

# LA TUTELA PENAL DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

ANA FERNANDEZ-CORONADO  
Universidad Complutense de Madrid

## SUMARIO

I. *Planteamiento*. El objeto de protección de la tutela penal: el bien jurídico tutelado. La doble relevancia de la tutela del sentimiento religioso como bien jurídico. Tutela penal del aspecto colectivo. Tutela penal del aspecto individual.—II. *Derecho Comparado*. Delimitación de su tratamiento. Análisis y valoración de los tipos de tutela existentes. El Derecho italiano. El Derecho francés. El Derecho alemán. El Derecho de los países socialistas.—III. *Derecho español*. 1. La tutela penal del fenómeno religioso en el Derecho histórico: su tratamiento al hilo de nuestra historia constitucional y codificadora. 2. El Derecho vigente. Principios y características definidoras del sistema actual de relación Estado-confesiones religiosas en España. Proyección de estos principios al Derecho penal: el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980. La Ley de Reforma Urgente y Parcial del Código penal de 1983. 3. Valoración de la tutela penal vigente en materia de libertad de conciencia.

I. Partiendo de premisas metodológicas, un análisis de la tutela penal del Estado en materia de libertad religiosa deberá partir, necesariamente, de una precisa individualización o determinación del bien jurídico tutelado.

En el ámbito de las legislaciones penales modernas, señala SIRACUSANO<sup>1</sup>, se puede encontrar un doble nivel de relevancia del sentimiento reli-

---

<sup>1</sup> Vid. *I delitti in materia de religione*, Milano 1983, págs. 8-9. Sobre esta misma cuestión, PANTALEO, *Delitti contro in sentimento religioso, e la pietà verso i defunti*, Milano 1961, página 32.

gioso como bien jurídico. Los sentimientos religiosos se consideran como objetos dignos de tutela de dos formas totalmente distintas: *sub specie singuli*, es decir, bajo el aspecto de la persona, como bienes inalienables de su vida interior, y *sub specie communitatis*, es decir, bajo el aspecto de la colectividad, como bienes de la sociedad.

No cabe duda de que la prevalencia de uno u otro aspecto del bien jurídico protegido vendrá predeterminada por diversos factores, entre los que destaca, como factor esencial, la posición jurídica del Estado frente al fenómeno religioso.

La relación del Estado con el fenómeno religioso es, en terminología Wolfiana<sup>2</sup>, una relación esencialmente dialéctica. Tal consideración permite superar la tradicional distinción entre sistemas de unión y sistemas de separación, distinción incapaz de apresar, por su estaticidad, la dinámica propia de la realidad a que se refieren. Consecuencia inmediata de esta dinamicidad, de la relación, es que la descripción de los modelos que la configuran debe ser más una consecuencia que un punto de partida. Lo que hay que descubrir previamente, señala LLAMAZARES<sup>3</sup>, es la serie de principios cuya combinación ordenada da lugar a los distintos modelos.

Como es sabido, una primera pareja de principios surge de la concepción monista o dualista del universo y del hombre. El primer caso no distingue entre materia y espíritu como elementos constitutivos de ambos y, en consecuencia, tampoco distingue entre grupo político y grupo religioso, ni entre poder político y poder religioso. Los modelos resultantes serán los de identidad y exclusividad. La relación entre ordenamientos se traducirá en una remisión material o, cuando menos, formal en el primer caso y en la ausencia de relación en el segundo, ya que el ordenamiento jurídico del polo dominante excluye al del polo dominado.

La concepción dualista hace posible, en cambio, la dualidad de sujetos y, en definitiva, de la relación misma, dando lugar a lo que en terminología Wolfiana se llaman modelos de utilidad y neutralidad.

Una segunda pareja de principios a tener en cuenta es la de institucionalización o personalización de la relación Estado-fenómeno religioso. En la conformación de esa relación caben, aquí, dos posibilidades: que la relación sea primaria y originariamente una relación entre las respectivas organizaciones y sólo derivadamente con consecuencias para los individuos miembros de una y otra, o que la relación originaria sea la relación con los individuos y que ésta determine la relación entre instituciones. La primera de las opciones es propia de los modelos de identidad, exclusividad y uti-

---

<sup>2</sup> Vid. WOLF, *Ordnung der Kirche. Lehr und Handbuch des Kirchenrechts auf ökumenischer Basis*, Frankfurt-Main 1961.

<sup>3</sup> *Principios informadores, técnicas y modelos de relación entre el Estado y las confesiones religiosas con especial referencia a los ordenamientos jurídicos español e italiano*. Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca con motivo de la festividad de San Raimundo de Peñafort, 1984. Mecanografiada.

lidad puros. En los modelos de neutralidad, por el contrario, la relación esta personalizada.

Otra pareja de principios es la de monismo o pluralismo ideológicos. El monismo entraña un dogmatismo excluyente. El pluralismo, relativismo, y, consecuentemente, la igualdad de libertad de todas las opciones ideológicas. Es, en última instancia, el fundamento de los sistemas democráticos. De la combinación de los principios de personalización y pluralismo ideológico surgen los principios de libertad religiosa y libertad ideológica, propios de los modelos neutrales.

No menos importante en cuanto que en combinación con alguno o algunos de los principios anteriores da lugar a distintos modelos de relación es la valoración indiferente, positiva o negativa del fenómeno religioso por parte del Estado, en atención a la consecución de sus propios objetivos. Esa valoración puede estar referida a lo religioso sin más especificaciones, a una o varias formas organizativas de lo religioso, a la capacidad del individuo para elegir libremente entre creencia religiosa o no creencia —en cuyo caso estaríamos ante una valoración indiferente, con sometimiento del fenómeno al Derecho común—, o a una concepción del universo y del hombre no religiosa, esto es, ateísmo. La primera y la tercera de las opciones darán lugar al modelo de neutralidad, la segunda al de utilidad y la última a un modelo excluyente. La valoración indiferente es la más coherente, tanto con el principio de personalización de la relación como con el de pluralismo ideológico. La libertad, así, deja de ser solo libertad religiosa para ser también ideológica.

Finalmente, otra pareja de principios cuya jerarquización puede producir modelos diferentes, es la constituida por los de confesionalidad del Estado, estatalidad de la Iglesia y laicidad o neutralidad de un lado, y el de libertad religiosa, de otro.

Así, no es lo mismo que en caso de colisión prevalezcan el principio de confesionalidad del Estado o de estatalidad de la Iglesia sobre el de libertad religiosa o que sea este último el límite de aquéllos. Lo mismo cabe decir de los principios de laicidad y neutralidad. Precisamente aquí está la diferencia entre modelos puros de utilidad y modelos de transición hacia la neutralidad. Los primeros a lo más que llegan es a admitir la tolerancia religiosa como un mal menor. No reconocen el principio de libertad religiosa. Los segundos, en cambio, admiten este principio, lo que presupone una cierta desinstitucionalización de la relación entre ambos poderes. Si bien es verdad que esta libertad y el principio de personalización quedan limitados por el principio superior de confesionalidad del Estado o de estatalidad de la Iglesia.

Así concebido, lo que llamamos modelo de relaciones entre la Iglesia y el Estado, no es otra cosa que un sistema constituido por una serie de principios jerárquicamente ordenados determinantes de la configuración

concreta de las relaciones y de sus contenidos entre un Estado y las formas organizadas del fenómeno religioso.

Junto a este factor esencial, existen otros factores extrajurídicos que condicionan el tratamiento por la norma penal del interés protegido. Estos serían, en terminología de LÓPEZ ALARCÓN<sup>4</sup>, la eclosión de los derechos humanos y de las libertades públicas, que surgen como consecuencia de los movimientos ideológicos y políticos de signo liberal, la fuerza social de los intereses religiosos y, por último, las concepciones secularizadoras del Derecho penal.

Si aplicamos todos estos factores al ámbito concreto del ordenamiento jurídico penal y prescindimos, por lo que respecta al factor esencial, de posiciones jurídicas extremas —como las que derivarían de una relación de identidad o exclusividad pura, en cuanto inexistentes en el Derecho actual—, la tutela penal del fenómeno religioso puede realizarse, según hemos visto, bajo un doble aspecto. Bajo el aspecto colectivo, considerando los valores religiosos como bienes sociales, y bajo el aspecto individual, considerando los valores religiosos como una manifestación libre e incoercible de la vida interior de la persona<sup>5</sup>.

Estas dos categorías, sin embargo, no se agotan en sí mismas, sino que cada una de ellas admite, a su vez, varios planteamientos.

Dentro del aspecto colectivo cabe, en primer lugar, una tutela penal fundamental de la confesionalidad del Estado. En este caso, el Estado protege fuertemente la religión oficial y, en consecuencia, establece no sólo delitos contra esta religión, sino también delitos de religión. Las penas se corresponden con las de los delitos de «lesa majestad» o contra la seguridad del Estado. Si la confesionalidad admite la simple tolerancia de otras confesiones religiosas como un mal menor, los textos penales protegen algo a éstas, pero en manifiesta desigualdad respecto a la religión oficial. Si, por el contrario, el Estado confesional admite el derecho de libertad religiosa, el Derecho penal también lo tutelaré, pero en caso de conflicto prevalecerá el principio del Estado, lo que conlleva la debilidad de la tutela penal.

Una segunda opción del aspecto colectivo se producirá cuando el Estado realice una valoración positiva del hecho religioso en cuanto tal. Existe, entonces, una valoración positiva de lo religioso en general, como bien social, como bien de civilización. El Derecho penal tratará, en este caso, de asegurar las condiciones para posibilitar el desarrollo de ese fenómeno religioso mediante una legislación especial que tutele el valor social de lo religioso.

El aspecto individual admite, a su vez, un doble planteamiento. En primer lugar, el Derecho penal del Estado puede tutelar directa y princi-

---

<sup>4</sup> Vid. «El interés religioso y su tutela por el Estado», en VV.AA., *Derecho Eclesiástico del Estado español*, 2.ª ed., Pamplona 1983, págs. 541-543.

<sup>5</sup> Vid. nota 1.

palmente la libertad religiosa o la libertad de conciencia como bien jurídico de carácter individual, esto es, como derecho fundamental e inviolable de la persona. Pero puede, junto con esto, realizar una tutela mediata o indirecta del fenómeno religioso como bien social, en cuanto instrumento de amplificación de los intereses particulares, como dice VITALE<sup>6</sup>, no en cuanto autónomos centros de interés. Se trata, en definitiva, de que la protección de las confesiones haga posible la libertad del individuo.

Un segundo planteamiento de este aspecto individual surge cuando lo que se protege por el ordenamiento punitivo del Estado es estrictamente la libertad ideológica de los individuos. Se producirá, en tal caso, una protección penal a todas las manifestaciones de la misma y, entre ellas, a la libertad de opción por lo religioso. Se parte, aquí, de una valoración indiferente del fenómeno religioso en cuanto tal. Se trata, simplemente, de una opción civil dentro de un Estado que no actúa, en absoluto, como sujeto religioso.

Y es bajo el influjo de esta última corriente, indica SIRACUSANO<sup>7</sup>, donde ha ido adquiriendo consistencia en el Derecho penal de los Estados democrático-sociales de nuestro tiempo una última solución al problema del tratamiento especial de la materia religiosa por el Derecho penal. Se trataría de renunciar total o parcialmente a una penalización directa y autónoma de tal sector, confiándose el mismo a una tutela refleja o global de normas penales ordinarias dictadas en defensa de otros bienes jurídicos. Es la postura mantenida, por ejemplo, en el Proyecto Alternativo Alemán y por importantes sectores doctrinales españoles y extranjeros, que en su momento veremos.

II. Planteadas las posibles alternativas de tutela penal existentes en el Derecho de los Estados, vamos a proyectarlas, ahora, al Derecho comparado para pasar, posteriormente, al tratamiento del tema en el Derecho español, que es nuestro principal cometido.

Realizaremos, pues, un estudio-tipo de aquellos sistemas que reflejen más fielmente las diversas alternativas que el ordenamiento jurídico-penal tiene respecto a la protección del fenómeno religioso.

El estudio se concretará en el Derecho italiano, por sus indudables analogías con el Derecho español; en el Derecho francés, en cuanto prototipo de valoración indiferente hacia lo religioso; en el Derecho alemán que representa, sin duda, la valoración positiva del Estado, y, finalmente, nos referiremos a la legislación penal rusa y polaca, como representantes de los dos polos de regulación jurídica de la cuestión en el Derecho de los países socialistas.

---

<sup>6</sup> *Ordinamento giuridico e interessi religioso. Corso di Diritto Ecclesiastico*, 2.<sup>a</sup> ed., Milano 1981, págs. 14-15.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, págs. 282-283.

El vigente Código penal italiano de 1930, denominado Código de «Rocco», surge dentro de los postulados del Estado fascista. Su promulgación supuso, sin lugar a dudas, un cambio sustancial respecto a la construcción sistemática y el contenido de la tutela penal objeto de nuestro estudio en la legislación anterior. En efecto, el Código de «Zanardelli», de 1889, fruto del Estado liberal, mantenía una perspectiva totalmente distinta en el tratamiento de estos delitos. Partiendo del supuesto de considerar a la religión como un problema exclusivamente del individuo, tutelaba, según señala VITALI<sup>8</sup>, únicamente el Derecho público subjetivo de libertad religiosa. No preveía, en tanto no se concretaba en un atentado a la libertad religiosa, la ofensa a la religión en sí y por sí<sup>9</sup>.

Frente a este planteamiento, la legislación fascista consideraba el sentimiento religioso como un valor nacional y, en concreto, al catolicismo como elemento de cohesión de la comunidad popular. Los valores morales y religiosos del catolicismo eran parte integrante de los valores de la nación italiana y un factor de cohesión para el Estado ético. Se protegía, entonces, a las confesiones religiosas como estructura, como institución, lo que llevaba a una cancelación del individualismo jurídico para proteger la realidad social del grupo, hecho que algunos autores consideraban necesario<sup>10</sup>. Sin embargo, esta protección del interés colectivo no era igualitaria. El Código de Rocco realiza una distinción de tutela tanto cualitativa cuanto cuantitativa entre religión católica y otros cultos. Se producía una tutela privilegiada de la confesionalidad católica. Las otras confesiones, aun siendo consideradas como factores de elevación moral, no tenían la eficacia unificadora de la religión católica para la unidad nacional.

Sobre estas consideraciones el Código de 1930 recoge en un título autónomo, el título IV, los delitos contra el sentimiento religioso y la piedad de los difuntos. El título está dividido en dos capítulos. El capítulo I, denominado «De los delitos contra la religión y los cultos admitidos», comprende: el público vilipendio a la religión del Estado; la pública ofensa a la religión del Estado mediante vilipendio del que la profesa o de un ministro del culto católico; el vilipendio de cosas destinadas al culto católico, y el impedimento o perturbación del culto, funciones, ceremonias o prácticas religiosas católicas. El capítulo se completa con el artículo 406, que se refiere a los demás cultos admitidos por el Estado, ampliando a éstos la tutela de los artículos anteriores, aunque con una disminución de la pena.

---

<sup>8</sup> *Vilipendio delle religioni dello Stato* (Contributo all'interpretazione dell'art. 402 C. penale), Padova 1964, págs. 83 y sigs.

<sup>9</sup> El Código de Zanardelli introdujo una nueva fórmula de delitos contra la libertad contenidos en seis capítulos del Libro I, Título II. El segundo de estos capítulos, relativo a los «Delitos contra la libertad de culto», contemplaba los delitos contra la libertad de conciencia y de culto y los delitos contra la religiosidad de la muerte.

<sup>10</sup> Vid. PANTALEO, *op. cit.*, págs. 35 y sigs.

El capítulo II, que comprende los artículos 407 a 413, está destinado a los delitos contra la piedad de los difuntos.

Si consideramos la norma del artículo 402 del Código penal italiano y la confrontamos con las de los artículos siguientes, se pone de manifiesto, en una primera aproximación, que en relación a los cultos admitidos, la tutela penal recae sobre las manifestaciones externas de los mismos, mientras que el artículo 402 tutela la religión católica en sí y por sí, esto es, en su base dogmática. Ello es debido a que sólo ésta representa un medio útil para el resurgimiento de los fines del Estado ético<sup>11</sup>.

El Código de Rocco sobrevivió al Estado fascista y se encuentra hoy todavía vigente, a pesar de su más que cuestionable adaptación a los postulados de la nueva Constitución italiana, que proclama en sus artículos 8, 1, y 19 los principios de igualdad y libertad religiosa sin discriminaciones. El problema de la compatibilidad o la incompatibilidad de la norma penal aludida con la Constitución ha sido ampliamente tratado por la doctrina. Algunos autores<sup>12</sup>, e incluso la Corte de Cassazione en diversas sentencias<sup>13</sup>, afirman la compatibilidad de ambas. Otros<sup>14</sup>, la niegan. Sin embargo, la necesidad de reforma se deja sentir claramente en la mayoría de los planteamientos doctrinales. Incluso algunos autores, como LARICCIA<sup>15</sup>, hipotetizan tres posibles soluciones en relación al problema de la tutela penal en el Derecho italiano: 1) Mantenimiento de la situación actual, con eliminación de toda discriminación cualitativa y cuantitativa en la tutela de las distintas confesiones (postura recogida en el Proyecto de Ley del gobierno Leone en 1973). 2) Retorno a un sistema análogo al Código de Zanardelli de 1889, en el cual el objeto de la tutela era la libertad individual de la persona de profesar la religión preferida, y 3) abolir las disposiciones que propugnan una específica tutela penal de la libertad religiosa, ya que muchos de los delitos allí contemplados podrían ser penados aplicando otras disposiciones previstas en el ordenamiento jurídico penal como, por ejemplo, injurias, coacciones, etc.

El Derecho francés parte de planteamientos totalmente distintos. A raíz de la Ley de separación de 1905, modificada y completada por las Leyes de 2 de enero de 1907 y 13 de abril de 1908, el régimen de culto

<sup>11</sup> Para un detenido análisis sobre esta normativa, vid. VITALI, *op. cit.*, págs. 85 y sigs.

<sup>12</sup> Así, por ejemplo, CONSOLI, *Il reato di vilipendio della religione cattolica*, Milano 1957, páginas 157 y sigs.; ONIDA, «Vilipendio della religione e libertà de manifestazione del pensiero», en *Giurisprudenza Costituzionale*, XX (1975), fasc. 6, págs. 3160-3169.

<sup>13</sup> Sentencias de 31 de mayo de 1965, 20 de febrero de 1967 y, fundamentalmente, la de 8 de julio de 1975, comentada por ONIDA en *Giurisprudenza Costituzionale*, cit.

<sup>14</sup> Vid., por ejemplo, LARICCIA, *Diritto civile e fattore religioso*, Bologna 1978, pág. 46; BERLINGO, «Vilipendio delle religione e norme costituzionali», en *Il Diritto Ecclesiastico*, LXXX (1969), págs. 274-309; FINOCCHIARO, «Appunti in tema di vilipendio della religione dello Stato e libera manifestazione del pensiero», en *Giurisprudenza italiana*, 1962, fasc. 4, página 18; CALAMANDREI, «La costituzione e le leggi per attuarla», en VV. AA., *Dieci anni dopo 1945-1955. Saggi sulla cita democratica italiana*, Bari Laterza 1955, págs. 221 y sigs.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, págs. 48 y sigs.

reposa sobre las tres bases siguientes: libertad de conciencia, libertad de cultos y separación Iglesia-Estado. El Derecho francés, dentro de los sistemas de relación entre el Estado y el fenómeno religioso, se encuadra en el llamado Estado laicista. Las características del mismo, desde la perspectiva que nos interesa, podrían concretarse, siguiendo a LLAMAZARES<sup>16</sup>, en las siguientes. En primer lugar, el Estado no tiene nada que decir y menos emitir juicios de valor de lo religioso en cuanto tal. Opta por adoptar una actitud indiferente ante este fenómeno. Ello supone no sólo un tratamiento igualitario entre todas las confesiones, sino también la igualdad de trato entre creyentes y no creyentes, lo que significa que a veces se pueda sacrificar la realización del derecho de libertad religiosa a la igualdad del mismo tipo. La relación, por otra parte, está totalmente personalizada. Las instituciones están al servicio de los individuos y no a la inversa. En consecuencia, la relación del Estado con las confesiones religiosas, tanto en su existencia misma, como en su conformación concreta, no es otra cosa que una derivación obligada de la relación del Estado con sus ciudadanos.

Si trasladamos estos planteamientos a la normativa jurídico-penal, veremos perfectamente llevados a la práctica los postulados del sistema laicista.

La antigua redacción del Código penal francés<sup>17</sup> se inspiraba en su regulación de carácter religioso en los principios de libertad de conciencia y de culto del individuo. Los artículos 260 a 264, bajo el epígrafe «impedimentos al libre ejercicio de los cultos», estaban ubicados dentro de los denominados «crímenes y delitos contra la paz pública», siendo aplicables, únicamente, cuando los hechos cometidos no dieran lugar a penas más severas conforme a otras disposiciones del Código<sup>18</sup>.

La ya citada Ley de 1905, fruto del pensamiento francés de laicidad estatal, deroga expresamente en su artículo 44, 5, los artículos 260 a 264 del Código penal, reemplazándolos por los artículos 31 a 33 de la Ley. La regulación es más restrictiva que la anterior. El artículo clave es el 31, que tiene una perspectiva más amplia que su antecesor, el artículo 260. Castiga el constreñimiento o impedimento de ejercer o no ejercer un culto, de formar o no parte de una asociación cultural y de contribuir o no a los gastos de un culto. El artículo 32 es una práctica reproducción del artículo 361 del Código anterior, y el artículo 33 contiene la misma matización de la tutela penal que su predecesor, el artículo 264.

---

<sup>16</sup> Conferencia citada.

<sup>17</sup> Código Napoleónico de 1810.

<sup>18</sup> En ellos se castigaba al particular que mediante amenazas o vías de hecho impidiera a alguien ejercer un culto (art 260); a los que mediante perturbaciones o desórdenes hubieren impedido, retrasado o interrumpido los ejercicios de un culto (art. 261); a quienes ultrajaren los objetos o ministros del culto (art. 262); y a quienes ejercitaren violencia física sobre un ministro del culto en el ejercicio de sus funciones (art. 263). Finalmente, el artículo 264 contenía una disposición común a todos los artículos anteriores en el sentido de aplicarlos únicamente cuando los hechos cometidos no dieran lugar a penas más severas conforme a otras disposiciones del Código.



Nos encontramos, pues, con una tutela que parte de la libertad de conciencia. El Estado no impone a las personas las creencias de un culto. Respeta todas las creencias y todos los cultos, así como las no creencias y obliga a las personas a respetar todas las creencias y cultos, así como las no creencias de sus ciudadanos.

La tutela penal del Estado sobre estas cuestiones no se encuentra, según hemos visto, en el Código penal. Ha sido sacada de éste e introducida en una legislación específica que regula la separación entre el Estado y el fenómeno religioso. En esta Ley se castigan los atentados al derecho de cada uno a seguir o no seguir el culto conforme a sus creencias, no sólo porque estos hechos comprometen el orden público, sino también porque se manifiestan como un atentado a una de las más preciadas libertades garantizadas por las Constituciones políticas: la libertad de conciencia.

El Derecho penal alemán regula en epígrafe independiente los delitos referidos a la religión, pero con distinto contenido e ideología a los citados en la legislación penal italiana.

El Derecho penal vigente en esta materia ha sido reformado a través la StrRG de 25 de junio de 1969. El antiguo título IX de la parte segunda, denominado «De los delitos relativos a la religión», ha sido sustituido por una nueva rúbrica redactada bajo la denominación de «Delitos que se relacionan con la religión y la visión del mundo o *Weltanschauung*».

Este cambio ha supuesto, como observa JESCHECK<sup>19</sup>, una importante liberalización de los delitos sobre esta materia. Por una parte, se suprime la punibilidad de la blasfemia. Por otra, aquellas organizaciones no religiosas que agrupan a personas que tienen la misma concepción del mundo, como masones, librepensadores, etc., han sido equiparadas a las confesiones religiosas basándose en el principio de igualdad y neutralidad del Estado.

Los supuestos de hecho están contenidos en los párrafos 166 y 167 del Código penal. El primero de ellos pena en su p. 1 al que públicamente, o por difusión de escritos, ultraje el contenido de una confesión religiosa o concepción del mundo, de manera que sea capaz de alterar la paz pública. El p. 2, por su parte, castiga al que públicamente, o mediante de difusión de escritos, ultraje a una iglesia existente dentro de la nación o a todo grupo religioso o ideológico, de modo que sea capaz de alterar la paz pública. En consecuencia, y de acuerdo con la mayor parte de los comentaristas, el bien jurídico protegido es la paz pública, hecho que constituye, según ZIPF<sup>20</sup>, un presupuesto de existencia para una sociedad pluralista.

Esta concepción de tutela tiene, sin duda, sus raíces en las doctrinas de la Ilustración que propugnaban que las conductas humanas interesan al De-

---

<sup>19</sup> Vid. «La reforma del Derecho penal alemán», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1972, pág. 630.

<sup>20</sup> Cfr. «Die Delikte gegen den öffentlichen Frieden im religiösweltanschaulichen Bereich», en *N.J.W.*, 1969, pág. 1944.

recho penal no a causa de su intrínseca inmoralidad, sino en cuanto ponen en peligro la convivencia civil y violan el derecho de otros.

Junto a esta primera apreciación, el elemento de más relieve de la legislación penal alemana es la equiparación, al menos en vía de principio, entre las diversas visiones del mundo, sean o no religiosas. Esta neutralidad del legislador penal obedece a un imperativo constitucional, el sancionado en el artículo 4 del Grundgesetz, que coloca implícitamente en el mismo plano religión e ideología<sup>21</sup>.

Además, existe una igualdad de trato entre creyentes y no creyentes, de un lado, y entre todas las confesiones, de otro.

Por otra parte, se trata de una tutela personalizada o individualizada. La protección penal a todo grupo religioso o ideológico tiene su base en la tutela del Estado a los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Se trata de una perspectiva diametralmente opuesta a la contenida en la tutela de la religión como bien de civilización. Aquí la tutela penal se extiende a toda profesión de fe individual y a toda profesión ideológica en la que un individuo se reconozca, hecho que, por otra parte, constituye un paso no equívoco en dirección a una plena secularización de este supuesto de hecho.

En definitiva, podemos decir que la intervención del legislador penal alemán de 1969, por motivaciones político-criminales, es una intervención inspirada en la libertad ideológica y religiosa, influenciada por la preocupación de la salvaguarda de la paz pública y programáticamente atenta a la opción individual.

No podemos cerrar este examen del Derecho penal alemán en materia de delitos contra la libertad religiosa sin hacer referencia al Proyecto Alternativo de Código Penal Alemán, elaborado por un grupo de estudiosos en la época inmediatamente anterior a la Ley de reforma de 1969. El Proyecto niega la necesidad y la oportunidad de un núcleo autónomo de Derecho penal «de lo religioso» en el Código de una moderna sociedad pluralista y abierta<sup>22</sup>.

Las tesis mantenidas por el Proyecto Alternativo eran, fundamentalmente, tres<sup>23</sup>. El Derecho penal debe limitarse a tutelar bienes jurídicos. Debe, además, representar una última *ratio* en la tutela de estos bienes jurídicos. Habrá que tender, por tanto, a una descriminalización que sea compatible con el contenido del Derecho penal que consiste en garantizar el orden y la paz social.

Estas premisas teóricas conducen a la renuncia de una sección específica

---

<sup>21</sup> Vid. LACKNER, *Strafgesetzbuch*, München 1981, pág. 635.

<sup>22</sup> *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Sexual Delikte. Straftaten gegen Ehe, Familie und Personalstand. Straftaten gegen den religiösen Frieden und die Totenruhe*, Tubinga 1968, pág. 77.

<sup>23</sup> Para un detenido estudio del tema, vid. ROXIN, «L'evoluzione della politica criminale a partire dai Progetti Alternativi», en *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del Codice penale*, Napoli 1981, pág. 31.

dedicada a esta materia y, por tanto, a la eliminación casi total de hechos criminosos de fondo religioso<sup>24</sup>. Los delitos clásicos religiosos serían penados por las normas generales contra la ofensa al honor individual o colectivo y a la paz pública.

Sólo considera necesario garantizar mediante tutela específica penal la inviolabilidad para todo individuo de un ámbito personalísimo de inmersión «*Versenkung*» religioso-meditativa que no está cubierta por la tutela ordinaria<sup>25</sup>. En consecuencia, la única hipótesis criminal de fondo específicamente religioso admitida en el Proyecto Alternativo sería el delito contra una porción de la libertad individual, esto es, contra la libertad del fiel de profesar, sin perturbaciones, la propia devoción en un contexto espacial respecto al cual sea hipotizable un *ius excludendi alios*. Desde el punto de vista del bien jurídico tutelado, se está en presencia de una protección avanzada de la inviolabilidad de domicilio en su dimensión de lugar de satisfacción de intereses también religiosos.

Esta tendencia a renunciar total o parcialmente a una penalización directa y autónoma del sector religioso, confiándose en una tutela refleja o global de normas penales ordinarias enlaza, según hemos visto, con una de las corrientes doctrinales del Derecho italiano y ha tenido cristalización en otros Derechos de la Europa occidental, por ejemplo, Suecia, donde a partir de 1970 no existen ya delitos clásicos en materia de religión. El delito de entorpecimiento del culto se equipara al de entorpecimiento de cualquier otra reunión pública y el vilipendio de la religión permanece punible sólo en cuanto amparado por el supuesto de perturbación del orden público<sup>26</sup>.

Para finalizar este estudio de Derecho comparado, vamos a hacer una breve referencia a la tutela penal de la libertad religiosa en los países socialistas como punto de contraste con las regulaciones occidentales.

La regulación penal dentro de estos países ofrece múltiples peculiaridades directamente relacionadas con la concepción revolucionaria de su Derecho y con la fuerte influencia ideológica que lo dirige.

Piénsese que los países socialistas responden, en mayor o menor medida, a un sistema exclusivista en la relación con el fenómeno religioso. En consecuencia, no existe una valoración positiva del mismo, ni tan siquiera una valoración de pura indiferencia. Se parte en general de una valoración negativa. Esta valoración negativa produce, normalmente, un derecho especial desfavorable para el polo dominado, aunque sólo sea en relación a puntos concretos.

Señala ANDREJEW<sup>27</sup> que en la nomenclatura del Derecho penal de los

<sup>24</sup> Vid. ZIPF, *op. cit.*, pág. 1945, n. 15.

<sup>25</sup> Cfr. *Alternativ-Entwurf...*, cit., pág. 81.

<sup>26</sup> Vid. SIRACUANO, *op. cit.*, pág. 283.

<sup>27</sup> *Le droit penal comparé des Pays socialistes*, París 1981, págs. 109 y sigs.

países socialistas la noción de infracción religiosa no existe. Los hechos de este género son tratados, principalmente, bajo el aspecto de la separación entre la Iglesia y el Estado. Ello supone la eliminación de la participación de la Iglesia en las funciones del Estado. Ciertas infracciones de esta categoría son igualmente concebidas como atentados a la libertad de opinión y a la libertad de prácticas religiosas en los límites fijados por el ordenamiento legal y teniendo por corolario la libertad de propaganda atea.

En esta línea, el Código penal de la URSS de 1960 no ofrece una determinación independiente y amplia de delitos religiosos. No obstante, diseminados en titulacones más genéricas, podemos encontrar algunas infracciones relacionadas con el tema.

El capítulo IV del Código penal, denominado «Crímenes contra los derechos políticos y los derechos laborales de los ciudadanos», contiene dos artículos dedicados al tema, donde se castiga la violación de las leyes sobre separación Iglesia-Estado e Iglesia-Escuela y el hecho de interrumpir el ejercicio del culto siempre que éste no atente contra el orden público y los derechos de los ciudadanos<sup>28</sup>.

Por otra parte, el capítulo X, relativo a los «Delitos contra la seguridad pública, el orden público y la salud pública», sanciona a la organización o dirección de un grupo cuya actividad, bajo apariencia de predicación religiosa y del ejercicio de ceremonias religiosas, cause daño al ciudadano o al ejercicio de sus derechos y deberes cívicos y la activa participación en la gestión de estos grupos o la sistemática propaganda dirigida a la comisión de estos actos.

Esta regulación contrasta bastante con la que realiza el Código penal polaco de 1969, que es el más alejado de la línea marcada por los Códigos de origen socialista. Al contrario de ellos, dedica un capítulo independiente a los delitos en estudio. Tal es el capítulo XXVIII, referido a «las infracciones contra la libertad de conciencia y de culto». En los siete artículos allí contenidos se ofrece una regulación que se mueve entre las líneas marcadas por el legislador soviético y las contenidas en algunos países occidentales. De un lado se repiten la constante de los Códigos socialistas del abuso a través de sociedades religiosas en detrimento de los intereses de la República, y, de otro, se recogen formas tradicionales en los países del área occidental: el obligar a alguien a participar o no en un acto o ceremonia religiosa y la ofensa a los sentimientos religiosos de otras personas<sup>29</sup>.

Nos encontramos, pues, con países que parten de premisas ideológicas muy fuertes y donde existe una total separación Iglesia-Estado. Sin embargo, la existencia del fenómeno religioso dentro de su ámbito de Estados es una realidad constatable y que el poder político no puede obviar. En consecuencia, y aun en contra de sus directrices esenciales, el Estado se ve

---

<sup>28</sup> Artículos 142 y 143.

<sup>29</sup> Vid. artículos 192 a 198.

obligado a contemporizar con el fenómeno religioso como mal menor y como situación no definitiva. De ahí la regulación de los delitos sobre esta materia en los Códigos penales socialistas. Regulación que va en función de la fuerza adquirida por el polo dominado y que obliga, cuando la fuerza es notoria, a tipificar estas conductas en un capítulo autónomo, como es el caso de Polonia.

De todos modos lo que sí está claro es que el tratamiento de los diversos delitos responde en líneas generales a las premisas ideológicas de los Estados, dando lugar, como señala MORILLAS<sup>30</sup>, a supuestos de notoria originalidad, tales como separación Iglesia-Estado, separación Iglesia-Escuela y abuso de la libertad religiosa en detrimento de las leyes nacionales.

Señaladas las diferentes perspectivas de tutela penal en el Derecho comparado y su tratamiento concreto en el Derecho positivo de cada Estado, centraremos ahora nuestro estudio en el Derecho español.

III. La protección penal del fenómeno religioso en la legislación española ha estado absolutamente mediatizada por las fluctuaciones del poder constituyente. Se ha pasado en nuestro Derecho por diversas etapas que van desde la protección de la confesionalidad más estricta, con intolerancia de cualquier culto que no fuere el oficial, a la situación actual de protección a la libertad de conciencia, pasando por una amplia gama de estadios intermedios.

No es posible analizar el Derecho penal vigente en esta materia sin realizar siquiera un breve recorrido por nuestro Derecho histórico. Las distintas etapas en él consignadas han influido en mayor o menor medida en la regulación actual.

Dos son, en sentido amplio, los períodos que cabe distinguir como previos al sistema actual. El primero abarca de los siglos XVI a XIX, y el segundo, desde las primeras constituciones decimonónicas hasta el Derecho vigente. Es este segundo período el que tiene más interés para nosotros al ser, también, el momento en que se producen las primeras codificaciones penales.

1. La historia del constitucionalismo español muestra una línea ascendente hacia el reconocimiento de la libertad religiosa, con pequeños retrocesos y dos importantes quiebras: la Constitución de la II república que presenta, incluso, tintes exclusivistas, y las Leyes Fundamentales franquistas que suponen una vuelta al pasado.

La codificación penal se inicia en España con el Código penal de 1822. Hijo del trienio liberal responde, sin embargo, a los postulados de la Constitución de Cádiz de 1812, típico ejemplo de confesionalidad doctrinal con

---

<sup>30</sup> *Los delitos contra la libertad religiosa*, Granada 1977, pág. 98.

estricta intolerancia de los cultos no católicos<sup>31</sup>. En línea directa con este planteamiento, el Código penal de 1822 dedica el capítulo III del Título I, denominado «Delitos contra la Constitución y orden político de la monarquía», a los delitos contra la religión del Estado. Dentro de él se contiene una enérgica tutela de la confesionalidad que lleva incluso a confundir, como señala TERRADILLOS<sup>32</sup>, razón de fe y razón de Estado. Así, el artículo 227, por ejemplo, castiga con la pena de muerte a todo el que conspirare directamente y de hecho a establecer en España otra religión que no fuere la católica, y el artículo 233 señala que el que apostatare de la religión católica, apostólica y romana perderá empleos, sueldos y honores y será considerado como no español. Puede afirmarse, con MORILLAS, la indudable concordancia de este artículo con nuestras leyes medievales que entendían los delitos religiosos como una ofensa directa a Dios<sup>33</sup>.

Nos encontramos, pues, en este primer momento, con una valoración positiva parcial del fenómeno religioso en cuanto que solamente se tutela la religión del Estado. Ello produce dos consecuencias importantes. En primer lugar, se produce un tratamiento claramente desfavorable para el resto de las confesiones religiosas, prohibidas expresamente por la Constitución de Cádiz. El Código penal de 1822 no se plantea, siquiera, la posibilidad de su existencia. En segundo lugar, existe una fuerte institucionalización de la relación Iglesia-Estado. Se tutela directa y primordialmente a la religión como institución, no al individuo. El fundamento de tal protección se encuentra, claramente, en la «unidad religiosa» como elemento básico de cohesión de la unidad nacional.

Hay que llegar al texto constitucional de 1837 para encontrar un primer paso en el proceso de admisión de una libertad mitigada de los cultos o tolerancia. En su artículo 11, la Constitución se limita a consignar el hecho de que los españoles profesan la religión católica, lo cual supone un importante avance si se tiene en cuenta el texto constitucional anterior.

La Constitución de 1845 vuelve a una declaración expresa de confesionalidad, lo cual supone un tímido retroceso. La razón obedece, opina SUÁREZ PERTIERRA<sup>34</sup>, a la legitimidad real discutida en el interior y en el exterior ante las presiones carlistas y a los sucesivos atentados contra los bienes y las inmunidades eclesiásticas. El texto constitucional se enmarca, entonces, en un intento de acercamiento a la Santa Sede.

---

<sup>31</sup> El artículo 12 de dicha Constitución era significativo a este respecto: «La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica romana, única verdadera. La nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquier otra.»

<sup>32</sup> Vid. «Protección penal de la libertad de conciencia», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 69, otoño 1983, págs. 139-162. Cfr. pág. 142.

<sup>33</sup> Así opinan, entre otros, MORILLAS, *op. cit.*, pág. 110; LANDROVE, «La libertad religiosa y la reforma de 1971 del Código penal español», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1972, pág. 703.

<sup>34</sup> Cfr. «Incidencia del principio de confesionalidad del Estado sobre el sistema matrimonial español», en *Revista Española de Derecho Canónico*, 33 (1972), págs. 9-10.

Sobre las premisas de esta Constitución se promulga en 1848 un nuevo Código penal. El nuevo Código sigue muy de cerca los pasos del de 1822, aunque la ubicación de los delitos objeto de nuestro estudio sufre una variación respecto de aquél. Ya no se comprenden dentro del título relativo a «Delitos contra la Constitución y orden político de la monarquía», sino que merecen un título independiente denominado «Delitos contra la religión». Sin embargo, la concordancia con su antecesor es innegable. Persiste la severidad en cuanto a la conformación de los tipos, si bien las sanciones son menores al desaparecer la pena de muerte del título.

Del contenido cabe destacar el artículo 128, que tutela fuertemente la confesionalidad del Estado, y el artículo 136, que exige el requisito de publicidad para la punición de la apostasía. Junto a éstos, el Código incorpora la regulación de un supuesto nuevo de gran interés recogido en el artículo 129. Se castiga, aquí, al que celebrare actos públicos de un culto que no fuera la religión católica, apostólica y romana. Es bastante sorprendente la introducción en el Código de este supuesto si lo relacionamos con el texto constitucional del que deriva. La Constitución de 1845 guarda absoluto silencio sobre toda confesión religiosa que no sea la católica; en consecuencia, resulta curioso que el Código penal prohíba sus manifestaciones públicas. El hecho, sin embargo, está ahí y constituye, a nuestro juicio, una admisión implícita de tolerancia privada de los cultos no católicos. Algún autor, como PACHECO, veía en este artículo *a sensu contrario* un verdadero principio de libertad de conciencia y aun de libertad de culto secreto y privado, afirmación que ha sido acertadamente rebatida por TERRADILLOS, en el sentido de que la libertad de conciencia requiere libertad de actuar también públicamente, según conciencia<sup>35</sup>.

La valoración que puede hacerse de este Código penal de 1848 no difiere prácticamente de la realizada respecto a su antecesor de 1822. El bien jurídico protegido sigue siendo la religión del Estado, lo que supone de nuevo la prevalencia del aspecto institucional sobre el individual. Por otra parte, el tratamiento desfavorable para las confesiones religiosas distintas a la católica es también palpable, llegando la legislación a castigar los actos públicos de las mismas.

Continuando el *iter* histórico, el Concordato ratificado en 1851 establece una confesionalidad expresa y excluyente, con una amplia recepción del Derecho de la Iglesia católica<sup>36</sup>. Poco tiempo más tarde, 1856, se confeccionó un proyecto de Constitución que no llegó siquiera a votarse. En él se recogía la línea de la Constitución de 1837 y se introducía por prime-

---

<sup>35</sup> Vid. *op. cit.*, págs. 142-143.

<sup>36</sup> El artículo 1.º del Concordato señalaba: «La religión católica, apostólica romana que, con exclusión de cualquier otra, continúa siendo la única de la Nación española, se conservará siempre en los dominios de S.M. católica con todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar según la ley de Dios y lo dispuesto por los sagrados cánones.»

ra vez en el Derecho constitucional español la tolerancia expresa de las confesiones no católicas sometidas al ámbito de lo privado<sup>37</sup>.

Es interesante señalar aquí la evidente colisión entre el artículo 1 del Concordato, que declara una confesionalidad expresa y concluyente, y el párrafo 2 del artículo 14 del proyecto constitucional, sancionador de la tolerancia religiosa. En este momento histórico se observa cómo la fórmula empleada en el texto concordatario no puede ser susceptible de una interpretación unitaria por parte de la Iglesia y el Estado. Para éste, la fórmula del artículo 1 del Concordato es válida, igualmente, para la confesionalidad con tolerancia o sin tolerancia, ya que consideran a ésta implícitamente sancionada en las anteriores constituciones y explícitamente en el Código penal de 1848<sup>38</sup>. Para la Iglesia, el supuesto concordatario tiende a favorecer la unidad nacional en el terreno religioso, unidad que peligraba, señala POSTIUS<sup>39</sup>, con la admisión del ejercicio de estos cultos en privado, máxime cuando ni la doctrina canónica ni la realidad sociológica del país justifican tal tolerancia. He aquí una dialéctica que resultará básica para la comprensión de la relación entre ambos poderes en adelante.

Tras la revolución de septiembre de 1868, la Constitución liberal de 1869 supone un importante avance hacia la libertad religiosa. El artículo 21, ampliamente discutido, admite el ejercicio público y privado de todos los cultos, haciendo desaparecer de su letra toda declaración expresa de confesionalidad. El texto constitucional influyó, señala LÓPEZ ALARCÓN<sup>40</sup>, en la ordenación penal del hecho religioso con un criterio renovador y progresivo. En efecto, el Código penal de 1870 suprime el tradicional título «Delitos contra la religión» sustituyéndolo por una Sección, la tercera del Capítulo II, denominada «Delitos relativos al libre ejercicio de los cultos», que suprime toda distinción entre la Iglesia católica y las demás confesiones religiosas en lo que respecta a la tutela penal. Cabe distinguir en esta Sección dos grupos de delitos en esta materia. Los ataques contra la libertad religiosa y la libre celebración de cultos, recogidos en los artículos 236 a 238, y las ofensas a las religiones legalmente permitidas, recogidas en los artículos 239 a 241. Por otra parte, la blasfemia, ausente ya de los delitos religiosos en el Código de 1848, queda también excluida en este Código, pudiendo implícitamente incluirse como falta en el artículo 586, 2<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> El Proyecto de 1856 se refería al tema en el artículo 14, que decía: «La Nación se obliga a mantener y proteger el culto y los ministros de la religión católica que profesan los españoles.»

Pero ningún español ni extranjero podrá ser perseguido por sus opiniones o creencias religiosas, mientras no las manifieste por actos públicos contrarios a la religión.»

<sup>38</sup> Vid., sobre este tema, SUÁREZ PERTIERRA, *op. cit.*, págs. 10-11.

<sup>39</sup> Cfr. *El Código canónico aplicado a España en forma de instituciones*, Madrid 1926, páginas 286 y sigs.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, pág. 544.

<sup>41</sup> El artículo 586, 2, sancionaba a los que «con la exhibición de estampas o grabados, o con otra clase de actos, ofendieren la moral y las buenas costumbres sin cometer delitos».



En síntesis, los postulados que rigen la tutela penal han cambiado totalmente respecto a etapas anteriores. Hay una valoración positiva total del Estado hacia el fenómeno religioso, lo que determina la existencia de una tutela penal especial de tipo favorable. Pero, además, esta valoración es igualitaria para todas las confesiones. Se comienza a desinstitucionalizar la relación entre el Estado y el fenómeno religioso, dando lugar a una personalización de la relación. El bien jurídico protegido es la libertad como atributo ilegislable e ilimitable de la persona, y a ella, y no a la religión como institución directamente, sino como instrumento para la realización del individuo, dedica sus esfuerzos el Derecho penal.

En este sentido, opina TERUEL CARRALEDO<sup>42</sup>, la legislación penal va más allá que la propia Constitución. Es evidente que en ésta permanece un cierto sentimiento confesional, recogido en una de sus derivaciones concretas, la económica, por no aludir al Concordato de 1851, vigente en este momento, donde se expresa formalmente esta confesionalidad.

El camino abierto por la Constitución de 1869 hacia la libertad religiosa se vio truncado por la Restauración. La Constitución de 1876 supuso un claro paso atrás con respecto a la evolución de la libertad religiosa desde el primer tercio del siglo. El artículo 11 vuelve a declarar expresamente la confesionalidad del Estado y permite únicamente el ejercicio privado de los cultos no católicos. Todo ello, además, con el límite del respeto debido a la moral cristiana.

El Código penal de 1870 continuó rigiendo en claro desacuerdo con la Constitución, aunque con una fuerza visiblemente dudosa al ser contradictorio con la ley fundamental de la monarquía.

A pesar de los sucesivos intentos de reforma, infructuosos todos ellos<sup>43</sup>, la dicotomía Constitución-Código penal se mantiene hasta la Dictadura de Primo de Rivera. Es entonces cuando se promulga el Código penal de 1928. Los delitos de carácter religioso se ubicaban en las secciones 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del capítulo II, denominado «Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos y deberes reconocidos en la Constitución». La sección 3.<sup>a</sup>, bajo el epígrafe de «Delitos contra la religión del Estado», recogía en los artículos 270 a 277 la protección penal de la confesionalidad en parecidos términos a la realizada en el Código de 1848. Dentro de ellos, el artículo 275 limitaba la práctica de los cultos no católicos al ámbito privado, ya que no cabe interpretar de otra manera la expresión «fuera del recinto destinado a los cultos que no sean de la religión católica». La sección 4.<sup>a</sup>, de-

---

<sup>42</sup> *Op. cit.*, pág. 221.

<sup>43</sup> Hubo numerosos intentos de reforma, entre los que cabe destacar los Proyectos de Alonso Martínez, Silvela, Villaverde y Maura, entre otros. La razón del fracaso de todos ellos puede encontrarse, en palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA-ANTÓN ONECA en que «ni los partidos de la derecha toleraban que el nuevo Código siguiese en desarmonía con la Constitución, ni los de la izquierda hubieran consentido un retroceso en la materia». Cfr. *Derecho penal conforme al Código de 1928*, tomo II, Madrid 1929, págs. 37 y sigs.

dicada a los «Delitos contra la tolerancia religiosa», estaba inspirada, a diferencia de la 3.<sup>a</sup>, en el Código de 1870. Compuesta únicamente por dos artículos, el 278 y el 279, protegía, en régimen de tolerancia, el derecho de los ciudadanos no católicos a la práctica de sus cultos religiosos, con el límite del artículo 275, ya visto.

Se trata, pues, de una tutela penal ecléctica entre la del legislador de 1848 y la del de 1870. Hay una valoración positiva de toda práctica religiosa como un bien de trascendencia social al que no se puede obviar por constituir un instrumento importante para el Estado y sus fines. Como dice TERRADILLOS <sup>44</sup>, la función social integradora y la función cognoscitiva de la religión ya no se confina a los límites establecidos por un solo dogma. No obstante, a pesar de esa importancia del valor social de lo religioso en abstracto, la tutela no es igualitaria para todas las confesiones, ya que sólo una es la religión del Estado y juega, entonces, el límite de la confesionalidad.

El régimen jurídico de la II República recoge el hilo de la evolución interrumpida en 1876. Teniendo presente este punto de referencia no es difícil, como señala SUÁREZ PERTIERRA <sup>45</sup>, trazar una línea que partiendo de la Constitución de 1869, y pasando por el abortado proyecto de la de 1873, concluya en la Constitución de 1931.

La legislación constitucional republicana reacciona frontalmente contra la confesionalidad del Estado. El artículo 30 declara que el Estado español no tiene religión oficial. Esta laicidad del Estado se combina con un régimen que, pretendiendo ser de libertad religiosa, descansa primordialmente en la idea de igualdad entre todas las confesiones como prueban los artículos 26 y 27 del texto constitucional.

El Código penal de 1932 responde, en parte, a estas premisas constitucionales. Regula en la sección 3.<sup>a</sup> del capítulo II, denominado «Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución», los «Delitos relativos a la libertad de conciencia y libre ejercicio de los cultos». Está basado, claramente, en el Código penal de 1870, del que, según JIMÉNEZ DE ASÚA <sup>46</sup>, sólo pretende ser una reforma. La sección contiene, sin embargo, una ampliación respecto de la misma de 1870, al incluir los delitos relativos a la libertad de conciencia como consecuencia de la nueva declaración constitucional. Los preceptos en concreto son en su mayor parte una transcripción de los contenidos en el Código de 1870, con la única variante de su penalidad. La coacción a la libertad de conciencia se recoge en el artículo 231, y los tres artículos ante-

---

<sup>44</sup> *Op. cit.*, pág. 144.

<sup>45</sup> *Op. cit.*, pág. 21.

<sup>46</sup> Por eso se le dio, continúa el citado autor, el modesto nombre de «Código reformado de 1932». Cfr. «D. J. P. Pacheco en el centenario del Código penal español», en *El criminalista*, Serie 1.<sup>a</sup>, tomo IX, Buenos Aires 1915, págs. 13-14.

riosos constituyen una innovación al tipificar delitos contra la libertad individual de conciencia y creencias y la libertad de culto de las confesiones, caracterizados por la cualidad de funcionario público del sujeto activo.

Es evidente que el texto constitucional parte de una valoración indiferente hacia el fenómeno religioso. Este, en cuanto tal, no interesa al Estado, que sólo lo tiene en cuenta en cuanto contenido en la libertad de conciencia del individuo, esto es, como un derecho individual más y así lo protege. Esta valoración en algunos puntos alcanza, incluso, ribetes exclusivistas. Piénsese, por ejemplo, en el párrafo 3 del artículo 27, que exige la autorización del Gobierno para las manifestaciones públicas del culto y en algunos aspectos del artículo 26 del mismo texto constitucional<sup>47</sup>. No hay duda de que existe una plena igualdad religiosa que prima sobre la libertad religiosa, que además está limitada al aspecto meramente privado.

Sin embargo, este contenido del texto constitucional no se corresponde exactamente con la tutela penal realizada por el Código de 1932. Este valora de forma más positiva el fenómeno religioso. Piénsese, de un lado, que en ninguno de los artículos relativos al tema aparece la limitación del culto al aspecto privado, que sí aparecía, por ejemplo, en el artículo 275 del Código de 1928 para los cultos no católicos. Por otra parte, aun estando claro que el bien jurídico protegido es la libertad de conciencia de los ciudadanos fundamentalmente, puede verse una cierta valoración positiva de las confesiones religiosas en cuanto tales, como lo prueba el artículo 229 del texto penal al sancionar al funcionario público que impidiere a una confesión religiosa el libre ejercicio de su culto. Quizás la razón de esta diferencia en la valoración se halle en que el Código no es original, sino una mera reforma de otro que no respondía a un régimen jurídico de separación entre la Iglesia y el Estado.

Con la guerra civil de 1936 se abre un nuevo período que constituye el precedente inmediato al sistema jurídico vigente. El régimen político nacido de la contienda supuso, en su primera etapa, una importante quiebra de los logros conseguidos en materia de libertad religiosa en las épocas anteriores. El nuevo Estado se aplica en dejar sin efecto la legislación republicana en materia religiosa, dado que su declaración de principios se manifiesta consustancial con la religión católica, y se considera el factor religioso como elemento de unión nacional, lo cual lleva a su protección por el Estado mediante su aparato coactivo. El artículo 1 de la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado integra el tema en la unidad política, la Ley de Principios del Movimiento Nacional, en el Principio II protege esta misma idea, y el artículo 33 del Fuero de los Españoles configura la unidad nacio-

---

<sup>47</sup> Así, por ejemplo, el párrafo 4.º del artículo 26 señalaba: «Quedan disueltas aquellas Ordenes religiosas que estatutariamente impongan, además de los tres votos canónicos, otro especial de obediencia a autoridad distinta de la legítima del Estado. Sus bienes serán nacionalizados y afectados a fines benéficos y docentes.»

nal y espiritual de España como límite a los derechos reconocidos en el mismo.

Antes de entrar en el concreto estudio de la tutela penal en esta etapa, no podemos dejar de mencionar el Anteproyecto de Código penal falangista de 1938, vigente aún la contienda civil. Este código sigue, curiosamente, las líneas de tutela del de 1932, del que es una fiel reproducción<sup>48</sup>. Por el contrario, la Ley de 19 de julio de 1944, que autoriza la publicación de un texto refundido del Código de 1932, parte de directrices totalmente distintas. Su artículo 2 dispone la supresión de los artículos 228 a 235 del Código republicano, relativos a la libertad de conciencia y al libre ejercicio de los cultos, y su sustitución por otros que se inspiren en el Código de 1928, en cuanto a los delitos cometidos contra la religión del Estado. Dispone, además, que habrá de tenerse en cuenta en esta materia la vigencia del artículo 1 del Concordato de 1851 sobre confesionalidad del Estado, vigencia restablecida por Convenio con la Santa Sede de 7 de junio de 1941.

Siguiendo estos principios se lleva al articulado del Código de 1944, como señala LÓPEZ ALARCÓN<sup>49</sup>, la protección de la religión católica, tanto como religión oficial, como en sus dogmas, actos, personas y cosas. Así, se suprimen los artículos que tutelaban la libertad religiosa y se guarda silencio sobre los cultos acatólicos, todo ello bajo la amplia denominación de «Delitos contra la seguridad interior del Estado».

La primera etapa del período franquista vuelve, pues, de nuevo a una fuerte institucionalización de la relación Iglesia-Estado. Se trata de una relación entre poderes y organizaciones en cuanto tales y no, al menos primariamente, de una relación diseñada en atención a los individuos miembros de ambas organizaciones y sometidos a ambos poderes. Se valora positivamente sólo una confesión religiosa que resulta, así, privilegiada frente a las demás o frente a los no creyentes. Todo el fenómeno se somete, entonces, a un derecho especial favorable para la religión oficial y perjudicial para el resto de las confesiones y para los no creyentes.

La promulgación de la Declaración *Dignitatis humanae*, del Concilio Vaticano II, señala el comienzo de una nueva etapa en el período que estamos tratando. Este documento, relativo a la libertad religiosa, puso de manifiesto el desfase de una legislación acogedora de la simple tolerancia. En un intento de adecuar las leyes fundamentales a la norma conciliar, la Ley Orgánica del Estado de 1977 determinó la reforma del artículo 6 del Fuero de los Españoles que asume, en su párrafo 2, la protección de la libertad religiosa. En desarrollo de este precepto constitucional, se promul-

---

<sup>48</sup> Sólo se suprimen en relación al Código anterior los artículos 229 y 230, relativos, respectivamente, a la inhabilitación especial al funcionario público que impidiere a una confesión religiosa el libre ejercicio de su culto, y la supresión de cargo público para el funcionario que obligare a un ciudadano a declarar oficialmente sus creencias religiosas.

<sup>49</sup> *Op. cit.*, pág. 545.

ga en 1967 la Ley de Libertad Religiosa, texto básico de la regulación sobre confesiones no católicas en España<sup>50</sup>.

El contenido de la Ley de libertad religiosa, y especialmente el artículo 2, 2, relativo a los actos especialmente lesivos de los derechos reconocidos en la Ley; el artículo 5, sobre el derecho al normal y voluntario cumplimiento de los deberes religiosos y a la no obligación de asistencia a los actos de culto, y el artículo 9, sobre derecho del individuo y de las asociaciones confesionales reconocidas a no ser impedidos en la enseñanza de su fe, motivaron la reforma del Código penal de 1944. Dicha reforma se llevó a cabo por la Ley de 15 de noviembre de 1971, texto refundido por Decreto de 14 de septiembre de 1973. La reforma atañe a la sección 3.<sup>a</sup> del capítulo II, Título II, Libro II del mencionado Código (arts. 205 a 212). Por ella se cambia la rúbrica de «Delitos contra la religión católica» por la de «Delitos contra la libertad religiosa, la religión del Estado y las demás confesiones» en un intento de adecuar los tipos existentes en el Código anterior a las nuevas necesidades legislativas.

El único artículo original en relación con la antigua redacción será el 205. Este artículo, como destaca la mayoría de la doctrina<sup>51</sup>, descansa sobre el artículo 2, 2, de la Ley de libertad religiosa, relativo, como ya hemos visto, a los actos especialmente lesivos de los derechos reconocidos en la Ley, considerando como tales cualquier forma ilegítima de persuasión con el fin de ganar adeptos para una determinada creencia o separarlos de otra. En consecuencia, el artículo 205 protegía la lesión de la libertad reconocida por las leyes, entendida, opina CÓRDOBA RODA<sup>52</sup>, como equivalente a la libertad religiosa reconocida por las leyes fundamentales.

También incide este artículo directamente sobre el artículo 9, 2, de la Ley de libertad religiosa referente, según hemos visto, a la posibilidad de difusión doctrinal. Y así, en sus números 1 y 2, regula aspectos relacionados con la difusión religiosa, ambos dirigidos a penar el empleo de medios dañosos tales como amenaza, violencia, dádiva o engaño o cualquier apremio ilegítimo, ya sea para obligar o impedir la realización de algún acto religioso (art. 205, 1), ya para ganar adeptos para una confesión o desviarlos de otra (art. 205, 2).

Esta protección de la libertad religiosa encuentra, sin embargo, un fuerte límite en la confesionalidad del Estado. Ello se ve, perfectamente, en

---

<sup>50</sup> La Ley, en su artículo 1.º, reconoce el derecho a la libertad religiosa y garantiza la libre profesión y práctica privada y pública de cualquier religión, hecho que ha de ser compatible, en todo caso, con la confesionalidad del Estado español proclama en sus leyes fundamentales. El artículo 3.º, por su parte, señala que las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad de los españoles ante la ley.

<sup>51</sup> Así, por ejemplo, CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, III, Barcelona 1979, pág. 396. En el mismo sentido, LÓPEZ ALARCÓN, *op. cit.*, pág. 548. Si bien el comentario de este último autor aparece como referido al artículo 205 del Código de 1983, cuando en realidad se está comentando el artículo 205 del Código de 1973.

<sup>52</sup> *Op. cit.*, págs. 397-398.

el artículo 206 del Código. Tipifica este precepto, con una técnica demasiado genérica, ya que utiliza la expresión «cualquier clase de actos», los delitos contra la confesionalidad del Estado español. Ya no se trata de un tratamiento conjunto de todas las confesiones, como habíamos visto en el 205. En este extremo, se olvida todo aquello que pudiera distraer la atención para castigar especialmente a quienes lesionen, con arreglo a un tipo legal, la confesionalidad del Estado español y no la libertad e igualdad religiosas. Este mismo límite juega también, si bien es cierto que en menor medida, en los artículos 207 a 212, relativos a los delitos contra los valores religiosos, pues si bien se amplía la especial protección penal de que antes gozaba la religión católica a las demás confesiones, se utilizan separadamente, en la mayoría de ellos, ambos términos, distinción innecesaria que pone de manifiesto el deseo del legislador de realzar a la religión católica del resto de los cultos tolerados.

Ninguna distinción se hace, por el contrario, en el Código respecto a la blasfemia, recogida como delito en el artículo 239 y como falta en el 567, que tradicionalmente penaba conductas contra la religión católica. Se discutió por la doctrina si se debería hacer extensible el precepto a todas las confesiones religiosas en razón del espíritu de la reforma. La respuesta mayoritaria fue afirmativa, pues, en palabras de LANDROVE DÍAZ, «la extensión a los demás cultos legalmente reconocidos se debe evidenciar en aquellos preceptos de nuestra ley punitiva en los que se haga expresa mención de actos religiosos, objetos o ministros del culto»<sup>53</sup>. A idéntica conclusión llegan otros autores<sup>54</sup>. Sin embargo, GIMBERNAT califica el precepto de peligroso y siguiendo lo establecido en la exposición de motivos del Proyecto Alternativo alemán, aboga por su desaparición, por considerar que no parece adecuado ni responde al verdadero interés de las confesiones religiosas el que éstas acudan al juez penal para que intervenga en controversias del espíritu<sup>55</sup>.

A la hora de valorar esta segunda etapa del período franquista, cabe poner de manifiesto que nos encontramos ante un curioso régimen de tutela penal que responde a las contradicciones del sistema existente.

Se ha producido una clara variación desde el régimen de tolerancia al de libertad religiosa. Pero existe una inadecuada realización de este principio en base a la peculiar comprensión por nuestro ordenamiento de la relación libertad religiosa-confesionalidad. Se erige a la religión católica en límite de la libertad religiosa, lo que plantea evidentes problemas. Pero, además, se destaca a la religión católica sobre las demás confesiones religiosas, lo cual, además de un límite, constituye una lesión de la igualdad.

<sup>53</sup> Cfr. «La libertad religiosa y la reforma de 1971 del Código penal español», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1972, pág. 718.

<sup>54</sup> Cfr. CÓRDOBA, *op. cit.*, págs. 535-536; MORILLAS, *op. cit.*, págs. 176 y sigs.

<sup>55</sup> Vid. «La reforma del Código penal de noviembre de 1971», en *Estudios de Derecho Penal*, 2.ª ed., Madrid 1981, pág. 69.

Hay, entonces, un bien jurídico fundamental protegido, la religión católica, y un bien secundario, las demás confesiones. Ello no se explica si no es en base al tratamiento constitucional del Principio II de la L.P.M.N., con su secuela de defensa de la religión considerada como verdadera. He aquí otra consecuencia del peculiar régimen español de confesionalidad.

No se puede, a nuestro juicio, diferenciar a las confesiones sobre todo en aquello que se refiere a una hipotética consideración como límites. En cuanto el respeto a cada idea religiosa supone el respeto a cada confesión religiosa, habría que pensar que este límite se encontraría recogido en el ámbito del orden público. Sin embargo, ello no es así, precisamente, por la mala interpretación del principio de confesionalidad.

En la reforma del Código penal de 1973 se ve, con nitidez, este criterio limitador que se emplea como específico junto al de «respeto a otras confesiones». Aparte del artículo 206, ya visto, el artículo 207 es un claro ejemplo de utilización como límite del respeto debido a la religión católica como primordial sobre las demás confesiones<sup>56</sup>. Lo mismo sucede con respecto al artículo 210<sup>57</sup>. Pero es especialmente indicativo del tema la redacción del artículo 209 del texto que se limita a yuxtaponer la expresión «o confesión reconocida legalmente» a la referencia a «la religión católica» del antiguo Código penal.

En conclusión, puede decirse que la reforma del texto penal de 1973 consistió, fundamentalmente, en la introducción en las anteriores redacciones de una referencia a las confesiones religiosas no católicas, para colocar así a todas las confesiones legalmente reconocidas en un plano de mera igualdad formal.

Con esta reforma se llega al Derecho vigente, donde los puntos de partida van a ser radicalmente distintos.

2. El sistema vigente de relación entre el Estado y las confesiones religiosas está diseñado por la Constitución de 1978 y desarrollado en los Acuerdos suscritos entre el Estado español y la Santa Sede y en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980. El texto básico es, no obstante, el constitucional que actúa como criterio interpretativo de la normativa inferior y que prevalece en caso de colisión con la misma.

Pues bien, dentro de la Constitución los preceptos fundamentales desde la perspectiva que nos interesa están contenidos en el capítulo II del Título I relativo a los derechos y deberes fundamentales. Allí se encuentran los principios informadores de la relación con las confesiones religiosas. Estos principios son tres: el de libertad religiosa, el de igualdad religiosa y el de laicidad del Estado, al que algunos denominan de «aconfesionalidad» o «no estatalidad»<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Cfr. artículo 207.

<sup>57</sup> Cfr. artículo 210.

<sup>58</sup> Vid., sobre esta cuestión, LLAMAZARES-SUÁREZ PERTIERRA, «El fenómeno religioso en

El principio de libertad religiosa aparece recogido en el artículo 16, 1. Dos importantes precisiones cabe hacer sobre su contenido. En primer lugar, la equiparación entre libertad religiosa y libertad ideológica desde el punto de vista de su protección constitucional. En segundo lugar, el modo de pronunciamiento del supuesto. El artículo 16 habla de que «se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de cultos...», lo cual transparenta una determinada actitud del Estado. El régimen establecido se integra en el concepto de «inmunidad de coacción» por parte del poder público. El Estado, de acuerdo con el precepto, aparece, a primera vista, como simple garante sin que le incumban funciones promotoras que son las que permiten o imposibilitan una adecuada realización de la idea de libertad. Sin embargo, esta primera apreciación resulta modificada, porque sobre el artículo 16, 1, está presionando el artículo 9, 2, del mismo texto constitucional que instaura un mandato de igualdad y libertad sustanciales. Si se relacionan ambos preceptos resulta evidente que la libertad religiosa del artículo 16, manejada por el artículo 9, 2, aparece modulada en el sentido positivo de promoción.

El principio de igualdad religiosa aparece recogido en el artículo 14 y se concreta, por lo que a nuestra cuestión se refiere, en la imposibilidad de sufrir discriminación por razón de las ideas profesadas o por la pertenencia a grupos confesionales o ideológicos.

La relación entre los principios de libertad e igualdad religiosa no se configura, a nuestro juicio, como una relación jerárquica, en contra de lo que opina algún autor<sup>59</sup>. Como señala LLAMAZARES<sup>60</sup>, la igualdad es el adjetivo de la capacidad jurídica y de obrar de todos los individuos, en tanto que titulares de derechos fundamentales. Tal es lo que ocurre con todas las libertades fundamentales, también con la libertad religiosa e ideológica. Se trata, pues, de igualdad en la titularidad y ejercicio de esos derechos. Esto es, que los derechos y libertades fundamentales del ciudadano tienen el mismo reconocimiento, garantía, tutela y fomento con independencia de las diferencias religiosas e ideológicas. Y es esta la razón por la que el artículo 14 se coloca a la cabecera del capítulo II, relativo a «Derechos y libertades», como preámbulo, y aplicable tanto a la sección 1.ª, «Derechos fundamentales y libertades públicas», como a la 2.ª, «Derechos y deberes de los ciudadanos».

El artículo 16, 3, recoge en su primer inciso la laicidad del Estado. Si partimos de que el número 1 del mismo artículo se refiere a la libertad religiosa, podrá deducirse, fácilmente, que no es la laicidad límite de la

---

la nueva Constitución española», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 61 (1980), págs. 7-34.

<sup>59</sup> Así, VILADRICH, «Principios informadores del Derecho eclesiástico español», en VV. AA., *Derecho Eclesiástico Español*, 2.ª ed., Pamplona 1983, págs. 193 y sigs.

<sup>60</sup> Conferencia citada de donde se toman, en esencia, las líneas básicas de configuración del sistema español vigente.



libertad, sino a la inversa. Ello pone de relieve la total personalización entre el Estado y el fenómeno religioso: es la relación del Estado con el ciudadano, en cuanto que sujeto de un derecho fundamental, lo que predetermina su actitud frente a la organización religiosa o ideológica a la que pertenece. Ciertamente que se dan relaciones entre las respectivas organizaciones en cuanto tales, relaciones que, incluso, como veremos más adelante, están constitucionalizadas. Pero no lo están como relaciones originarias, sino como derivadas de las del Estado respecto a sus ciudadanos en cuanto titulares de los derechos constitucionales de igualdad y libertad de profesión de creencias e ideologías.

Estos son, en esencia, los principios informadores del sistema español. Los dos primeros, considerados como principios básicos de la propia Constitución, constituyen el fundamento del orden político y la paz social<sup>61</sup> y son valores superiores del ordenamiento jurídico español<sup>62</sup>. El tercero, en clara dependencia de los dos anteriores, por cuyo contenido viene determinado, es el que realiza la calificación del sistema.

Pues bien, el sistema, así concebido, está matizado por unas técnicas de relación. En efecto, el artículo 16, 3, en su segundo inciso, establece un mandato de cooperación fundamentado en un sustrato sociológico: las creencias religiosas de la sociedad española. Nos encontramos, así, con un doble contenido en este segundo inciso del artículo 16, 3. De un lado, valoración positiva de las creencias religiosas; de otro, obligación de cooperación fundamentada en esa valoración que el Estado realiza.

El primero de los contenidos no es una valoración de lo religioso en cuanto tal, sino del derecho fundamental de los ciudadanos no sólo a creer, sino también a elegir entre varias creencias u optar por una profesión ideológica. Si se quiere respetar escrupulosamente el principio de igualdad y de no discriminación por razones religiosas o ideológicas, no debe valorarse de distinta manera la profesión de una creencia que la de una ideología. Unas y otras deben ser valoradas en pie de igualdad como positivas, en tanto que espacio de desarrollo de todos y cada uno de los ciudadanos.

El segundo de los contenidos, obligación de cooperación fundamentada en esa valoración que el Estado realiza, tiene su razón de ser en la prescripción del artículo 9, 2, y consiste en garantizar y fomentar el derecho fundamental de los españoles en materia religiosa. No hay que olvidar que el artículo 9, 2, presiona sobre el artículo 16 y convierte la simple función garante de aquél en función promocional. De este modo, la única cooperación obligada para el Estado es la que reclame y exija la «promoción de las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y la remoción de obstáculos que dificulten su plenitud», según indica el artículo 9, 2.

---

<sup>61</sup> Vid. artículo 10, 1, de la Constitución de 1978.

<sup>62</sup> Vid. artículo 1, 1, de la Constitución de 1978.

Así las cosas, parece que sólo el tipo de actividad de las confesiones religiosas necesaria para la realización de esos derechos fundamentales de los ciudadanos merecen ayuda de parte del Estado y de parte de su Derecho un tratamiento especial.

Podría parecer, no obstante, que la mención explícita a la Iglesia católica como uno de los sujetos de esa cooperación, estuviera contradiciendo el razonamiento expuesto hasta aquí. Sin embargo, a nuestro juicio, no puede decirse que dicha mención explícita esté constitucionalizando un trato privilegiado para ella. Si acaso supondrá un reconocimiento de que en ese momento histórico es la que por su realidad sociológica no ofrece dudas como interlocutora del Estado. Pero nada más. Otra cosa supondría estar defendiendo una confesionalidad larvada. Y que ello no es así, lo prueba el artículo 7 de la L.O.L.R., que desarrolla el artículo 16, 3, en materia de cooperación, donde ya no se realiza esta mención explícita<sup>63</sup>.

En definitiva, el sistema español no emite un juicio de valor sobre lo religioso, sino que únicamente garantiza a todos los ciudadanos que sean libres e iguales y, por tanto, también en lo religioso y pone los medios para que esto sea real y efectivo en el artículo 9, 2. Y es con esta perspectiva como debe verse la cooperación con las confesiones. Estas serán simples medios instrumentales para hacer posible la libertad e igualdad del individuo y a través de él de los grupos en que se integra. En ningún momento se constitucionaliza la obligación de los poderes públicos de contribuir al pleno desarrollo del fenómeno religioso como ocurre, por ejemplo, en el Derecho alemán. Ello supondría una especie de pluriconfesionalidad en que lo religioso es valorado positivamente como tal por el Estado.

Pues bien, esta cooperación de los poderes públicos señalada en el artículo 16, 3, y matizada por el 9, 2, es el punto de partida de la protección penal. La estrecha relación existente entre la Constitución de un país y su Derecho penal se ha hecho notar muchas veces. Los cambios constitucionales, señala VIVES ANTÓN<sup>64</sup>, suelen ir acompañados de una reforma correlativa en el Código penal. Podría decirse que, por regla general, la implican, en cuanto que suponen una alteración de los presupuestos materiales y formales que determinan el ejercicio de la potestad punitiva.

De este modo, la tutela penal del fenómeno religioso a la luz del nuevo texto constitucional habrá de ser acorde con la libertad e igualdad religiosa y con la laicidad o aconfesionalidad del Estado. Igualmente habrá de responder al mandato de cooperación del artículo 16, 3, matizado por el 9, 2. En consecuencia, no podrá el Estado acudir al Derecho penal en defensa de una religión propia ni en defensa de los valores inherentes a lo

---

<sup>63</sup> Se sustituye la expresión «Religión católica y demás confesiones religiosas» del artículo 16,3 de la Constitución por la de «Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas».

<sup>64</sup> Vid. «Introducción: Estado de Derecho y Derecho penal», en *Comentarios a la Legislación penal, I. Derecho penal y Constitución*, Madrid 1982, pág. 19.

religioso. Si así lo hiciere, estaría primando lo religioso sobre lo agnóstico en detrimento de los principios pluralistas e igualitarios que informan nuestro ordenamiento <sup>65</sup>.

El Estado democrático no podrá, entonces, coaccionar ni sustituir a los ciudadanos en materia religiosa, ni podrá concurrir con éstos como sujeto con su propia decisión resolutoria del acto de fe, sea cual fuere el signo de esa resolución <sup>66</sup>.

Partiendo de estos planteamientos, lo que habrá que determinar es si la tutela penal existente hoy responde efectivamente a los postulados constitucionales e, incluso, si cabe conforme a ellos el plantearse la necesidad de una tutela específica de la libertad religiosa por parte del Derecho penal.

El primer texto que se ha de examinar, en cuanto que posterior a la Constitución de 1978, es el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1980.

«Los delitos contra la libertad y sentimientos religiosos» constituyen la sección 3.<sup>a</sup> del capítulo II, denominado «De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona garantizados en la Constitución». Dicho capítulo se integra, a su vez, en el Título XIII del Libro II, dedicado a los «Delitos contra la Constitución». Los artículos dedicados al tema son los artículos 629 a 631.

El artículo 629 castiga, en el número 1, a los que por medio de violencia, intimidación o cualquier otro apremio ilegítimo impidieren a un miembro o miembros de una confesión religiosa la práctica o asistencia a los actos de culto. El número 2, castigaba a quienes por iguales medios forzaren a otro a practicar o concurrir a actos de culto que no fuese el suyo o a mudar de religión.

El objeto de protección es, pues, la libertad religiosa de los individuos. El artículo fue objeto de algunas enmiendas por parte de los distintos grupos parlamentarios. El Grupo Socialista <sup>67</sup> proponía el cambio del párrafo 2 del artículo basándose en que su redacción presumía que toda persona profesa una religión, con lo que se producía una falta de protección a los agnósticos. En consecuencia, se debería penar también a los que forzaren a otro a profesar una religión.

El Grupo Comunista <sup>68</sup> propugnaba la supresión del mismo párrafo 2, por entender que el tipo estaba suficientemente contenido en el delito de coacciones, por lo que era superfluo. Además se señalaba que la figura de obligar a cambiar de religión entra dentro del delito imposible.

El artículo 630 recogía la ofensa a los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa mediante escarnio público de sus dogmas, ritos o ceremonias, o vejación pública de quienes la profesaren (p. 1); ultraje

---

<sup>65</sup> Vid. TERRADILLOS, *op. cit.*, págs. 151-152.

<sup>66</sup> Sobre este tema, vid. VILADRICH, *op. cit.*, págs. 209-214.

<sup>67</sup> Enmienda núm. 776.

<sup>68</sup> Enmienda núm. 1.257.

público a sus ministros (p. 2); destrucción o profanación de objetos o lugares de culto de una confesión religiosa (p. 3), y, nalmente, perturbación grave de funciones, ceremonias o manifestaciones de culto de cualquier religión (p. 4).

El Grupo Comunista<sup>69</sup>, siguiendo la línea ya vista en relación al precepto anterior, propugnó la supresión de los dos primeros párrafos del artículo por entender que se recogían en él figuras ya previstas como injurias, señalando también que la expresión «escarnio» del número 1 era jurídicamente indeterminada.

Por su parte, Coalición Democrática<sup>70</sup> propuso la introducción en el párrafo 1 del artículo de la frase «usaren un lenguaje blasfemo», lo cual suponía, claramente, una mayor punición de la blasfemia.

Por último, el artículo 631 castigaba la falta de respeto debido a los muertos.

En definitiva, el Proyecto asumía como bien jurídico protegido la libertad religiosa del individuo y de las confesiones en consonancia con el artículo 16, 3, de la Constitución. Parece claro que a tenor de los artículos, el objeto clave de protección es el bien jurídico del individuo y que la protección de las confesiones se realiza en cuanto instituciones donde ejercen sus derechos y deberes esos individuos. Es también evidente la equiparación de todas las confesiones religiosas como consecuencia inevitable de los principios de igualdad y libertad religiosa. El hecho de que la mayoría del país practique la religión católica no justifica una protección específica de la misma, hecho con el que no se muestra de acuerdo algún autor, como RODRÍGUEZ DEVESA<sup>71</sup>.

No obstante, cabe hacer, en relación al Proyecto, dos importantes precisiones. En primer lugar, el Proyecto tutela la libertad religiosa únicamente desde la base de existencia de profesión de una religión. Esto es, la tutela se produce cuando ya se ha exteriorizado el propio sentimiento religioso, y se ha exteriorizado de forma positiva. No se protege, por tanto, ni la exteriorización arreligiosa ni lo que CARDIA llama «proceso formativo de la propia opción». Es decir, la facultad de formación de la propia conciencia de modo que permita una auténtica libertad de autodeterminación<sup>72</sup>. Este momento subjetivo de la libertad religiosa ha de ser también objeto de tutela<sup>73</sup>. En consecuencia, la tutela del Estado debe ser anterior a la ma-

<sup>69</sup> Enmienda núm. 1.258.

<sup>70</sup> Enmienda núm. 1.644.

<sup>71</sup> Vid. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 8.ª ed., Madria 1980, pág. 893.

<sup>72</sup> Vid. «Società moderna e diritti di libertà», en *Teoria e prassi delle libertà de religione*, Bologna 1975, págs. 85-86.

<sup>73</sup> Así lo cree un importante sector doctrinal representado, fundamentalmente, por BELLINI y CARDIA, a los que siguen otros muchos. Vid. BELLINI, «Nuova problematica della libertà individuale nella società pluralistica», en *Individuo, gruppi, confessioni religiosi nello Stato democratico*. Atti del Convegno nazionale di Diritto Ecclesiastico, Siena, 30 novembre-2 dicembre 1972. Milano 1973, págs. 1124 y sigs.; CARDIA, *Società moderna...*, cit., págs. 82 y

nifestación por los individuos de sus convicciones internas. Habrá que proteger no sólo la libertad de las personas para exteriorizar el propio sentimiento religioso, o arreligioso o irreligioso<sup>74</sup>, sino también la libertad de formar dentro de sí mismos convicciones personales en materia de religión e ideología.

La segunda precisión que estimamos necesaria hacer ya ha sido expuesta por cierta doctrina penal. Se trata de que en el Proyecto ni siquiera se cuestionó la necesidad o conveniencia de proteger o no específicamente la libertad religiosa. Cuando la respuesta a esta cuestión, opina un importante sector doctrinal<sup>75</sup>, debería haber sido el punto de partida del legislador.

La vigente Ley de Reforma Urgente y Parcial del Código penal de 1983, aprobada por Ley de 25 de junio de 1983, dedica la sección 3.<sup>a</sup> del capítulo II, denominado «De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes», a los «Delitos contra la libertad de conciencia». Todo ello está comprendido en el Título II, referente a los «Delitos contra la seguridad interior del Estado». Este mismo Título recoge en el capítulo VII la blasfemia y, finalmente, el Título V integra la violación de sepulturas junto a las inhumaciones ilegales y los delitos contra la salud pública.

La *ratio legis* de la reforma fue, sin duda, la necesidad de acomodar el entonces vigente Código penal de 1973 a los nuevos postulados constitucionales.

En consecuencia, la rúbrica del Código penal de 1973, denominada «Delitos contra la libertad religiosa, la religión del Estado y las demás confesiones», claramente incompatible con la Constitución, fue sustituida por la de la mencionada sección 3.<sup>a</sup>, «Delitos contra la libertad de conciencia». Dicha denominación, que ya había sido propuesta por una enmienda del Grupo Socialista para el Proyecto de 1980, con el fin de proteger tanto la libertad y sentimientos religiosos como la libertad de no profesión<sup>76</sup>, fue objeto de dos enmiendas parlamentarias. El Partido Comunista proponía la supresión total de la rúbrica con todos sus artículos. Basaba tal propuesta en que si el Código penal protegía todas las convicciones religiosas, habría que proteger también otras convicciones políticas, ideológicas, etc. De lo contrario, debería suprimirse la tutela privilegiada de las religiones, máxime cuando los ataques más graves constituyen ya otros delitos del Código penal como, por ejemplo, el de coacciones<sup>77</sup>.

---

siguientes. En el mismo sentido, LARICCIA, «La libertà religiosa nella società italiana», en *Teoria e prassi...*, cit., pág. 420.

<sup>74</sup> Vid. A. y V. REINA, *Lecciones de Derecho Eclesiástico Español*, Barcelona 1983, página 158. —

<sup>75</sup> Así, por ejemplo, COBO-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, I, Valencia 1980, página 92. En el mismo sentido, TERRADILLOS, *op. cit.*, pág. 153.

<sup>76</sup> Enmienda núm. 773.

<sup>77</sup> Enmienda núm. 50.

El Grupo Parlamentario Centrista presentó una enmienda transaccional para sustituir el título de la mencionada rúbrica por el de «Delitos contra la libertad de conciencia y religiosa». Sabido es que ninguna de las dos enmiendas prosperó.

La nueva denominación recoge una serie de infracciones, tipificadas en los artículos 205 a 212, que RODRÍGUEZ DEVESA<sup>78</sup> clasifica en tres grupos: impedimento de la práctica de una confesión religiosa, proselitismo ilegal y otros ataques al sentimiento religioso.

Los dos primeros están contenidos en el artículo 205. Sanciona éste en su primer párrafo la acción de impedir a un miembro o miembros de una confesión religiosa la práctica o asistencia a actos de culto mediante violencia, intimidación, fuerza o cualquier apremio alegítimo. El párrafo segundo castiga el constreñimiento por iguales medios a practicar o concurrir a actos de culto o a realizar actos reveladores de profesar o no una creencia religiosa o a mudar la que profesaren.

El contenido es análogo al del artículo 629 del Proyecto de 1980, con la única diferencia de que la vigente redacción tutela también, y de forma expresa, la no profesión. No obstante, es más restrictivo que su antecesor del Código de 1973 en dos sentidos:

a) Se habla de «actos de culto» en vez de «actos religiosos» y, evidentemente, los actos religiosos del antiguo artículo 205 no se agotan en los actos de culto. El concepto de acto religioso es más extenso y, por tanto, restringir la tutela a los actos de culto no se corresponde demasiado con el carácter amplio del título de la sección en que el artículo se inserta.

b) La expresión «miembro o miembros de una confesión» del párrafo 1 resulta también más limitada que el término «a otro» del antiguo supuesto. Se está tutelando, en definitiva, la libertad de culto de cada confesión religiosa referida en cada caso a los miembros de esa confesión religiosa.

El párrafo 2, por su parte, no contempla, como dice BUENO SALINAS, la captación o proselitismo realizado mediante engaño o mediante técnicas psicológicas que signifiquen una manipulación de la libertad de conciencia de hecho. Es dudoso que, partiendo de la necesaria interpretación restrictiva de las normas penales, el término apremio incluya el abuso de técnicas psicológicas. En este sentido la normativa penal ha tenido más en cuenta la protección meramente formal del orden público que la efectiva libertad del individuo y su protección ante prácticas indeseables<sup>79</sup>.

Por último, no se entiende por qué se sanciona únicamente a los que forzaren a otro a realizar actos reveladores de profesar o no una creencia

---

<sup>78</sup> *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 9.ª ed., Madrid 1983, págs. 863-864.

<sup>79</sup> Vid., sobre el tema, BUENO SALINAS, «El ámbito del amparo del derecho de libertad religiosa y las asociaciones», en *Anuario de Derecho Eclesiástico*, núm. 1 (1985), págs. 198-200.

y no a los que impidieren a otros realizar esos actos o mudar de creencia. El hecho es más inexplicable si se tiene en cuenta que el artículo 2 de la L.O.L.R. considera como contenido de la misma el «profesar las creencias religiosas que libremente se elijan, o no profesar ninguna; cambiar de confesión, o abandonar la que se tenía; manifestar libremente las propias creencias religiosas, o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas».

Prescindiendo del artículo 206 del antiguo Código, relativo a la tutela de la religión del Estado que desaparece, en consonancia con el texto constitucional, el tercer grupo de delitos, que según habíamos visto se refieren a otros ataques a los sentimiento religiosos, están recogidos en los artículos 207 a 211.

Comenzaremos por señalar las diferencias generales con los del Código anterior para pasar, después, al análisis de los tipos concretos.

Los artículos 207 y 209 cambian la forma de denominación del sujeto pasivo por imperativo de la libertad religiosa, igualdad, laicidad y no confesionalidad. Así, se sustituyen las expresiones «religión católica» y «confesiones reconocidas legalmente» por la de «confesiones religiosas», exigida por los nuevos principios constitucionales.

El artículo 208 no sufre modificación alguna, al igual que el 211. Ambos se refieren a a tutela del sentimiento religioso en general. El artículo 210 cambia las expresiones de «la religión católica o de otro culto que esté inscrito» por la de «una confesión religiosa». Este artículo fue objeto de una enmienda del Grupo Popular, junto con el 207, en el sentido de mantener la referencia nominal a la religión católica, entendiendo que su supresión obedecía a razones de puro sectarismo<sup>80</sup>. Basaban su argumentación en la mención explícita del artículo 16 de la Constitución que no afectaba, a su juicio, al principio de libertad religiosa y recogía, además, el sentir mayoritario de la nación española. No podemos mostrarnos de acuerdo con tal afirmación, pues, como ya hemos señalado anteriormente, la alusión a la Iglesia católica del 16, 3, lo único que constata es que tal confesión no ofrece dudas como interlocutora del Estado en base a su apoyo sociológico, lo que no supone la exigencia de una tutela especial que sería contraria a los principios constitucionales.

La nueva expresión introducida «confesión religiosa» suscita, a su vez, alguna duda. SERRANO GÓMEZ<sup>81</sup> entiende que la tutela penal alcanza solamente a las confesiones inscritas, en base al artículo 5, 1, de la L.O.L.R. que exige la inscripción para adquirir personalidad jurídica. En consecuencia, el citado autor liga la protección penal a la personalidad jurídica. Por el contrario, MUÑOZ CONDE<sup>82</sup> opina que entender como objeto de la tutela

<sup>80</sup> Enmiendas núms. 31 y 32.

<sup>81</sup> Vid. «Delitos contra la libertad religiosa», en *Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código penal de 1983*, Madrid 1985, págs. 709-711.

<sup>82</sup> Vid. *Derecho Penal. Parte Especial*, Sevilla 1982, pág. 380.

penal únicamente a las confesiones inscritas supondría estar asegurando un tratamiento discriminatorio similar al del Código de 1973.

A nuestro juicio, la personalidad jurídica no es determinante para la existencia de tutela penal, aunque lo sea, por ejemplo, para poder suscribir acuerdos con el Estado, según determina el artículo 7 de la L.O.L.R. La tutela del Código de 1983 debe ser entendida en términos más amplios, y ello por varias razones. En primer lugar, porque si el legislador hubiera querido limitar la tutela a las confesiones inscritas, lo hubiera señalado expresamente, como hizo el legislador de 1973. Al no hacerlo así, habrá que entender la expresión en sentido amplio. En segundo lugar, porque el bien jurídico que tutela el Código es la libertad de conciencia, que poco tiene que ver con registros e inscripciones. Y, por último, porque la tutela penal se basa en el mandato promocional del artículo 9, 2, que se refiere a todo grupo social y, por ende, a todo grupo religioso, incluso a aquellos que no tengan personalidad jurídica a los efectos del artículo 16, 3, ni a los del artículo 22, relativo a las asociaciones. Únicamente quedarían fuera los grupos que no respetasen, en sus manifestaciones, el orden constitucional.

Señaladas las diferencias generales, pasaremos, ahora, al análisis de los tipos concretos.

El artículo 207 sanciona la perturbación de actos, funciones, ceremonias y manifestaciones de las confesiones religiosas mediante violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho. Del texto del artículo se deduce que sólo son punibles la conductas dolosas, no las culposas. Se requiere, pues, la intención subjetiva de causar alguno de los efectos indicados. La especificidad del tipo radica en el carácter religioso de las conductas descritas o, como dice MORILLAS<sup>83</sup>, en el dolo específico de atacar la libertad religiosa, ya que, si no se aprecia el carácter religioso, la acción aparece tipificada en los preceptos relativos a coacciones, o en los artículos 165 y 166, referentes al derecho de reunión y manifestación y al de libre expresión.

El artículo 208 castiga a quien ejecute actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados, siendo más grave la pena si los hechos se realizaren en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias del mismo oficialmente autorizadas. Este artículo plantea problemas, pues, a nuestro juicio, está sin adaptar al texto constitucional. No cabe hablar de «sentimientos legalmente tutelados» cuando el resto de la normativa penal ha suprimido la expresión «confesión legalmente reconocida» por la más amplia de «confesiones religiosas» en consonancia con los principios constitucionales. Por tanto, debería hablarse, simplemente, de «sentimientos religiosos». Su redacción obedece a planteamientos totalmente distintos de los actuales. Se trata de una reproducción exacta de su predecesor en el Código de 1973, que había sido redactado pensando en

---

<sup>83</sup> *Op. cit.*, págs. 252-254.



la L.L.R. de 1967. Como indica CÓRDOBA RODA al comentar este artículo en la reforma penal de 1973<sup>84</sup>, sentimientos religiosos legalmente tutelados lo son los de toda religión que observe las limitaciones prescritas por el artículo 2, 1, de la referida Ley de libertad religiosa, limitaciones entre las que estaba la confesionalidad del Estado.

Pero el tema aún va más allá. El párrafo 2 del artículo, según se ha visto, establece un agravamiento de la pena si los hechos fuesen realizados en templo, lugar destinado al culto o ceremonias del mismo, y añade «oficialmente autorizadas», expresión que recuerda, sin duda, situaciones de tolerancia y que no se corresponde, en absoluto, con un sistema de plena libertad religiosa. Opina CÓRDOBA RODA<sup>85</sup>, en su comentario al artículo de 1973, que la «oficial autorización» no puede sino ser interpretada como la resolución administrativa que, en su caso, dispone el artículo 21 de la L.L.R. de 1967. Con este lastre que arrastraba el citado artículo no parece lo más afortunado el reproducirlo textualmente en la nueva normativa penal. Más aún cuando otros artículos como, por ejemplo, el 207, hablan de actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas, sin añadir a estos actos ningún tipo de precisión. Y nadie duda de que estas actuaciones tengan como límite el orden público, porque es un valor entendido que éste es el único límite en un Estado democrático.

Por lo demás, y volviendo al análisis concreto del tipo, el Tribunal Supremo, en diversas sentencias<sup>86</sup>, determina que quedan fuera las conductas sin trascendencia ofensiva, por estar ejecutadas en la más estricta intimidad y reserva por los autores. Además, se requiere para que nazca la figura la existencia de dolo específico reflejado en actos externos que permitan probar el *animus* del sujeto activo.

El artículo 209 castiga al que de palabra o por escrito hiciere escarnio de una confesión religiosa o ultrajare públicamente sus dogmas, ritos o ceremonias. La pena establecida, arresto mayor, se agrava a prisión menor si los hechos se realizaren en actos de culto o lugar destinado a celebrarlos. Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que tanto el escarnio como el ultraje presuponen para que se pueda perfeccionar el delito el cumplimiento de los elementos integrantes de las injurias.

Escarnio y ultraje son muy parecidos. El Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de enero de 1983, recoge una fórmula amplia sobre el escarnio. Señala que equivale a «mofa, befa, injuria, menosprecio o menoscabo de un bien jurídico protegido como es la religión». En términos parecidos se manifiesta la sentencia de 19 de febrero de 1982.

Ultrajar, según el diccionario de la lengua, equivale a «ajar o injuriar de obra o de palabra». Ambos requieren, pues, el *animus iniuriandi*.

---

<sup>84</sup> Vid. *Comentarios al Código penal*, III, Barcelona 1979, págs. 407-408.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> Así, las sentencias de 15 de julio de 1982 y 10 de febrero de 1982.

El bien jurídico protegido será, en el escarnio, una religión, según dice la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1983. Y como se señala en otra de 12 de febrero de 1982, ha de afectar a la religión considerada globalmente, aunque basta con que se refiera a determinado o determinados aspectos de la misma, con tal que repercuta sobre la totalidad. Por el contrario, en el ultraje, el bien jurídico protegido son los dogmas, ritos o ceremonias de una confesión religiosa.

A nuestro juicio, sobre esta distinción, ya que a tenor de la interpretación jurisprudencial antes mencionada, parece claro que el que injurie dogmas, ritos o ceremonias de una confesión religiosa está injuriando aspectos de la misma que pueden repercutir sobre su totalidad. Cosa distinta sería el que la injuria recayera sobre un miembro o un ministro de una confesión religiosa, pero a esto no se refiere el artículo.

Por lo demás, el escarnio ha de hacerse de palabra o por escrito y el ultraje requiere el requisito de publicidad, ausente para el escarnio, si bien la jurisprudencia exige, en sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1982, que éste tiene que exteriorizarse de algún modo.

El artículo 210 recoge el maltrato de obra o la ofensa de palabra o ademán a un ministro de una confesión religiosa cuando se hallare cumpliendo los oficios de su ministerio o con ocasión del mismo. Siendo, en el caso de maltrato de obra, la pena de prisión menor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas, y en los demás casos, de arresto mayor.

Se produce en este precepto una cualificación clara del sujeto pasivo y de la acción de ese sujeto pasivo. No basta que éste sea ministro de un culto, sino que es necesario, además, que se halle ejerciendo su ministerio. Ello es lo que impide incluir este supuesto en las lesiones o malos tratos, en el primer caso, y en las injurias, calumnias y amenazas, en los demás.

En consecuencia, el bien jurídico protegido es, en última instancia, no el ministro, sino la confesión religiosa a la que pertenece y con arreglo a la cual está actuando en el momento de producirse la acción. Es, pues, la valoración de lo religioso en cuanto tal lo que determina la protección del sujeto y no a la inversa. En este caso la tutela penal va, claramente, más allá del mandato constitucional.

El artículo 211 sanciona al que en lugar religioso ejecutare actos que, sin estar comprendidos en ninguno de los artículos anteriores, ofendieren el sentimiento religioso de los concurrentes. Se trata de un precepto subsidiario de todos los anteriores, por lo que sólo tendrá aplicación cuando falten alguno o algunos de los requisitos exigidos en los demás tipos.

Dos precisiones cabe hacer en relación a este artículo. En primer lugar, que se habla de sentimientos religiosos en general, sin añadir la especificación de «legalmente tutelados», como hacía el artículo 208, lo cual es más acorde con el espíritu de la reforma. En segundo lugar, que existe una limitación por razón del lugar donde se comete la acción y por razón del resul-

tado. Se requiere que los actos se ejecuten en lugar religioso y que se ofenda el sentimiento religioso de los concurrentes. Se está, pues, protegiendo, específicamente, la libertad religiosa en su aspecto externo y positivo.

Por último, el artículo 212, último de esta sección 3.<sup>a</sup>, señala que todos los delitos de la misma llevan aparejada la inhabilitación para la enseñanza pública y privada cuando los autores los cometiesen «con motivo u ocasión de su condición de enseñantes». Este artículo fue objeto de una enmienda del Grupo Centrista, que pretendía mantener la redacción de 1973<sup>87</sup>, la cual ampliaba mucho la posibilidad de aplicar la inhabilitación especial al no limitar los supuestos de comisión del delito a los realizados con motivo o con ocasión de su condición de enseñantes. Dicha enmienda no prosperó.

Al margen de esta sección 3.<sup>a</sup>, y dentro del mismo Título II, se recoge en el capítulo VII, artículo 239, el delito de blasfemia, que asimismo se regula como falta en el artículo 567, 1, en el Título y capítulo de las faltas contra el orden público.

El delito de blasfemia del artículo 239 castiga al que blasfemare por escrito y con publicidad o con palabras o actos que produzcan grave escándalo público. Por su parte, el artículo 567, 1, tipifica como falta la blasfemia de palabra que no produzca grave escándalo público.

La acción tipificada consiste en blasfemar, y blasfemia, según el diccionario de la lengua, equivale a palabra injuriosa contra Dios o contra sus santos. Sin embargo, el artículo 239 reconoce de modo inequívoco la posibilidad de que la blasfemia se lleve a cabo por acciones distintas a la palabra, ya sea ésta oral o escrita<sup>88</sup>.

El principal problema que plantea este delito es el de determinar cuáles son las confesiones religiosas que resultan comprendidas en el ámbito de tutela del artículo 239. Piénsese que el precepto guarda silencio y que, por otro lado, la definición dada por el diccionario de la lengua liga claramente la blasfemia a la religión católica, hecho que ha sido así históricamente. Con el advenimiento de la libertad religiosa y la equiparación de todas las confesiones, un importante sector doctrinal<sup>89</sup> considera que la tutela penal del artículo 239 ha de entenderse como extendida a todas las confesiones religiosas y no sólo a la religión católica, por resultar más congruente con la finalidad del precepto. Sin embargo, después de la Constitución de 1978, en que se proclama la no confesionalidad del Estado, este planteamiento parece a los ojos de algún autor, cuando menos, discutible. En efecto, RODRÍGUEZ RAMOS considera que la no confesionalidad del Estado del artículo 16, 3, de la Constitución tiene como consecuencia directa en la legis-

<sup>87</sup> Enmienda núm. 129.

<sup>88</sup> Vid., por ejemplo, CÓRDOBA, *op. cit.*, págs. 533-534.

<sup>89</sup> Vid., por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 398. En el mismo sentido, CÓRDOBA, *op. cit.*, pág. 535; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid 1980, pág. 895.

lación penal la abolición de los artículos 239 y 567, 1, por anticonstitucionales, ya que, partiendo de los postulados constitucionales, es difícilmente mantenible la punibilidad de una conducta que: está encuadrada entre los delitos contra la seguridad interior del Estado, cuando el Estado es aconfesional; sólo ha existido como delito desde el punto de vista histórico cuando el Estado ha sido confesional y, finalmente, tanto la interpretación literal como las jurisprudenciales la ligan indefectiblemente a la religión católica<sup>90</sup>. En base a estos argumentos, opina el citado autor que la blasfemia es un delito específicamente vinculado a la confesionalidad del Estado y a la religión católica que, ni es extensible a otras religiones, ni superada la confesionalidad tiene razón de ser. Además, su área de incriminación está cubierta en su mayor parte por el artículo 209. Parece claro para el autor que el escarnio y el ultraje de confesiones religiosas incluyen las ofensas a Dios y a los santos de todas las religiones. Y, a mayor abundamiento, si es necesario para que surja el tipo delictivo la presencia del *animus iniurandi*, como señala la doctrina penal<sup>91</sup>, siempre tendría cabida la figura en el delito de injurias. En consecuencia, cabe considerar a la blasfemia como un delito en vías de extinción.

La solución no nos parece desacertada y no es ajena a nuestro Derecho comparado. Piénsese, por citar un ejemplo que puede ser en muchos aspectos parangonable al Derecho español, que el Código penal alemán vigente ha suprimido esta figura delictiva. En este mismo sentido la propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1984<sup>92</sup> no contempla ya la blasfemia como delito.

Para terminar el análisis del Derecho vigente en la materia que nos ocupa, señalábamos al hacer la sistematización de los diversos delitos que en el Título V, capítulo I, se integra la violación de sepulturas junto a las inhumaciones ilegales y los delitos contra la salud pública. Según el artículo 340 comete este delito el que, faltando al respecto debido a la memoria de los muertos, violare sepulcros o sepulturas o practicaré cualesquiera actos de profanación de cadáveres. Este delito, ubicado en los primeros Códigos entre los delitos contra la religión, fue sacado en el Código de 1870 de este lugar y colocado en el lugar que ocupa actualmente.

En el Proyecto de Código penal de 1980, el Grupo Parlamentario Socialista había introducido una enmienda que no prosperó, en la que se proponía crear una sección independiente para este delito denominada «Del respeto debido a los muertos», por entender que el tipo tenía entidad sufi-

---

<sup>90</sup> Vid. «Aconfesionalidad del Estado y Derecho penal», en *Comentarios a la legislación penal*, III, *El Derecho penal del Estado democrático*, Madrid 1983, págs. 175-176.

<sup>91</sup> Vid. CORDOBA, *op. cit.*, pág. 534.

<sup>92</sup> *Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal*, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid 1984.

ciente para merecer una sección aparte<sup>93</sup>. Sin embargo, el Código penal de 1983 lo ubicó como hemos visto anteriormente.

Un sector doctrinal representado por R. DEVESA<sup>94</sup> critica tal ubicación, por entender que el delito supone una ofensa a los sentimientos religiosos. Sin embargo, parece discutible que este sea el bien jurídico protegido. Como señalan IBÁN-PRIETO<sup>95</sup>, aunque la honra a los muertos tenga un origen religioso, hoy constituye un valor social general que parece ajeno a las opiniones en materia de fe. Por eso, no nos parece desacertada la propuesta que se hizo en el Proyecto de 1980 de crear una sección independiente. Se trataría, como dice TERRADILLOS<sup>96</sup>, de una expresión del respeto debido por la sociedad a la dignidad de sus miembros, aun después de fallecidos. Respeto, por tanto, de carácter laico y ajeno a las opiniones religiosas.

3. Examinado el Derecho vigente nos corresponde ahora valorar si efectivamente la tutela penal se adapta y hasta dónde a los postulados constitucionales.

Retomando, brevemente, lo dicho ya al calificar el sistema, la clave a tener en cuenta a la hora de enjuiciar cómo se ha realizado la tutela penal es el principio de personalización entre el Estado y el fenómeno religioso. Es la relación del Estado con el ciudadano, en tanto que titular de un derecho fundamental, lo que ha de predeterminar su actitud frente a la organización religiosa o ideológica a la que pertenece. Y es bajo esta misma perspectiva como hay que entender la relación entre las respectivas organizaciones. No se trata de relaciones originarias, sino de relaciones derivadas de las del Estado con respecto a sus individuos singulares, en tanto que titulares de los derechos constitucionales de igualdad y de libertad de profesión de creencias e ideologías.

En consecuencia, la valoración del Estado no ha de entenderse como una valoración de lo religioso en cuanto tal, lo que podría suponer una institucionalización de la relación, sino como una valoración del derecho fundamental de los ciudadanos en materia de profesión religiosa e ideológica.

El Estado, a través de su Derecho, lo único que ha de hacer es crear las condiciones idóneas para que esos derechos de libertad e igualdad, principios básicos de nuestra Constitución, puedan realizarse.

El Derecho penal, entonces, habrá de limitarse a proteger las condiciones que hagan posible la realización por el individuo de esos derechos fundamentales. Y esto ha de hacerlo, solamente, ante los ataques más graves. Cuando estos ataques no sean neutralizables por otras ramas del ordenamiento jurídico.

---

<sup>93</sup> Enmienda núm. 777.

<sup>94</sup> *Op. cit.*, págs. 873-874.

<sup>95</sup> *Lecciones de Derecho Eclesiástico*, Madrid 1985, pág. 117.

<sup>96</sup> *Op. cit.*, pág. 161.

Cabe ahora preguntarse si el contenido del Título se corresponde con el contenido de los artículos que agrupa.

Precindiendo del tratamiento igualitario entre todas las confesiones, que es claro y evidente en toda la sección, no cabe duda de que el artículo 205 tutela efectivamente la libertad de conciencia como derecho individual, en cuanto que tutela la libertad de profesión y la libertad de culto. Otra cosa es que esa tutela se realice de forma parcial y con importantes lagunas, según hemos visto al analizar el artículo.

En el resto de los artículos, la cosa no está tan clara. Ciertamente que hay una valoración positiva de lo religioso. Pero nos entra la duda de si esta valoración se está haciendo de lo religioso en cuanto tal, esto es, como valor social o como derecho del individuo en esta materia.

Las palabras del Ministro de Justicia al exponer en el Congreso de los Diputados las líneas básicas de la reforma pueden ser significativas a este respecto. «El Estado —decía—, no obstante su laicidad, no es indiferente hacia lo religioso, sino que lo considera un fenómeno social valorativamente positivo o, dicho también de otra manera, un bien jurídico merecedor de protección penal»<sup>97</sup>.

Los artículos 207, 208 y 209 pueden hacer pensar, según hemos visto, que se está valorando a las confesiones religiosas en cuanto tales. El artículo 210 todavía ofrece dudas mayores. Piénsese que en él se tutela a los ministros de una confesión religiosa, no en cuanto que individuos a los que se lesionan sus derechos fundamentales, sino en cuanto a ministros de esas confesiones. Todo ello obliga, cuando menos, a plantear cuál es el objeto de protección.

Y si efectivamente estamos asistiendo a una valoración de lo religioso en cuanto tal, esto es, como valor social, no se está cumpliendo el mandato constitucional del artículo 16, 3, matizado por el 9, 2. Estaríamos ante una protección que va más allá de dicho mandato y que recuerda a sistemas de pluriconfesionalidad, como es el caso alemán. En consecuencia, estos artículos, en nuestra opinión, deben desaparecer. ¿Queremos significar con ello que sobra una protección penal especial en esta materia? Depende. Si para cumplir el mandato constitucional es necesaria una tutela especial, dése esa tutela, pero en ese caso protéjase de forma clara lo necesario, nada más.

A nuestro juicio, una correcta redacción del actual artículo 205, en el sentido antes indicado, sería suficiente para dar amparo legal al mandato constitucional. Habrá que tener en cuenta únicamente, como ya hemos señalado en otro momento de esta exposición, que la tutela del Estado no podrá limitarse a la simple exteriorización del sentimiento religioso o arreligioso, sino que habrá de extenderse, también, a la facultad de formación

---

<sup>97</sup> Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 30, de 26 de abril de 1983, págs. 1359 y sigs.

de la propia conciencia, de modo que permita una auténtica libertad de autodeterminación.

La protección dada en el resto de los artículos no es, a nuestro juicio, necesaria, por redundante. Su contenido esencial estaría implícito en la protección del artículo 205. En lo demás, como señala un importante sector de la doctrina penal actual, tanto en el Derecho español como en el Derecho comparado, se trataría de supuesto ya tipificados en otros preceptos del Código penal.