

MIRIAM CUGAT MAURI

La protección penal de los sentimientos religiosos en España: un caso de derecho teórico

La evolución de los delitos contra los sentimientos religiosos en Italia y España tiene muchos puntos en común, tanto por el originario carácter confesional del Estado como por el proceso de secularización vivido desde la segunda mitad del siglo XX. Desde estas premisas, en este artículo se exponen los problemas de adaptación de este delito a las actuales exigencias constitucionales que, en España, lejos de llevar al planteamiento formal de cuestiones de constitucionalidad, de momento, se han traducido en la inicial reforma de 1983 y la posterior sistemática inaplicación del mismo.

SOMMARIO: 1. Introducción. 2. La resbaladiza exigencia del fin ofensivo. 2.1. Función y contenido del elemento subjetivo. 2.2. Las dificultades probatorias del fin ofensivo. 2.3. Los sentimientos religiosos como blanco de ataque. 3. El problemático contenido de la ofensa objetiva. 3.1. La ofensa a la religión como vía de ofensa a los sentimientos. 3.2. El escarnio como forma de agresión. 4. El principio de ofensividad como criterio de afirmación de la antijuridicidad material y viabilidad procesal. 5. Reflexiones finales sobre la actualidad del delito.

1. Introducción. Al estudioso italiano interesado en conocer el grado de protección de los sentimientos religiosos en España de poco le servirá la rápida mirada a nuestra ley penal. De hacerlo podría llevarse la falsa impresión de que nuestro ordenamiento castiga las manifestaciones ofensivas para con la sensibilidad religiosa de los creyentes, a través del art. 525 de nuestro Código penal - en adelante, CP-. Sin embargo, a poco que indague más allá de la letra de la ley puede llegar a la conclusión opuesta.

Para empezar, nos hallamos ante un delito del que solo se conoce una sentencia condenatoria, que además es de conformidad¹. Las denuncias o querrel-

¹ Solo ha llegado a mi conocimiento la condena por el art. 525 de la Sentencia del Juzgado de lo Penal (en adelante, SJP) Jaén 59/2018, 7-2 por la publicación de «una fotografía de la imagen de Jesús Despojado, titular de la Cofradía Hermandad de la Amargura, en la cual y con manifiesto desprecio y mofa de la misma y con el propósito de ofender los sentimientos religiosos de sus miembros, realizó una vergonzosa manipulación del rostro de dicha imagen, haciendo figurar en la misma su propia cara y fotografía».

Además, como destaca RAMOS VÁZQUEZ, *Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, 25 y 42, esta condena es de conformidad por lo que puede explicarse más por el miedo subjetivo a una pena más grave que a las posibilidades objetivas de condena real. No fue así durante la vigencia del Código anterior, en aplicación del cual la práctica totalidad de las sentencias fueron condenatorias. Así lo recuerda GARCÍA-PARDO, *La protección de los sentimientos religiosos en la jurisprudencia española postconstitucional*, en *Derecho de difusión de mensajes y libertad religiosa*, a cura di Martí Sánchez/Moreno Mozos/Catalá Rubio, 2018, 168.

las, cuando se admiten a trámite, que no es siempre², suelen terminar en sobreseimiento³ o absolución, sea en instancia⁴ o en apelación⁵. A ello se añade que una considerable parte de la doctrina pone en duda su legitimidad constitucional⁶, y, por último, existen propuestas de reforma que de aprobarse po-

² En sentido denegatorio, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial - en adelante, AAP- Madrid 73/2013, 24-1 que inadmitió a trámite la querrela de Hazte Oír por las manifestaciones contra la Iglesia católica a propósito de la visita del Papa; o el AAP Valladolid (2ª) 251/2011, 9-6 en el “caso Leo Bassi”.

³ Así, Auto del Juzgado de Instrucción - en adelante, AJI - AJI de Valencia 23-6-2016 (“caso del beso lésbico de las Vírgenes de los Desamparados y Montserrat”); AJI de Pamplona 429/2016, 10-11 de sobreseimiento libre, confirmado por AAP de Navarra (Sección 1ª) 198/2017, 28-4.

⁴ Así, confirman la absolución en la instancia, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial - en adelante, SAP- Valladolid (4ª) 367/2005, 21-10; la SAP Valladolid (2ª) 424/2000, 19-5; o la SAP Madrid 224/2013, 2-4 (“caso Javier Krahe”).

⁵ Así, la SAP Sevilla (4ª) 353/2004, 7-6, que revoca la sentencia condenatoria de instancia y absuelve por el delito del art. 525 CP; o la SAP Madrid 16-12-2016 que revoca la condena de la SJP Madrid (6ª) 69/2016, 18-3 (“caso Rita Maestre”) por el art. 524.

Existe alguna causa que ha llegado a casación - como la Sentencia del Tribunal Supremo - en adelante, STS- 688/1993, 25-3-, pero ha sido en aplicación del Código penal de 1973, cuyos arts. 208 y 209 preveían la pena de prisión menor que daba acceso a la misma.

⁶ Hasta la fecha, en España, las dudas doctrinales acerca de la adecuación a la Constitución del art. 525 CP no se han traducido en el planteamiento de recurso o cuestión de constitucionalidad alguna. Situación distinta a la italiana, donde los delitos análogos han sido objeto de reiterados juicios de legitimidad constitucional en vía incidental, fruto de los cuales han sido la declaración de inconstitucionalidad total del art. 402 (Sentencia de la Corte constitucional italiana - en adelante SCC - núm. 508/2000, 13-11), así como la parcial de los arts. 403 (SCC 168/2005, 18-4), 404 (SCC 329/1997, 10-11) y 405 (SCC 327/2002, 1-7) art. 724 (SCC 440/1995, 18-10) del Código penal italiano (en adelante, CPIt.). En todos estos procedimientos el *thema decidendi* ha girado en torno a la vulneración del principio de igualdad y no discriminación por motivo de religión y la aconfesionalidad del Estado, que se han considerado vulnerados por aquellos preceptos penales que preveían mayores penas para los ataques a la religión el Estado o católica que para aquellos contra el resto de las religiones. La reforma del Código penal italiano no llegaría sino después de las anteriores resoluciones constitucionales, con la Legge 24 febbraio 2006, núm. 85.

En España, por el contrario, el proceso de reforma ha corrido a cargo del legislador, quien tomó la iniciativa de reformar el Código penal con el fin de equiparar la protección penal de todos los sentimientos religiosos con independencia de la confesión, llevando primero a la desaparición de la rúbrica dedicada a los «Delitos contra la Religión católica» del Código de 1973, y luego, a la eliminación de la mención diferenciada a la religión católica de los tipos penales subsistentes, mediante la Ley Orgánica - en adelante, LO - LO 8/1983, de 25 de junio *de reforma urgente y parcial del Código penal*.

Ahora bien, las mencionadas reformas, completadas con la nueva redacción de estos artículos por parte del Código de 1995 no han zanjado todas las dudas de constitucionalidad que, como se verá más abajo, afectan a varios aspectos de la regulación legal del delito, y que van desde los problemas de indeterminación legal e inseguridad jurídica que genera la protección penal de sentimientos subjetivos, hasta la denunciada falta de completa paridad en la protección de los sentimientos religiosos frente a los no religiosos, sobre lo que me extiendo más abajo. De modo que, el problema de constitucionalidad no está cerrado en España, como tampoco lo está del todo en Italia, donde en uno de los procesos se planteó la inconstitucionalidad que podía suponer el hecho de conceder una tutela penal específica a los

drían llevar a la desaparición del delito de nuestro Código penal⁷. En suma, nos hallamos ante una figura cuya inaplicación no puede considerarse circunstancial, sino prácticamente estructural, lo que pone en cuestión la vigencia material de la misma.

Desde estas premisas, en este artículo intentaré dar a conocer la realidad aplicativa del delito en España⁸ con un triple objetivo. En primer lugar, ofrecer información sobre derecho español que vaya más allá de la mera nota informativa sobre la literalidad de la ley, a fin de proporcionar los instrumentos necesarios para los estudios de derecho comparado⁹ - que es algo más que la yuxtaposición de leyes procedentes de distintos ordenamientos¹⁰. En segundo

sentimientos religiosos sin prever lo mismo para los sentimientos de otro tipo (políticos, culturales, etc.). En aquel caso, el Tribunal constitucional italiano no se pronunció al respecto por quedar la cuestión fuera del *tema decidendi*. Sin embargo, y precisamente por eso no puede considerarse cerrada la posibilidad de que se replantee en un juicio futuro. Me refiero a la SCC 168/2005, 18-4.

Sobre la cuestión de la protección de las creencias no religiosas o Weltanschauungen, véase PACILLO, *The criminal protection of religious feelings in Switzerland, Germany and Italy. Introductory remarks*, en *La blasphème: du péché au crime*, Bruxelles, 2012, 123 s.

⁷ En la actualidad, se halla en curso la *Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión*. Presentada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, Boletín Oficial de las Cortes Generales - BOCG-, XIV Legislatura, Serie B-Proposiciones de Ley 149-1, 19-2-2021 que, entre otras medidas prevé la derogación del art. 525 CP. [https://www.congreso.es/busqueda-de-](https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=most.rarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=122%2F000124)

[iniciativas-
vas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=most
rarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=122%2F000124](https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=most.rarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=122%2F000124)

⁸ Desde este punto de vista, esta contribución se suma a otras ya publicadas en Italia sobre la regulación del delito en España, como la de ADAMO, *La tutela penal del sentimento religioso nell'ordinamento costituzionale spagnolo. Profili costituzionalistici*, *Dir. Pen. cont.*, 2017, 9.

⁹ Entre otros, en Italia, PACILLO, op. cit.; y con mención a la regulación española, PONKIN, *In merito alla tutela dei sentimenti religiosi e della dignità individuale dei credenti*, *Dir. Pen. cont.*, 26-2-2016; en España, COLOMER BEA, *El Dret penal i la identitat religiosa*, *Indret*, 2019, 19; BERNAL DEL CASTILLO, *Protección penal de los sentimientos religiosos y delito de escarnio*, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2021, 55, 6; GARCÍA RUBIO, *Arte, religión y Derechos Fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe)*, *Anuario de Derecho Civil*, 2014, LXVII, 442.

¹⁰ En palabras de DONINI, *I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica*, en *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, a cura di Somma/Zeno-Zencovich, Roma, 2021, 294, 306, es preciso comparar el *ius* y no solo la *lex*. Ese doble nivel de comparación también aparece mencionado por FORNASARI, *L'evoluzione della comparazione giuridica in ambito penalistico*, en *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, a cura di Somma/Zeno-Zencovich, Roma, 2021, 324, que distingue entre la macrocomparación y microcomparación, respectivamente.

lugar, contribuir a enriquecer el debate sobre las perspectivas de reforma de estos delitos¹¹, que han seguido una suerte diversa en cada país, pero que responden a corrientes de pensamiento que van más allá de las respectivas fronteras nacionales. En tercer lugar, completar y matizar la información transmitida por los medios de comunicación sobre el auge de denuncias y procedimientos penales incoados en España por este delito¹², que no siempre se acompañan de los datos sobre su sistemática conclusión en archivo o absolución, esenciales para conocer la verdadera gravedad de la amenaza penal en nuestro país.

Para estas reflexiones me centraré en el tipo del art. 525, apartado 1, primer inciso CP¹³, que tiene por objeto de tutela los sentimientos religiosos. Dejo de lado otros tipos penales que solo serán mencionados por su posición limítrofe con éste como los que castigan los atentados contra el honor o integridad moral de los miembros de las confesiones religiosas en el art. 525.1, segundo inciso CP¹⁴, o la incitación al odio o discriminación perseguible por la vía del

¹¹ Sobre la utilidad del derecho comparado en los procesos de reforma, DONINI, *op. cit.*, 282; FORNASARI, *op. cit.*, 326. Sobre el impacto de la laicización del Estado en la represión penal de la blasfemia, PACILLO, *op. cit.*, 122.

¹² Sobre el resurgir de estos delitos en la jurisprudencia, BAGES SANTACANA, *La discutida legitimidad de la protección jurídico-penal de los sentimientos religiosos. De la publicación de caricaturas de Mahoma a Willy Toledo. La ley penal revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2019, 140; ALCÁCER GUIRAO, *Símbolos y ofensas. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, 21-15, 3; ALCÁCER-GUIRAO/FOUCE, *Emociones tóxicas en la nueva esfera pública: controversias mediáticas y discurso del odio*, *Revista mediterránea de comunicación*, 2020, según quienes el fenómeno se debería al actual ambiente de exaltación de todo lo relativo a la víctima, así como a la crispación política y social.

Sobre las sentencias más representativas de los últimos tiempos, RAMOS VÁZQUEZ, *op. cit.*, 25 ss., 42 ss.; y SÁNCHEZ BENÍTEZ, *Derecho penal y fenómeno religioso A propósito del artículo 525 del código penal español y su tratamiento jurisprudencial*, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2021, 7 extra, 12 ss.

¹³ El art. 525.1, primer inciso CP se halla ubicado en el Tít. XXI sobre los «Delitos contra la Constitución», Cap. IV. «De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», Sección 2ª: «De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos», y reza: «1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias».

¹⁴ Art. 525.1 CP, segundo inciso: «...o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.» Nótese que, junto a la vejación de los creyentes, en el siguiente apartado (art. 525.2 CP, se castiga la de los no creyentes: «2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna.»

art. 510 CP, sin desconocer que no siempre será fácil distinguir entre los presupuestos fácticos de cada uno de ellos¹⁵.

2. La resbaladiza exigencia del fin ofensivo. Entre los motivos que hacen de este delito una peligrosa arma arrojadiza destaca la importancia del componente subjetivo que aparentemente no se limita a la exigencia del dolo típico consistente en saber y querer realizar los hechos ofensivos, sino que se complementa con la exigencia de un plus que se refiere a la concreta dirección de ánimo «*para ofender*».

Ahí radicaría uno de los mayores peligros para la libertad de expresión amenazada por juicios de intenciones, si no fuera porque la alegación de falta de intencionalidad de la que depende la presencia de delito¹⁶ es difícilmente rebatible por la acusación¹⁷.

¹⁵ Sobre la distinción entre uno y otro fenómeno, ALCÁCER GUIRAO, *Símbolos y ofensas. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, 21-15; o BERNAL DEL CASTILLO, *op. cit.*, 6, desde planteamientos diversos.

Sobre la dificultad de trazar fronteras entre ambos, CARRILLO DONAIRE, *Libertad de expresión y 'discurso de odio' religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular*, *Revista de Fomento Social*, 2015, 70, 213: «*El creyente vive una relación identitaria singular con el conjunto de dogmas y símbolos de su fe, hasta el punto de que las críticas u ofensas a éstos pueden suponer también una ofensa hacia su persona, hacia el estatuto moral que da sentido a su propia existencia, en la medida en que las creencias son definitorias de un modo de estar, de una ética personal (etho) o de un modo moral de ser.*» Sobre el difícil deslinde entre el ataque al honor individual y al colectivo, ALCÁCER GUIRAO, *Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal*, *cit.*, 48: «*sin negar todo efecto lesivo, resulta harto discutible que conductas expresivas dirigidas contra todo un grupo y referidas a atributos compartidos por todo el colectivo puedan conllevar una afectación del honor de cada uno de sus miembros equiparable en gravedad a las injurias y calumnias, precisamente dada la generalidad de sus potenciales destinatarios.*»

Asimismo, según *Símbolos y ofensas. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos*, *cit.*, 26: «*intereses personales esenciales como la dignidad o el honor se equiparan a sentimientos subjetivos de pertenencia a la comunidad cultural, y referentes culturales del grupo como símbolos, mitos o creencias se erigen en manifestaciones de la propia autoestima individual.*»

¹⁶ En este sentido, SAP Sevilla 353/2004, 7-6 (4ª): «*no basta con que se ofendan los sentimientos religiosos de otros, lo que en el caso de autos ocurre inequívocamente, sino que se requiere que esa conducta haga escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa y, además, se realice con la expresa e inequívoca intención de ofender esos sentimientos religiosos*»; siguiéndola, AJI de Pamplona 429/2016, 10-11 de sobreseimiento libre, confirmado por AAP de Navarra (Sección 1ª) 198/2017, 28-4.

¹⁷ Sobre el problema probatorio del elemento subjetivo, BERNAL DEL CASTILLO, *op. cit.* 12. Como subraya BAGES SANTACANA, *op. cit.*, 4, la práctica totalidad de sentencias absuelven por falta de prueba de ese elemento. Asimismo, COLOMER BEA, *op. cit.*, 24.

2.1. Función y contenido del elemento subjetivo. Determinar la función técnico-jurídica del fin de ofender no es fácil. Si partimos de que la conducta de escarnio incorpora la finalidad ofensiva¹⁸ podríamos llegar a la conclusión de que el requisito añadido de que se actúe «para ofender» es redundante¹⁹ y basta con el dolo para castigar a quien actúa conociendo y queriendo o asumiendo la carga ofensiva de sus actos. Ahora bien, si se quiere encontrar un motivo para la introducción de ese requisito subjetivo ausente en nuestra legislación histórica, podría hallarse en la voluntad de subrayar que no basta con el conocimiento de que la propia conducta ofende, sino que es preciso que ese sea el único o principal motivo de actuación, lo que permite erigirlo en un elemento subjetivo del injusto²⁰ que impone la comprobación de una dimensión subjetiva añadida²¹ que permite excluir el dolo eventual²².

¹⁸ De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, actualización 2020, el escarnio es una: «*Burla tenaz que se hace con el propósito de afrentar.*»

¹⁹ Así, GARCÍA-PARDO, *La protección de los sentimientos religiosos en la jurisprudencia española postconstitucional*, 166; o RAMOS VÁZQUEZ, *op. cit.*, 13.

²⁰ Sobre su configuración como elemento subjetivo del injusto, véase ROCA AGAPITO, *El delito de escarnio de los sentimientos religiosos*, Anuario de Derecho eclesiástico del Estado, 2017, XXXIII., 588 ss.

²¹ En este sentido, son especialmente interesantes los argumentos de la SAP Sevilla (4^a) 353/2004, 7-6, que advierte que: «*si para integrar el tipo delictivo sólo se exigiera, no ya el efecto subjetivo en determinados destinatarios, como parece bastarle al magistrado a quo, sino, incluso, la mera idoneidad objetiva de la conducta para herir los sentimientos religiosos de la generalidad de los miembros de determinada confesión, prescindiendo de que esa acción constituya, precisamente, un escarnio y se realice justamente para ofender, el catálogo de posibles conductas típicas sería tan amplio como extenso lo es el de las confesiones religiosas y sus distintas corrientes, de modo que dejaríamos en manos de cada creyente la existencia o no del delito, atentado, sin lugar a dudas, los principios de legalidad y seguridad jurídica; de tal suerte que, por ejemplo, podría ser delito el sacrificio público de algunos animales, el consumo de alguna de sus variedades o el sacerdocio femenino para aquellos que, conforme a su religión o creencia, lo tienen prohibido.*» Ante ello, la sentencia justifica que no baste con ofender objetivamente, exigiéndose un especial ánimo ofensivo. Siguiéndola, AJI de Pamplona 429/2016, 10-11 de sobreseimiento libre, confirmado por Auto AP de Navarra (Sección 1^a) 198/2017, 28-4. Asimismo, SAP Madrid 16-12-2016 (“caso Rita Maestre”) en una causa seguida por los delitos tipificados en los arts. 524 y 525, pronunciándose sobre el primero, afirma: «*una cosa es que los feligreses que se encontraban en ese momento en el templo, y probablemente gran parte de quienes profesan la religión católica, se sintieran ofendidos y otra, muy distinta, que la intención de la apelante fuera realmente ofender dichos sentimientos.*»

²² ROCA AGAPITO, *op. cit.*, 591.

En este sentido se afirma que es preciso que el fin ofensivo sea “gratuito”²³, es decir, que constituya el único o principal móvil del autor²⁴, lo que permite sostener la irrelevancia penal de las manifestaciones que, aun pudiendo tener un componente subjetivo ofensivo, están animadas por finalidades legítimas coetáneas y prevalentes.

El problema es que no será siempre fácil afirmarlo no ya por problemas probatorios sino valorativos, lo que constituye una fuente de inseguridad para el justiciable. La multiplicidad de fines concurrentes puede generar dudas no solo acerca de cuál es el móvil principal sino hasta qué punto el fin legítimo excusa a los que no lo son. No basta con apreciar un *animus iocandi*²⁵, informativo, cultural, artístico o pedagógico²⁶, sino que es preciso que ese fin legítimo eclipse al resto a no ser que se admita la que algunos denominan “coartada del artista”²⁷, que no es unánimemente reconocida.

²³ Sobre el requisito de un ataque gratuito o principal, por ejemplo, PÉREZ FERRER, *A propósito de la tutela penal de la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos en el ordenamiento español*, Cuadernos de Política Criminal, 2019, 129, 93: «no se castigan los ejercicios de crítica histórica, política o literaria, sino las vejaciones y burlas que superan tales niveles, por su entidad, persistencia o modo de presentarse». A favor de la sanción de los ataques gratuitos, COLOMER BEA, *op. cit.*, 28.

²⁴ Sobre la Jurisprudencia del TEDH, contraria a amparar las expresiones “gratuitamente ofensivas”, CARRILLO DONAIRE, *op. cit.*, 228. Críticamente, contra la jurisprudencia restrictiva del TEDH, ATIENZA, *Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión*, *Revista Internacional de Filosofía Política*, 2007, 30, 71; también, GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, 419 ss, 449; ROCA AGAPITO, *op. cit.*, 575.

²⁵ Así, en el caso Leo Bassi” que terminó en archivo por AAP Valladolid (2ª) 251/2011, 9-6: «Téngase en cuenta que el propio protagonista se autodefine como un payaso y nos sitúa ante un espectáculo humorístico, con más o menos gracia, pero que, en términos generales, está impregnado de un ánimo iocandi y se desarrolla en el marco de la Universidad por lo que va dirigido a personas adultas con capacidad crítica.»

²⁶ Sobre los distintos fines que pueden animar las declaraciones ofensivas, GARCÍA-PARDO, *op. cit.*, 175.

²⁷ Emplea la expresión GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, 400,450, manifestándose a favor del máximo respeto a la libertad artística, que no puede quedar limitada por los sentimientos ajenos: «entre otras razones porque resulta difícil imaginar una genuina creatividad artística -que es un bien constitucionalmente protegido- sin una cierta dosis de heterodoxia y algún grado de provocación.»

En la práctica el problema se resuelve de un modo más expeditivo y ante la presencia de un fin legítimo – cultural, informativo, artístico, etc.²⁸-, se niega la intencionalidad ofensiva²⁹, desdibujándose el eterno problema de definición de los límites al ejercicio de la libertad de expresión³⁰.

Así sucedió en la STS 688/1993, 25-3, que, si bien se pronuncia sobre el antiguo art. 208 CP 1973³¹, ha tenido impacto en la jurisprudencia sobre el art. 525 CP que niega el fin ofensivo a partir de la constatación del fin cultural³². En la misma línea, ya sobre el art. 525 CP, también se han pronunciado las: SAP Sevilla (4^a) 353/2004, 7-6, que legitima la conducta a partir de la constatación de un fin de crítica ideológica³³; SAP Valladolid (4^a) 367/2005, 21-10, que absuelve en consideración a que los hechos estaban guiados por el deseo de manifestar la discrepancia respecto de las creencias ajenas; SJP (8) Madrid 235/2012, 8-6 (“caso Javier Krahe”)³⁴, que niega la concurrencia del elemento subjetivo a la vista de la presencia de una «*intención satírica distinta a la que exige el tipo*», concluyendo que «*la intención de los acusados no fue la de herir o menoscabar tales sentimientos*»³⁵; SJP Sevilla 448/2019, 9-10 (“caso de la

²⁸ El problema es definir qué es arte o cultura. Así, VALIENTE MARTÍNEZ, *La Democracia y el Discurso Del Odio: Límites Constitucionales a la Libertad de Expresión*, 2020, 128, con cita de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH-.

²⁹ BAGES SANTACANA, *op. cit.*, 19: «*La exigencia de un ánimo específico de ofender se utiliza para no castigar la conducta cuando ésta viene acompañada de otras intenciones (animus informandi, criticandi o iocandi)*».

³⁰ Sobre la dificultad de definir los criterios aplicables y su impacto en las oscilaciones jurisprudenciales, *op. cit.* Sobre la especial importancia de la protección de la libertad de expresión para el sistema democrático, FERREIRO GALGUERA, *Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial*, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2014, 35, 38.

³¹ Precepto precursor del actual art. 524 CP 1995.

³² FJ 5^o, en un caso en que la proyección televisiva de las imágenes controvertidas se realizó en el marco de un programa cultural: «*al no poder deducirse de los hechos que ha concurrido el elemento psicológico o la intención de ofender, al menos por parte de la procesada, en cuanto que la proyección del vídeo se hallaba enmarcada en la actuación de un grupo musical*».

³³ “*pretendía hacer notar (aunque por un burdo y poco refinado procedimiento) lo que, a su particular entender, considera una falta de lógica de aquellos creyentes o devotos de una imagen religiosa que con un sentido pacato o*

mojigato del cuerpo humano, se sienten molestos porque se asocie el sexo de un hombre a la escultura de una Virgen y, por el contrario, no reaccionan del mismo modo si la Virgen se sustituye por una obra de arte representativa de una mujer (como la Monalisa).”

³⁴ Confirmada por SAP 224/2013, 2-4.

³⁵ En el mismo sentido la SAP 224/2013, 2-4 que confirma la anterior, en base a la ausencia del elemento subjetivo del injusto a la luz de que la emisión se realizó en un programa de entretenimiento.

procesión del coño insumiso”³⁶); o SJP Madrid 20/2020, 21-2 (“caso Willy Toledo”), que solo considera probado el fin de crítica ideológica.

2.2. Las dificultades probatorias del fin ofensivo. El aplastante predominio de las absoluciones en las causas por el art. 525 CP podría verse como la consecuencia lógica de las dificultades probatorias del elemento subjetivo del que depende la condena por este delito. Ahora bien, si la causa de la inaplicación del delito solo fuera ésta debería llevar a los mismos resultados en el delito de profanación de lugares de culto o ceremonias religiosas tipificado en el art. 524 CP³⁷. Sin embargo, no es así. A diferencia del historial jurisprudencial del art. 525 CP por el que sistemáticamente se ha absuelto con la única y expresiva excepción de la ya mencionada sentencia por conformidad³⁸, existe más de una sentencia condenatoria por el art. 524 CP. Sólo a título de ejemplo véase la SAP de Valladolid (2^a) 424/2000, 19-5, que condenó a quien escupió la Sagrada Forma durante la celebración de una ceremonia religiosa, si bien con la atenuante de embriaguez³⁹; o la SAP Madrid (Sección 30^a) 102/2019, 21-2 que condenó por el art. 524 CP a dos activistas de «Femen» que se habían encadenado en la catedral de la Almudena para protestar contra la posición de la Conferencia Episcopal sobre la regulación del delito de aborto.

El motivo de tal divergencia aplicativa entre el art. 524 y el art. 525 CP podría hallarse en algo que nada tiene que ver con las dificultades de prueba del

³⁶ «Las acusadas participaron en una actividad de protesta que puede gustar o no, que puede ser considerada como una mamarrachada o no, que puede ser compartida o no, pero dicha actividad, absolutamente prescindible y gratuita en sus formas para este juzgador, tenía igualmente una finalidad concreta y era la protesta incardinada en el contexto social propio de aquellas fechas, que recordemos es un hecho notorio, que era el intenso debate social sobre el contenido del proyecto sobre la reforma de la regulación del aborto.» (...) «la finalidad a juicio del juzgador, no era ofender los sentimientos religiosos, y por tanto carecería del elemento subjetivo, a pesar de emplear elementos que objetivamente pueden servir para ello.»

³⁷ Art. 524 CP: “El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses”.

³⁸ Como observa CARRILLO DONAIRE, *op. cit.*, nota 26, en aplicación del Código anterior también estuvieron presentes los problemas de prueba del elemento subjetivo del que dependía la afirmación del delito del a la sazón art. 209.

³⁹ «no puede inferirse otra intención distinta que la de menospreciar los sentimientos religiosos, cuando el acusado, consciente al menos en parte, de dónde se encontraba, y qué acto se estaba desarrollando y que éste se desarrollaba ante «bastante gente», escupe la Sagrada Forma.»

componente subjetivo idénticas en ambos delitos, sino más bien en la distinta protección constitucional de la que son merecedores los delitos de expresión como el del art. 525 y los que implican vías de hecho como el art. 524 CP. Precisamente por ello la Propuesta de reforma en curso (*vid. supra*) solo prevé la desaparición del primero.

Así las cosas, si lo que se plantea como un problema de apreciación del elemento subjetivo en realidad es un problema de antijuridicidad material sobre los límites al ejercicio de la libertad de expresión, podríamos hallar una vía de anticipación de la resolución del problema penal. Al contrario de lo que sucede con los elementos subjetivos cuya afirmación sólo puede verificarse tras la práctica de la prueba en el juicio oral, el juicio de constitucionalidad del que depende la antijuridicidad material puede realizarse al inicio del procedimiento. La consecuencia práctica de tal cambio de perspectiva es la posibilidad de ahorrar el proceso a quienes se limiten a ejercer su libertad de expresión por mucho que con ello ofendan sentimientos ajenos.

El mantenimiento de procesos penales por un delito que sistemáticamente termina en archivo o absolución solo puede contribuir a alimentar el efecto de desaliento⁴⁰ que genera la amenaza de la reacción penal⁴¹, cuando no hay motivo real para ello. Para evitar el también llamado *chilling effect* no basta con la práctica segura absolución si de todos modos se debe sufrir la “pena de banquillo”⁴².

⁴⁰ Sobre el efecto de desaliento, con profusa referencia a la doctrina constitucional, por todos, CUERDA ARNAU, *Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento*, *Revista General de Derecho Penal*, 2007, 8, sintetizándolo con claridad en la idea de que «es el que se produce en un derecho fundamental a consecuencia de la sanción con que se conmina una conducta que es limítrofe con el legítimo ejercicio de ese derecho» (pág. 24 de la citada obra). Asimismo, GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, 446 ss.

⁴¹ Con todo, no se nos oculta que el efecto de desaliento puede derivar no solo de la reacción penal sino también de la civil o administrativa. Piénsese, por ejemplo, en la fianza que se impuso en el “caso Javier Krahe” para captar el impacto que ese otro tipo de consecuencias, provisionales o definitivas, pueden tener sobre la conducta futura de sus destinatarios. Así, según los datos recogidos por GARCÍA RUBIO, *ibid.*, 399, la fianza habría ascendido a 192.000 Eur.

⁴² De ahí que se hable de la dimensión procesal del *bis in idem*.

2.3. Los sentimientos religiosos como blanco de ataque. Si la prueba del componente subjetivo plantea por sí sola problemas aplicativos, estos aumentan cuando se exige que el fin apunte a la ofensa de sentimientos específicamente religiosos, pues se condiciona a la comprobación de otros elementos igualmente espinosos con el riesgo de sobredimensionar la inflamable susceptibilidad de determinadas víctimas, a la vez que abocar al intérprete al callejón sin salida de definir la sustancia de lo religioso.

a) El problema de la protección penal de los sentimientos

La tutela penal de los sentimientos religiosos es una novedad del Código vigente⁴³, pues históricamente se había protegido la religión católica (CP 1822, 1848, 1850, 1928, 1944) o la libertad de conciencia o de culto (CP 1870, 1932)⁴⁴.

No es hasta el Código de 1995 cuando por primera vez los sentimientos religiosos se erigen en objeto de tutela apareciendo mencionados no solo en la literalidad del tipo, sino también en la rúbrica de la Sección en la que se inserta⁴⁵, lo que, si bien quiere situar a nuestra legislación penal en la línea ga-

⁴³ Con anterioridad, hallamos alguna mención a los sentimientos, como en el art. 211 CP del CP de 1944, o el art. 208 del CP 1973. Sin embargo, no sería sino con el Código vigente que se recogerían en la rúbrica que sirve de indicador del bien jurídico protegido.

⁴⁴ Formalmente, solo previeron delitos contra la religión - católica - los Códigos de 1822 (arts. 227 ss.), 1848 (arts. 128 ss.), 1850 (arts. 128 ss.), 1928 (arts. 270 ss.) y 1944 (arts. 205 ss.). Frente a ellos, los Códigos de 1870 (arts. 236 ss.) y 1932 (arts. 228 ss.) protegieron el «libre ejercicio de los cultos» (en terminología del primero), o también «la libertad de conciencia» (como prevé el segundo).

Sobre la transición de los delitos de religión a los delitos contra los sentimientos religiosos, a partir del Iluminismo, SANTAMARÍA LAMBÁS, *La escasa incidencia de la Ilustración para la tutela penal de la Libertad de Conciencia en el Derecho Español*, *Revista de Derecho*, 1993, IV 9; asimismo, CÁMARA ARROYO, *Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos*, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2016, LXIX, 123 ss.

Sobre la evolución de los delitos “de religión” a los “delitos contra la religión” y finalmente los delitos “contra la libertad de conciencia”, véanse también la STS 688/1993, 25-3, FJ 3º; o la SAP Valladolid (4ª) 367/2005, 21-10.

⁴⁵ La expresa mención legal a los sentimientos hace ineludible integrarlos en el objeto de ataque. Sólo a título de ejemplo, FERREIRO GALGUERA, *op. cit.*, 78; CÁMARA ARROYO, *ibid.*, 194; ROCA AGAPITO, *op. cit.*, 566, considera que el objeto de tutela penal actualmente se sitúa en los sentimientos, a pesar de la crítica que pueda merecer esa decisión legislativa.

Asimismo, en la jurisprudencia, STS 688/1993, 25-3 ya sobre el antiguo art. 208 CP 1973: «se otorga la protección penal a un derecho fundamentalísimo en todo Estado Democrático de Derecho, como es el de respeto a un sentimiento, para algunos quizá el más profundo y querido, como es el religioso, que

rantista de los derechos y libertades iniciada con los Códigos de 1870 y 1932, no es pacífico que sea la mejor fórmula para el Estado laico⁴⁶ y la seguridad jurídica. Éste no debería conceder más protección a los sentimientos religio-

justifica, sobradamente, el que se sancionen penalmente actos tan repugnantes y gravísimamente hirientes como son los de profanación»; sobre el actual art. 525: “SJP (8) Madrid 235/2012, 8-6 (caso Javier Krahe”): *«Es cierto que tales sentimientos pueden parecer de escaso interés para quienes no participan de determinada creencia, pero el legislador ha querido valorar la realidad del sentimiento religioso como un aspecto relevante del desarrollo de la personalidad del individuo. No se trata aquí de salvaguardar cualquier sentimiento (el de la “religión del spaghetti”) como alega la defensa. Se trata de reconocer que existe un sentimiento religioso colectivo de quienes profesan, en este caso, la religión Católica, sentimiento que es digno de protección también para el Estado laico»*; AAP Madrid 73/2013, 24-1: *«Como tampoco Dios puede ser objeto de protección del Código Penal que se está refiriendo a los sentimientos religiosos de los seres humanos»*.

Otra cosa es la legitimidad de su tutela penal en torno a la que la doctrina se halla dividida. Como exponente de la crítica a la protección penal de los sentimientos, véase ALCÁCER GUIRAO, *Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal*, cit., 42 ss., advirtiendo sobre los peligros de la invocación de la identidad cultural como instancia de reivindicación de derechos: *«ni el escarnio hacia los sentimientos religiosos (art. 525 CP) ni tampoco los ultrajes a los símbolos patrios (art. 543 CP) deben ser objeto de represión por vía penal, ni siquiera cuando la única finalidad de la conducta expresiva sea la de ofender.»* (...) *«el Estado no ha de estar llamado a proteger por medio del Derecho penal los sentimientos identitarios, los vínculos subjetivos de pertenencia a una comunidad cultural, ya sean religiosos o patrióticos o ideológicos»*; también ALCÁCER GUIRAO, *Símbolos y ofensas. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos*, cit., 20, según quien, mientras el discurso del odio merece sanción penal por la vía del art. 510, la ofensa a los sentimientos religiosos no; CUGAT MAURI, *Sobre la protección penal dels sentiments religiosos als mitjans de comunicació*, en *Mitjans de comunicació i pluralisme religiós*, Barcelona, 2010, 42; GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, 435, 445, 449; GARCÍA AMADO, J.A., “Absolución de Javier Krahe del delito contra los sentimientos religiosos del artículo 525.1 CP”, <http://garciamado.blogspot.com/2012/06/la-sentencia-de-la-semana-absolucion-de.html>; ROCA AGAPITO, *op. cit.*, 571 s.

Entre los autores que se muestran más favorables a la protección de los sentimientos religiosos, por ejemplo, FERNANDEZ BERMEJO, *Reflexiones acerca del tradicional delito de escarnio de los sentimientos religiosos*, *Derecho y religión*, 2017, XII, 157.; PÉREZ FERRER, *op. cit.*, 106; BERNAL DEL CASTILLO, *op. cit.* En la Jurisprudencia, véase, la STS 688/1993, 25-3 sobre el antiguo art. 208 CP 1973: *«se otorga la protección penal a un derecho fundamentalísimo en todo Estado Democrático de Derecho, como es el de respeto a un sentimiento, para algunos quizá el más profundo y querido, como es el religioso, que justifica, sobradamente, el que se sancionen penalmente actos tan repugnantes y gravísimamente hirientes como son los de profanación»*.

Entre los autores que, aun admitiendo la legitimidad de la protección de los sentimientos, discuten la necesidad de figuras específicas como las actuales, BAGES SANTACANA, *op. cit.*, 20: *«En suma, puede defenderse la necesidad de proteger penalmente los sentimientos de las personas —de los creyentes y no creyentes— ante el fenómeno religioso por afectar los ataques contra éstos a intereses individuales tales como el honor o la dignidad. Ahora bien, nada justifica la articulación de esta tutela mediante figuras delictivas específicas, sobre todo cuando éstas se emplean para proteger menos los sentimientos de los no creyentes»*.

⁴⁶En sentido crítico, GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, 435; y ROCA AGAPITO, *op. cit.*, 579; BAGES SANTACANA, *op. cit.*, 17.

sos que a los de otra clase. Sin embargo, no sucede así cuando el art. 525 protege los sentimientos de quienes profesan alguna confesión religiosa por encima de los de los ateos o agnósticos respecto de sus convicciones. A éstos se les protege frente al escarnio de sus personas a través del art. 525.2 CP, del mismo modo que el art. 525.1, segundo inciso CP protege a los creyentes frente a las vejaciones que padezcan por esta condición. Sin embargo, ni a ateos ni a agnósticos se les protege frente a conductas que puedan ofender a sus sentimientos cuando el objeto del ataque no son sus personas sino sus convicciones en tanto que tales¹⁷.

Los problemas que plantea la actual fórmula son fácilmente aprehensibles. Por un lado, no consigue superar la tutela reforzada de las creencias religiosas que ha caracterizado a nuestra legislación histórica, a pesar de que, desde la reforma de 1983¹⁸, se haya superado la fase de protección prioritaria de la Iglesia católica. Por otro lado, introduce un nuevo problema, cual es hacer depender la aparición del delito de la apreciación de un elemento tan subjeti-

¹⁷ Sobre el problema de compatibilidad de la actual regulación penal con los presupuestos del estado laico, véanse las reflexiones y citas doctrinales de COLOMER BEA, *op. cit.*, 18 ss., que considera que este modelo de Estado admite la protección de los sentimientos religiosos de los ciudadanos. «*Per això, seria just estendre la protecció penal als sentiments lligats a aquelles ideologies no religioses, com el feminisme, que aconpleixen un paper rellevant en la conformació de la personalitat dels seus seguidors. En definitiva, es tracta d'incloure en la regulació dels delictes contra els sentiments religiosos les cosmovisions (Weltanschauungen)*» (pág. 21) (...) «*el tractament penal dispensat a uns i altres segueix sent asimètric: en el cas dels creients, l'escarni ha d'anar dirigit cap als "dogmes, creences, ritus o cerimònies" de la seua confessió religiosa; en el cas dels no creients, cap a la seua persona*» (pág. 23) (...) «*resulta criticable el fet que en aquests delictes es protegissen exclusivament els sentiments lligats a les religions. Si el fonament últim d'aquests delictes radica en la dignitat humana, hauria d'estendre's el seu àmbit de tutela a les conviccions no religioses, ja que aquestes també formen part de la identitat dels ciutadans*» (pág. 27). Críticamente también, GARCÍA AMADO, *op. cit.*, que observa que al reprimir penalmente a quien hace escarnio de aquello en lo que no cree, indirectamente se le obliga a reconocer su valor. También en sentido crítico, GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, 449, quien observa que «*no existe ninguna razón plausible en las modernas sociedades democráticas por la cual este derecho no hubiera de ser aplicado a cualquier sentimiento o creencia, y no únicamente al de tipo religioso.*»

A favor de la compatibilidad del precepto con la aconfesionalidad del Estado, GARCÍA-PARDO, *op. cit.*, 164, con cita del ATC 21-2-1986, que subraya la ausencia de mención específica a ninguna religión.

¹⁸ En este sentido, debe recordarse que por LO 8/1983, 25-6, de reforma urgente y parcial del Código penal se modificó la literalidad del art. 209 CP (antecedente del actual art. 525 CP) para que en lugar de proteger a la «religión católica o de confesión reconocida legalmente» se protegiera a «una confesión religiosa».

vo, impredecible⁴⁹ y generador de inseguridad jurídica⁵⁰ como los sentimientos, sin que éstos disfruten de una base constitucional análoga a la que legitima la protección del honor frente a manifestaciones injuriosas.

Por este motivo no pueden extrañar las críticas contra el nuevo objeto de tutela⁵¹ que llegan desde todos los frentes, con apoyo en argumentos de orden

⁴⁹ Sobre la dificultad para medir la ofensa, GARCÍA RUBIO, *ibid.*, 444: «*La experiencia demuestra que algunas comunidades religiosas se pueden sentir insultadas por las expresiones de otros (artísticas o no) por los mismos actos que para otras religiones provocan únicamente indiferencia*»; ROCA AGAPITO, *op. cit.*, 571; ALCÁ CER GUIRAO, *Símbolos y ofensas. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos*, cit., 28: «*el componente subjetivo y privado de tales sentimientos hace imposible sentar un estándar objetivo de la ofensa.*»

⁵⁰ En este sentido, ROCA AGAPITO, *ibid.*, 570 s.: «*No me imagino cómo pueda ser una policía espiritual o emotiva que trate de investigar si se ha cometido un delito de este tipo*», lo que hace que el relato de hechos sobre la intervención de la policía en los casos en que se ha denunciado el delito siempre cause perplejidad. Véase solo a modo de ejemplo de las consecuencias a las que lleva la actual regulación el relato de hechos probados de la SAP Valladolid (4^a) 367/2005, 21-10, según la que, ante la visión de un transeúnte que portaba una pancarta con una imagen de una Virgen María acompañada de la leyenda “Adúltera con su bastardo”, el denunciante: «*interpretó que con la expresión de la pancarta Narciso estaba llamando prostituta a la Virgen, por lo que se dirigió al agente de la Policía Municipal con carnet profesional NUM000 que se hallaba en las inmediaciones, comunicándole lo ocurrido, dirigiéndose el agente a Narciso a quien le pidió explicaciones sobre lo que estaba haciendo, contestando Narciso que estaba ejerciendo su libertad de expresión, requiriéndole el agente para que exhibiera su documentación, negándose Narciso, por lo que el agente le indicó que le iba a conducir a la Comisaría para su identificación, solicitando el agente refuerzos, compareciendo una dotación de la Policía Municipal de la que formaba parte el agente NUM001, procediendo los agentes a introducir la pancarta en el maletero del vehículo oficial (para lo que tuvieron que romper el palo de la misma) y a introducir a Narciso en le automóvil, mostrando éste una oposición pasiva al tiempo que se dirigía a los transeúntes, diciéndoles que llamaran a la prensa.*» Así es como un delito de tan vagos contornos, puede provocar la actuación prácticamente mecánica de la policía, que no tiene las mismas facultades ni posibilidades de valoración jurídica de los hechos que el Juez, con directo impacto sobre el ejercicio de los derechos aunque finalmente la sentencia resulte absolutoria.

En el mismo sentido, son especialmente interesantes las observaciones de BAGES SANTACANA, *op. cit.*, 5, según quien el juicio de ponderación de intereses en conflicto puede servir para comprobar la motivación del razonamiento, pero no así para verificar si se aplican unos criterios predeterminados imposibles de acertar.

Sobre el peligro de una desaforada restricción de la libertad de expresión en aras de la protección de “*sensibilidades crecientes de ciertos grupos religiosos*”, GARRIGA DOMÍNGUEZ, *El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales*, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2014, 30, 114.

⁵¹ Si bien nos hallamos ante un objeto de tutela nuevo en nuestra legislación, no parece que sea exclusivo en nuestro entorno jurídico. Según COLOMER BEA, *op. cit.*, 19, en la mayoría de Los estados europeos se protegen los sentimientos religiosos. Sobre la protección penal de los sentimientos religiosos en otros países, también, BERNAL DEL CASTILLO, *op. cit.*, 6; GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, 442.

filosófico⁵², convencional⁵³ y constitucional⁵⁴. Ante la ausencia de un reconocimiento abierto del derecho a la protección de los sentimientos, se buscan apoyos indirectos en otros valores o derechos constitucionalmente reconocidos como la dignidad, la integridad moral o la libertad religiosa⁵⁵. El proble-

⁵² Desde la perspectiva de la filosofía del derecho, ATIENZA, *op. cit.*, 71 se manifiesta en contra de la protección de los sentimientos (religiosos o no religiosos) y su virtualidad limitadora de la libertad de expresión.

Sobre la distinción filosófica entre ofensa y daño, que suele atribuirse a Feinberg, DONINI, Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, in Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg, a cura di Cadoppi, Giuffrè editore, 2010; BORAGNO GIL, *Libertad de expresión, ofensa y religión, Bajo Palabra. Revista de Filosofía*, 2014, 9, 118 crítica el criterio de la “ofensa” como medida de los límites a la libertad de expresión por su carácter «*incontrolable, en el sentido de que no hay manera de saber cuándo alguien sufre realmente una experiencia mental desagradable u ofensa.*» También, ALCÁCER GUIRAO, *Símbolos y ofensas. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos*, cit., 26: «*En la literatura anglosajona, especialmente a partir de la obra de Joel Feinberg, es habitual distinguir entre el daño a intereses merecedores de protección y la ofensa a valores o sentimientos.*» Sin embargo, si ya es difícil distinguir uno y otro concepto, más en materia de protección de la identidad cultural y religiosa.

⁵³ Sobre su reconocimiento en el marco jurídico de la Convención europea de derechos humanos, véase ALCÁCER GUIRAO, *Símbolos y ofensas. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos*, cit., 15, especialmente crítico con la jurisprudencia restrictiva de la libertad de expresión del TEDH (CEDU), que considera la ofensa a los sentimientos religiosos como un menoscabo de la libertad religiosa: «*La posición del Tribunal de Estrasburgo llevará, así, a que toda ofensa a los sentimientos religiosos que sea idónea para alterar la paz social -o, en los términos del artículo 188 del Código Penal austriaco, que sea adecuada para generar una indignación justificada- sea considerada lesiva de la libertad religiosa de todos aquellos que se sientan potencialmente ofendidos; sin necesidad, por lo demás, de acreditar si concretas personas se hayan visto ofendidas.*»

⁵⁴ Críticamente, ALCÁCER-GUIRAO/FOUCE, *op. cit.*, 124, en contra de la elevación del sentimiento a la categoría de derecho. En igual sentido, ALCÁCER GUIRAO, *Símbolos y ofensas. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos*, cit., 5 y 27 crítica la «*slaz identificación que a veces se establece entre los sentimientos de ofensa y el contenido de derechos fundamentales que, como la dignidad, la igualdad o la libertad religiosa, se sitúan en conflicto con la libertad de expresión*», observando «*Que el sentimiento afectado no aparezca vinculado con el ejercicio de un derecho conlleva una importante razón para rechazar su protección bajo pena.*» En suma, no existe un derecho a no sentirse ofendido».

⁵⁵ Así, por ejemplo, BAGES SANTACANA, *op. cit.*, 21 sostiene que: «*los sentimientos religiosos, pese a no protegerse explícitamente en el texto constitucional, puede considerarse como una de las manifestaciones del derecho a la libertad religiosa reconocido, como derecho fundamental, en el art. 16 CE. Ahora bien, la Constitución no ampara cualquier sentimiento religioso, sino que sólo trata de salvaguardar los que conforman el núcleo de la identidad religiosa del individuo, es decir, aquellos que condicionan los rasgos de su personalidad de cuya conservación depende su propia dignidad y autoestima.*» También, GARRIGA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, 103 y 115: «*Los sentimientos religiosos o la autoestima religiosa, al igual que el derecho al honor y, en la medida en que formarían parte de la identidad de las personas, estarían ligados a los valores «de la integridad moral y en especial de la dignidad humana».* En sentido similar, BERNAL DEL CASTILLO, *op. cit.*, 5: «*En mi opinión y dada su vinculación con la*

ma es que para la tutela penal de esos otros bienes ya existen otros delitos. Así, por ejemplo, el delito de incitación al odio o la discriminación del art. 510 CP⁵⁶, o la agravante de idéntica naturaleza para los supuestos en que otros delitos, como las injurias o el asesinato, se cometan con tales fines⁵⁷. Otra cosa son las dificultades que se advierten en orden a la delimitación entre la ofensa a los sentimientos, cuyo castigo se cuestiona, y la incitación al odio o la discriminación que nadie duda que deba castigarse⁵⁸.

libertad religiosa se trata fundamentalmente de derechos individuales, anclados en la dignidad y en el libre desarrollo de la personalidad.»

Según GARCÍA-PARDO, *op. cit.*, 160 y 170, el fundamento se hallaría en el desarrollo de la personalidad del individuo.

Abiertamente en contra de que la mera ofensa a los sentimientos religiosos suponga un ataque a la libertad religiosa, ALCÁCER GUIRAO, *Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal*, 40 ss., según quien «*la afectación a los sentimientos morales se debe a un vínculo emocional de carácter netamente subjetivo, que no es constitutivo de la dignidad personal ni encarna el ejercicio de fundamental un derecho*», por lo que no basta para la limitación de la libertad de expresión. Por este motivo este autor critica el mantenimiento de la sanción penal de la blasfemia – que es lo que considera que continúa siendo este tipo – por su incompatibilidad con los presupuestos de un Estado democrático y liberal.

A estos efectos recuérdese que aparentemente, el delito de blasfemia desapareció del Código de 1973 a partir de la entrada en vigor de la LO 5/1988 por la que se derogaba el art. 239 que rezaba: «*El que blasfemare por escrito y con publicidad, o con palabras o actos que produzcan grave escándalo público, será castigado con arresto mayor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas.*»

En el mismo sentido, ALCÁCER GUIRAO, *Símbolos y ofensas. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos*, 9 y 19; GARCÍA AMADO, *op. cit.*, en contra de la fundamentación del bien jurídico en la libertad religiosa; GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, 437: «*La libertad religiosa no está en cuestión porque esta no incluye el derecho a que los sentimientos religiosos*», contraria a la restricción de la libertad de expresión que opera el art. 525 por su falta de fundamentación en el derecho a la libertad religiosa del art. 16 CE,

⁵⁶ Sobre el problema del discurso del odio en materia religiosa, entre otros, CARRILLO DONAIRE, *op. cit.*; o VALIENTE MARTÍNEZ, *op. cit.*, 109 ss.

⁵⁷ Sobre el modelo regulatorio del “*hate speech*” frente al “*hate crime*”, en el ámbito internacional, LANDA GOROSTIZA, *Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2020, 1 ss.

⁵⁸ Sobre la necesidad de distinguir “las ofensas a los sentimientos religiosos y el discurso del odio antirreligioso”, ALCÁCER GUIRAO, *Símbolos y ofensas. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos*, *op. cit.*, 10 y 19, que advierte acerca de la «*imposibilidad no ya de distinguir el discurso crítico contra la religión y el discurso ofensivo, sino incluso la de diferenciar entre las ofensas a los sentimientos religiosos y la incitación al odio o la discriminación pues desde esa óptica toda crítica procaz u ofensiva hacia creencias y figuras sacras se interpretará –se sentirá– como una manifestación de menosprecio hacia la identidad personal y el estatus social de los miembros de la religión.*» Desde este punto de vista, el autor se manifiesta a favor del Informe de la Comisión de Venecia que propugna la diferenciación entre uno y otro discurso, pues permite trazar la línea entre lo merecedor de tutela penal y lo que no. Por este motivo, este autor advierte acerca de la vaguedad del concepto de discurso del odio y la conveniencia de su erradicación del discurso jurídico, ALCÁCER GUIRAO, *Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal*, *cit.*, 3 ss.

b) La dificultad de definir el carácter religioso de los sentimientos

Como se ha adelantado, no se protege aquí cualquier sentimiento sino solo los que ofenden a los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una «confesión religiosa», lo que introduce un problema de definición del hecho religioso que evidentemente no se planteaba en los tiempos del estado confesional.

Ello no puede extrañar si se tiene en cuenta que la tutela de la libertad religiosa lleva implícito el necesario respeto por lo que cada confesión entienda por religión, lo que en un contexto de pluralismo religioso⁵⁹ abre mucho el abanico de posibilidades. Desde este punto de vista, no puede sorprender que la Ley Orgánica de Libertad religiosa - en adelante, LOLR - no contenga definición positiva alguna de religión, limitándose a excluir de su ámbito aplicativo (art. 3.1 LOLR): «*las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos*».

Este fue precisamente el problema que se planteó en la causa abierta en torno a la denegación de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas - en adelante, RER - de la Iglesia de Unificación (también conocida como “Secta Moon”), en consideración, entre otros motivos, a que la entidad implicada no reunía los rasgos distintivos de una confesión religiosa⁶⁰. Frente a la

⁵⁹ Como proclaman los arts. 16.3 CE y 1.3 LOLR «ninguna confesión tendrá carácter estatal».

⁶⁰ De acuerdo con el relato de los antecedentes procesales de la STC 46/2001, 15-2 (Fundamento de Derecho- en adelante, FD- 3): «a tenor de lo dispuesto en los arts. 5 y 8 LOLR, y de los arts. 1, 2,3, 4 y 6 del Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, dicha inscripción en el Registro de Entidades Religiosas "debe ir precedida del ejercicio de la función calificadoras que garantice la existencia real de la entidad y su naturaleza religiosa", añadiendo que "para que pueda hablarse con propiedad de una Iglesia o Confesión religiosa, es preciso que, entre otros elementos constitutivos de la misma, disponga aquélla de un conjunto de fieles, distintos de los miembros dirigentes de la organización ..., feligresía que debe existir antes de la inscripción". Por otra parte, en orden a la determinación del concepto de lo religioso, afirma que "es opinión común, recogida en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, que son elementos integrantes del concepto de lo religioso: a) conjunto orgánico de dogmas o creencias relativas a la trascendencia, a un Ser superior o Divinidad; b) conjunto de normas morales que rigen la conducta individual y social de los fieles, derivadas del propio dogma; c) unos actos de culto, concretos y definidos, manifestación externa de la relación de los fieles de una Confesión religiosa con el Ser superior o Divinidad; y d) como consecuencia de la existencia de los actos de culto, aunque no sea con el carácter de elemento esencial, la tenencia de lugares a los que concurren los fieles para la celebración

interpretación restrictiva sostenida en este caso por la Dirección General de Asuntos Religiosos en su Resolución de 22 de diciembre de 1992, la Sentencia del Tribunal constitucional - en adelante, STC - 46/2001, 15-2 estimó que: «*la articulación de un Registro ordenado a dicha finalidad no habilita al Estado para realizar una actividad de control de la legitimidad de las creencias religiosas de las entidades o comunidades religiosas, o sobre las distintas modalidades de expresión de las mismas, sino tan solo la de comprobar, emanando a tal efecto un acto de mera constatación que no de calificación, que la entidad solicitante no es alguna de las excluidas por el art. 3.2 LOLR, y que las actividades o conductas que se desarrollan para su práctica no atentan al derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, ni son contrarias a la seguridad, salud o moralidad públicas, como elementos en que se concreta el orden público protegido por la ley en una sociedad democrática, al que se refiere el art. 16.1 CE*»⁶¹. Desde entonces, puede considerarse superada la fase de control “ideológico” de la inscripción registral⁶², que inmediatamente irradiaría su influencia sobre la STS (6^a) 3506/2004, 21-

de dichos actos ... En conclusión, para que un grupo u organización merezca el calificativo de religioso, es preciso que se den en él los siguientes elementos esenciales: 1) Creencia en la existencia de un Ser superior, trascendente o no, con el que es posible la comunicación; 2) Creencia en un conjunto de verdades doctrinales (dogmas) y reglas de conducta (normas morales), de un modo u otro derivadas de ese Ser superior; 3) Una suerte de acciones rituales, individuales o colectivas (culto), que constituyen el cauce a través del cual se institucionaliza la comunicación de los fieles con el Ser superior”.

La proyección de los anteriores criterios a los estatutos y demás documentación aportada por la Iglesia de Unificación al expediente de inscripción permitió a la Administración alcanzar la convicción de que la citada entidad carecía de "un conjunto orgánico de creencias propias", de "un culto específico y definido" y de una feligresía distinta de la que, de modo reducido, formarían los promotores de la inscripción. Finalmente, "tampoco se hace referencia alguna en la documentación aportada al expediente a los lugares de culto ... de que dispone". En suma, para la Administración responsable del Registro la Iglesia de Unificación no reunía los requisitos exigidos para su inscripción.»

⁶¹ Sobre la misma, véase, ALFONSO PÉREZ/DÍAZ BAÑOS/GARCÍA MUÑOZ, *Los nuevos movimientos religiosos ante la ley y la jurisprudencia. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero)*, *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 2002, 20; CUGAT MAURI, *Sectas y sectarios*, Cizur Menor, 2010.

⁶² Con esta resolución el TC ponía fin a lo que MOTILLA, *Grupos marginales y libertad religiosa: los nuevos movimientos religiosos ante los Tribunales de Justicia*, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1993, IX, 118, había calificado de «praxis administrativa de reconocimiento ciertamente restrictiva» y causante de inseguridad jurídica, instaurando definitivamente en la materia la función reglada de la Administración.

5 (acerca de la Iglesia de los verdaderos soldados de Jesús)⁶³; la Sentencia de la Audiencia Nacional - en adelante, SAN - (3^a) 4-10-2007 (acerca del Centro Espirita Beneficiente União do Vegetal -Núcleo Inmaculada Concepción); o la SAN (3^a) 11-10-2007 (acerca de la Iglesia Scientology⁶⁴), y que desde entonces ha marcado la línea jurisprudencial.

En suma, nuestro Tribunal Constitucional descarta la existencia de una definición positiva de religión más allá de la delimitación negativa del art. 3.2 LORL, lo que en el terreno de nuestro delito planteará los consiguientes problemas de concreción de los sentimientos “religiosos” que son objeto de tutela del art. 525 CP⁶⁵.

En este orden de problemas, sobre lo que no existe duda alguna - más allá de alguna opinión aislada⁶⁶ - es que el ámbito de tutela penal no puede limitarse a las religiones inscritas⁶⁷, pues introduciría una restricción que ni se deriva de las condiciones constitucionales para la protección de la libertad religiosa⁶⁸ ni está prevista en el art. 525 CP - a diferencia de lo que sucede con el art. 523 CP -.

⁶³ Resolución por la que se confirma la retroacción del expediente para que la Administración se pronuncie sobre la inscripción de la Iglesia de los verdaderos soldados de Jesús, y en caso de denegar la inscripción se indique la causa reglamentariamente prevista de dicha denegación

⁶⁴ Resolución por la que se reconoce el derecho a la inscripción de la Iglesia Scientology: «*la conclusión favorable a su consideración de entidad religiosa se desprende “prima facie” de sus estatutos, así como del cuerpo de doctrina aportados, y también del hecho de que la asociación es similar a otras que se encuentran debidamente inscritas en registros oficiales en países de nuestro entorno jurídico y cultural; por el contrario, no existe dato alguno que permita concluir en que la demandante lleva a cabo actividades distintas de las expresadas en sus estatutos que pudieran determinar la aplicación del art. 3.2 citado.*»

⁶⁵ Como subraya GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, 444, la doctrina británica ha tomado en especial consideración esa dificultad conceptual para derogar el delito de blasfemia. Asimismo, véanse las reflexiones sobre la dificultad de definir lo que sea religión de ROCA AGAPITO, *op. cit.*, 564 s.

⁶⁶ Así, FERNANDEZ BERMEJO, *op. cit.*, 162, quien entiende que solo se protegen las confesiones inscritas.

⁶⁷ Entre otros, BERNAL DEL CASTILLO, *op. cit.* 10, nota 38; CÁMARA ARROYO, *op. cit.*, 193; PÉREZ FERRER, *op. cit.*, 91 s.; RAMOS VÁZQUEZ, *op. cit.*, 11; ROCA AGAPITO, *op. cit.*, 586.

⁶⁸ STC 46/2001, 15-2, FD 5: «*Una comunidad de creyentes, iglesia o confesión no precisa formalizar su existencia como asociación para que se le reconozca la titularidad de su derecho fundamental a profesar un determinado credo, pues ha de tenerse en cuenta que la Constitución garantiza la libertad religiosa “sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley” (art. 16.1 CE). Por ello mismo, como derecho de libertad, la libertad religiosa no está sometida a más restricciones que las que puedan derivarse de la citada cláusula de orden público prevista en el propio art. 16.1 de la Constitución.*»

El art. 525 CP protege los sentimientos relacionados con cualquier confesión religiosa, inscrita o no, y coincida con la idea mayoritaria de religión o no, lo que abre tanto el espectro de la tutela jurídica que puede llevar a relativizar la propia existencia del concepto de religión como algunos provocativamente han querido poner de manifiesto a través de los reiterados intentos de inscripción en nuestro país de la Religión del espagueti volador, profesada por los irónicamente autodenominados «pastafaris»⁶⁹, fácilmente identificables por portar un casco en forma de colador y un báculo coronado por espaguetis que hacen las veces de la serpiente en la vara de Esculapio.

Para terminar con los problemas que genera la amplitud del concepto de religión hay que hacer referencia a los problemas de error que pueden plantearse cuando lo que uno hace afecta a lo que otro tiene por sagrado sin ser consciente de ello, y si el error es aquí causa de atipicidad ello nos sitúa ante un delito para “iniciados”⁷⁰.

Ello no comportaría mayores problemas aplicativos en un contexto cultural homogéneo de religión única y general adoctrinamiento sobre la misma, como históricamente sucedió en España. Sin embargo, en un contexto multicultural⁷¹, que facilita las comunicaciones entre miembros de colectivos abso-

⁶⁹ SJP (8) Madrid 235/2012, 8-6 (“caso Javier Krahe”): «No se trata aquí de salvaguardar cualquier sentimiento (el de la “religión del spaghetti”) como alega la defensa. Se trata de reconocer que existe un sentimiento religioso colectivo de quienes profesan, en este caso, la religión Católica, sentimiento que es digno de protección también para el Estado laico.»

⁷⁰ Así me manifesté ya en CUGAT MAURI, *Sobre la protecció penal dels sentiments religiosos als mitjans de comunicació*, 40.

⁷¹ Sobre la convivencia de religiones en Europa y el Informe “*Living Together: Combining Diversity and Freedom in 21st Century*”, ATIENZA, *op. cit.*, 65 ss.; también, BORAGNO GIL, *op. cit.*, 114 ss., con interesantes reflexiones acerca del impacto del pluralismo religioso en la propia definición de los límites a la libertad de expresión.

Sobre el problema de la tolerancia en sociedades multiculturales, ALCÁCER GUIRAO, *Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal*, 1 ss. parte de la “paradoja de la tolerancia”, en virtud de la cual la tolerancia con los intolerantes podría desembocar en la destrucción de la misma, para formular la “paradoja del multiculturalismo” de idénticas consecuencias. Piénsese, por ejemplo, en el problema que puede plantearse «en casos en que la identidad cultural del grupo diferenciado se conforma parcialmente por el menosprecio o descrédito de miembros de otro grupo o de alguno de sus integrantes» (plantado en pág. 16), rechazando que puedan tener tutela específica (pág. 17). Al respecto también, ALCÁCER GUIRAO, *Diversidad cultural, discurso del odio y derecho penal, Democracia constitucional y diversidad cultural*, Madrid, 2017, 79 ss.

lutamente dispares entre sí, la brecha cultural puede ser causa de ofensas no pretendidas⁷².

c) La ambivalente titularidad de los sentimientos ofendidos.

El hecho de que el tipo exija que la ofensa se dirija contra los sentimientos «de los miembros» de una confesión religiosa nos sitúa ante la disyuntiva acerca de si se tutela un bien jurídico de carácter individual⁷³, especialmente vinculado a la conformación de la propia identidad⁷⁴, o bien de carácter colectivo a la vista de que el carácter religioso de los sentimientos remite a un patrimonio espiritual colectivo⁷⁵ que acercaría este delito a los históricos delitos contra la religión.

⁷² Obsérvese que el art. 525 CP no limita la conducta a las religiones existentes en nuestro país, ni tan siquiera a las inscritas en el correspondiente registro. Distinta fue la regulación de los Códigos de 1870 y 1932, que aun siendo los que más ampliamente protegieron la libertad de culto, exigían que el escarnio de los dogmas o ceremonias atacara a alguna de las religiones con prosélitos en España (art. 240., 3º CP 1870, y art. 235, 3º CP 1932).

⁷³ Así, por ejemplo, BAGES SANTACANA, *op. cit.*, 20.

⁷⁴ Destacando la relevancia de las creencias religiosas en la conformación de la identidad personal, MINTEGUA ARREGUI, *Los sentimientos religiosos como límite del ejercicio de la libertad de producción y creación artística y literaria*, en *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, Madrid, 2007 <https://vlex.es/vid/sentimientos-religiosos-artistica-literaria-371649>, 11; BAGES SANTACANA, *op. cit.*; o ALCÁCER GUIRAO, *Símbolos y ofensas. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos*, *cit.*, 10.

Ahora bien, una cosa es que el sentimiento religioso forme parte de la propia identidad y otra que merezca la protección de derecho fundamental, como por ejemplo sostiene GARCÍA GARCÍA, *La libertad de expresión en colisión con la libertad religiosa: propuestas de consenso*, *Anuario de Derecho Canónico*, 2018, 6 supl., 279: «ese “sentimiento religioso” se convierte en una realidad digna de protección en el ámbito jurídico, y con la máxima protección posible al haber sido regulada la libertad religiosa como un derecho fundamental.»

Acerca de los derechos fundamentales que pueden hallarse en la base de este bien jurídico, Vid. supra.

⁷⁵ Sobre la dimensión colectiva del bien jurídico, véanse las referencias doctrinales y jurisprudenciales en favor de esa posición recogidas en ROCA AGAPITO, *op. cit.*, 569.

Sobre la doble dimensión del daño provocado por el discurso del odio, ALCÁCER GUIRAO, *Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal*, 18 ss., según quien la lesividad del discurso de los intolerantes puede afectar, por un lado a la dignidad derivada de la identidad cultural, y por otro, el daño a la “reputación comunicativa” del grupo identitario del que se desprende un “efecto silenciador”.

Esta doble dimensión de los sentimientos religiosos ha dado lugar a teorías que inciden más en uno u otro. Así, GARRIGA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, 103 s. clasifica las teorías en función de si se centran en la dimensión individual o colectiva del bien.

La literalidad del tipo lleva a pensar que no cumple el requisito típico la ofensa a la confesión que no comporta un simultáneo ataque a sus miembros⁷⁶, de lo que se deduce que quedan excluidos tanto los ataques genéricos a la religión⁷⁷ como a los miembros abstractos de una concreta confesión⁷⁸.

En consideración a ello se ha negado el cumplimiento de este requisito en supuestos en que la publicación o manifestación ofensiva no se dirigía a los concretos miembros de la confesión religiosa en cuestión sino al común de la ciudadanía. Así la SJP (8) Madrid 235/2012, 8-6 (“caso Javier Krahe”) señala como uno de los argumentos absolutorios el hecho de que se trataba de un «programa de entretenimiento, desvinculado de cualquier práctica religiosa, por lo que no podemos considerar que estuviera dirigido a los fieles de una confesión sino al público en general»⁷⁹. También se niega esa dirección de ánimo en la SJP Sevilla 448/2019, 9-10 (“caso de la procesión del coño insu-miso”) por no estimarse probado que el recorrido de la procesión estuviera diseñado para hacerlo pasar por delante de la Iglesia.

Ahora bien, no se nos oculta que la cuestión de la titularidad del bien jurídico no puede resolverse en única consideración a la literalidad del tipo, pues no sería el único caso en el que el ataque a una sola persona afectara al entero colectivo titular del bien jurídico como paradigmáticamente sucede con los delitos contra los derechos de los trabajadores que se consideran indisponibles en virtud de esa misma naturaleza.

De esa controvertida cuestión depende algo con tanta trascendencia práctica como la legitimación para ejercitar la acción particular⁸⁰ que en España pueden ejercer las víctimas del delito⁸¹, como se planteó en la SJP (8) Madrid

⁷⁶ En contra, sin embargo, RAMOS VÁZQUEZ, *op. cit.*, 10: «parece más razonable interpretar que el elemento subjetivo se está refiriendo a los miembros en abstracto.»

⁷⁷ Así, GARCÍA-PARDO, *op. cit.*, 173.

⁷⁸ BERNAL DEL CASTILLO, *op. cit.*, 10, nota 38: «aunque materialmente pueda hacerse burla o mofa contra una confesión religiosa, para que se entienda comprendida en el tipo del escarnio la ofensa debe alcanzar a alguno o a varios de los sujetos representados por dicha institución.»

⁷⁹ Se hace eco de este criterio también, BERNAL DEL CASTILLO, *op. cit.*, 20.

⁸⁰ Sobre el impacto procesal de la relación entre honor o dignidad personal y la pertenencia a grupos identitarios, véase el comentario de ALCÁCER GUIRAO, *Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal*, cit., 45, sobre el caso *Violeta Friedman* (STC 214/1991, 11-11).

⁸¹ Art. 109 bis Ley de Enjuiciamiento Criminal - en adelante, LECrim.-.

235/2012, 8-6, FD 1º (“caso Javier Krahe”) ⁸², aunque finalmente se zanjara a partir de la constatación de que en aquel caso el querellante había actuado en nombre propio y no de la asociación. De hecho, en la mayoría de los casos basta con la interposición de una denuncia ante el Fiscal que ejerce la acusación pública o una querrela a título individual. Ahora bien, eso no quita que en la mayoría de los supuestos detrás del denunciante o el querellante haya una asociación religiosa que lo promueva o apoye, asumiendo aquél la voluntad persecutoria de ésta.

En la práctica, en nuestro país ⁸³, los más combativos han sido los colectivos católicos ⁸⁴, cuando paradójicamente su carácter mayoritario parecería hacerlos menos vulnerables ⁸⁵ y según algunos autores hasta menos merecedores de tutela penal ⁸⁶. En esta línea pueden verse las actuaciones del Secretario y Hermano mayor de la Hermandad de la Virgen, que interpuso denuncia en

⁸² «En el caso que nos ocupa se formula acusación por un delito previsto en el artículo 525 del Código Penal y, coincidimos con la defensa, en considerar que el bien jurídico que en el mismo se protege es colectivo, por lo que en todo caso la acusación formulada por la sola acusación popular es bastante para acordar, como hizo el Juzgado de Instrucción a instancia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 15ª), la apertura de la fase de enjuiciamiento.» En el mismo sentido, SJP Sevilla 448/2019, 9-10 (“caso Procesión del coño insumiso”).

⁸³ No así en otros países, en los que el problema se ha planteado en torno a los ataques a otras religiones, como, por ejemplo, en el caso de las caricaturas de Mahoma. Al respecto, ATIENZA, *op. cit.*, 65 ss.

⁸⁴ Así ha sido incluso tras la reforma del art. 209 del anterior CP por LO 8/1983, 25-6, en virtud de la que dejó de protegerse la religión católica con preferencia al resto. Así, GARCÍA-PARDO, *op. cit.*, 164. En el mismo sentido, observa BORAGNO GIL, *op. cit.*, que: «Centrándonos en los casos de expresiones sobre cuestiones religiosas consideradas ofensivas, miembros de comunidades religiosas cuyos miembros no hayan tenido que enfrentarse tradicionalmente al ambiente de una sociedad plural, en la cual la convivencia conlleva tener que soportar ciertas molestias o experiencias que no son agradables, serán especialmente susceptibles.»

⁸⁵ Con todo, como observa RAMOS VÁZQUEZ, *op. cit.*, 44: «no es casual que la mayoría de querrelas presentadas lo hayan sido con posterioridad a las crisis de las viñetas de Mahoma y de los asesinatos de Charlie Hebdo, con la subsiguiente (y, en mi opinión, artificiosa) polarización entre la idea de nuestras sociedades como laicas y de derechos, y de las sociedades islámicas como atrasadas y violentas.»

⁸⁶ Sobre el problema que suscita la consideración al carácter minoritario de la confesión como criterio para la intensificación de la tutela penal, ALCÁCER GUIRAO, *Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal*, cit., 1 ss. En contra de esta idea, ALCÁCER GUIRAO, *Símbolos y ofensas. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos*, cit., 24, que considera que ante conductas de escarnio equiparables no puede atribuirse más o menos relevancia en función de la mayor o menor implantación social de la religión. De modo que, quemar una Biblia o insultar a Cristo merece el mismo juicio de desvalor que quemar un Corán o insultar a Mahoma.

la causa que condujo a la SAP Sevilla (4^a) 353/2004, 7-6⁸⁷; la Asociación de Abogados Cristianos y la asociación Hazte Oír que denunciaron al artista y al Rector de la Universidad de Valladolid en el “caso Leo Bassi” que terminó con archivo por el AAP Valladolid (2^a) 251/2011, 9-6; la Asociación Centro de Estudios Jurídicos Tomás Moro cuyo Presidente interpuso la denuncia en el “caso Javier Krahe” [SJP (8) Madrid 235/2012, 8-6 y SAP Madrid 224/2013, 2-4]; la Asociación Hazteoir.org que promovió la querrela por las manifestaciones contra la Iglesia católica, inadmitida a trámite por el AAP Madrid 73/2013, 24-1; el Centro de Estudios Jurídicos Tomas Moro y Alternativa Española que ejercieron la acusación popular en el “caso Rita Maestre” [JP Madrid (6^o) 69/2016, 18-3, SAP Madrid 16-12-2016]; los miembros de la Asociación internacional de fieles hogar de la madre de todos los hombres, madre de la juventud (“Hogar de la madre”) que denunciaron los hechos del “caso del beso lésbico de las Vírgenes de los Desamparados y Montserrat”, archivado por AJI Valencia 23-6-2016; la Asociación de Abogados Cristianos que interpuso denuncia que se acumuló a la del Arzobispado de Pamplona y Tudela en la causa que finalizó por Auto de archivo del JI de Pamplona 429/2016, 10-11, confirmado por AAP de Navarra (Sección 1^a) 198/2017, 28-4; la Asociación de abogados cristianos que ejerció la acusación particular en el “caso del coño insumiso” que terminó en absolución por SJP Sevilla 448/2019, 9-10; y asimismo, la misma asociación que ejerció la acusación popular en el “caso Willy Toledo” (SJP Madrid 20/2020, 21-2).

Cualquier intento de resolver esta compleja cuestión excedería de las posibilidades y pretensiones de este trabajo concentradas en arrojar luz sobre los problemas aplicativos de un delito que acumula razones para su derogación. Desde estas premisas y a los únicos efectos de contribuir a una reflexión crítica sobre el sentido y realidad aplicativa del delito, es oportuno dejar constancia de que, sea cual sea la vía procesal elegida, en la práctica, los promotores de la persecución de las ofensas a los sentimientos religiosos han sido las propias confesiones religiosas, desdibujando el aparente cambio introducido con el Código de 1995 por el que se sustituyó la protección de la religión - o religiones, desde 1983 - por la de los sentimientos religiosos.

⁸⁷ «la Hermandad de la DIRECCION001 y los hermanos que engloba **se sienten ofendidos** gravemente por la fotografía y texto publicado, conforme a lo expuesto por el Secretario y Hermano mayor de la Hermandad.»

3. *El problemático contenido de la ofensa objetiva.* A pesar de la relevancia del fin ofensivo, no basta con éste para la comisión del delito⁸⁸. Es preciso que se haga escarnio de los «dogmas, creencias, ritos o ceremonias», lo que obliga a una comprobación añadida sobre ciertos requisitos objetivos sin los cuales la conducta carecería de la necesaria tipicidad⁸⁹.

3.1. *La ofensa a la religión como vía de ofensa a los sentimientos.* En la identificación de los «dogmas, creencias, ritos o ceremonias» objeto de ataque la Jurisprudencia ha señalado elementos como el crucifijo (STS 688/1993, 25-3 sobre el antiguo art. 208⁹⁰), la eucaristía (SAP Valladolid 2ª Sentencia núm. 424/2000, 19-5, sobre el art. 524), o la virginidad de María (SAP Valladolid (4ª) 367/2005, 21-10)⁹¹.

Asimismo, la jurisprudencia ha subrayado, con base en el principio de taxatividad, que el objeto de burla no puede ser algo parecido o que pueda recordar los referidos símbolos religiosos, sino estos mismos. Así, la STS

⁸⁸ Así, TAMARIT SUMALLA, *De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos*, en *Comentarios al Código Penal español*, a cura di Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), t.II, 7ª ed., Cizur Menor, 2016, 1712.

⁸⁹ Como subraya la STS 688/1993, 25-3 sobre antiguo art. 208, de validez para nuestras reflexiones actuales, la importancia del elemento subjetivo no anula la necesidad de probar el componente objetivo del delito: «El hecho de que en el art. 208 del Código Penal se diga: «el que ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados...», hizo pensar a algunos que la utilización en el precepto de la preposición «en», remarcaba el carácter eminentemente subjetivo de este delito quedando como irrelevante el aspecto objetivo, mas es lo cierto que éste, como no podría ser menos, tiene la relevancia normal en todo delito y, evidentemente, se halla constituido por los actos de profanación, sin los cuales no puede haber delito.»

Así también, la SAP Sevilla (4ª) 353/2004, 7-6, que aun admitiendo el sentimiento de ofensa del Hermano mayor y los miembros de la Hermandad de la Virgen atacada, considera que «no basta con que se ofendan los sentimientos religiosos de otros, lo que en el caso de autos ocurre inequívocamente, sino que se requiere que esa conducta haga escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa y, además, se realice con la expresa e inequívoca intención de ofender esos sentimientos religiosos.»

⁹⁰ FJ 4º: «concretándose a la Religión Católica, es incuestionable que, como se dice acertadamente en el motivo, el Crucifijo es para la Religión Cristiana quizá la cosa sagrada por excelencia después de la eucaristía.»

⁹¹ «La virginidad de María es un dogma de fe para la Iglesia Católica, definido en el I Concilio de Letrán en el año 649.»

688/1993, 25-3, sobre el art. 208 del Código anterior, que niega que cualquier cruz sea un crucifijo⁹²; el AAP Valladolid (2^a) 251/2011, 9-6 (“caso Leo Bassi”) que rechaza que cualquier cosa que recuerde a una consagración lo sea efectivamente; o el AJI de Pamplona 429/2016, 10-11 de sobreseimiento libre, confirmado por Auto AP de Navarra (Sección 1^a) 198/2017, 28-4, que absuelve por falta de prueba de que los objetos con los que se formó la palabra «pederastia» fueran efectivamente hostias consagradas.

En suma, no basta con querer atacar los sentimientos religiosos de otros con conductas que puedan ofenderles, sino que es preciso hacerlo a través de la afectación a concretos elementos de especial significación para la confesión.

3. 2. El escarnio como forma de agresión. El Diccionario de la Lengua Española - en adelante, DEL - define el escarnio como una «*Burla tenaz que se hace con el propósito de afrentar*». Por consiguiente, para colmar los requisitos típicos es preciso algo más que una mera falta de respeto⁹³, que por imperativo legal debe ser pública.

⁹² «aunque la cruz, sin más, sea un símbolo para los cristianos en memoria de que en una cruz padeció Cristo la muerte, no puede dejar de reconocerse que tiene otras muchas simbologías y no la unívoca que corresponde al crucifijo, por lo que una cruz en sí, no puede sin más, reputarse como objeto sagrado.» En este caso, se negó que pudiera considerarse un crucifijo una mera cruz a la que le faltaba la parte superior del madero vertical en la que suele consignarse la palabra “INRI” sobre la que se representó una figura humana crucificada con cabeza de animal.

⁹³En este sentido, COLOMER BEA, *op. cit.*, 23: «Ara bé, el Dret penal no pot castigar simples faltes de respecte.»

Así también, en la jurisprudencia, SAP Sevilla 7-6-2004 (4^a): «asociar fotografías de inequívoco contenido sexual con una imagen de la Virgen resulta no sólo contrario a las costumbres sino irreverente, de exquisito mal gusto, soez o cualquier otro calificativo del estilo o significado que son usados por el propio recurrente (al que honra que admita la inoportunidad de la publicación) en su escrito de recurso que indique la repulsa que puede causar usar un método para la crítica que podría haberse realizado de otra forma sin necesidad de herir sentimientos ajenos con un proceder tan burdo.»

Asimismo, de acuerdo con la SJP (8) Madrid 235/2012, 8-6 (“caso Javier Krahe”): «escarnio no es sólo una burla, sino que se trata de una burla cualificada con el término “tenaz”, que tiene una manifiesta intención ofensiva.” De acuerdo con ello, absuelve por considerar que en el caso enjuiciado: “Hay en el corto emitido un inequívoco sentido satírico, provocador y crítico, pero no el de ofender que pretende la acusación. No negamos que los denunciados se hayan sentido sinceramente ofendidos. Sin embargo, lo que debemos rechazar aquí, es que la conducta enjuiciada sea objetivamente ofensiva, al menos en el sentido reforzado que exige el tipo.»

La exigencia de una mínima gravedad es de vital importancia en un delito que como este se clasifica entre los “delitos de palabra”, que aquí incluye tanto el lenguaje verbal como las expresiones gráficas⁹⁴ («*de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento*»), con la sola exclusión de los gestos⁹⁵, sin perjuicio de que puedan integrar otros tipos penales como el art. 524 CP que castiga la ejecución de actos de profanación⁹⁶; o el art. 523 CP⁹⁷, en caso de mediación de violencia, etc.

⁹⁴En este sentido, BERNAL DEL CASTILLO, *op. cit.*, 9: «*Algunos autores se han planteado si entre los medios comisivos pueden incluirse las expresiones gráficas, en concreto dibujos o imágenes, que propiamente no constituyen ni palabras ni escritos. La respuesta debe ser afirmativa en cuanto esas imágenes encierran un mensaje o son formas de comunicar una idea, al igual que los videos, el cine o la música*»³¹. De hecho no puede dejar de señalarse que algunos de los más controvertidos casos de delito contra los sentimientos religiosos parten de caricaturas (viñetas de Mahoma), o imágenes (caso Wingrove). En cambio, queda excluido del tipo penal el escarnio realizado por gestos.» También, GARCÍA-PARDO, *op. cit.*, 164.

De hecho, la mayor parte de las causas han tenido por objeto imágenes ofensivas. Así, por ejemplo, la SAP Sevilla (4ª) 353/2004, 7-6 se plantea si el hecho de acompañar la imagen de la Virgen con los órganos genitales de un varón colma los requisitos típicos, llegando a la conclusión de que no por la ausencia de escarnio de los dogmas, creencias, ritos y ceremonias, y no porque el delito no pueda cometerse mediante imágenes.

⁹⁵TAMARIT SUMALLA, *op. cit.*, 1711; GARCÍA-PARDO, *ibid.*, 392, citando el AAP Castellón 29-10-2007; o RAMOS VÁZQUEZ, *op. cit.*, 12.

⁹⁶ Así, por ejemplo, la SAP Valladolid (2ª) 424/2000, 19-5 condenó por el art. 524 a quien, tras comulgar, escupió la sagrada forma; en el mismo sentido, SJ Madrid (6ª) 69/2016, 18-3 (“caso Rita Maestre”) en que también se condena por el art. 524 a la activista que irrumpió en lugar de culto (la capilla del Campus de Somosaguas de la Universidad Complutense de Madrid), luego revocada por la SAP Madrid 16-12-2016 que la absolvió en apelación precisamente por no apreciar actos de profanación, que es algo más que una falta de respeto. «*En el presente caso, y a tenor de los hechos declarados probados, la apelante y quienes la acompañaban ocuparon el altar, lo rodearon, levantándose la ropa para mostrar sus pechos desnudos o en sujetador, llegando incluso dos mujeres a besarse en público y leer un comunicado crítico contra determinadas posiciones de la jerarquía católica, para finalmente abandonar el templo profiriendo gritos y consignas. No tocaron el sagrario, no alteraron la disposición del altar (según algún testigo, se movió el mantel que lo cubre, sin llegar a caer), no accedieron a ningún elemento de la capilla, no llevaron a cabo actos obscenos ni grotescos (un beso difícilmente puede ser calificado de tal) y salieron a continuación. Esto es, para entendernos, se podría hablar, quizás, de un acto de profanación virtual o gestual, pero no de un acto físico de profanación, pues no llegaron a entrar directamente en contacto con ningún objeto sagrado. Quede claro, no obstante, que podemos comprender que en ciertos ámbitos este acto puede ser valorado como claramente irrespetuoso en cuanto que se considere altera el silencio y el respeto exigible en el interior de una capilla donde en ese momento varios feligreses se encontraban orando, pero ese componente de profanación exigible por el tipo a nuestro juicio no concurre.*»

⁹⁷ Así, por ejemplo, en la SAP de Islas Baleares (2ª) 102/2016, 13-10; o la STS 620/2018, 4-12.

4. *El principio de ofensividad como criterio de afirmación de la antijuridicidad material y viabilidad procesal.* Todos los requisitos vistos hasta aquí no bastarían si no se cumpliera el de ofensividad material⁹⁸, que en la especie de los delitos aquí examinados implica que la conducta no quede amparada por el derecho a la libertad de expresión⁹⁹.

Desde este punto de vista, hay que preconizar un examen inicial sobre la valoración de la constitucionalidad de la conducta aun en la hipótesis de que se llegaran a probar todos los extremos de los hechos denunciados, pues afirmada la misma dejaría de tener sentido el esfuerzo probatorio de unos hechos que en ningún caso podrían conducir a una condena penal¹⁰⁰, careciendo de sentido la continuación del procedimiento, en sí mismo gravoso. Ello permitiría no alargar innecesariamente un proceso que por las características de las conductas enjuiciadas necesariamente debe entrar en el examen de voluntades y conciencias y puede provocar el indeseado efecto de desaliento aun en el supuesto de que termine en archivo o absolución¹⁰¹, socavando la efectividad material de la libertad de expresión, cuando no alentando la acep-

⁹⁸ El problema es dotar de contenido al principio de ofensividad material. La complejidad del problema aconseja tomar nota de las advertencias de DONINI, *Danno* e *“offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg*, in *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di Cadoppi, Giuffrè editore, 2010, en contra de la simplificación de la respuesta y a favor de la necesaria racionalidad y constitucionalidad de la misma.

⁹⁹ Sobre los límites a la libertad de expresión en la jurisprudencia del TEDH y TC véase VALIENTE MARTÍNEZ, *op. cit.*, 128 ss; también, sobre la aplicación de la cláusula de “abuso de derecho” del art. 17 del CEDH por parte del TEDH y la jurisprudencia del TC, véase, ALCÁCER GUIRAO, *Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal*, cit., 4 s.

¹⁰⁰ Sobre el contenido de los derechos fundamentales como límite infranqueable de los tipos penales, véase, por ejemplo, la STC 11/1981, 8-4: *«La utilización de un derecho constitucional no puede nunca ser objeto de sanción»*; o la STC 2/2001, 15-1: *“Es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito, de manera que la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal, o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible.»*

¹⁰¹ Así, si según CUERDA ARNAU, *op. cit.*, 30, *«hay que interpretar el tipo de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, así como aprovechar cuantas posibilidades ofrece la norma de ajustar la reacción a la gravedad de la ofensa»*, sería conveniente evitar la prolongación de procesos innecesarios.

tación de la acusación por conformidad como por cierto ha sucedido en el prácticamente único caso de condena de los últimos tiempos¹⁰².

No se nos oculta que se trata de una cuestión espinosa y difícil de afrontar en las fases iniciales del proceso en manos de los Jueces de instrucción que bastante tienen ya. Ahora bien, en la medida en que no hay tipicidad material sin la correspondiente carga de ofensividad, que aquí depende del juicio de constitucionalidad de los hechos denunciados, éste debería anticiparse todo lo posible, en especial, cuando en el juicio de ponderación¹⁰³ los sentimientos no entran con la misma fuerza que el derecho a la libertad de expresión, pues por mucho que se les intente vincular con derechos fundamentales expresamente reconocidos como la libertad religiosa y de conciencia, lo cierto es que, a diferencia de lo que sucede con la protección del honor, la constitución guarda silencio sobre los mismos¹⁰⁴. Así, si bien es dominante la opinión de que no existe un derecho al insulto¹⁰⁵, no es tan claro que no exista el derecho a pronunciar frases que puedan llegar a afectar los sentimientos religiosos de otros¹⁰⁶.

De acuerdo con ello, si los hechos no superan el filtro de constitucionalidad no deberían continuar enjuiciándose por mucho que alguien se sienta

¹⁰² SJP Jaén 59/2018, 7-2.

¹⁰³ Es pacífico que ningún derecho es ilimitado y que sus confines se miden recíprocamente con los de otros. Sobre los derechos en conflicto en nuestro caso, véase VALIENTE MARTÍNEZ, *op. cit.*, con cita de la jurisprudencia constitucional española y europea en pág. 107; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, 275. Sobre los distintos criterios propuestos en la doctrina para la ponderación de los bienes en conflicto, ATIENZA, M., *RIFP*, núm. 30, 2007, pp. 66 s.

¹⁰⁴ Al respecto, ALCÁCER GUIRAO, *Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal*, cit., 47: «*hay que trazar una clara línea entre una ofensa a las creencias de una persona o grupo ciudadano de un atentado contra su estatus social básico como ciudadano.*»

¹⁰⁵ Así, VALIENTE MARTÍNEZ, *op. cit.*, 155 ss.; GARRIGA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, 109; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, 273 y 290.

¹⁰⁶ Sin embargo, GARRIGA DOMÍNGUEZ, *ibid.*, 109, 115 opina que: «*Es decir, al igual que ocurre con el derecho al honor, tampoco en relación con las creencias ajenas, la libertad de expresión protege un hipotético «derecho al insulto», ni ampara las expresiones indudablemente injuriosas y vejatorias*», aunque lo cierto es que este autor no distingue especialmente entre unos y otros hechos : “no parece existir inconveniente en reconducir los agravios contra sentimientos religiosos al delito de injurias” (...) “*Aún más, en mi opinión, la protección que debieran recibir los sentimientos religiosos debería limitarse al ámbito de la responsabilidad civil, en virtud del principio de intervención penal mínima. Creo que la protección penal debiera quedar reservada a aquellos supuestos más graves calificados como lenguaje o discurso de odio.*»

ofendido, pues no puede olvidarse que nuestra Constitución protege la libertad de expresión no solo cuando lo declarado es grato a los oídos de los demás, sino también cuando es antipático o desagradable¹⁰⁷.

Solo excepcionalmente el examen de constitucionalidad podría exigir continuar con el procedimiento si para ello fuera preciso conocer las concretas circunstancias de los hechos de las que depende la relevancia penal de la conducta¹⁰⁸. En caso contrario, lo deseable será la pronta terminación del mismo.

Así se hizo, correctamente, por ejemplo, en el “caso Leo Bassi” que condujo al inmediato archivo por el AAP Valladolid (2^a) 251/2011, 9-6¹⁰⁹. Sin embargo, no sucedió lo mismo en el caso “caso Javier Krahe” [SJP (8) Ma-

¹⁰⁷ En este sentido, sobre la jurisprudencia constitucional que extiende la libertad de expresión a manifestaciones críticas, desabridas o incómodas, puede verse, por ejemplo, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, 272; PÉREZ FERRER, *op. cit.*, 94; VALIENTE MARTÍNEZ, *op. cit.*, 131: «ni el mal gusto, ni las provocaciones gratuitas, ni la estupidez, son, que sepamos, inconstitucionales.»

Esta idea también aparece en la jurisprudencia del TEDH, si bien, el sentido restrictivo de la misma para con la libertad de expresión ha llevado a que se considerara “papel mojado”. Así, ALCÁCER GUIRAO, *Símbolos y ofensas. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos*, cit., 17.

¹⁰⁸ Subrayando la necesidad de consideración a las concretas circunstancias del caso, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, 275. Asimismo, GARCÍA-PARDO, D., en Martí Sánchez/Moreno Mozos/Catalá Rubio (coords.), *Derecho de difusión de mensajes y libertad religiosa*, 2018, p.163.

¹⁰⁹ «La cuestión planteada consiste, por tanto, en determinar si esas opiniones vertidas por el querrelado Tiburon en su espectáculo de 6 de octubre de 2010 en la Universidad de Valladolid -único hecho al que debemos circunscribirnos dentro del campo de nuestras competencias jurisdiccionales- se mantienen en el ámbito de la libertad de expresión garantizado por el artículo 20 de la Constitución o si, por el contrario, pueden ser objeto de sanción estatal punitiva por afectar de forma relevante a bienes constitucionalmente protegidos en dichos tipos penales.» (...): “El hecho de no creer en los dogmas de una determinada religión o pensar que no son ciertos y manifestarlo públicamente, entra dentro de la libertad ideológica y de la libertad de expresión, por lo que en sí mismo no entraña ningún comportamiento censurable penalmente. ...III.- Se trata, en definitiva, de una mezcólanza de ideas, de gags, de comentarios sobre libros o artículos y de ocurrencias, teñido de un fondo humorístico, que vienen amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 de la Constitución Española) en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 de la C.E.); pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, sólo pueden

entenderse como reflexiones o juicios subjetivos discrepantes con determinadas creencias religiosas, sin que se advierta un contenido que fomente el odio o escarnio de la religión católica ni frente a quienes la profesan, y sin que sea inferible un específico dolo de escarnecer o lesionar los sentimientos religiosos de los católicos, ni el ánimo de calumniar o injuriar a personas o colectivos de personas determinados.»

También realiza examen de constitucionalidad inicial el Auto de sobreseimiento libre del JI de Pamplona 429/2016, 10-11, confirmado por Auto AP de Navarra (1^a) 198/2017, 28-4.

drid 235/2012, 8-6], en el que para concluir que la grabación emitida en un programa de difusión cultural estaba amparada por el derecho a la libertad de expresión tuvo que llegarse hasta la vista oral y no se obtuvo la absolución definitiva sino con la sentencia de apelación, en detrimento tanto de la economía procesal como de la seguridad jurídica.

5. Reflexiones finales sobre la actualidad del delito. Si uno mira tanto la ley como la práctica aplicativa fácilmente llega a la conclusión de que la superación de los tiempos de protección de las confesiones religiosas, que es algo distinto a la protección de la libertad religiosa, no se ha alcanzado por completo. El hecho de que solo se protejan los sentimientos religiosos y no así los sentimientos de los ateos o agnósticos por más que, como no podría ser de otro modo, se proteja el honor de todos ellos, unido al hecho de que el delito exija el ataque de los sentimientos a través del escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias que dictan las distintas confesiones, y la constatación de que sistemáticamente quienes denuncian lo hacen desde asociaciones religiosas y más en concreto católicas, hace difícil apreciar un efectivo salto cualitativo desde los delitos contra la religión que protegía el Código anterior a los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos que protege el actual.

Es cierto que, formalmente, los elementos típicos han cambiado, y la supuesta titularidad del bien jurídico también, pero a la vista de la práctica aplicativa las diferencias son menores.

La irrupción de los sentimientos no solo no ha conseguido despojar al Código penal de vestigios de otras épocas, sino que ha introducido otros defectos y fuentes de peligro entre los que despunta la inseguridad jurídica que genera el hecho de hacer depender la presencia del delito de elementos tan inaprehensibles, inciertos y arbitrarios como el *ánimo* de ofender, por un lado, y la referencia a los *sentimientos*, por otro.

A pesar tales dificultades, mientras este delito se mantenga en el Código, debe promoverse no solo su interpretación constitucional, que ya se hace, sino, como he dicho antes, que tenga lugar al inicio del proceso penal,

evitando su innecesaria prolongación, generadora del indeseado efecto de desaliento.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAMO, La tutela penale del sentimento religioso nell'ordinamento costituzionale spagnolo. Profili costituzionalistici, *Dir. Pen. cont.*, 2017, 9.
- ALCÁCER GUIRAO, *Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, 18-11.
- ALCÁCER GUIRAO, *Símbolos y ofensas. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, 21-15.
- ALCÁCER-GUIRAO/FOUCE, *Emociones tóxicas en la nueva esfera pública: controversias mediáticas y discurso del odio*, *Revista mediterránea de comunicación*, 2020.
- ALFONSO PÉREZ/DÍAZ BAÑOS/GARCÍA MUÑOZ, Los nuevos movimientos religiosos ante la ley y la jurisprudencia. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero), *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 2002, 20.
- ATIENZA, *Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión*, *Revista Internacional de Filosofía Política*, 2007, 30.
- BAGES SANTACANA, *La discutida legitimidad de la protección jurídico-penal de los sentimientos religiosos. De la publicación de caricaturas de Mahoma a Willy Toledo*, *La ley penal revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2019, 140.
- BERNAL DEL CASTILLO, *Protección penal de los sentimientos religiosos y delito de escarnio*, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2021, 55.
- BORAGNO GIL, *Libertad de expresión, ofensa y religión*, *Bajo Palabra. Revista de Filosofía*, 2014, 9.
- CÁMARA ARROYO, Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimien-

tos religiosos y el respeto a los difuntos, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2016, LXIX.

CARRILLO DONAIRE, *Libertad de expresión y ‘discurso de odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular*, *Revista de Fomento Social*, 2015, 70.

COLOMER BEA, *El Dret penal i la identitat religiosa*, *Indret*, 2019.

CUERDA ARNAU, *Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento*, *Revista General de Derecho Penal*, 2007, 8.

CUGAT MAURI, *Sobre la protecció penal dels sentiments religiosos als mitjans de comunicació*, en *Mitjans de comunicació i pluralisme religiós*, Barcelona, 2010.

CUGAT MAURI, *Sectas y sectarios*, Cizur Menor, 2010.

DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, in *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law*. In ricordo di Joel Feinberg, a cura di Cadoppi, Giuffrè editore, 2010.

DONINI, *I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica*, en *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, a cura di Somma/Zeno-Zencovich, Roma, 2021.

FERNANDEZ BERMEJO, *Reflexiones acerca del tradicional delito de escarnio de los sentimientos religiosos*, *Derecho y religión*, 2017, XII.

FERREIRO GALGUERA, *Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial*, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2014, 35.

FORNASARI, *L’evoluzione della comparazione giuridica in ambito penalistico*, en *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, a cura di Somma/Zeno-Zencovich, Roma, 2021.

GARCÍA AMADO, *Absolución de Javier Krahe del delito contra los sentimientos religiosos del artículo 525.1 CP*, <http://garciamado.blogspot.com/2012/06/la-sentencia-de-la-semana-absolucion-de.html>.

GARCÍA GARCÍA, *La libertad de expresión en colisión con la libertad religiosa: propuestas de consenso*, *Anuario de Derecho Canónico*, 2018, 6 supl.

GARCÍA-PARDO, *La protección de los sentimientos religiosos en la jurisprudencia española postconstitucional*, en *Derecho de difusión de mensajes y libertad religiosa*, a cura di Martí Sánchez/Moreno Mozos/Catalá Rubio, 2018.

GARCÍA RUBIO, *Arte, religión y Derechos Fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe)*, *Anuario de Derecho Civil*, 2014, LXVII.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, *El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales*, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2014, 30.

LANDA GOROSTIZA, *Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2020.

MARTÍNEZ-TORRÓN, *¿La libertad de expresión amordazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo*, en *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, a cura di Martínez Torrón/Cañamares Arribas, Valencia, 2014

MINTEGUA ARREGUI, *Los sentimientos religiosos como límite del ejercicio de la libertad de producción y creación artística y literaria*, en *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, Madrid, 2007 <https://vlex.es/vid/sentimientos-religiosos-artistica-literaria-371649>

MOTILLA, *Grupos marginales y libertad religiosa: los nuevos movimientos religiosos ante los Tribunales de Justicia*, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1993, IX.

PACILLO, *The criminal protection of religious feelings in Switzerland, Germany and Italy. Introductory remarks*, en *La blasphème: du péché au crime*, Bruxelles, 2012.

PÉREZ FERRER, *A propósito de la tutela penal de la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos en el ordenamiento español*, *Cuadernos de Política Criminal*, 2019, 129.

RAMOS VÁZQUEZ, *Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019.

ROCA AGAPITO, *El delito de escarnio de los sentimientos religiosos*, *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, 2017, XXXIII.

SÁNCHEZ BENÍTEZ, *Derecho penal y fenómeno religioso A propósito del artículo 525 del código penal español y su tratamiento jurisprudencial*, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2021, 7 extra.

SANTAMARÍA LAMBÁS, *La escasa incidencia de la Ilustración para la tutela penal de la Libertad de Conciencia en el Derecho Español*, *Revista de Derecho*, 1993, IV.

TAMARIT SUMALLA, *De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos*, en *Comentarios al Código Penal español*, a cura di Quintero Olivares, t.II, 7a ed., Cizur Menor, 2016.

VALIENTE MARTÍNEZ, *La Democracia y el Discurso Del Odio: Límites Constitucionales a la Libertad de Expresión*, 2020

VLADISLAVOVIČ PONKIN, *In merito alla tutela dei sentimenti religiosi e della dignità individuale dei credent*”, *Di. Pen. cont.*, 26-2-2016.