturalismo (particularmente, el llamado «iusnaturalismo fuerte») considera que el Derecho solo es tal (o, por lo menos, solo es Derecho válido) si se ajusta a la llamada moral crítica o esclarecida, esto es, la considerada como moral correcta. Por su parte, el positivismo (y también algún sector del iusnaturalismo, denominado «débil» por algunos) no comparte ese concepto de moral, pero sí reconoce la existencia de la llamada moral social o positiva, es decir, la moral imperante en una sociedad durante una época concreta⁵. Al fin y al cabo, cualquier ordenamiento jurídico responde, de manera consciente o no, a una determinada concepción moral imperante en el momento de la promulgación de este⁶. Este concepto de moral positiva es, por ende, el punto de partida para comenzar a analizar el concepto de moral pública como límite de derechos fundamentales.

3. LA MORAL PÚBLICA EN LA HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

El término «moral pública» no es novedoso en el Derecho español, sino que ha estado presente en el mismo desde hace aproximadamente dos siglos, encontrándose ligado a la moral católica y actuando frecuentemente como límite del ejercicio de derechos fundamentales, particularmente de la libertad de conciencia. El carácter mayoritario de esta moral en la sociedad decimonónica y la naturaleza confesional de la inmensa mayoría de los ordenamientos constitucionales que precedieron a la Constitución de 1978 implicaban una identificación entre moral y catolicismo durante este periodo. Sin embargo, las Constituciones decimonónicas españolas que mencionan expresamente la moral como límite de derechos no hacen referencia expresa a la «moral pública», sino a la «moral» a secas (art. 21 de la Constitución de 1869, que consagra la moral como límite a la libertad religiosa) o a la «moral cristiana» (art. 11.2 de la Constitución de 1876, también estableciéndola como límite de la libertad religiosa). Curiosamente, el término «moral pública» es mencionado por vez primera en un texto constitucional

⁵ ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. «El sentido moral del imperio de la ley: tesis y consecuencias». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, edición especial (2017), p. 51.

⁶ PRIETO SANCHÍS, L. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Trotta, Madrid, 2013, p. 107.

español en el año 1931, en la Constitución de la Segunda República de 9 de diciembre de este mismo año. Así, el artículo 27 de la misma establecía que el derecho a la libertad de conciencia y de culto tenía como límite «el respeto a las exigencias de la moral pública». Dado el carácter laicista de la Constitución republicana, no podemos identificar este término con la moral católica, máxime si tenemos en cuenta que este límite operaba principalmente frente a la Iglesia católica en este periodo. Más bien debemos entenderlo, desde nuestro punto de vista, como un sinónimo de moral cívica o incluso de moral republicana, dado el carácter de democracia militante que tenía la Constitución de 1931⁷. El adjetivo «pública» desaparecería una vez más en las Leyes Fundamentales franquistas: así, el Fuero de los Españoles de 1945 señalaba, respecto del autodenominado «derecho» de libertad religiosa de su artículo 6, que la tutela jurídica del mismo salvaguardaría a su vez «la moral y el orden público». Sin embargo, en la Ley de Libertad Religiosa de 1967 sí que se reintroduce el concepto de «moral pública», en un sentido totalmente distinto al de la Constitución republicana, en el artículo 2.1, donde se menciona, entre las numerosas limitaciones al ejercicio de la libertad religiosa, el respeto a «la moral, la paz y la convivencia públicas y a los legítimos derechos ajenos, como exigencias del orden público». En este caso, una interpretación sistemática del precepto nos lleva a afirmar que aquí la moral pública sí debe entenderse en el sentido de moral católica, tanto por el confesionalismo doctrinal que caracterizaba por aquel entonces al Estado español como por el hecho de que en el mismo artículo 2.1 se establece «el respeto a la Religión católica» como otra de las limitaciones a la libertad religiosa. Por tanto, podemos afirmar que el sentido del concepto

⁷ Tal vez el mayor reflejo del carácter militante de la democracia republicana lo encontramos en la Ley de Defensa de la República (LDR), aprobada por las Cortes Constituyentes el 21 de octubre de 1931, que castigaba con multa de hasta diez mil pesetas o incluso con la pena de exilio interior conductas como «toda acción o expresión que redunde en menosprecio de las instituciones u organismos del Estado» (1.5 LDR) o «la apología del régimen monárquico o de las personas en que se pretenda vincular su representación» (1.6 LDR). Aunque se trataba de una ley excesivamente restrictiva de derechos fundamentales, consideramos que su calificación de «dictatorial» está fuera de lugar, y fue incluso desechada en aquella época por los detractores de la ley. Hemos hablado de esta Ley en FERRARI PUERTA, A.J. «Iglesia y Estado durante el periodo constituyente de la Segunda República española (1931-1933)». *Laicidad y Libertades*, n.º 19, 2019, pp. 274-275. Sobre esta cuestión, también vid. FERNÁNDEZ SEGADO, F. «La defensa extraordinaria de la República». *Revista de Derecho Político*, n.º 11, invierno 1981-1982, pp. 105-136

«moral pública» en el periodo inmediatamente anterior a 1978 sí que era equiparable al de «moral católica».

4. LA MORAL PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y EN LA LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD RELIGIOSA DE 1980

Con el advenimiento de la Constitución de 1978, el concepto de moral pública como límite de derechos fundamentales necesariamente tenía que cambiar su significado. La moral pública no aparece expresamente como límite a la libertad religiosa en el artículo 16 CE, pero sí que lo hace en el artículo 3.1 de la LOLR, en tanto que elemento integrador del orden público⁸. A pesar del empeño inicial de algunos autores de seguir identificando el concepto de moral pública con el de moral cristiana después de la promulgación del texto constitucional⁹, el carácter laico de la nueva Norma Fundamental impedía entonces y sigue impidiendo ahora llevar a cabo dicha identificación. Asimismo, tampoco es aceptable la equiparación entre moral pública y moral «mayoritaria» si entendemos esta como moral que profesa la mayoría de la población, pues, además de tratarse de un concepto excesivamente indeterminado, ello también quebrantaría el principio de laicidad, puesto que discriminaría a las «morales minoritarias», que deben ser igualmente tuteladas. Cabe preguntarse, pues, cuál podría ser una definición del concepto ajustada al texto constitucional.

El Tribunal Constitucional respondió a esta cuestión en su sentencia 62/1982, de 15 de octubre, donde consagró la moral pública como límite no de la libertad religiosa, sino de la libertad de expresión, a pesar de que no estaba prevista como tal ni en la Constitución ni en ninguna otra norma interna española. Esta sentencia resulta, pues, de especial interés para el tema que nos ocupa, puesto que precisamente lo que estamos analizando en este capítulo es si los sentimientos religiosos pueden ser un límite a la libertad de expresión.

⁸ El artículo 3.1 de la LOLR establece que el orden público (el cual, como sabemos, constituye un límite a la libertad religiosa según el artículo 16.1 CE) está formado por cuatro elementos: los derechos de los demás, la seguridad pública, la salud pública y la moral pública.

⁹ CALVO ÁLVAREZ, J. *Orden público y factor religioso en la Constitución española*. EUNSA. Pamplona, 1983, p. 254

El supuesto de hecho de la sentencia consistía en la publicación y distribución de un libro ilustrado destinado a la educación sexual de niños y jóvenes, titulado «A ver». El carácter explícito de algunos de los mensajes e imágenes que aparecían en el libro condujo al procesamiento de su editor por un delito de escándalo público, por el que finalmente sería absuelto en primera instancia (donde se le condenó únicamente por una falta de imprenta), pero condenado por el Tribunal Supremo. Interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, este declara primeramente que, aunque la Constitución no lo prevea expresamente, el legislador puede restringir la libertad de expresión con base en la moral pública, puesto que así lo prevén los textos internacionales de derechos humanos ratificados por España (entre otros, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 29.2, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 o el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el segundo apartado de su artículo 10), a los que remite el artículo 10.2 CE. A continuación, señala que la moral pública no puede ser entendida, como se hacía antaño, en un sentido católico, sino que debe ser interpretada partiendo de los principios y valores constitucionales. Dicho esto, define que la moral pública es el «mínimo ético» o «elemento ético común de la vida social», y que se caracteriza por su carácter contingente, dependiendo de cada época y lugar. Acto seguido, enjuicia si la pornografía es *per se* contraria a la moral pública, afirmando que no siempre será así, sino que dependerá de factores como la manera de distribuirla, su publicidad o los receptores de la misma. Respecto de esto último, considera que la pornografía podría ser restringida en algunos casos incluso aunque vaya dirigida a adultos, pero recalca que cuando el límite de la moral pública adquiere una mayor intensidad es cuando este tipo de material se dirige contra menores. Por último, aplicando todo lo anterior al caso concreto y tras recalcar que no le corresponde entrar en los hechos probados, afirma que la condena y la pena impuesta no son desproporcionadas, por lo que desestima el amparo.

Varias conclusiones podemos extraer de esta sentencia: en primer lugar, incardina la moral pública dentro de los límites a la libertad de expresión a pesar de la ausencia de mención expresa a la misma en el artículo 20 CE; en segundo lugar, desprende cierto resabio conservador, algo inevitable si tenemos en cuenta que el país, y particularmente la Administración de Justicia, se encontraba convaleciente después de tantas décadas de dictadura nacionalcatólica: así, la resolución abre la

puerta a una censura de la pornografía hacia mayores de edad que difícilmente sería justificable en nuestro tiempo desde el punto de vista jurídico. En tercer lugar, y a pesar de lo anterior, se desecha en la sentencia una visión de la moral identificada con un credo religioso determinado, y la define como el mínimo ético que rige en la sociedad en cada época, lo que, en nuestra opinión, se acerca al sentido que podía tener este concepto en la Segunda República, aunque prescindiendo, evidentemente, tanto de su carácter laicista como de la naturaleza militante de su democracia. Por último, la resolución parece focalizar la moral pública en las cuestiones sexuales, especialmente las que guardan alguna relación con los menores, favoreciendo así la subsunción de la moral pública en el artículo 20.4 CE, que establece como límites a la libertad de expresión la protección de la juventud y la infancia.

Por otra parte, también resulta relevante la STC 176/1995, de 11 de diciembre, relativa a la publicación del polémico cómic francés «Hitler=SS» en España por parte de la Editorial Makoki S.A. Dos asociaciones pertenecientes al movimiento memorialista del Holocausto, B’Nai BIRTH y el Amical de Mauthausen, denunciaron por un delito de injurias al editor de la obra, puesto que en la misma se abordaban las atrocidades nazis desde una perspectiva burlesca, escatológica y humillante para las víctimas. El *iter* judicial culminaría con una sentencia condenatoria del Tribunal Supremo, que sería recurrida en amparo. El Tribunal Constitucional, que desestima el mismo, fundamenta principalmente su fallo en la ponderación entre la libertad de expresión y el derecho al honor, pero igualmente se pronuncia, aunque no sea expresamente, sobre la moral pública como límite a la libertad de expresión, que es lo que ahora mismo nos concierne. Sostiene así que la obra puede ser calificada de pornográfica, recalcando el carácter obsceno de toda ella y la absoluta ausencia de valores positivos en la misma. Señala además que el grado de pornografía que se alcanza en la obra no es tolerable para la sociedad española, máxime si se tiene en cuenta que el público objetivo del cómic está compuesto, según la sentencia, por niños y jóvenes. Para terminar esta argumentación, recalca que la restricción a la libertad de expresión por estos motivos se ampara en el artículo 10.2 CEDH, que establece la moral como un límite legítimo a la libertad de expresión.

Curiosamente, y a diferencia de lo que hizo en la sentencia de 1982, aquí no hace referencia explícita a la moral pública como límite inte-

grante del artículo 20.4 CE. Aun así, se reiteran, aunque matizados, muchos de los argumentos de aquella: así, se vuelve a asociar el límite de la moral pública con las obras pornográficas, aunque el concepto de «pornografía» que aquí se maneja no se refiere únicamente al sexo explícito con ánimo de excitar (que es, por otra parte, la definición de la palabra en el DRAE), sino más bien al contenido obsceno, aberrante y escatológico en extremo, sin perjuicio de que también incluya algún elemento sexual. Por otra parte, vuelve a asociarse discretamente la moral pública con la protección de la infancia y juventud, al señalarse que el cómic va dirigido especialmente a niños y jóvenes, afirmación que, por otra parte, no se sustenta en prueba alguna. Con todo, esta asociación solo se menciona una vez en la sentencia, que probablemente habría dictado el mismo fallo aun reconociendo que la obra iba exclusivamente destinada al público adulto: no en vano, señala que la «sociedad española» en general (y no solo la juventud española, o los niños españoles) no está preparada para aguantar semejante grado de pornografía.

A la argumentación de la sentencia se le pueden poner, en nuestra opinión, algunas objeciones, aparte de las que ya hemos adelantado en el párrafo anterior: primeramente, al señalar que la obra carece de valores positivos, está realizando un juicio valorativo de la misma, a pesar de que, como se dice en la propia sentencia, el mal gusto que desprende una publicación nunca puede servir de fundamento para su prohibición; y, en segundo lugar, se opta nuevamente por legitimar la prohibición de material pornográfico incluso aunque este vaya dirigido solo a los adultos, restricción que difícilmente se colige con el derecho de libertad de expresión y que pone de manifiesto una concepción de la ciudadanía como incurra en una «minoría de edad mental» que es difícilmente aceptable en un Estado democrático.

A modo de cierre de este recorrido constitucional en torno a la moral pública, podemos concluir que el concepto hoy en día se encuentra despojado de todo significado religioso y se puede definir como mínimo ético imperante en la sociedad; que constituye un límite a la libertad religiosa en virtud del artículo 3.1 LOLR, y, según los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España, también lo es con respecto a la libertad de expresión; y que, aunque guarda una estrecha vinculación con la moral sexual y especialmente con la protección de la infancia y de la juventud, no es plenamente equiparable a

estos conceptos, por lo que la puerta quedaría abierta a otro tipo de restricciones con base en la moral pública que no guarden relación (o solo estén lejanamente relacionados) con estos motivos.

A partir de esta definición constitucional, la doctrina se ha preguntado qué otras materias distintas a la pornografía y la protección de la infancia se podrían integrar dentro del concepto de moral pública. Uno de los temas que suscita estas dudas es la emisión de mensajes vejatorios hacia la mujer. Sobre esta cuestión algún autor ha argumentado que no constituiría un atentado contra la moral pública, sino que se trataría de un ataque a los principios constitucionales de dignidad (10 CE) e igualdad (14 CE), añadiendo que una concepción demasiado amplia de la moral pública permitiría fundar en ella, en última instancia, cualquier ataque a los principios y valores constitucionales¹⁰. Los defensores de esta postura recalcan que el Tribunal Constitucional ha circunscrito el concepto a la protección de los menores, por lo que, salvo que estos últimos fuesen los destinatarios de los mensajes humillantes hacia las mujeres, estos no se podrían restringir con base en la moral pública¹¹.

Nosotros no estamos de acuerdo con esta postura. De las sentencias del Tribunal Constitucional no se puede deducir, desde nuestro punto de vista, que la moral pública se limite únicamente a la protección de los menores. Esta es solo una de sus facetas, pero no la única. Tampoco creemos que haya que establecer esa radical separación entre los valores y principios constitucionales y el concepto de moral pública. Por el contrario, creemos que todo ataque a un valor, principio o derecho fundamental constituye también un ataque a la moral pública. Los mensajes denigratorios hacia las mujeres no son una excepción, pudiéndose englobar en este concepto, sin perjuicio de que, simultáneamente, comporten una vulneración de un principio o de un derecho fundamental¹². Sin embargo, falta por dilucidar si estos valores y principios son un elemento de la moral pública o son *el único* elemento que conforma la moral pública. Según esta última postura, la moral pública

¹⁰ DEL MORAL SÁNCHEZ, A. «Niños y bestias en el arte y el papel de la moral pública como límite a la creación artística». *Indret*, n.º 4/2016, pp. 14-15

¹¹ *Ibid.*, p. 15

¹² AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, F. «Ampliando el concepto de orden público como límite a los derechos fundamentales. Comentario a la sentencia del TEDH núm. 43835/2011, ECHR 2014, de 1 de julio de 2014 (S.A.S. c. Francia)». *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, n.º 14, 2014, p. 41

solo podría emanar del propio ordenamiento constitucional y no de cualesquiera convicciones morales sostenidas por determinados grupos sociales, por mucho que dichas convicciones hayan sido asumidas por la mayor parte de la sociedad. Desde esta perspectiva, la moral pública no sería más que un sinónimo o término aglutinador de los derechos, valores y principios constitucionales. Esta postura solo permitiría enarbolar la moral pública para restringir un derecho fundamental cuando bajo este nombre se estén alegando los derechos ajenos o los valores constitucionales.

Nosotros solo coincidimos parcialmente con la postura anterior: por un lado, es cierto que, en línea con lo que ha sostenido la doctrina¹³, no procede, a nuestro juicio, restringir derechos fundamentales con arreglo a un criterio exclusivamente ético o moral, por mucho que este último sea compartido por la mayor parte de la sociedad. Sin embargo, el problema de esta interpretación radica en que se reduce la moral pública a su condición de límite de derechos fundamentales, la cual sin duda es una de sus facetas más relevantes, pero no la única. Sin ir más lejos, este concepto también puede constituir el fundamento de la tutela jurídica de un determinado bien social que no necesariamente tiene que venir contemplado en la Constitución. Un ejemplo claro de esto lo encontramos en la protección del bienestar animal: el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el fundamento de esta protección en su sentencia 81/2020, de 15 de julio, en la que se enjuicia la constitucionalidad de una ley autonómica de La Rioja (la Ley 6/2018, de 26 de noviembre), relativa a la protección de los animales. En el FJ 11.º de dicha sentencia se afirma que la protección y bienestar de los animales es un «bien de rango infraconstitucional», que en ningún caso se puede equiparar a la dignidad humana consagrada en el artículo 10 CE. Sin embargo, recalca que es totalmente legítimo para el legislador la adopción de medidas en el marco de sus competencias que pretendan asegurar la protección y el bienestar de los animales, añadiendo que otorgar dicha protección es signo de «progreso moral» en la sociedad. Asimismo, señala que el Convenio europeo sobre protección de animales de

¹³ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. «Confesionalidad y laicidad en la Constitución española de 1978». En PÉREZ-AGOTE POVEDA, A. y SANTIAGO GARCÍA, J.A. (coords.). *Religión y política en la sociedad actual*. Editorial Complutense-Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2008, p. 156.

compañía de 1987 establece expresamente la «obligación moral» de respetar a todos los seres vivos. En definitiva, en esta sentencia el Tribunal Constitucional integra la protección de los animales, bien infraconstitucional, dentro de la moral pública. Cuestión distinta es que, aunque la protección de los animales no sea un bien constitucionalmente relevante, la categoría de moral pública, en sí misma considerada, sí pueda ser concebirse como tal, como luego veremos.

Por último, algunos autores han censurado que el Tribunal Constitucional haya configurado la moral pública como límite de la libertad de expresión amparándose en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España, cuando realmente dicho límite no se encuentra expresamente previsto en el artículo 20.4 CE¹⁴. Asimismo, han recalcado que el hecho de que en esos tratados se prevean una serie de límites al ejercicio de un derecho no quiere decir que estos operen automáticamente como límites en el derecho interno de los Estados parte en esos tratados, sino que los límites que se recojan en los ordenamientos de dichos Estados deberían corresponderse con alguno de los límites que se prevén en los tratados¹⁵. Esta es, según estos autores, la forma en que se debe entender la cláusula interpretativa del artículo 10.2 CE, de manera que los límites que no se encuentran expresamente previstos en la Constitución no deberían ser de aplicación.

La forma en que se debe interpretar la cláusula del artículo 10.2 en relación con los tratados de derechos fundamentales suscritos por España es una cuestión abordada por la doctrina constitucionalista e internacionalista durante décadas. Básicamente, las discusiones en torno a dicho artículo que nos conciernen son dos: la primera versa sobre si los tratados de derechos fundamentales se integran en el ordenamiento constitucional o simplemente sirven como cláusula interpretativa del mismo; la segunda, sobre si es posible introducir nuevos límites, deducidos de los contemplados en los tratados, a los derechos reconocidos en la Constitución.

En relación con la primera de las cuestiones, debemos refutar la teoría según la cual los derechos fundamentales reconocidos en los tratados entran a for-

¹⁴ DE OTTO Y PARDO, I. *Derechos fundamentales y Constitución*. Civitas, Madrid, 1988, p. 115. *Apud* DE LA MONTAÑA FRANCO, C. «La moralidad como límite a la libertad de expresión». *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. XI, 1994, p. 294.

¹⁵ *Ibid.*

mar parte del ordenamiento interno. Esta postura, a nuestro juicio, supondría confundir el artículo 10.2 con el artículo 96 CE, que establece la inclusión en el ordenamiento interno de los tratados internacionales ratificados por España y publicados en el BOE. Creemos, pues, que más bien debemos considerarlo un canon de interpretación de la Constitución. Coincidimos, no obstante, en que la interpretación conforme a los Tratados muchas veces supondrá la asunción, por parte del intérprete supremo de la Constitución, de nuevas facetas de los derechos constitucionales, y que resulta difícil desligar la interpretación conforme a los Tratados de su integración en el ordenamiento, pues toda interpretación supone también, en cierto modo, una innovación en el Derecho¹⁶. Pero ello no implica que la interpretación deje de ser tal, y esta, por definición, no equivale a la importación de preceptos.

La segunda de las discusiones, relativa a si se pueden extraer de los textos internacionales nuevos límites a los derechos constitucionales, necesariamente debe tener, en coherencia con lo dispuesto en el párrafo anterior, una respuesta negativa. Sin embargo, incluso aunque defendiéramos que los preceptos que regulan derechos fundamentales en los tratados entran a formar parte del ordenamiento interno, nuestra respuesta a esta segunda cuestión seguiría siendo la misma. Ello se debe a que, siguiendo a uno de los máximos exponentes de la doctrina internacionalista¹⁷, entendemos que la remisión del artículo 10.2 no estaba pensada en ningún caso para restringir derechos fundamentales, sino que, por el contrario, pretende una interpretación expansiva de los mismos, sirviéndose de las correlativas regulaciones de estos derechos en los tratados firmados por el Estado español.

5. LA MORAL PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ORDENAMIENTO PENAL

Una vez expuestas las características del concepto de moral pública que, a nuestro juicio, impera en nuestro ordenamiento, debemos dilu-

¹⁶ SAIZ ARNAIZ, A. «Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos». En RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.E. (Dir.). *Comentarios a la Constitución española. Tomo I*. BOE-Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, p. 233

¹⁷ SÁNCHEZ RODRIGUEZ, L.I. *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español*. International Law Association-Sección española, Madrid, 1984, p. 88

cidar si la moral pública puede ser objeto de tutela penal, o, lo que es lo mismo, si esta puede ser un bien jurídico protegido.

Debemos indicar primeramente que algunos de los más cualificados exponentes de la doctrina española y extranjera afirman que, para articular determinado bien social como bien jurídico protegido, es necesario que este sea un bien que goce de relevancia constitucional¹⁸, pues solo un bien de esta naturaleza puede justificar una limitación o privación de libertad como la que acarrearán los preceptos del Código penal¹⁹. Según esta postura, la Constitución y los valores y bienes en ella consagrados actúan, pues, como límite al *ius puniendi* del legislador ordinario.

Si partimos de esta premisa, la siguiente pregunta que nos debemos formular es si la moral pública es un bien constitucionalmente relevante. Anteriormente hemos visto que se pueden integrar en el concepto de moral pública bienes de rango infraconstitucional, como la protección de los animales frente al maltrato, que también es, por otra parte, objeto de tutela penal, como veremos después. Es cierto que, desde la premisa expuesta en el párrafo anterior, podría discutirse la idoneidad de la tutela penal de los animales, pero no entraremos ahora a pronunciarnos sobre ello, sino que nos limitaremos a dilucidar si la moral pública, en sí misma considerada, puede reputarse como un bien constitucionalmente relevante.

Como hemos visto, la moral pública es un límite a la libertad religiosa en virtud del artículo 3.1 LOLR, la cual, en tanto que norma de referencia para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una disposición (así se hizo en la STC 46/2001, de 15 de febrero), puede considerarse integrada en el bloque de la constitucionalidad, al menos en lo que respecta a sus cuatro primeros artículos²⁰. También constituye, según el Tribunal Constitucional, un límite a la libertad de expresión, posición respecto de la que ya hemos explicado nuestras objecio-

¹⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Introducción a la teoría jurídica del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 12; ROXIN, C. «El bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen». *RECPC*, 15-01, 2013, p. 23.

¹⁹ Coincidimos con ÁLVAREZ GARCÍA (*Ibid*, p. 23) en que toda sanción penal, y no solo la pena de prisión, conlleva una privación de libertad, ya sea directa o indirecta.

²⁰ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. «Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después». *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 54, n.º 1, 2006, pp. 93-94

nes, dado que nos oponemos a la importación, con base en el artículo 10.2 CE, de nuevos límites a los derechos fundamentales. En cualquier caso, esta condición de límite de derechos fundamentales que tiene la moral pública²¹ la convierte, a nuestro juicio, en un bien constitucionalmente relevante y, por ende, en merecedor de tutela penal²². Una posición similar a la que, en Alemania, defiende uno de los más reputados penalistas de este país, el cual considera que la moral pública, que aparece como límite al libre desarrollo de la personalidad en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn, podría servir como fundamento al castigo de determinadas conductas, siempre que este sea de escasa entidad²³.

No obstante, debemos matizar que el concepto de moral pública que aquí manejamos, y que es el único que a nuestro juicio puede ser objeto de tutela penal, es el mínimo ético común compartido por la inmensa mayoría de la sociedad, al que antes nos hemos referido. Este mínimo ético no debe confundirse en ningún caso con la moral profesada por un determinado grupo ideológico o religioso, aunque sea mayoritario²⁴. En este sentido, resulta pertinente traer a colación la ya clásica disputa entre los prestigiosos juristas británicos Patrick Devlin (Lord Devlin) y Herbert Hart a propósito de la decisión, adoptada en 1957 por la llamada Comisión Wolfenden (*Wolfenden Committee*), de derogar los delitos de homosexualidad y prostitución, hasta entonces existentes en el país, al considerar que constituían una injerencia ilegítima en la moral privada de los ciudadanos. Devlin se opuso a esta despenalización, al entender que las creencias morales mayoritarias en la sociedad, en

²¹ VIVES ANTÓN se muestra crítico con esta concepción, sosteniendo que «no cabe inferir de la referencia constitucional a la protección de la juventud y de la infancia ninguna atribución directa del papel de límite de las libertades a la moralidad». Sin embargo, seguidamente matiza: «su incidencia en tal limitación solo puede tener lugar a través de su repercusión en el orden público o en el proceso de formación y desarrollo de los jóvenes, esto es, a través de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos» (VIVES ANTÓN, T.S. «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo». *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 25, 2004, p. 411).

²² Recordemos que el hecho de que sea merecedor de tutela penal no significa que necesariamente deba ser tutelado penalmente (ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Introducción... Op. cit.*, pp. 16-17).

²³ ROXIN, C. «El bien jurídico... *Op. cit.*», pp. 24-25.

²⁴ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. «Bioética, moral pública y Derecho». En VV. AA. *Teoría de la justicia y Derechos Fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. Dykinson, Madrid, 2008, p. 777

tanto que garantes de la cohesión de esta, deben ser protegidas penalmente. Ello implicaba, según él, el castigo de aquellos comportamientos inmorales que suscitasen una particular repugnancia a los ciudadanos, desde el punto de vista del hombre razonable (*reasonable man standard*). Por el contrario, Hart sostenía que la imposición de la moral mayoritaria a las minorías disidentes (que resultaba ser, según él, una versión renovada del viejo aforismo romano *vox populi, vox Dei*, presente en el título de nuestro trabajo) no era compatible con un sistema democrático, y que, aunque era inevitable que dicha moral influyera en el proceso de elaboración y aprobación de las leyes, estas no debían tomar intencionadamente como referencia esta moral dominante²⁵. Sin duda las tesis de Hart son las que deben imperar en todo Estado democrático y, por ende, también en el nuestro: ningún grupo con una cosmovisión determinada, religiosa o no, puede hacer prevalecer su moral sobre el resto. En consecuencia, el mínimo ético que conforma la moral pública debe ser susceptible de compartirse por personas adscritas a diferentes grupos religiosos e ideológicos, gozando así de un consenso social cercano a la unanimidad²⁶. En nuestra opinión, solo una moral pública así entendida puede ser objeto de protección penal.

A tenor de lo anterior, procederemos a analizar dos ejemplos de preceptos penales que responden, bien de manera explícita, bien subliminalmente, a concepciones morales. Determinaremos si dichas concepciones son compatibles con el concepto de moral pública al que nos hemos referido o si, por el contrario, son creencias morales de un determinado grupo social que no deberían haberse elevado a la categoría de bien jurídico.

²⁵ Sobre la polémica entre Devlin y Hart, *vid.* MALEM, J. «La relación entre el derecho y la moral. La disputa Devlin-Hart». *Debate feminista*, n.º 18, 1998, pp. 33-52; VÁZQUEZ ALONSO, V.J. «Libertad de expresión y religión en la cultura liberal de la moralidad cristiana al miedo postsecular». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 146, mayo-agosto 2016, pp. 309-310; LÓPEZ CALERA, N. «Democratización moral y derecho penal». En VV. AA. *Vinculación del juez a la ley penal*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 122-125

²⁶ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. «Libertad de conciencia, identidad sexual y moral pública». En ARECES PIÑOL, M.T. (Coord.). *Estudios jurídicos sobre persona y familia*. Comares, Granada, 2009, p. 26

El primer precepto penal que va a ser objeto de nuestro análisis es el que castiga el maltrato animal (340 bis C.P.²⁷). Ya hemos comentado que tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional consideran que el fundamento de dicha protección es de carácter moral. Entendemos que esta obligación moral de no maltratar a los animales es compartida por la práctica totalidad de la población. Hay quien podría refutar esta afirmación indicando que el espectáculo de la tauromaquia suscita grandes divisiones en la sociedad española entre quienes defienden su carácter de tradición cultural a preservar y quienes denuncian que supone un maltrato animal intolerable. Sin embargo, el artículo sorteja esta polémica, al excluir del tipo penal a las «actividades legalmente reguladas», en las que se incluye la tauromaquia en virtud de la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural. De esta manera, el artículo solo asume como objeto de protección el mínimo ético sobre el que existe consenso social, esto es, la proscripción del maltrato animal que no se produzca en eventos culturales legalmente permitidos. Asimismo, acalla cualquier tipo de acusación que se pueda dirigir contra él sobre una supuesta imposición de la «ideología animalista» (término usado en la citada STC 81/2020) a través del artículo. En definitiva, podemos afirmar que el bien jurídico protegido en este caso sí que se corresponde con la moral pública²⁸.

²⁷ Reproducimos aquí el párrafo primero del apartado 1 del del artículo 340 bis, que constituye el más relevante a efectos de nuestro análisis: «Será castigado con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de seis a doce meses y con la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales el que fuera de las actividades legalmente reguladas y por cualquier medio o procedimiento, incluyendo los actos de carácter sexual, cause a un animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano lesión que requiera tratamiento veterinario para el restablecimiento de su salud».

²⁸ Con todo, hemos de destacar que existe una tendencia creciente en nuestro Derecho a concebir a los animales como merecedores de tutela por sí mismos, en tanto que «seres sintientes». La 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, es un claro reflejo de esta tendencia. Sobre esta cuestión, vid. REY PÉREZ, J.L. «Los animales en el sistema jurídico, ¿meros seres sintientes, pacientes o agentes morales?». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 49, 2023, pp. 710-721; JIMÉNEZ CARRERO, J. A. «La Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales: análisis y carencias». *Revista de Derecho UNED*, n.º 32, 2023, pp. 207-230

La otra clase de delitos que consideramos subsumibles en la categoría de moral pública son los delitos que hasta la Ley Orgánica 6/2022, de garantía integral de la libertad sexual, se denominaban delitos «contra la indemnidad sexual» de los menores de dieciséis años y que hoy se consideran delitos contra la libertad sexual potencial de los mismos (arts. 181 a 183 bis C.P.). Sobre estos delitos, han sido frecuentes las críticas doctrinales acerca de sus pretensiones moralizantes: en este sentido, la doctrina ha discrepado, entre otros aspectos, del propio concepto de «indemnidad», que introdujo la citada LO 11/1999²⁹ y del que prescinde la LO 6/2022, o del incremento de la edad penal de consentimiento sexual de los trece a los dieciséis años por parte de la LO 1/2015³⁰. Respecto a estas opiniones, debemos indicar que guardamos ciertas reservas, poniendo en duda, por ejemplo, que el concebir la sexualidad de los menores como intangible hasta que alcancen una determinada edad traiga causa de un planteamiento moral. Sin embargo, no entraremos en una valoración a fondo de las mismas, porque lo que nos interesa, a efectos del tema que nos ocupa, es determinar si, incluso en el caso de que entendiéramos de que estos preceptos penales respondieran a una concepción moral, esta protección penal sería legítima porque recaería sobre la moral pública. En realidad, la respuesta ya la encontramos en las páginas anteriores de este apartado, en las que hemos explicado cómo el propio Tribunal Constitucional ha apreciado una estrecha conexión entre este concepto y la protección de los menores. Frente a esto alguno podría aducir que, como acabamos de ver, una parte de la doctrina ha vertido furibundas críticas contra las tendencias moralizantes en la regulación de estos delitos, por lo que no parece existir un consenso social tan amplio como el que exige la categoría de moral pública. Sin embargo, frente a esta opinión nosotros alegamos que, aunque puedan existir ciertas discrepancias puntuales en torno al tratamiento de la sexualidad de los menores, la práctica totalidad de la sociedad coincide en que esta debe ser objeto de una protección específica y distinta a la de la sexualidad de los adultos, ya que, al tratarse de personas que aún se encuentran en una fase de formación de su personalidad, en ningún caso pueden gozar de una capacidad de autodeterminación sexual equivalente a la de una perso-

²⁹ DIEZ RIPOLLÉS, J.L. «El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.º época, n.º 6, 2000, pp. 80-81

³⁰ DIEZ RIPOLLÉS, J.L. «Alegato contra un derecho penal sexual identitario». *RECPC*, n.º 21, 2019, p. 14

na adulta. En consecuencia, la defensa de una tutela diferenciada de la sexualidad de los menores, ya sea bajo la rúbrica de «indemnidad» o de «libertad sexual potencial», es compartida por todos, y, por ello, puede considerarse como integrante de la moral pública³¹.

6. EL DELITO DE ESCARNIO DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS DEL ARTÍCULO 525 DEL CÓDIGO PENAL: BREVE ANÁLISIS DE SU CONTENIDO

El delito de escarnio de los sentimientos religiosos del artículo 525 del Código Penal fue introducido en el Código Penal de 1995. Dicho precepto establece lo siguiente:

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.*

Dicho artículo sustituyó al viejo delito de escarnio del artículo 209 del Código Penal de 1973, que castigaba a quien, oralmente o por escrito, ultrajara «los dogmas, ritos o ceremonias» de la religión católica o de «confesión reconocida legalmente», en referencia al reconocimiento de algunas confesiones no católicas de mano de la Ley de 1967. En dicho precepto, la comisión del escarnio en lugar de culto operaba como una modalidad agravada del delito, castigándose con la pena de prisión menor, mientras que el tipo básico (esto es, la realización de dicho escarnio fuera de un lugar de culto) se sancionaba con la pena de arresto mayor. Por el contrario, el actual artículo 525 no realiza, al me-

³¹ En el concepto de moral pública también se incardinarían tanto la tipificación, en el artículo 186 C.P., de la difusión de material pornográfico entre menores, como las medidas recientemente anunciadas por el Gobierno de España para poner coto al acceso de los menores a la pornografía en Internet. Al respecto, vid. MARTÍNEZ OTERO, J. M. «¿Resultado constitucional restringir la pornografía en internet? Bases para repensar el estatuto jurídico del discurso pornográfico». *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 35, 2021, pp. 13-20

nos teóricamente, ninguna distinción entre las diferentes creencias religiosas, y ni siquiera entre creyentes y no creyentes, extendiendo la condición de sujeto pasivo de este delito, en su apartado segundo, a ateos y agnósticos.

El delito del artículo 525 castiga en su primer apartado el escarnio contra dogmas, creencias, ritos o ceremonias religiosas, así como la vejación a los creyentes. El escarnio, según la definición del Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), sería la «burla tenaz que se hace con el propósito de afrentar», definición que, a efectos de este precepto, ha sido completada por la jurisprudencia, que añade a lo anterior que el escarnio es «aquella grosera e insultante expresión de desprecio o, igualmente, la mofa, burla o vilipendio que debe tener por objeto algún aspecto esencial de la religión». En cuanto a la vejación, definida por el DRAE como «acción y efecto de vejar» (siendo a su vez «vejar», según dicho diccionario, «maltratar, molestar, perseguir a alguien, perjudicarle o hacerle padecer»), es concebida la doctrina como un ultraje o injuria grave.

El objeto del delito del artículo 525.1 consiste, como ya hemos indicado, en los «dogmas, creencias, ritos o ceremonias» de una confesión religiosa. La palabra «dogma» se define en el DRAE como «conjunto de creencias de carácter indiscutible y obligado para los seguidores de cualquier religión». El dogma sería, por tanto, una especie dentro del género «creencia», por lo que consideramos que, incluyéndose este último término, aquel resultaba prescindible. Cabe destacar, por otra parte, que en el artículo 209 del Código Penal de 1973 solo se empleaba el término «dogmas», y no el de «creencias», refiriéndose con él, en línea con el carácter confesional del Estado español por aquel entonces, a los dogmas de la religión católica. El término «creencias», de hecho, se introdujo en el Código Penal de 1995 para subrayar que el nuevo delito de escarnio tutelaba a todas las confesiones religiosas, y no solo a la católica.

Con los términos «ritos» y «ceremonias» sucede algo similar al caso anterior, puesto que «rito» es definido por el DRAE, en su primera acepción, como «costumbre o ceremonia», y en su segunda, como «conjunto de reglas establecidas para el culto o ceremonias religiosas». Por ende, la ceremonia puede subsumirse en el concepto de rito, siendo prescindible su mención. Aunque algún autor ha tratado de jus-

tificar la inclusión de ambos términos aduciendo que la ceremonia es el acto religioso propiamente dicho y el rito es el conjunto de normas que rigen ese acto³², en la práctica, como este propio autor reconoce, resulta extremadamente complejo deslindar el escarnio cometido contra la ceremonia del llevado a cabo contra un rito.

Por otra parte, el precepto exige que el escarnio se lleve a cabo «públicamente». Algunos autores sostienen que este término restringe la aplicación del precepto a aquellos supuestos en los que el escarnio o la vejación se cometan a través de los medios de comunicación de masas, considerándolo, pues, un sinónimo de la expresión «con publicidad», empleada en el delito de injurias del artículo 208 CP³³. Discrepamos, sin embargo, de esta interpretación: a nuestro juicio, la expresión «públicamente» del artículo 525 engloba también el escarnio cometido ante una concurrencia de personas. De hecho, creemos que el legislador ha empleado expresiones diferentes en el delito de escarnio («públicamente») y en el de injurias («con publicidad») de manera deliberada, en aras de diferenciar un modo de comisión del otro. Además, en otros tipos penales en los que se emplea la expresión «públicamente» (como en el delito de incitación al odio del artículo 510), esta engloba tanto los mensajes difundidos a través de medios de comunicación de masas como los proferidos ante una pluralidad de personas.

En lo que respecta al modo de comisión del delito, este puede llevarse a cabo de tres formas distintas: «de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento». La interpretación de qué debe entenderse por esta última modalidad de comisión, la documental, suscita no pocas dudas. En principio, el concepto de documento a efectos del Código Penal se define en el artículo 26 CP como «todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica». Sin embargo, realizando una interpretación teleológica del artículo 525, dicha defini-

³² RAMOS VÁZQUEZ, J.A. «Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española». *RECPC*, n.º 21, 2019, p. 15

³³ FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A. «Una perspectiva eclesiasticista de la protección penal de la libertad de conciencia». *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, n.º 1, 2001, p. 266; JERICÓ OJER, L. «La relevancia penal de los sentimientos religiosos como límite a la libertad de expresión». En DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y LUZÓN PEÑA, D. M. *Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana: Liber amicorum en homenaje al profesor doctor Jürgen Wolter por su 75.º aniversario*. Reus, Madrid, 2018, p. 558

ción no parece encajar en el precepto: un documento potencialmente escarnecedor podría ser un dibujo o una viñeta, pero, en ningún caso, un documento con las características que se mencionan en el artículo 26 CP. Con todo, creemos que no es posible prescindir de la definición de documento que proporciona el Código, ya que ello implicaría una interpretación extensiva que el Derecho penal no permite. Por tanto, y aunque somos conscientes de que asumir la definición de «documento» del artículo 26 provoca que la última modalidad de comisión sea prácticamente inaplicable, a nuestro juicio no tenemos otra opción, ya que de otro modo estaríamos incurriendo en una analogía *in malam partem*. Si el legislador hubiera sido más concreto (por ejemplo, empleando la expresión «documento gráfico»), se habría podido evitar este problema.

Finalmente, el precepto exige, para que la conducta sea delictiva, que concurra un elemento subjetivo del injusto, consistente en que la intención principal del autor del mensaje sea la de ofender los sentimientos de los fieles de una confesión. Esta exigencia implica que el delito solo puede ser cometido por dolo directo, y no por dolo eventual³⁴. Sin embargo, ello no implica que las acusaciones deban acreditar, para obtener una condena por este delito, que los sentimientos de los creyentes se han visto afectados; simplemente deben demostrar que la conducta es objetivamente escarnecedora y que se ha realizado con la intención de ofender a los creyentes de una determinada religión, siendo irrelevante desde el punto de vista jurídico que el mensaje haya hecho mella o no en dichos creyentes³⁵.

En cuanto al apartado segundo del artículo 525, castiga «el escarnio de quienes no profesan religión o creencia alguna». Esta formulación resulta incongruente en relación con el primer apartado, el cual concebía el escarnio como una conducta perpetrada contra las creencias y la vejación como una conducta cometida contra las personas; por el contrario, en este segundo apartado se habla, inexplicablemente del «escarnio» (y no de la vejación) de los no creyentes. Tampoco parece justificada la omisión del elemento subjetivo del injusto (esto es, la intención

³⁴ ROCA DE AGAPITO, L. «El delito de escarnio de los sentimientos religiosos». *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII, 2017, p. 591.

³⁵ MINTEGÜÍA ARREGUI, I. *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*. Dykinson, Madrid, 2006, p. 279

ofensiva) que sí que se preveía en el apartado primero, elemento que, no obstante, consideramos incluido de forma implícita en el apartado. Cabe remarcar que esto último no vulnera la prohibición de la analogía *in malam partem*, toda vez que la exigencia de que concurra el elemento subjetivo del injusto no amplía la aplicación de la conducta, sino que, por el contrario, la restringe.

Precisamente la exigencia de acreditación de la presencia de este último elemento ha comportado que, hasta 2020, la práctica totalidad de procesos penales incoados por un presunto delito contra los sentimientos religiosos haya culminado o bien con el archivo de las actuaciones, o bien, en los casos en los que ha llegado a celebrarse juicio oral, con la absolución de los acusados. En ninguno de ellos, pues, se consiguió demostrar que la finalidad principal del autor del mensaje había sido la de ofender los sentimientos de los creyentes. Sin embargo, el 10 de noviembre de 2020, el Juzgado de lo Penal n.º 10 de Málaga dictó sentencia condenatoria por un delito del artículo 525 contra una mujer que, en el marco de la conocida como «procesión del Chumino Rebelde» (una manifestación feminista en la que se portaba, a modo de imagen procesional, una vagina gigante de látex), había leído en público una versión paródica, de marcado carácter feminista, del Padrenuestro. Dicha sentencia sería confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 226/2021, de 31 de mayo. Ambas resoluciones judiciales, pues, entenderían que en la conducta de la lectora de la proclama concurría el elemento subjetivo del injusto del artículo 525, posición que contrasta con la de la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 10 de Sevilla 448/2019, de 9 de octubre, que absolvió de este delito a las participantes de la llamada «procesión del Coño Insumiso», manifestación prácticamente idéntica a la anterior, por entender que el objetivo principal de las mismas no era ofender los sentimientos de los católicos, sino llevar a cabo una reivindicación del feminismo.

La existencia de esta primera condena *strictu sensu*³⁶ por el delito del artículo 525 ha incrementado aún más la polémica que desde hace

³⁶ Decimos que esta fue la primera condena *strictu sensu* porque previamente a ella existió una sentencia de condena por este delito por conformidad, dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Jaén el 7 de febrero de 2018, y digna del esperpento valleinclanesco. El condenado había publicado en su Instagram un collage en el que aparecía su cara encima de una imagen de Jesús Despojado, uno de los pasos de una cofradía

años ha suscitado este precepto en amplios sectores de la doctrina³⁷, por las razones que expondremos a continuación.

7. PRINCIPALES CRÍTICAS DOCTRINALES AL DELITO DEL ARTÍCULO 525: LAS DUDAS ACERCA DE SU CONSTITUCIONALIDAD

Las diferentes críticas que se han formulado contra el delito de escarnio contra los sentimientos religiosos se pueden resumir en una, con la que coincidimos plenamente: la dudosa constitucionalidad del precepto, que a su vez se debe a dos motivos fundamentales.

El primero de estos motivos radica en que los sentimientos religiosos no pueden constituir un límite a la libertad de expresión del artículo 20 CE. Este último derecho, tal y como indica dicho precepto, tiene como límites los derechos de los demás y la protección de la juventud y de la infancia. Por ende, la libertad religiosa del artículo 16 CE sí que puede

sevillana, junto con la inefable frase «sobran palabras, la cara lo dice todo, makiaveli soy tu Dios».

³⁷ Entre los numerosos críticos de este precepto, vid. TERRADILLOS BASOCO, J.M. «Ideología y valores religiosos en el Código Penal. La reforma (siempre) pendiente». *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, n.º 10, 2010, pp. 405-448; MIRA BENAVENT, J. «Demonios, exorcistas y derecho penal (del caso Grandier al artículo 525 del Código Penal)». En VIVES ANTÓN, T.S. et al. (Dirs.). *Crímenes y castigos. Miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 649-686; GIMBERNAT, E. «Presentación». En HEFENDEHL, R. et al. (Eds.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 10-25; ALCÁZER GUIRAO, R. «Cocinar Cristos y quemar Coranes. Identidad religiosa y Derecho penal». En MIRÓ LLINARES, F. (Dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres: el derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 67-85; SOUTO GALVÁN, B. «La protección penal contra ofensas a los sentimientos religiosos: ¿discurso de odio o salvaguarda de la supremacía confesional?». *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, n.º 17, 2017, pp. 267-294; LAURENZO COPELLO, P. «Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados», en DE LA CUESTA AGUADO, P.M. et al. (Edit.), *Liber Amicorum: Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. h. c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1287-1300; NARANJO DE LA CRUZ, R. *La imposible protección de los sentimientos ofendidos: Marco constitucional para futuras decisiones legislativas sobre los sentimientos religiosos*. Marcial Pons, Madrid, 2021; MINTEGUÍA ARREGUI, I. «Los sentimientos religiosos como límite de la libertad de creación artística: ¿existe el derecho a no ser ofendido?». En PRIETO DE PEDRO, J.J. et al (Coords.). *Libertad, arte y cultura: reflexiones jurídicas sobre la libertad de creación artística*. La Cultivada-Marcial Pons, Madrid, 2023, pp. 165-190

operar como límite a la libertad de expresión, pudiendo restringirse esta cuando su ejercicio suponga una vulneración de aquella. Así lo ha indicado el Tribunal Constitucional en su sentencia 192/2020, de 17 de diciembre. Sin embargo, los sentimientos religiosos no son una manifestación de la libertad religiosa, ni de ningún otro derecho fundamental. Muestra de ello es que, si acudimos al artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, que desgrana en sus diferentes apartados el contenido de este derecho (profesar las creencias libremente elegidas, practicar actos de culto y ritos, recibir enseñanza religiosa, reunirse y expresar públicamente la fe con otros correligionarios...), podemos comprobar que el supuesto derecho a que se respeten los sentimientos religiosos propios no es subsumible en ninguno de estos apartados. Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha reconocido en varias de sus sentencias (entre otras, SSTC 336/1993, de 15 de noviembre, y 9/2007, de 15 de enero) que la libertad de expresión puede ser ofensiva, hiriente y mordaz, de lo que podemos deducir que no existe en nuestro ordenamiento un derecho a no sentirse ofendido. A ello se le añade el hecho de que muchas de las conductas calificadas como delitos de escarnio son realmente críticas hirientes a determinados posicionamientos de la Iglesia católica en materias de interés público (como el aborto), en las que la libertad de expresión goza de una protección reforzada³⁸.

Con todo, algunos autores, partidarios de la legitimidad del delito contra los sentimientos religiosos, defienden que herir los sentimientos religiosos sí que comporta una vulneración de derechos fundamentales. En primer lugar, entienden que las expresiones escarnecedoras pueden provocar que los creyentes se inhiban en la expresión pública de sus creencias religiosas. Además, consideran que dichas expresiones entrañan una vulneración de la dignidad de la persona, y critican que existe un presunto doble rasero en el tratamiento de las creencias religiosas en comparación con la raza o la orientación sexual, mucho

³⁸ Esa protección reforzada trae causa de la doble dimensión de la libertad de expresión, que es a la vez un derecho subjetivo y una garantía institucional, entendiendo por esta última la garantía «de preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (STC 40/1981, de 28 de julio. FJ 3.º). En este caso, la libertad de expresión es garantía de la preservación de una opinión pública libre y, por ende, de la propia existencia de la democracia.

más tuteladas que aquellas frente a los ataques que se perpetran contra las mismas, los cuales son severamente sancionados³⁹.

Nosotros no compartimos ninguno de estos dos argumentos. Con respecto al primero, no existen pruebas de que el escarnio provoque ese efecto silenciador en el ejercicio de las creencias religiosas; de hecho, creemos que más bien ocurre lo contrario, a saber, que las ofensas hacia la religión incentivan a los creyentes a defender su fe contra estos improperios. En cambio, mucho más nítido nos parece el efecto desaliento que provoca la criminalización del escarnio en el ejercicio de la libertad de expresión de quienes pretenden formular críticas mordaces frente a la religión.

En cuanto al segundo argumento, creemos que es fruto de una confusión entre el ataque a la creencia y el ataque a la persona. Es evidente que el ataque a una persona con motivo de sus creencias constituye, al igual que los ataques a un individuo con motivo de su raza o de su orientación sexual, una conducta discriminatoria que puede ser penalmente relevante. Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando lo que se ataca no es a la persona, sino a la creencia que esta profesa. Y, en lo que respecta a esto último, no es cierto que determinadas creencias estén más tuteladas que otras. A modo de ejemplo, las críticas a la homosexualidad o su consideración, desde determinados planteamientos religiosos, como una forma de ser y de vivir desviada y pecaminosa, son opiniones que se encuentran tuteladas por la libertad de expresión. Así queda evidenciado en el caso de Juan Antonio Reig Pla, antiguo obispo de Alcalá de Henares, quien sostuvo en su prédica del Viernes Santo de 2012 que la homosexualidad masculina conducía a una vida degenerada y sexualmente corrompida. Aunque fue denunciado por un delito de incitación al odio del artículo 510 ante el Juzgado de Instrucción n.º 6 de Alcalá de Henares, la denuncia sería archivada, al considerarse que las declaraciones del obispo eran simplemente la manifestación legítima de su opinión acerca de la homosexualidad, y

³⁹ PÉREZ MADRID, F. «Protección penal de la libertad religiosa y límites de la libertad de expresión». En RUANO, L. y SÁNCHEZ-GIRÓN, J.L. (Coords.). *Novedades de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado. A un año de la reforma del proceso matrimonial*. Dykinson, Madrid, 2017, p. 119; MORENO MOZOS, M. M. «Delitos contra los sentimientos religiosos: un difícil equilibrio entre derechos fundamentales. Especial referencia a la legislación española». En MORENO MOZOS, M. M. y MARTÍ SÁNCHEZ, J. M. (Coords.). *Derecho de difusión de mensajes y libertad religiosa*. Dykinson, Madrid, 2018, p. 157

no insultaban a los homosexuales ni incitaban a su discriminación. Por tanto, no es cierto que se privilegie a la homosexualidad frente a las creencias religiosas. De hecho, el argumento debería ser más bien el inverso: de la misma forma que no se castigan las opiniones negativas sobre la homosexualidad, aunque el colectivo LGTB pueda sentirse ofendido por ellas, debería ocurrir lo propio con los sentimientos religiosos.

La segunda razón de su dudosa compatibilidad con el texto constitucional es que este precepto contraviene el principio de laicidad que se deduce del artículo 16.3 CE, el cual exige proteger del mismo modo las creencias religiosas e ideológicas. Es cierto que el artículo 525 C.P. protege tanto a creyentes como a «quienes no tienen religión o creencia alguna» (agnósticos y ateos), pero no tutela las creencias ideológicas o filosóficas, de manera que, a modo de ejemplo, un escarnio a un masón por su condición de tal no sería punible con base en este precepto. Por otra parte, en la práctica este precepto solo ha sido aplicado por los tribunales para proteger a la religión católica, que además de haber sido la religión tradicionalmente mayoritaria en España, fue la religión oficial del Estado durante la práctica totalidad de su historia hasta 1978, con el único paréntesis de las dos Repúblicas (y, en sentido estricto, solo de la Segunda, dado que el proyecto de Constitución de la Primera República no llegó a ser aprobado). En definitiva, este precepto constituye, a la luz de la práctica jurisprudencial, un vestigio de la confesionalidad del Estado.

En relación con esto último, algunos han aducido que la pervivencia de este precepto en el Código Penal supone mantener vigente el supuestamente derogado delito de blasfemia⁴⁰. En puridad, no es cierto que el delito contra los sentimientos religiosos sea equiparable al antiguo delito de blasfemia, en tanto que, para entender cometido este último, resultaba indiferente que esta se hubiera realizado o no con intención ofensiva. Sin embargo, en la práctica cualquier expresión blasfema en una red social o en un medio de comunicación podría motivar el inicio de un procedimiento penal por estos hechos, porque estas expresiones son objetivamente susceptibles de ofender los sentimientos religiosos, lo que resulta suficiente para la admisión de una

⁴⁰ VILLAMERIEL, L. «Derogar el delito de blasfemia». *Diario progresista*, 24 de enero de 2015. Disponible en: <https://laicismo.org/derogar-el-delito-de-blasfemia/>.

denuncia o querrela por un delito del artículo 525. De esta forma, y aunque finalmente el autor de la blasfemia sea absuelto por no acreditarse su intención ofensiva de los sentimientos de los creyentes, se verá sometido a un proceso penal, con todas las consecuencias negativas que ello acarrea.

Por último, hay quien podría aducir que el artículo 525 no se compone solo del delito de escarnio, sino también del de vejación, y que este último sí que se debe mantener, porque el ultraje a una persona por razón de sus creencias constituye una vulneración de su derecho al honor, reconocido por el artículo 18 CE. Sin embargo, resulta discutible que la vejación abstracta a un grupo de personas por razón de creencia goce de la suficiente entidad como para vulnerar su derecho al honor, o, cuando menos, para vulnerarlo lo suficiente como para castigar como delito esa conducta, algo que, en virtud del principio de intervención mínima que rige en el Derecho Penal, debe reservarse para los más graves ataques contra los bienes jurídicos protegidos. Afirmar que los musulmanes o los católicos son unos ladrones constituye una afirmación tan genérica y se dirige contra un grupo tan amplio que la eventual lesión del derecho al honor se diluye en la inmensidad del colectivo⁴¹. Distinto sería si una persona se dirigiera directamente a un católico o a un musulmán espetándole su condición de ladrón a raíz de su creencia. En tal caso sí que nos encontraríamos ante una vulneración del derecho al honor penalmente punible, pero no a través del delito contra los sentimientos religiosos, sino del delito de injurias (208 C.P.), pudiendo concurrir además una circunstancia agravante de motivos discriminatorios del artículo 22.4 C.P.

8. ¿LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS COMO PARTE DE LA MORAL PÚBLICA?

Expuesto lo anterior, cabe preguntarse, a la luz de la protección penal de la moral pública y de las dudas de legitimidad constitucional del delito de escarnio que hemos visto en las páginas precedentes, si, en aras de sostener la constitucionalidad de este delito, sería posible inculpar la tutela penal de los sentimientos religiosos en el concepto

⁴¹ LÓPEZ PEREGRÍN, C. *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 181-182

de moral pública. A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa: es cierto que puede existir un amplio consenso (del que nosotros también somos partícipes) en lo que respecta a la idoneidad de respetar las creencias, religiosas o no religiosas, de los demás. En este sentido, una parte nada desdeñable de la sociedad (de la que, reiteramos, nos consideramos parte) podría considerar éticamente reprochable la befa de las creencias ajenas, befa que, además, resulta un indudable escollo en la articulación de un diálogo interreligioso e interconviccional. Sin embargo, no podemos decir lo mismo en lo que concierne a la tutela jurídica de dichos sentimientos; dicho de otra forma, aunque una amplia mayoría social sea favorable a no ofender las creencias de los creyentes, una buena parte de dicha mayoría (con la que, nuevamente, nos identificamos) no es partidaria de tutelar jurídicamente dichas creencias frente a eventuales vilipendios, máxime cuando dicha protección se lleva a cabo a través del Derecho penal. De hecho, nos atreveríamos a afirmar justamente lo contrario: existe un amplio consenso en cuanto al carácter inidóneo de una tutela penal de dichos sentimientos. Por tanto, creemos que no se puede aducir la moral pública para justificar la existencia de dicho delito. A ello se le podría sumar, con todo, un argumento adicional: como ya hemos indicado, a nuestro juicio, y contrariamente a lo que ha señalado la jurisprudencia, la moral pública no debería poder considerarse un límite a la libertad de expresión, sin que se puedan añadir, ex. art. 10.2 CE, nuevos límites a los derechos fundamentales extraídos de tratados internacionales de derechos humanos. Por último, y teniendo en cuenta que, en la práctica, dicho precepto solo se ha aplicado para proteger los sentimientos de los católicos, podemos afirmar que, de subsumirse el citado precepto en la categoría de moral pública, estaríamos identificando esta última con la moral de una determinada confesión religiosa, lo que resulta contrario al Estado laico y a la propia definición de moral pública, que por definición aglutina las convicciones morales compartidas por la práctica totalidad de la sociedad⁴².

⁴² En este sentido, se ha pronunciado, por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 30 de enero de 2018 (asunto *Sekmadienis c. Lituania*), donde ha considerado que la multa impuesta a una empresa textil por un anuncio de la misma en el que se representaba a Jesucristo y a la virgen María vestidos, respectivamente, con vaqueros y vestido, junto con las frases «¡Jesús, qué pantalones!» y «¡Amada María, qué vestido!», constituía una vulneración de la libertad de expresión reconocida en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En respuesta a la alegación del Gobierno lituano de que la legislación del país prohibía la publicidad contraria a la moral

9. CONCLUSIONES

El concepto de moral pública, tradicionalmente ligado, en la historia del constitucionalismo español, a la moral católica, experimentó un cambio sustancial a partir de 1978, en el que, de conformidad con el nuevo marco constitucional, pasó a ser entendida como el mínimo ético común compartido por la inmensa mayoría de la sociedad y protegido por el derecho, sin perjuicio de que aún pervivieran ciertos rescollos de la vieja concepción en las primeras sentencias del Tribunal Constitucional sobre la materia. Además de constituir un límite a la libertad religiosa según el artículo 3.1 LOLR en relación con el artículo 16 CE, la moral pública también ha sido concebida por el supremo intérprete de la Constitución, a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos, como un límite a la libertad de expresión, lo cual constituye, a nuestro juicio, una aplicación cuando menos discutible del artículo 10.2 CE, en tanto que dicho precepto no está pensado para incorporar nuevos límites a los derechos constitucionales.

En cuanto a la legitimidad de la moral pública como eventual bien jurídico protegido por el Derecho penal, resulta, a nuestro juicio, fuera de toda duda, habida cuenta de su condición de bien constitucionalmente relevante. No obstante, en ningún caso la categoría de moral pública puede instrumentalizarse en aras de legitimar la protección penal de concepciones morales inherentes a una única tradición religiosa o filosófica, dado que ello contravendría la propia caracterización de la moral pública como producto de un consenso social casi unánime.

Es en el marco anterior en el que planteamos el interrogante principal de nuestro trabajo: si el delito de escarnio de los sentimientos religiosos del artículo 525 CP puede considerarse como parte de la moral pública y, por ende, merecedor de tutela penal. Se trata, como hemos visto, de un precepto muy criticado por la doctrina, que ha planteado, a nuestro juicio acertadamente, la dudosa constitucionalidad del artículo, tanto por la imposibilidad de restringir la libertad de expresión con base en un sentimiento, el cual no puede constituir en ningún caso un derecho fundamental, como por la difícil compatibilidad de la apli-

pública, el Tribunal respondió que la moral pública no podía identificarse, como ocurría en este caso, con una única religión (en este caso, la católica), sino que debía aglutinar diferentes tradiciones religiosas y filosóficas.

cación práctica del precepto, que ha circunscrito *de facto* el mismo a la tutela de los sentimientos de los católicos, con el principio de laicidad que inspira nuestro ordenamiento. Ya esto último supone un claro escollo a la subsunción de este artículo en el concepto de moral pública, toda vez que, como acabamos de recordar, esta no puede ceñirse a una única tradición religiosa. Pero a ello, además, se le añade el hecho de que, si bien puede existir un amplio consenso social en cuanto a la reprobación ética de la burla hacia las creencias ajenas, no podemos decir lo propio con respecto a la idoneidad de proteger a los creyentes frente a estas burlas a través del Derecho, y menos aún a través del Derecho penal. De hecho, casi se podría afirmar lo contrario, esto es, que existe una amplia mayoría social contraria a la tutela penal de dichos sentimientos. En definitiva, para nosotros *vox populi* no es *vox dei*, o, lo que es lo mismo, la protección penal de los sentimientos religiosos no puede incardinarse en la moral pública.

