

LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA Y SENTIMIENTOS RELIGIOSOS

(Comentario de la sentencia de la Sala de lo Penal
del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1993)

Igor MINTEGIA ARREGI
Universidad del País Vasco

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1993 (RJ 1993/3152) objeto de este comentario, conoce un caso de un presunto delito de profanación, en el que se plantea la cuestión de un conflicto de bienes entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos, es decir, estamos ante un caso en el que se plantea el problema de hasta qué punto los sentimientos religiosos pueden ser un límite a la libertad de expresión.

La primera singularidad de este supuesto la encontramos en el medio utilizado por la parte demandada para expresarse, ya que el soporte utilizado para la comisión de los hechos enjuiciados fue la del video-clip, medio de gran importancia hoy en día, pasando de ser un simple apoyo visual de la canción a la que acompañan, a constituirse, por su gran valor artístico, en pequeñas obras de arte musicadas. En la corta historia del video-clip, que no se convirtió en elemento clave del negocio de la música hasta la década de los ochenta, no han sido pocos los video-clips causantes de polémica, llegando en muchos de los casos a ser censurados, algunos por su alto contenido erótico¹, otros por su violencia explícita² o por la utilización de imágenes relacionadas con el mundo de la religión³; el video-clip se convierte así en un medio idóneo para provocar una reacción en el espectador, bus-

¹ Así, el video-clip de George Michael, «I want your sex», o «Smack my bitch up», de Prodigy.

² Así, el video-clip de Goldie, «Temper, Temper».

³ Así, los video-clips de Madonna, «Like a prayer», o Marilyn Manson, «Long road out off hell».

cando de esta manera que éste no quede indiferente ante su visión. Curiosamente, en esta sentencia, lo único que es enjuiciado es una imagen aislada del video-clip, sin que, en ningún momento, se tomen en cuenta la letra de la canción, que es, al fin y al cabo, la base del concepto del propio video-clip, y el resto de imágenes que contenía éste.

Otros de los aspectos a destacar en este caso es la regulación del tipo de profanación en el Código Penal de 1973 ⁴, ya que la descripción que se hace de este delito en el artículo 208 de dicho texto normativo deja a la interpretación jurisprudencial el entendimiento de lo que constituyen términos descriptivos del tipo como «acto de profanación» o «cosa sagrada»; así, por ejemplo, en esta sentencia, como tendremos oportunidad de explicar con posterioridad de forma más detallada, la interpretación que realiza el Tribunal del concepto de «cosa sagrada» resulta más amplia que la propia del ordenamiento canónico.

Por otra parte, el análisis de la sentencia y de los textos normativos nos llevará a la conclusión de que la conducta enjuiciada en la sentencia puede estar más cerca de constituir un presunto delito de escarnio que un delito de profanación, aunque es cierto que los medios utilizados para cometer los hechos no estaban explícitamente recogidos en el precepto que regulaba este delito en el Código Penal de 1973.

Finalmente, otro punto que será objeto de análisis es el hecho de que se juzgue como acción delictiva la emisión del video-clip en un medio de comunicación público, mientras que la realización y la edición de ese mismo video no son objeto de enjuiciamiento. Debe tenerse en cuenta que los sujetos que pueden resultar responsables por una u otra acción son distintos, y, presumiblemente, también serán distintos los motivos que han llevado a ambos a realizar sus respectivas acciones.

⁴ Aprobado mediante Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, en el que se publica el texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. La reforma realizada en 1983, mediante la LO de 25 de junio 8/1983 de reforma urgente del Código Penal, no modificó el texto del precepto, pero, a consecuencia de la consagración en la Constitución de la libertad religiosa y de la declaración de aconfesionalidad del Estado (art. 16), el bien jurídico protegido pasará de ser los sentimientos religiosos de la confesión católica y demás confesiones legalmente reconocidas, a ser los sentimientos de las personas que profesen cualquier religión.

2. ANTECEDENTES DE HECHO

En el supuesto conocido por la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1993 se trata de determinar si los hechos enjuiciados son constitutivos de un delito de profanación recogido en el artículo 208 del anterior Código Penal de 1973 ⁵.

El programa de RTVE denominado «La edad de oro», que dirigía y presentaba María Paloma CH. F., cuya finalidad era la muestra de las últimas tendencias culturales y artísticas, emitió en la madrugada del 16 de octubre de 1984, en el marco de la actuación musical del grupo «Psychic TV», un video-clip titulado «Moon child», en el cual aparecía, entre otras imágenes, por dos veces, sobre un ataúd, una cruz sin la parte superior del madero vertical, en la cual se encontraba una figura humana crucificada que tenía la cabeza de un animal.

Juan R. I. denunció a la directora del programa, María Paloma CH. F., ante la sección tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, por un presunto delito de profanación atentatoria contra la libertad religiosa y por una supuesta infracción del artículo 20 de la Constitución, en el cual se consagra, entre otros derechos, en su primer párrafo, la libertad de expresión ⁶. En el párrafo cuarto se expresan los límites de las libertades mencionadas en este artículo ⁷, siendo uno de estos límites los derechos reconocidos en ese primer título de la Constitución, invocándose en este caso como límite el derecho a la libertad

⁵ Artículo 208: «El que ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados, será castigado con la pena de prisión menor y multa de 100.000 a 500.00 pesetas.

Se impondrá esta pena en su grado máximo si los hechos previstos en el párrafo anterior fuesen realizados en templo, lugar destinado a culto o en ceremonias del mismo, oficialmente autorizadas, siempre que este requisito fuese necesario.

Cuando el hecho revistiese suma gravedad o relevante transcendencia, se aplicará la pena superior en grado».

⁶ Artículo 20.1: «Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

⁷ Artículo 20.4: «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

religiosa, consagrada en el artículo 16 del citado texto normativo⁸, libertad cuyo ejercicio se contempla en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. El recurrente alegó que con la emisión de ese video-clip se vieron atacados sus sentimientos religiosos. La Audiencia absolvió a la demandada, recurriendo Juan R. I. la sentencia en casación ante el Tribunal Supremo.

3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso y dictó segunda sentencia el 25 de marzo de 1993, siendo ponente a don Manuel García Miguel, en la que se mantienen todos los pronunciamientos absolutorios de la sentencia anterior, excepto en lo referente a las costas procesales, que se declaran de oficio.

El Tribunal Supremo estima que en este caso no concurren ni el aspecto objetivo, ni el subjetivo del delito de profanación.

En cuanto al aspecto objetivo del delito, el Tribunal, ante la ausencia de una definición del concepto de «profanación» en el antiguo artículo 208 del Código Penal entonces vigente⁹, nos ofrece una definición de lo que debe entenderse por actos de profanación, afirmando que *tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en que la acepción jurídica ha de estimarse coincidente con la gramatical, según la cual, supone «tratar a una cosa sagrada sin el debido respeto»*¹⁰. A partir de esta definición intenta dar un contenido al término «cosa sagrada», señalando que como tales siempre se han reputado los objetos dedicados a Dios o al culto divino y, por tanto, por lo que a la Religión Católica se refiere, el crucifijo será la cosa sagrada por excelencia, afirmando que deben considerarse punibles *no solamente los*

⁸ Artículo 16.1: «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.»

⁹ Recordemos que el Código aquí aplicable es el de 1973. Como es sabido, en noviembre de 1995 se aprobó el nuevo Código Penal, que entró en vigor en mayo de 1996.

¹⁰ Fundamento de Derecho cuarto. Con anterioridad el Tribunal Supremo había interpretado el término «profanar» en su sentido gramatical en varias sentencias, por ejemplo, STS 11 de julio de 1950 (RJA 1950/1154) o STS 15 de julio de 1982 (RJA 1982/4670).

actos de burla, mofa, escarnio, etcétera, sino los simplemente atentatorios al debido respeto al crucifijo ¹¹.

Después de definir el crucifijo como «cosa sagrada», el Tribunal hace una distinción entre el crucifijo en el que se halla incorporada la imagen de Jesús y la cruz formada por dos líneas que se atraviesan y cortan perpendicularmente, señalando que *una cruz, en sí, no puede sin más, reputarse como objeto sagrado* ¹², por lo que la cruz del videoclip, a la que le falta la parte superior del madero vertical que es el lugar donde suelen consignarse las siglas «INRI» ¹³ y en la que la figura humana tiene una cabeza de animal *en modo alguno puede identificarse con el crucifijo* ¹⁴. Falta, por lo tanto, el objeto material de la profanación.

Por lo que respecta al elemento subjetivo del delito, es decir el dolo específico o ánimo deliberado de ofender los sentimientos religiosos legalmente tutelados, elemento necesario en todo delito y además aquí subrayado, según el Tribunal Supremo, por la utilización en el precepto de la preposición «en», el Tribunal afirma que la intención de la directora del programa no era el ofender los sentimientos religiosos, sino la muestra de las últimas tendencias de la vanguardia cultural y artística, que era al fin y al cabo la finalidad del programa que ella dirigía.

Ante la cuestión de la presunta infracción del artículo 20 de la Constitución aducida por la parte recurrente, el Tribunal responde que es cierto que las libertades del artículo 20 de la Constitución no son absolutas, siendo uno de sus límites los derechos reconocidos en su mismo título y en las leyes que los desarrollan; de esta manera, cuando dos derechos entren en colisión y se deba determinar a cuál se debe dar preferencia, se deberán ponderar las circunstancias concurrentes, el derecho que se quiere limitar y el bien jurídico que se quiere proteger mediante esa limitación. Dicho esto, el Tribunal afirma que en casos como el enjuiciado, siempre que se hubieran dado los elementos típicos, debería primar el respeto a los sentimientos religiosos sobre la

¹¹ Fundamento de Derecho cuarto.

¹² Fundamento de Derecho cuarto.

¹³ INRI son la iniciales de la frase «Iesus Nazarenus Rex Iudeorum» que constituye el símbolo de la crucifixión de Cristo.

¹⁴ Fundamento de Derecho cuarto.

libertad de expresión; pero al no concurrir los elementos propios de la conducta prohibida, el bien jurídico que se quiere aquí proteger no ha sido lesionado, por lo que tampoco se ha quebrantado lo dispuesto en la Constitución ¹⁵.

En consecuencia, el Tribunal Supremo resuelve que no hay ni una vulneración del artículo 20 de la Constitución, ni existe aquí un delito de profanación atentatorio contra los sentimientos religiosos.

4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA

Expuestos tanto los antecedentes de hecho como los fundamentos jurídicos de la sentencia, vamos a intentar aportar una serie de reflexiones críticas acerca de la misma.

La primera reflexión gira en torno a la definición que realiza el Tribunal Supremo del concepto de «cosa sagrada»: tal y como hemos señalado anteriormente, el precepto que contenía el tipo de profanación en el Código Penal de 1973 no definía ¹⁶ en qué consistía un acto de profanación, por lo que se dejaba un gran margen de apreciación al juez o al Tribunal. El Tribunal Supremo, en ésta como en otras sentencias ¹⁷, ha señalado que profanar consiste en «tratar una cosa sagrada sin el debido respeto». Ello requiere, a su vez, que el Tribunal delimite qué objetos deben reputarse como «cosas sagradas».

En anteriores sentencias del Tribunal Supremo no se habían planteado grandes problemas, ya que en la mayoría de los casos los objetos

¹⁵ Fundamento de Derecho séptimo.

¹⁶ Esta indefinición acerca del contenido del término «acto de profanación» también se daba, por ejemplo, en el Código Penal de 1932 (art. 235.4), no así en el Código de 1944. En este último Código el delito de profanación se regulaba en dos preceptos diferentes, el artículo 207, en el que se hacía referencia a la profanación de las Sagradas Formas y el 208, en el que se regulaba la profanación con carácter general. En estos dos artículos se hacía referencia a hollar, arrojar al suelo, destruir, romper... objetos sagrados o destinados al culto, por lo que se describía de una manera más clara lo que se debía entender por profanar. En el Nuevo Código Penal de 1995, en el precepto que regula este delito (art. 524), tampoco se hace mención a lo que se debe entender por acto de profanación, por lo que el trabajo de interpretar este término seguirá estando en manos de la jurisprudencia.

¹⁷ *Supra* nota núm. 8.

que se habían tratado sin respeto eran formas sagradas, copones...¹⁸ por lo que no cabía duda acerca de su reputación como «cosa sagrada». Además, hay que decir que en otras regulaciones anteriores se hacía mención expresa de algunos de los objetos susceptibles de ser profanados¹⁹, cosa que no ocurre a partir del texto refundido de 1971. Así, en la sentencia que nos ocupa, el Tribunal se encuentra con el deber de dirimir si una imagen como la del video-clip debe ser considerada «cosa sagrada», debiendo aquí justificar de manera más explícita su decisión: de esta manera, el Tribunal comienza diciendo que el crucifijo ha de ser considerado como un exponente por excelencia del concepto de cosa sagrada, siempre que este crucifijo esté *constituido por una cruz a la que se halla incorporada la imagen de Jesús crucificado*²⁰, concluyendo que en este caso no se da el aspecto objetivo del delito porque a la cruz del video-clip le falta la parte superior del madero vertical, donde va consignada la inscripción INRI, además de que la figura humana que está crucificada tiene una cabeza de animal y, por lo tanto, esta cruz no se puede de ninguna manera identificar con el crucifijo cristiano.

En conclusión, después del contenido dado por el Tribunal al concepto de crucifijo como elemento sagrado, parece probable que si la cruz hubiera tenido la parte superior del madero con la inscripción INRI impresa y si la imagen crucificada hubiera sido la de Jesús, el Tribunal hubiera declarado que el aspecto objetivo del delito se había cumplido.

Las normas penales con frecuencia remiten a conceptos técnicos desarrollados en otras áreas del ordenamiento jurídico o incluso a normativas supranacionales, por lo que es necesario remitirse a estas otras áreas del derecho para dar contenido a esos preceptos. En este caso,

¹⁸ Así STS 31 de diciembre de 1896 (JC 168), 15 de enero de 1927 (JC 22), 30 de diciembre de 1933 (RJA) 11 de julio de 1950 (RJA 1950/1154), 15 de julio de 1982 (RJA 1982/4670) o 10 de diciembre de 1982 (RJA 1982/7399). Referencias jurisprudenciales recogidas en PÉREZ-MADRID, F., «La tutela penal del factor religioso en el Derecho español», Eunsa, Pamplona, 1995, pp. 332 a 357, y ROSSELL GRANADOS, J., «Religión y jurisprudencia penal», Editorial Complutense, Madrid, 1996, pp. 387 a 416.

¹⁹ Así por ejemplo en el Código Penal de 1932 (Art. 235.4) se hacía mención a *imágenes o vasos sagrados*, en el Código de 1944 su artículo 207 hacía mención expresa a *las Sagradas Formas de la Eucaristía*, haciendo mención en el artículo 208 a los demás *objetos sagrados o destinados al culto*.

²⁰ Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia aquí analizada.

dado que el bien jurídico protegido en el delito de profanación viene interpretándose que se refiere a los sentimientos religiosos de las personas que profesan alguna confesión religiosa ²¹, bien jurídico que deriva del derecho fundamental a la libertad religiosa de las personas individuales, parece oportuno que, a la hora de dar contenido al concepto «cosa sagrada», acudamos a los ordenamientos jurídicos de cada confesión religiosa. Así, en el caso que analizamos, debemos acudir al ordenamiento de la Confesión Católica, más concretamente al canon 1171 del *Codex Iuris Canonici de 1983* ²², donde se configura como cosa sagrada la destinada al culto mediante dedicación ²³ o bendición ²⁴. Por lo tanto, para que un crucifijo pueda ser tomado como objeto sagrado debe estar destinado al culto después de haber sido bendecido o dedicado.

Contrastando el contenido dado en la sentencia al término «cosa sagrada» y la concepción que de ese mismo término ofrece el ordenamiento canónico, se puede deducir que la lectura que realiza el Tribunal Supremo es más amplia que la del ordenamiento católico, ya que el Tribunal requiere simplemente que esa cruz contenga el contenido del crucifijo cristiano, es decir, la inscripción INRI, la imagen de Jesús crucificado.... En cambio, el ordenamiento católico exige que este objeto esté bendecido o dedicado y además, que esté destinado al culto. Por lo tanto, aunque la imagen del video-clip en cuestión

²¹ En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., «Derecho Penal. Parte especial», 10.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 471; CANCIO MELIÁ, «Comentarios al Código Penal» (dirigido por RODRÍGUEZ MOURULLO), Civitas, Madrid, 1997, p. 1296; TAMARIT SUMALLA, «Comentarios a la parte especial del Derecho Penal» (dirigido por QUINTERO OLIVARES), Aranzadi, Pamplona, 1996. p. 1463, o ROSSELL GRANADOS, J., «Religión y...», p. 220.

²² Canon 1171: «Se han de tratar con reverencia las cosas destinadas al culto mediante dedicación o bendición, y no deben emplearse para un uso profano o impropio, aunque pertenezcan a particulares».

²³ La dedicación es aquel rito solemne por el que se destina a Dios y a su culto, de modo permanente, las cosas, por lo cual quedan constituidas en cosas sagradas, caracterizándose porque en ellas se ungen los lugares con óleo sagrado. Sólo pueden realizarlas válidamente quienes gozan del carácter episcopal y también por legítima concesión o por derecho los presbíteros (canon 1169.1 del Código Canónico).

²⁴ Las bendiciones cuando son constitutivas producen los mismos efectos que las dedicaciones, es decir, confieren el carácter sagrado a las cosas. Los presbíteros pueden impartir las bendiciones, excepto aquellas que se reservan al Papa o a los Obispos (canon 1169.2 del Código de Derecho Canónico).

tuviera la forma del crucifijo cristiano no se podría reputar como objeto sagrado para el ordenamiento canónico, salvo que estuviera bendecido o dedicado.

En todo caso, parece que la interpretación de un concepto valorativo, como «cosa sagrada», debe realizarse conforme a las normas extrapenales que desarrollen el concepto referido. En nuestro caso, la referencia viene dada por aquella norma de cada ordenamiento confesional que define qué objetos han de ser tratados, por su carácter sagrado, con un especial respeto. La tarea del Tribunal, una vez constatado que el objeto en cuestión tiene el carácter de «cosa sagrada» conforme a la noción de esa confesión religiosa, será señalar si esa «cosa sagrada» ha sido objeto de actos profanadores que hayan dañado los sentimientos religiosos de aquellas personas que profesen alguna confesión religiosa. Lo que no resulta comprensible es que el juzgador establezca un concepto de «cosa sagrada» más amplio que el definido por la propia normativa religiosa.

Analizando los hechos enjuiciados, parece que éstos están más cerca de poder constituir un delito de escarnio²⁵ que de profanación: la diferencia sustancial entre estos dos tipos²⁶ consiste en que el delito de profanación es un tipo cualificado con respecto al de escarnio. La cualificación se basa en que en la profanación se utiliza inadecuadamente y de forma irrespetuosa un objeto sagrado con el fin de herir los sentimientos de aquellos que profesen una religión, mientras que en el escarnio se realizan una serie de actos con el mismo fin, pero sin utilizar en ningún momento objetos que puedan ser reputados como sagrados para esa confesión religiosa²⁷. El escarnio, en definitiva,

²⁵ Artículo 209 del Código Penal de 1973: «El que de palabra o por escrito hiciere escarnio de una confesión religiosa o ultrajare públicamente sus dogmas, ritos o ceremonias, será castigado con la pena de prisión menor si realizare el hecho en actos de culto, o en lugar destinado a celebrarlos, y con arresto mayor en los demás casos.»

²⁶ Para un análisis, tanto doctrinal como jurisprudencial, más profundo de ambos delitos, PÉREZ MADRID, F., «La tutela penal del factor religioso...», p. 218 ss., o ROSSELL GRANADOS, J., «Religión y ...», p. 243 ss.

²⁷ El escarnio ha sido definido por la jurisprudencia como *befa tenaz que se hace con el propósito de afrenta*, siendo la *befa, grosera e insultante expresión de desprecio* (STS 26 de noviembre de 1990, RJA 1990/9163), teniendo siempre como objeto de esa befa determinados aspectos esenciales de una religión. Así STS 7 de abril de 1876 (JC 217), 3 de marzo de 1884 (JC 196), 3 de octubre de 1887 (JC 188), 25 de octubre de 1887 (JC 256), 18 de noviembre de 1887 (JC 339)... o más cercanos en el tiempo, STS 1 de

consistirá en una serie de actos mediante los cuales se pretende despreciar aspectos esenciales de una religión, de forma idónea para afectar a los sentimientos religiosos de los miembros de esa confesión, pero siempre teniendo en cuenta que no podrán reputarse delictivas aquellas expresiones críticas con el fenómeno religioso que no tengan tal fin escarnecedor²⁸. Tomando en cuenta esto, se podría decir que mediante la imagen del crucificado que aparecía en el video-clip, que, tal y como hemos señalado anteriormente, nunca podría reputarse como un objeto sagrado para la confesión católica, tal vez se quisiera realizar una burla de esa confesión, incluso la letra de la canción que acompañaba a las imágenes podría ser ofensiva y burlesca, pudiendo por tanto constituir los hechos un presunto delito de escarnio.

A pesar de todo lo descrito hasta ahora, nos encontramos con un escollo importante para poder enmarcar estos hechos en el tipo de escarnio: según la anterior regulación el medio comisivo para realizar la burla tenía que ser la palabra o el escrito, mientras que en esta ocasión el medio utilizado para la presunta comisión de los hechos delictivos era la imagen, soporte no previsto en el antiguo Código Penal, por lo que esta acción no se podría calificar como constitutiva de un delito de escarnio²⁹.

Ante este problema, se podría argumentar que en anteriores sentencias el Tribunal Supremo había admitido, como medio comisivo del delito de escarnio, el dibujo: por ejemplo, en la sentencia de 11 de octubre de 1973 (RJA 1973/3672) el Tribunal Supremo consideró que se había cometido un delito de escarnio a través de los dibujos de unas viñetas; en la sentencia de 1 de julio de 1975 dicho tribunal (RJA 1975/

julio de 1975 (RJA 1975/3050), 13 de octubre de 1980 (RJA 1980/3696), 8 de abril de 1981 (RJA 1981/1610), 19 de febrero de 1982 (RJA 1982/673), 25 de enero de 1983 (RJA 1983/48), etc.

²⁸ En este sentido es interesante señalar lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia 11/1993/406/485, caso Otto Preminger Institut contra Austria: *aquellos que decidan ejercer la libertad religiosa, pertenezcan a un grupo religioso mayoritario o minoritario, no pueden obviamente, esperar estar al margen de toda crítica. Deben tolerar y aceptar el rechazo y la negación que otros hagan de sus creencias religiosas e incluso la propagación por terceros de doctrinas hostiles a su fe.*

²⁹ Este problema ha sido resuelto por el nuevo Código Penal, ya que en éste a la hora de regular el delito de escarnio en el artículo 525 se refiere como medios comisivos tanto a la palabra, al escrito como *cualquier tipo de documento*, dejando la puerta abierta a otro tipo de soportes.

3050) condenó a dos personas por una serie de dibujos escarnecedores que decoraban su casa; o la sentencia de 25 de enero de 1983 (RJA 1983/48) en el que se conoce el caso de un dibujante que había realizado una serie de dibujos supuestamente escarnecedores. Por ello, parece lógico que hubiera aceptado, también, el medio videográfico como soporte para la realización del supuesto delito, más si cabe a tenor de lo expuesto por el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de enero de 1983, ya que en ella se dice que *una interpretación acorde con los tiempos y con el espíritu que informa la norma del artículo 209 del CP conforme a las pautas marcadas por el artículo 3.1 de Código Civil*³⁰ *autoriza a incluir el dibujo entre los medios comisivos que «nominatim» se indican en el precepto primeramente indicado, cuales son la palabra y la escritura, habiendo adquirido extraordinaria importancia como forma artística que se manifiesta a través de dibujos, símbolos o imágenes, una carga ideológica, crítica o narrativa cuya sola contemplación puede producir mayor impacto entre quienes las ven o interpretan que la simple leyenda o palabra escrita.*

Los tipos penales difícilmente pueden reflejar en sus normas las múltiples situaciones que la realidad nos puede suministrar. El juez o tribunal, para poder aplicar una norma concreta a una situación no prevista en ese precepto, tendrá que verificar si se trata de una conducta sustancialmente análoga a la prevista en el precepto y susceptible de encuadrarse dentro del sentido literal, dentro de las acepciones posibles de significado, del término recogido en el tipo correspondiente. Como es sabido, la analogía queda expresamente prohibida en el Código Penal para fundar conductas delictivas, penas o agravaciones³¹ (analogía *in malam partem*), mientras que es admisible la interpretación extensiva. Así como la interpretación extensiva es *la búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su «sentido literal»*³², aplicando así la ley a un hecho que no está claramente comprendido en

³⁰ «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

³¹ Código Penal, artículo 4.1: «Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

³² MIR PUIG, S., «Derecho Penal. Parte general», 4.ª edición, PPU, Barcelona, 1996, p. 86.

*su tenor literal, pero sí en su espíritu o voluntad*³³, la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otras si comprendidas en el texto legal³⁴.

La interpretación extensiva es normalmente aceptada por la doctrina³⁵, ya que es una interpretación acorde con el verdadero espíritu de la norma y está en conformidad con el principio de legalidad; así en este caso, el precepto que contempla el delito de escarnio tiene como fin el preservar los sentimientos de las personas que profesan alguna confesión religiosa, frente a los ataques, que no tengan un carácter crítico y racional, que se puedan manifestar y difundir por un medio idóneo para ello. Con el paso del tiempo, los medios de difusión de ideas y pensamientos han evolucionado de una manera muy rápida, encontrando medios, como los visuales, que no pueden encajarse directamente dentro de las acepciones estrictas de «palabra» o «escrito», pero que pueden ser integrados dentro de los instrumentos idóneos para la realización de este delito de la misma forma que los dibujos o fotos, como forma de expresión que comunica ideas, pero siempre, sólo en cuanto puedan considerarse dentro del sentido literal más amplio de escrito o palabra. En este sentido, en el caso del dibujo no hay demasiados problemas, ya que escribir equivale a representar palabras o ideas mediante letras u otros signos, por lo que el dibujo puede entrar en los límites de esta definición. Sin embargo, en el caso de las imágenes que reproducen actos, gestos u objetos artísticos que no son dibujos, el tema no está tan claro, siendo aquí el límite entre la analogía y la interpretación extensiva muy difuso.

Como consecuencia de todo lo dicho hasta ahora, produce una

³³ CEREZO MIR, J., «Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Primera introducción», 5.ª edición, Tecnos, Madrid, 1996, p. 170.

³⁴ MIR PUIG, S., «Derecho Penal...», cit. p. 86.

³⁵ En este sentido, CEREZO MIR, J., «Curso de ...», cit. p. 171; MIR PUIG, «Derecho Penal...», cit. p. 87, o MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., «Derecho Penal. Parte general», 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 131. Sin embargo, el Tribunal Supremo no ha aceptado en varias ocasiones la interpretación extensiva perjudicial al reo. Así STS 6 de marzo de 1965 (RJA 1965/838), 26 de noviembre de 196 (RJA 1965/5396), 22 de febrero de 1966 (RJA 1966/775), 5 de octubre de 1973 (RJA 1973/3555), 16 de noviembre de 1973 (RJA 1973/4440), 6 de junio de 1980 (1980/2512), 30 de mayo de 1987 (RJA 1987/4053) o 2 de enero de 1988 (RJA 1988/255). Referencias jurisprudenciales recogidas en CEREZO MIR, «Curso de...», cit. p. 171.

cierta sorpresa que la acusación no hubiera intentado enmarcar estos hechos dentro del tipo de escarnio, ya que, aunque los medios utilizados no están directamente previstos en el precepto que regulaba este delito en el Código Penal de 1973, analizado el fin de esta norma y teniendo como base las sentencias previamente descritas, se podría haber intentado esta vía, intentando probar que lo que se está realizando al introducir estos hechos en el tipo de escarnio es una interpretación extensiva y no una aplicación analógica de dicha norma, siempre respetando, claro está, los límites del principio de legalidad.

Otra situación que sorprende es que el único hecho que es enjuiciado es la imagen del crucificado, cuando tenemos que tener en cuenta que esa imagen estaba incluida dentro de un video-clip, por lo que la imagen del crucificado, junto con otra serie de imágenes que estaban también incluidas en el video, tenía como función principal acompañar visualmente a la canción, que al fin y al cabo es la razón de ser de un video-clip: a pesar de la importancia de la canción, en ningún momento se analiza el contenido de esta canción, contenido que tal vez podría ser totalmente burlesco con la religión católica y pudiese herir los sentimientos de las personas que profesan esta confesión religiosa. Además, la letra de la canción es el contexto en el cual tenemos que interpretar la imagen del crucificado: por ejemplo, si esta canción tratase acerca de los horrores de la guerra, de la tortura, del sufrimiento humano... la imagen del crucificado tendría como función subrayar el sentimiento de dolor, pero si, por ejemplo, esa canción versase acerca de la religión y tratara de criticar de forma burlesca los dogmas, ritos... de alguna confesión religiosa, sí que se podría decir que esa imagen tiene como fin el escandalizar a los adeptos a esa confesión religiosa, por lo que en este caso podría ser constitutivo de un delito de escarnio, no de un delito de profanación, por las razones ya expuestas anteriormente, pero siempre tomando en cuenta como medio comisivo la palabra, no la imagen.

En consecuencia, parece extraño que el Tribunal Supremo no haya tenido en cuenta en ningún momento la letra de la canción que daba título al video-clip para contextualizar la imagen origen de la denuncia. Además debemos señalar que, a nuestro entender, el denunciante tendría que haber basado su acusación en el posible fin escarnecedor de la canción en cuestión, utilizando la imagen del crucificado como ele-

mento básico para demostrar el *animus injuriandi* del realizador del video-clip, y no haber intentado introducir los hechos en el tipo de profanación, en cuanto que la cruz del video-clip no tenía los elementos típicos del crucifijo cristiano.

Otro punto que suscita nuestro interés es el hecho de que el sujeto demandado sea la directora del programa en el cual se emite el video-clip y no el realizador de ese video. Esta cuestión tiene mucha importancia, ya que el delito de profanación requiere para su comisión, no sólo el elemento objetivo de la realización de los actos profanadores sino que también requiere, como elemento esencial, un ánimo específico³⁶ por parte del autor de los hechos, que consiste en querer ofender, mediante su actuación, los sentimientos de las personas que profesen alguna confesión religiosa³⁷. Por lo tanto, el considerar a uno u otro como autor de los hechos puede tener gran trascendencia a la hora de analizar si se cumple o no el tipo subjetivo, ya que el motivo que llevó a la directora del programa a emitir ese video-clip puede ser muy distinto a la intención del director que realizó dicho video-clip.

Según el artículo 15 del anterior Código Penal en los delitos cometidos mediante soportes como el audiovisual se reputarán como autores del delito los creadores del texto, escrito..., pero cuando éstos no estuvieran domiciliados en España, se dice que se reputarán autores los directores de la publicación³⁸. Lógicamente, para ser responsable

³⁶ Este ánimo específico ha sido exigido por la mayoría de Códigos Penales, sin embargo, en el Código Penal de 1944 (recordemos que este Código hay que situarlo en plena época franquista, en la que el Estado se definía como confesional) no será exigido este elemento subjetivo del tipo.

³⁷ El Tribunal Supremo ha exigido este dolo específico en diferentes ocasiones, como por ejemplo, en la sentencia aquí analizada o en la STS 15 de julio de 1982 (RJA 1982/4670), afirmando que *...al utilizar la locución «en ofensa», con carácter eminentemente tendencial, está exigiendo el precepto un animus especial, como ocurre en otros preceptos del CP cuando utiliza igual o semejantes palabras. Se trata, en definitiva, de un dolo específico o un elemento subjetivo del injusto, que se añade al tipo, pero que como todo animus por ser estado subjetivo interno o psicológico precisa para ser conocido de hechos exteriores suficientemente expresivos.*

³⁸ Código Penal, artículo 12: «Son responsables criminalmente de los delitos y faltas:

1. Los autores.
2. Los cómplices.
3. Los encubridores».

Artículo 13: «Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los delitos y faltas que se cometan por medio de la imprenta, el grabado u otra forma mecánica de repro-

penalmente es siempre necesario la concurrencia del dolo (o culpa, si el tipo penal incluye la comisión imprudente). La responsabilidad en cascada del artículo 15 no consagra la responsabilidad objetiva, que no es aceptable en el Derecho Penal, por lo que para considerar a una persona autora según esta responsabilidad escalonada, será necesario la concurrencia del dolo en ella. Considerando la aplicación de este precepto a nuestro caso, hay que señalar, en primer lugar, que, casi con total seguridad, el realizador del video-clip en cuestión no era español, dado que el grupo «Psychic TV» era estadounidense, por lo que el realizador del video-clip no podría ser considerado autor del delito, pasando a considerarse como autor (en este caso autora) a la directora del programa en el cual se emitió tal video, es decir el programa «La edad de oro», dirigido por María Paloma CH. F.

Tal y como señala la sentencia la directora del programa «La edad de oro», que tenía como objetivo servir de muestra de las últimas tendencias culturales y artísticas, no tenía intención de ofender los sentimientos de nadie, sino que su intención era la de contribuir a la expansión de la vanguardia artística, por lo que su programa era un foro abierto a todas esas nuevas tendencias. En este contexto, esa madrugada emitió el video-clip del polémico grupo musical «Psychic TV», con la única intención de dar a conocer su música, por lo que parece claro que no era la persona adecuada para imputarle la intencionalidad requerida para que concurra el elemento subjetivo del delito de profanación. Sin embargo, el creador del video-clip es la persona que nos podría dar las claves para interpretar ese video-clip, y sería la persona a la que se podría achacar la intencionalidad de ofender los sentimientos religiosos de los católicos, pero dado que no tenía domicilio en el Estado español no se le puede considerar como autor.

En el caso de que el elemento objetivo del tipo se hubiera estimado cumplido, es decir, si se hubiera tratado un objeto sagrado sin el debido respeto, permanecería, sin embargo, el problema de la confir-

ducción, radiodifusión u otro procedimiento que facilite la publicidad. De dichas infracciones responderán criminalmente sólo los autores».

Artículo 15: «...solamente se reputarán autores de las infracciones mencionadas en el artículo 13 los que realmente hayan sido del texto, escrito o stampa publicados. Si aquellos no fueran conocidos o no estuvieran domiciliados en España, o estuvieren exentos de responsabilidad criminal..., se reputarán autores los directores de la publicación que tampoco se hallen en ninguno de los tres casos mencionados...»

mación del elemento subjetivo. No se podría probar que la directora del programa, que tendría que ser considerada como autora de los hechos porque el realizador del video era extranjero y sin domicilio en España, tenía la intención de ofender los sentimientos religiosos de los adeptos a la confesión católica, por lo que no se podrían considerar los hechos como un delito de profanación. Presumiendo la buena fe de la directora del programa, nos encontraríamos ante la paradoja de que la punibilidad de estos hechos, en el caso de que quedara probado que se habían realizado actos de carácter profanador, cumpliéndose así la parte objetivo de este delito, quedaría a expensas de que el realizador del video-clip tuviera su domicilio en España, ya que en el caso contrario, los hechos serían imputados a la directora del programa; hay que presumir que su intención era informar y no atentar contra los sentimientos de los espectadores, por lo que sería muy difícil probar su intención de ofender y, en consecuencia, su responsabilidad penal ³⁹.

³⁹ En el Nuevo Código Penal, en su artículo 30.2, se hace mención a las personas que serán responsables de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de los delitos cometidos por medios como el videográfico; así primero se hace mención al autor y, en segundo orden, al director de la publicación o programa en el que se difunde. Luego, en el tercer párrafo, se dice que en los casos en los que el autor del vídeo no pueda ser perseguido por tener su residencia fuera del Estado español, se reputará responsable del delito al siguiente de la lista, es decir, al director del programa, con lo cual esta paradoja también se podría dar a la luz de este Código Penal de 1995.