

La libertad religiosa y la reforma de 1971 del Código penal español

GERARDO LANDROVE DIAZ

Profesor Agregado interino de Derecho penal
de la Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: *Dedicatoria*.—I. Determinaciones previas.—II. La protección de los sentimientos religiosos en el Derecho penal español codificado.—III. El Concilio Vaticano II. La declaración sobre la libertad religiosa.—IV. La *Dignitatis Humanae* y el ordenamiento jurídico español: 1. *La Ley Orgánica del Estado y la reforma del artículo 6.º del Fuero de los Españoles*.—2. *La Ley de libertad religiosa de 28 de junio de 1967*.—3. *La Ley de reforma del Código penal de 15 de noviembre de 1971*.—V. Alcance de la reforma de 1971 del Código penal.—VI. Conclusión.

DEDICATORIA:

Al tomar la pluma para ocuparnos de la libertad religiosa y la reciente reforma del Código penal español, vuela nuestro pensamiento hacia un amigo y compañero trágicamente desaparecido. Nos referimos a don TARSICIO HERRERO DEL COLLADO, que fue Profesor Adjunto de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. En las oposiciones que juntos realizamos en la primavera de 1970 y en las que antes que rivales fuimos entrañables compañeros, le oí exponer en uno de los ejercicios el tema de los delitos contra la religión, a los que hoy en un aspecto muy concreto me refiero. Por ello, ruego al que me leyere sepa comprender este recuerdo sincero y respetuoso para un amigo ya desaparecido. Descanse en paz.

I. DETERMINACIONES PREVIAS

Una de las reformas más llamativas introducida en el Código penal español por la *Ley de 15 de noviembre de 1971* es la que atañe a la Sección 3.ª, Capítulo II, Título II de su Libro II. Al margen de

los retoques operados en los artículos 205 y siguientes, la simple sustitución del epígrafe *Delitos contra la Religión Católica* por el de *Delitos contra la libertad religiosa, la religión del Estado y las demás confesiones* resulta ya profundamente sugestiva. En la modesta medida de nuestras fuerzas, nos proponemos desentrañar cuál es el proceso liberalizador en la materia que ha cristalizado en la sustancial mutación de la sección de referencia.

Como veremos en su momento, la *Declaración sobre la libertad religiosa* aprobada en el *Concilio Vaticano II* el 7 de diciembre de 1965 es el primer hito a ser tenido en cuenta. Posteriormente, el ordenamiento jurídico español se sensibilizó con aquella hasta el punto de que la *Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967* otorgó una nueva redacción al artículo 6.º del *Fuero de los Españoles* en un intento de adecuar nuestros textos fundamentales a la declaración conciliar mencionada. Además, el mismo año se promulga la *Ley de libertad religiosa*, en que se reconoce y regula este derecho civil. Tal es, a muy grandes trazos que en su momento se llenarán de contenido, la evolución que desembocaría en la lógica reforma de la sección de nuestro Código penal que hasta 1971 sancionaba en exclusiva los delitos contra la religión católica.

Antes de acometer la empresa de examinar cuáles han sido las modificaciones operadas en nuestra Ley penal en virtud de aquella declaración conciliar, y su trasplante a nuestros textos fundamentales, expresaremos nuestra más firme convicción sobre algunos puntos muy concretos:

a) Todo ser humano tiene un derecho inatacable a profesar cualquier religión, católica o no. Creemos que en nuestra indagación presenta particular interés lo que podría denominarse *vertiente positiva* de aquella libertad, esto es, la libertad de profesar cualquier fe religiosa. Sin embargo, no cabe ignorar que en su más amplia dimensión abarca la misma tanto la profesión positiva de una fe como la abstención de toma de posición respecto a las creencias religiosas. En este sentido se ha pronunciado en términos inequívocos la *ley italiana de 13 de mayo de 1871* al concebir en su artículo 2.º esta libertad religiosa como facultad y garantía otorgada al ciudadano, frente al Estado y frente a los particulares, de afirmar o negar una creencia religiosa, de creer o de no creer. En conclusión, bien pudiera caracterizarse la libertad religiosa como la posibilidad del ciudadano de libre expresión, en su sentido más amplio, del propio convencimiento en materia religiosa. Con las lógicas limitaciones que el ejercicio de cualquier otro derecho fundamental encuentra en el ordenamiento jurídico.

b) El ordenamiento jurídico de cada país, en sus cartas constitucionales, debe *reconocer* (que no conceder) este derecho civil inherente a la dignidad y libertad personales.

c) Los códigos penales deben proteger, y en congruente desarrollo de los principios constitucionales, los sentimientos religiosos de todos los ciudadanos sea cual fuere su religión. Creemos que nos:

encontramos ante un bien jurídico fundamental del ciudadano, a cuya correcta salvaguardia deben arbitrarse los específicos medios de reacción que el Derecho penal tiene atribuidos.

Tales afirmaciones deben ser entendidas en el sentido de que no solamente es un derecho fundamental del hombre la libertad de conciencia (de tan problemática fiscalización por los poderes públicos), sino también la exigencia de respeto a las manifestaciones externas de la misma. Terreno en el que, con toda lógica, las justas limitaciones no nacen ya de valoraciones religiosas, sino de elementales normas de convivencia y respeto mutuo.

Por otro lado, justo es reconocer que la solución del *silencio legal*, tanto a nivel de texto político como punitivo, puede ser calificada de *correcta* en tanto en cuanto utilizando otro vehículo consagra el principio de la indiscriminación. Sin embargo, y ya con relación a España que tradicionalmente se ha distinguido por su intolerancia respecto de la religión no católica y por su confesionalismo, creemos que la expresa consagración del principio de igualdad, proclamando inequívocamente por la propia Iglesia Católica, es deseable por lo que representa de conquista político-social y de acatamiento de una de las más luminosas declaraciones conciliares.

Como ha puesto de relieve VITALI (1), por la doctrina liberal se considera la religión como un problema exclusivamente del individuo, de lo que se deriva la indiferencia jurídica en materia religiosa. En exclusiva referencia a Italia, destaca cómo el *Código Zanardelli*, expresión de la ideología liberal, protegía exclusivamente el derecho público subjetivo de libertad religiosa. Muy distinta fue la posición del legislador fascista italiano: el sentimiento religioso adquiere una positiva valoración entre los *valores nacionales*. El catolicismo llegó a ser considerado un elemento de cohesión de la comunidad. Los valores morales y religiosos del catolicismo pasaron a ser parte integrante de los valores de la nación italiana. Valores que representaban —según el legislador fascista— un bien para la nación y, en consecuencia, para el Estado. Se tutelaba, pues, un interés jurídico colectivo. El Estado había abandonado el punto de vista individual para adoptar el de la colectividad, se protegía ya un sentimiento colectivo, un factor de cohesión social. Para aquella ley penal, la integridad de la religión católica coincidía con la propia seguridad del Estado. Se exalta la religión en un intento de reforzar la conciencia nacional y aún la unidad espiritual de la nación italiana encuadrada en el Estado fascista. Consideración no demasiado lejana —como ha señalado VITALI— del principio de la *religio instrumentum regni*. En la perspectiva mencionada, de exaltación de los valores nacionales y de consideración de los factores aptos para contribuir a su reforzamiento, se establecía la tutela penal del sentimiento religioso *in genere* y de la religión católica en especial, ya que se entendía que la misma no

(1) Vid. E. G. VITALI, *Vilipendio della religione dello stato*, Cedam, Padova, 1964, fundamentalmente págs. 84 y sigs.

era solamente un fenómeno de la conciencia individual, sino un fenómeno social de la más alta importancia, también para el logro de los fines éticos del Estado.

II. LA PROTECCION DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL CODIFICADO :

En nuestra patria, resulta profundamente indicadora la puesta en contacto de nuestros textos constitucionales, y sus pronunciamientos en materia religiosa, con los distintos códigos penales y los delitos contra la religión en ellos contenidos. Si cada Constitución exige un nuevo Código penal, esta exigencia se hace más imperiosa en la materia que examinamos por la general radicalidad que nuestros textos constitucionales han esgrimido al respecto.

Es evidente, como veremos, el escaso parentesco, incluso salvando las lógicas distancias históricas, que presentan las soluciones arbitradas por las distintas constituciones españolas y sus cristalizaciones jurídico-penales.

Siguiendo un criterio ya utilizado por nuestra doctrina (2), esbozaremos sobre estas bases la evolución de nuestro Derecho penal codificado para una más acabada comprensión de lo que ha significado la declaración referida del *Concilio Vaticano II*, su recepción en los textos fundamentales españoles y su traducción jurídico-penal operada en 1971.

Voluntariamente prescindimos de alusiones anteriores en el tiempo. Huimos así de una serie de referencias que forzosamente habrían de ser tópicas y que por responder a la ya superada identificación entre *delito* y *pecado* poca luz arrojarían a nuestro trabajo. Epocas en las que la dureza en la punición no era, evidentemente, patrimonio exclusivo de la Inquisición española y en las que no se había alcanzado la distinción entre *delitos de religión* y *delitos contra la religión*, es decir, atentados contra la Divinidad o contra un derecho subjetivo protegido por el Estado. Distinción inalcanzable en lo que se denomina *antiguo régimen punitivo*.

Nos planteamos, con exclusividad, el examen de la cuestión en España desde el momento en que, en mayor o menor grado, se alcanza una secularización de los delitos religiosos (3). Si bien, como

(2) Al respecto, vid. D. TERUEL CARRALERO, *Los delitos contra la Religión entre los delitos contra el Estado*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1960, fundamentalmente págs. 215 y sigs.

(3) En el ámbito del Derecho comparado, y una vez alcanzada la secularización de los delitos religiosos a que nos referimos, se han seguido diversos sistemas de tipificación de los mismos. Criterios legales que esquemáticamente expone E. CUELLO CALÓN (*Derecho penal*, adaptado y puesto al día por C. CAMARGO HERNÁNDEZ, Tomo II (Parte especial), volumen I, duodécima edición, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1967, página 93 y sigs.), en los siguientes términos: a) protección de una sola religión sin tolerancia de otros cultos; b) protección especial y privilegiada

veremos, nuestros primeros textos penales son escasamente sensibles a la misma.

La *Constitución política de la Monarquía española*, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, se ocupa de la materia objeto de nuestra atención en el Capítulo II («De la religión») de su Título I. Se proclama en el artículo 12, único del capítulo de referencia, que «la Religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra».

Sin embargo, y en este momento decisivo para la codificación penal española, las leyes «sabias y justas» de dimensión punitiva habrían de tardar aún una década en ser dictadas en forma de Código para la geografía jurídica nacional.

Entre los debates que precedieron a la promulgación del Código de 1822, llama poderosamente la atención la especial meticulosidad que se prestó a los delitos religiosos y en los que queda de manifiesto «el respeto por la tradición de aquellos legisladores» (4).

En nuestro primer Código penal se dedica el Capítulo III, del Título I, de los incluidos entre los delitos contra la sociedad a describir y sancionar aquellos *contra la religión del Estado* (arts. 227 a 241). La tipificación que allí se acomete está claramente informada por principios vigentes en el Medioevo. Arcaísmo que, sin embargo, no es triste privilegio de nuestro Código de 1822, ya que esta materia, y su tratamiento jurídico-penal, se ha visto muy frecuentemente lastrada por el peso de una negativa tradición histórica.

El capítulo a que nos referimos agrupa un conjunto heterogéneo de tipos, muchos de los cuales en virtud de la lógica evolución científica y legislativa se han integrado posteriormente en lugares más adecuados de nuestra Ley punitiva.

Se abre el capítulo con la severísima intimidación de que todo el que conspira directamente y de hecho a establecer otra religión en las Españas o a que la nación española deje de profesar la religión católica, apostólica romana, «es traidor», y sufrirá la pena de muerte (art. 227). Se relacionan a continuación una serie de figuras delictivas: que no discriminan entre delitos *contra la religión* en sentido estricto, delitos de religión, delitos contra el culto, blasfemia o hurtos sacrílegos (5). Conviene tener muy presente, sin embargo, que para una justa

de la religión del Estado y menos intensa de los cultos tolerados; c) idéntica protección de todos los cultos reconocidos por el Estado; d) legislaciones de tipo antirreligioso; e) legislaciones que no regulan específicamente estos delitos con aplicación, en consecuencia, a los delitos religiosos de los preceptos generales.

(4) Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Historia del Código penal de 1822*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1965, pág. 273.

(5) Bajo el epígrafe *De los delitos contra la religión del Estado* se sancionan en el Código penal español de 1822, entre otras, las siguientes conductas: propagación de palabra o por escrito de máximas o doctrinas que tengan tendencia directa a destruir la religión del Estado (art. 228); publicación en España sin licencia del ordinario eclesiástico respectivo, o sin ob-

y objetiva valoración de aquel código en esta materia no debe perderse de vista el momento histórico en que nace. No se puede desligar del contexto social que lo rodea, so pena de incurrir en críticas demasiado «fáciles», pero en gran parte debidas a la óptica especial que nos otorga el siglo y medio transcurrido.

El exagerado casuismo y minuciosidad en la regulación de que hizo gala el Código de 1822 se reproduce, e incluso se incrementa, en el *Proyecto Sáinz de Andino de Código criminal*, de 1831. En el mismo se dedicaba al respecto el Título I del Libro II, «De los delitos contra la profesión, ejercicio y culto de la Religión Católica, o el respeto debido a la misma», artículos 225 a 256 (6).

Una vez superada la muy dudosa vigencia del Código de 1822 y antes de la promulgación del de 1848, escribía PACHECO unos párrafos en la materia profundamente juiciosos, que debieron suscitar, al menos, la sorpresa de sus coetáneos acostumbrados a una visión monolítica del problema: «El Estado no puede nunca considerar a los delitos religiosos de la misma suerte que los considera la Iglesia; porque el Estado es una institución terrena y temporal, cuyo objeto son las cosas de este mundo, y que si puede ocuparse alguna vez de las religiosas, es sólo en cuanto dicen relación a la pública quietud, y al mismo aspecto terreno y temporal. La autoridad religiosa se ocupará de ellos con justicia desde que sean pecados; la civil no los podrá someter a su acción sino cuando sean verdaderos delitos» (7).

De cualquier modo —afirma PACHECO (8)— y en un plano estrictamente jurídico, donde hay una religión del Estado, garantizada por las leyes como la única que se consiente en el país, deben estimarse delictivos los ataques directos que por la prensa, la predicación o la seducción se hicieren contra sus dogmas; obrar de otro modo es dejar sin sanción la intolerancia, es contradecirse con lo que se adop-

servar en su caso lo dispuesto por la ley, de algún escrito que verse sobre la sagrada escritura y sobre los dogmas de la religión (art. 230); apostatar de la religión católica (art. 233); blasfemar públicamente contra Dios, la Virgen o los Santos (art. 234); derribar, romper, mutilar o destruir alguno de los objetos destinados al culto público (art. 236); herir, ultrajar o injuriar a un ministro de la religión en el ejercicio de sus funciones (art. 237); robar o hurtar vaso, vestidura u otro efecto sagrado, o alguna de las cosas destinadas al culto público o al adorno en un templo (art. 239); se sanciona también al eclesiástico secular o regular que en el ejercicio de su ministerio calificare de antirreligiosa, herética o sospechosa a alguna persona o doctrina no declarada tal todavía por la autoridad competente (art. 240) o predicare o enseñare doctrinas repugnantes a las máximas evangélicas, prácticas supersticiosas, supuestos milagros o profecías u otras cosas semejantes con perjuicio de la religión y del pueblo (art. 241).

(6) Poco conocido *Proyecto de Código criminal* de P. SÁINZ DE ANDINO, de fecha 24 de mayo de 1831, del que se conserva un ejemplar manuscrito en el Decanato de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela.

(7) Cfr. J. F. PACHECO, *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, I, Boix Editor, Madrid, 1842, pág. 248.

(8) Vid. PACHECO, *Estudios de Derecho penal*, cit., I, págs. 251 y sigs.

ta como principio y se consigna solemnemente en la Constitución del Estado. Por el contrario —concluye— otra solución exigen los denominados crímenes de pura conciencia, la proscripción de tales errores no compete a la ley civil, sino a la ley eclesiástica; su castigo natural y justo es la excomunión, y de ningún modo la hoguera.

El sistema que encarna en las Constituciones de 1837 y 1845 es el que habría de ser tomado en consideración por el Código penal español de 1848 y la reforma, mínima en este terreno, de 1850.

La declaración que se contiene en el artículo 11 de la Constitución de 1845 es menos radical que la consagrada en el texto político de 1812 (9); sin embargo, el desarrollo de la misma que se contiene en el Código «parece más inspirado, no ya en ésta del 45, sino en la del 12, porque toma de modelo el Código penal del 22, aunque no lo confiese» (10).

En nuestra opinión, son dos las notas que informan la regulación penal en materia religiosa en el Código de 1848: de un lado, el mantenimiento de la dureza en la punición y, de otro, la ya aludida indiscriminación en la redacción de los tipos. Se agrupan así una serie de delitos que muy difícilmente son susceptibles de una contemplación unitaria. Secuela, en definitiva, de los criterios vigentes en el código anterior.

Como más llamativas *novedades* surgidas en el texto a que nos referimos cabe mencionar la integración en el título de la exhumación, mutilación o profanación de cadáveres (art. 138), que anteriormente habían tenido otra colocación sistemática, y la creación en el artículo 129 de un tipo inédito en la legalidad anterior: «el que celebre actos públicos de un culto que no sea el de la religión católica, apostólica, romana, será castigado con la pena de extrañamiento temporal» (11).

En resumen, se sigue una línea al respecto que sólo habría de quebrarse con el Código de 1870 y que enraiza en el Derecho histórico español. La intolerancia y la dureza en la punición se construían sobre la inteligencia de que la religión católica se encontraba indisolublemente ligada al Estado. De aquí que los delitos contra la misma lo eran, en realidad, contra el propio Estado.

El ya tradicional criterio de una muy rigurosa punición de los

(9) Artículo 11 de la *Constitución de 1845*: «La religión de la nación española es la católica, apostólica romana. El Estado se obliga a mantener el culto y sus ministros».

(10) TERUEL CARRALERO, *Los delitos contra la Religión entre los delitos contra el Estado*, cit., pág. 218.

(11) Como ha destacado PACHECO (*El Código penal concordado y comentado*, segunda edición, Madrid, 1856, II, pág. 16), se consagra aquí el principio de la libertad de conciencia, y aún de la libertad de culto *secreto* y *privado*. Nadie quita al fabricante inglés que en un salón de su casa lea devotamente la Biblia y la explique a sus hijos en el sentido de su confesión; nadie impide al comerciante israelita que cierre el sábado su establecimiento para cumplir con sus convicciones religiosas. Libres son uno y otro para hacerlo. Lo que castiga la ley —concluye— son *actos públicos* de un culto que no sea el de la religión católica.

atentados contra la religión católica, que se manifiesta en los textos legales españoles anteriores al de 1870, se quiebra con la promulgación del mismo. Es en esta materia el Código de 1870 fiel consecuencia de los principios de la Constitución de 1869 y representa la abolición de todos los preceptos que pudieran significar una mayor tutela de la religión católica, restando ésta en absoluto plano de igualdad con las demás religiones.

En éste, como en tantos otros puntos concretos, vino el Código de 1870 a respaldar el régimen político de la Constitución de 1869 (12). En el artículo 21 de la misma se establecía que «la nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica. El ejercicio público o privado de cualquier otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho. Si algunos españoles profesasen otra religión que no sea la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior».

Con aquella base constitucional, el Texto de 1870 se separa abismalmente de los que le habían precedido en el tiempo. Más aún, como ha puesto de relieve TERUEL CARRALERO (13), en la formulación de los tipos «va más allá de la propia Constitución que respaldaba», ya que en ésta la libertad de cultos se consagraba como excepción y con las limitaciones que en el Código penal desaparecen.

Con el Código de 1870 se borró el título de los delitos contra la religión, que fue sustituido por una sección integrada en el capítulo referente a los derechos individuales, dentro del título de los delitos contra la Constitución y bajo el epígrafe *Delitos relativos al libre ejercicio de los cultos* (arts. 236 y ss.), sin privilegio ni específica mención de la religión católica que a todos los efectos penales se equipara a las demás. Muy esquemáticamente, nos referiremos a los tipos que allí se incluían: amenazas, violencias u otros apremios ilegítimos para forzar a un ciudadano a ejercer actos religiosos o asistir a funciones de un culto que no fuere el suyo; utilización de los medios antes expresados para impedir a un ciudadano practicar los actos del culto que profesare o asistir a sus funciones, para forzarle a practicar los actos religiosos o asistir a las funciones del culto que éste profesare, para impedirle observar las fiestas religiosas de su culto o abrir su tienda, almacén u otro establecimiento o le forzarle a abstenerse de trabajos de cualquier especie en determinadas fiestas religiosas; impedir tumultuariamente, perturbar o hacer retardar la celebración de los actos de cualquier culto en el edificio destinado habitualmente para ello, o en cualquier otro sitio donde se celebraren; ultrajar con hechos, palabras, gestos o amenazas al ministro de cualquier culto en el desempeño de sus funciones; interrup-

(12) Al respecto, vid. la monografía de R. NÚÑEZ BARBERO, *La reforma penal de 1870* (Universidad de Salamanca, 1969), fundamentalmente págs. 37 y sigs.

(13) Cfr. TERUEL CARRALERO, *Los delitos contra la Religión entre los delitos contra el Estado*, cit., pág. 221.

ción por aquellos medios de la celebración de funciones religiosas; escarnecer públicamente alguno de los dogmas o ceremonias de cualquier religión que tenga prosélitos en España; profanación pública de imágenes, vasos sagrados o cualesquiera otros objetos destinados al culto; finalmente, ejecutar con escándalo en un lugar religioso actos que, sin estar comprendidos en ninguno de los tipos mencionados, ofendieren el sentimiento religioso de los concurrentes.

La Constitución española de 1876 declaraba en su artículo 11 que la religión católica, apostólica, romana era la del Estado, no permitiendo otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de esta religión, pero declarando, a la vez, que nadie sería molestado en el territorio español por sus opiniones religiosas ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana. Así, pues, se substituyó el criterio de la Constitución de 1869 (art. 21) en la que se establecía no la tolerancia, sino la libertad de cultos y que había tenido adecuado reflejo en el Código penal de 1870.

La declaración contenida en el artículo 11 de la Constitución de 1876, y por lo que significaba de cambio de orientación en tan fundamental extremo, tenía forzosamente que incidir en el nuevo texto punitivo (14). La falta de adecuación entre el Código de 1870 y la ley fundamental del Estado desapareció con la promulgación, el 8 de septiembre de 1928, del que se ha denominado Código penal de la dictadura del General Primo de Rivera. En él se protegía de modo especial y privilegiado la religión católica (15) y con mucho menos rigor los cultos no católicos tolerados. Se tipificaban así (arts. 278 y 279) los *Delitos contra la tolerancia religiosa*, con terminología que fue preferida a la de «delitos contra el respeto debido a las opiniones religiosas» que figuraba en el *Proyecto* (16).

La técnica de tipificación del Código de 1928 supone, pues, una seria discriminación entre la protección de la religión católica, estatal, y las demás confesiones que son protegidas con mucha menos intensidad. Además, se afianza el destaque sistemático de los delitos contra la religión del Estado.

Proclamada la República española el 14 de abril de 1931 y *anulado* al día siguiente el Código penal de 1928 por Decreto del Gobierno provisional republicano, volvió a regir en nuestra patria el Código de 1870. El sustancial cambio político acaecido hizo imperiosa la necesidad de *republicanización* de aquél. Nace así a la vida jurídica nacional el Código de 1932 que fue fundamentalmente una refundición

(14) En este sentido, es profundamente expresivo A. GROIZARD (*El Código penal de 1870 concordado y comentado*, III, pág. 367), cuando afirma que después de publicada la Constitución de 1876, lo primero que debe ser borrado del Código es el epígrafe de los delitos relativos al libre ejercicio de los cultos. Al respecto, vid. también P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. M. MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, decimocuarta edición, Madrid, 1886, III, págs. 237 y sigs.

(15) Arts. 270 y sigs. del Código de 1928 agrupados, precisamente, bajo el epígrafe *Delitos contra la Religión del Estado*, Sección 3.^a del Capítulo II, Título II del Libro II.

del texto de 1870. En específica referencia a los tipos objeto de nuestra atención, no supuso la refundición republicana ninguna innovación trascendental respecto de la legalidad en que se inspiró.

La Constitución de 9 de diciembre de 1931, de la misma forma que la de 1869 en que se basó el Código penal de 1870, considera la «libertad de conciencia» como un derecho individual más. En su artículo 27 se proclama solemnemente la libertad de conciencia y el derecho de profesar libremente cualquier religión sin más limitaciones que el respeto debido a las exigencias de la moral pública. Consecuentemente, el nuevo código contiene una sección epigrafiada *Delitos relativos a la libertad de conciencia y al libre ejercicio de los cultos* (arts. 228 a 236), que se ubica en el Capítulo II, del Título II de su Libro II, es decir, entre los delitos contra la Constitución cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales.

Al margen de una atenuación, muchas veces sensible, en el rigor de las penas que en los preceptos paralelos había determinado el Código de 1870, la reforma puede ser calificada de mínima. Quizá la novedad más llamativa venga determinada por la inclusión de tres preceptos (arts. 228, 229 y 230) por los que se creaban cuatro delitos nuevos que tenían como exigencia común la calidad de funcionario público en el sujeto activo: coartar la libertad de conciencia de un ciudadano u obligarle a practicar actos de cualquier religión; impedir a un ciudadano la libre práctica de cualquier religión; impedir a una confesión religiosa el libre ejercicio de su culto; obligar a un ciudadano a declarar oficialmente sus creencias religiosas.

Con ello, se trataba de implantar un régimen de libertad religiosa absoluta en un país radicalmente intolerante. Se cancela con el Código de 1932 toda discriminación entre las distintas religiones, no aludiéndose siquiera a la católica que se parifica a las demás.

La *Ley de 19 de julio de 1944*, por la que se autorizó la publicación de un texto refundido del entonces vigente Código penal de 1932 y en la que se fijó el alcance de las reformas, estableció en su artículo 2.º, B, 5.º que los delitos «contra la religión del Estado» vendrían configurados teniendo en cuenta la vigencia del artículo 1 del *Concordato de 1851* (17), según el *Convenio de 7 de junio de 1941* entre la Santa Sede y el Gobierno español, y lo prevenido en el artículo 10 del mismo convenio (18). Refundición del Código penal que se pro-

(16) Al respecto, vid. L. SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928, su estudio y comparación con el de 1870*, Imprenta Clásica Española, Madrid, 1928, págs. 128 y sigs.

(17) *Concordato de 1851*, artículo 1: «La Religión católica, apostólica, romana, que con exclusión de cualquier otro culto continúa siendo la única de la Nación española, se conservará siempre en los dominios de S. M. católica, con todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar según la ley de Dios y lo dispuesto por los sagrados cánones».

(18) Art. 10 del *Convenio de 7 de junio de 1941* en el que se establece que entretanto no se llegase a la conclusión de un nuevo *Concordato* «el Gobierno español se compromete a no legislar sobre materias mixtas o sobre

mulgó el 23 de diciembre de 1944 y que en la sección que destina a la descripción y sanción de los *Delitos contra la Religión Católica* «se limita a copiar los artículos 270 a 277 del Código de 1928, insertando las frases y conceptos que este Código contenía y que recurden leyes españolas muy antiguas» (19). Se restaura, en consecuencia y en perfecta congruencia con el momento histórico en que surge la nueva legalidad, el criterio de protección exclusiva jurdico-penal de la religión declarada oficial por el nuevo régimen.

La fórmula arbitrada al respecto por el Código de 1944 se construye sobre una radical discriminación religiosa, de la que es traducción jurídico-penal. Al proteger el Código *exclusivamente* la religión oficial no tutelaba un derecho individual, sino la sensibilidad de la masa católica del país ante los hechos que en la mencionada sección se sancionaban. Se protegían, en definitiva, los sentimientos religiosos de los católicos españoles. Habían desaparecido de nuestra ley penal los atentados contra la libertad de ejercicio de otros cultos que habían encontrado tipificación en el ya mencionado Código de 1928 y de los que no es difícil rastrear antecedentes en nuestro Derecho histórico. Redacción de 1944 que no resultó alterada por las reformas de 1963 y 1967, salvo en la elevación de la cuantía de las penas de multa que se acometió en la primera de las fechas últimamente citadas.

Sin embargo, ya en su momento puso de relieve QUINTANO RIPOLLÉS (20) que los atentados contra el ejercicio de los cultos no católicos, y a pesar del silencio del texto de 1944 mantenido hasta la *Ley de reforma del Código penal de 15 de noviembre de 1971*, no podían en modo alguno quedar impunes, si bien la sanción habría de articularse sobre los preceptos genéricos de coacciones o desórdenes públicos, que es —afirma— el sistema seguido para todos los cultos en general por aquellas legislaciones que no se ocupan especialmente del asunto.

Se llega así a la decisiva década de los años sesenta, en la que soplarían aires renovadores de alcance ecuménico y en la que la propia Iglesia Católica sentaría un régimen de *libertad plena* que marca la pauta de las legislaciones nacionales en la materia. Liberal reconocimiento de la libertad religiosa, en cuanto derecho civil del ciudadano, que habría de suponer un nuevo planteamiento de la cuestión en el ordenamiento jurídico español, que en base de su férreo confesionalismo anterior tendría que andar un largo camino renovador del que es última consecuencia la reforma del Código penal de 1971, objeto fundamental de nuestra atención.

aquellas que pueden interesar de algún modo a la Iglesia, sin previo acuerdo con la Santa Sede».

(19) Cfr. F. CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944*, Separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, pág. 62.

(20) Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, segunda edición puesta al día por E. GIMBERNAT ORDEIG, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, pág. 543.

III. EL CONCILIO VATICANO II. LA DECLARACION SOBRE LA LIBERTAD RELIGIOSA :

El *Concilio Vaticano II* aprobó en la sesión pública de 7 de diciembre de 1965 la *Declaración sobre la libertad religiosa (Dignitatis humanae)*. En la misma se reconoce la acuciante necesidad de que el poder público sea jurídicamente delimitado, a fin de que no se restrinjan en demasía los límites de la justa libertad tanto de la persona como de las asociaciones. Esta exigencia de libertad en la sociedad humana incide, sobre todo, en los bienes del espíritu humano y principalmente en aquellos que se refieren al libre ejercicio de la religión en la sociedad.

En el número 2 de tan luminosa declaración se establece inequívocamente el derecho de la persona humana a la libertad religiosa (*Haec Vaticana Synodus declarat personam humanam ius habere ad libertatem religiosam*). Esta libertad consiste «en que todos los hombres deben estar inmunes de coacción, tanto por parte de personas particulares como de grupos sociales y de cualquier potestad humana, y ello de tal manera, que en materia religiosa ni se obligue a nadie a obrar contra su conciencia ni se le impida que actúe conforme a ella en privado y en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos» (21). Consecuentemente, se requiere que en todas partes la libertad religiosa sea protegida por una eficaz tutela jurídica y que se respeten los deberes y derechos supremos del hombre a desarrollar libremente su vida religiosa dentro de la sociedad (número 15 de la *Declaración*).

IV. LA DIGNITATIS HUMANAÆ Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL :

Como inquiere DE LA HERA (22), ¿hasta qué punto se ha demostrado sensible el Estado español a estas hondas transformaciones de la actitud, frente a las demás confesiones, de la religión que oficialmente confiesa? Para abordar una razonable y razonada contestación es necesario tener muy presente que la doctrina de la libertad religiosa ha nacido lógicamente en aquellos países en que la Iglesia ha tenido que convivir con otras confesiones religiosas y con una historia y una cultura cuyas bases eran no católicas. Por ello, resulta perfectamente lógico que la incidencia de esta doctrina resultase revolucionaria en España, donde el calificativo de «no católico» está cargado de matices peyorativos y donde se ha pretendido que la historia encuentra

(21) «Se injuria, pues, a la persona humana y al mismo orden que Dios ha establecido para el hombre si se niega a éste el libre ejercicio de la religión en la sociedad, siempre que se respete el justo orden público» (Número 3 de la *Declaración sobre la libertad religiosa*, cit.).

(22) Vid. A. DE LA HERA, *Pluralismo y libertad religiosa*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1971, págs. 76 y sigs.

su razón de ser en la lucha violenta contra los enemigos de la fe católica.

Resulta indudable que en el momento de la iniciación del Concilio Vaticano II era España el país *más confesional* dentro de los católicos. En consecuencia, la transformación de su ordenamiento jurídico habría de ser también la *más radical*. Por otro lado, y ello entraña una muy especial significación, la aceptación por parte del Estado español de la doctrina conciliar suponía un problema de política interna que desbordaba los naturales cauces de una cuestión estrictamente religiosa.

¿Cuál es la respuesta del Estado español al *estímulo* que en materia de libertad religiosa supone la declaración *Dignitatis humanae* del Concilio Vaticano II? Promulgada la nueva doctrina conciliar, el Estado español se dispuso a revisar su propia legislación para adecuarla, si bien en forma *sui generis*, a las enseñanzas de la Iglesia de Roma.

Siguiendo nuestros propios pasos de examinar la cristalización jurídico-penal de los principios constitucionales en materia religiosa, para señalar la congruencia o desarmonía al respecto, el siguiente momento ha de ser con toda lógica la observación de la vigente Constitución española.

Como muy esquemáticamente ha señalado FERNÁNDEZ CARVAJAL (23), en cuanto a su *forma exterior*, nuestras Leyes fundamentales son una «Constitución legal», como la sueca actual o la francesa de la III República, y no codificada en un instrumento único, como la mayoría de las vigentes en la actualidad. Además, y en su opinión, el legislador no secundó acertadamente las sugerencias emitidas en los meses anteriores a la promulgación de la *Ley Orgánica del Estado* por los que deseaban la reducción de todas ellas a un solo documento, lo que no hubiera supuesto otra ventaja que un cierto orden lógico, a cambio de borrar la huella del proceso histórico que condujo a su sucesiva promulgación entre 1938 y 1967 y de hacer, por consiguiente, más difícil su interpretación, y quizá también su posible reforma.

1. En la Exposición de motivos de la *Ley Orgánica del Estado*, de 10 de enero de 1967, se señala como la declaración conciliar sobre la libertad religiosa de 1965 exige el «reconocimiento explícito de este derecho» y la consiguiente modificación del artículo 6.º del *Fuero de los Españoles*, en consonancia con el segundo de los Principios Fundamentales del Movimiento, según el cual la doctrina de la Iglesia habrá de inspirar nuestra legislación. Consecuentemente, y por la disposición adicional 2.ª de la *Ley Orgánica del Estado*, se otorga la siguiente redacción al artículo 6.º del *Fuero de los Españoles*: «La profesión y práctica de la Religión Católica que es la del Estado español, gozará de la protección oficial. El Estado asumirá la

(23) Vid. R. FERNÁNDEZ-CARVAJAL, *La Constitución española*, Editora Nacional, Madrid, 1969, págs. 3 y sigs.

protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que, a la vez, salvaguarde la moral y el orden público» (24).

Así reformado el *Fuero de los Españoles*, se abrió camino para que en el ordenamiento jurídico español se insertase el derecho civil de libertad religiosa, garantizado por una eficaz tutela jurídica que a la vez salvaguarde la moral, el orden público y el reconocimiento especial que en aquel texto fundamental se atribuye a la religión católica.

2. Como resultado de este proceso liberalizador, que apuntamos simplemente en sus cristalizaciones legislativas, nace a la vida jurídica nacional la *Ley de libertad religiosa de 28 de junio de 1967*, por la que se reconoce y regula el ejercicio de este derecho civil. Se señala en su artículo 1.º que el Estado español reconoce el derecho a la libertad religiosa fundado en la dignidad de la persona humana y asegura a ésta, con la protección necesaria, la inmunidad de toda coacción en el ejercicio legítimo de tal derecho; la profesión y práctica privada y pública de cualquier religión será garantizada por el Estado sin otras limitaciones que las establecidas en el artículo 2.º de la propia ley (25). Este ejercicio del derecho a la libertad religiosa, «concebido según la doctrina católica», habrá de ser compatible en todo caso con la confesionalidad del Estado español, proclamada en sus leyes fundamentales.

El espíritu que parece animar a la mencionada ley de 28 de junio de 1967 encuentra sintética formulación en las precisiones de su artículo 3.º: «las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad de los españoles ante la Ley».

Sin embargo, conviene tener muy presente a la hora de desentrañar el significado de esta legalidad, y como ha señalado MARTÍN RETORTILLO (26), que las leyes que regulan los derechos civiles de la

(24) Art. 6 del *Fuero de los Españoles* que con anterioridad se encontraba redactado en los siguientes términos: «La profesión y práctica de la Religión Católica, que es la del Estado Español, gozará de la protección oficial. Nadie será molestado por sus creencias religiosas ni el ejercicio privado de su culto. No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la Religión Católica».

(25) Art. 2 de *Ley de 28 de junio de 1967*: «1. El derecho a la libertad religiosa no tendrá más limitaciones que las derivadas del acatamiento a las Leyes; del respeto a la Religión católica, que es la de la Nación española, y a las otras confesiones religiosas; a la moral, a la paz y a la convivencia públicas y a los legítimos derechos ajenos, como exigencias del orden público. 2. Se consideran actos especialmente lesivos de los derechos reconocidos en esta Ley aquellos que, de algún modo, supongan coacción física o moral, amenaza, dádiva o promesa, captación engañosa, perturbación de la intimidad personal o familiar y cualquier otra forma ilegítima de persuasión con el fin de ganar adeptos para una determinada creencia o confesión o desviarlos de otra».

(26) Vid. L. MARTÍN RETORTILLO, *Libertad religiosa y orden público (Un estudio de Jurisprudencia)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1970, págs. 13

persona son de esas leyes que no pueden ser leídas fragmentariamente; no puede uno fiarse de la apariencia de un determinado artículo, porque quizá en el contexto de la ley «no es más que una simple afirmación, que aparece después negada o modulada por posteriores preceptos de la misma ley». En gran medida, es este el caso de los artículos 1.º y 2.º de la ley que regula el ejercicio del derecho civil a la libertad religiosa. Las limitaciones que en el segundo de los preceptos mencionados se contienen están construidas sobre conceptos de muy vago significado y con términos difuminados: la moral, la paz y convivencia públicas, legítimos derechos ajenos o exigencias de orden público, lo que otorga al Poder público un amplio margen de acción a la hora de llenarlos de contenido (27).

3. La declaración conciliar de 1965 sobre la libertad religiosa determinó, como ya hemos destacado, una sustancial modificación al respecto de nuestros textos fundamentales y provocó la aparición de la ley de junio de 1967 sobre libertad religiosa en España. El nuevo tratamiento que este derecho civil adquiere en nuestro ordenamiento jurídico ha impuesto una pormenorizada revisión de la Sección 3.ª, Capítulo II, Título II, del Libro II del Código penal que venía protegiendo con *exclusividad* la religión católica. Tal revisión se acomete por la *Ley de reforma del Código penal de 15 de noviembre de 1971* («B. O. E.» del 16).

La mencionada Sección 3.ª (arts. 205 a 212) acometía, bajo el epígrafe *Delitos contra la Religión Católica*, una pormenorizada protección de la misma. Con la modificación de 1971, y con base en el proceso legislativo antes apuntado, se tipifican una serie de *Delitos contra la libertad religiosa, la Religión del Estado y las demás confesiones*. El cambio de epígrafe de la sección es, con toda evidencia, profundamente expresivo.

Con la reforma de 1971 se cumple el último momento de un proceso evolutivo iniciado en 1822 y que, en líneas generales, responde a una paulatina *laicización de los delitos religiosos*, que ya expresamente había exigido GROIZARD al señalar que «la misión de la ley no es vengar a Dios de las injurias de los hombres» (28) y que moderadamente ha puntualizado RODRÍGUEZ DEVESA (29).

Por otro lado, las oscilaciones de los criterios de tipificación es-

y sigs. Trabajo en el que se examina exclusivamente la jurisprudencia *contencioso-administrativa*.

(27) En este sentido, vid. también M. BATLLE, *Consideraciones sobre la nueva Ley de Libertad Religiosa y el Derecho privado civil*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1967, pág. 656.

(28) Cfr. GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, cit., III, pág. 386. En donde recordaba que la religión, la moral y el derecho tienen su círculo propio de actuación. Cuando del delito —afirma— se hace solamente un pecado, la sociedad padece en sus derechos; cuando el simple pecado es elevado a delito, la justicia de los hombres deja de ser tal para convertirse en dura y cruel arbitrariedad.

(29) Cfr. J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte especial, cuarta edición, Madrid, 1971, pág. 760.

grimidos por los distintos códigos venían determinadas por las precisiones constitucionales vigentes en cada momento histórico, como en páginas anteriores hemos tenido ocasión de poner de manifiesto.

Según se afirma en la Exposición de motivos de la ley de reforma de 15 de noviembre de 1971, el nuevo texto que se otorga a los preceptos de referencia protege penalmente muy diversas vertientes de este derecho civil de los ciudadanos españoles:

a) En primer lugar, *el derecho mismo a la libertad en materia religiosa* que la ley establece; protección, en suma, de todo ataque por medios violentos o engañosos lo mismo respecto de la captación o desviación de adeptos que con referencia a un acto aislado de culto, cuya práctica sólo puede reconocerse determinada por la propia conciencia de modo rigurosamente libre.

b) En segundo término, se conserva la *especial protección* que a la religión católica apostólica romana corresponde como religión oficial del Estado.

c) Finalmente, abarca la protección penal de que antes sólo gozaba la religión católica, en sus actos, ceremonias, manifestaciones, ministros, etc., *a las demás confesiones reconocidas por la ley* y en la medida que tal reconocimiento determina.

V. ALCANCE DE LA REFORMA DE 1971 DEL CODIGO PENAL

Después de la reforma de noviembre de 1971, los *delitos contra la libertad religiosa, la religión del Estado y las demás confesiones* presentan en nuestro Código penal la siguiente fisonomía:

1. El *proselitismo ilegal*, figura inédita en el texto de 1963, constituye una de las más llamativas novedades de la reforma. Se sanciona en el artículo 205 a: «1.º. Los que, por medio de amenaza, violencia o cualquier apremio ilegítimo, obligaren a otro a asistir o practicar un acto religioso o le constriñeren al cumplimiento de un deber del mismo carácter y los que, por los mismos medios, se lo impidieren, coartando la libertad reconocida por las leyes. 2.º. Los que emplearen amenazas, violencia, dádiva o engaño, con el fin de ganar adeptos para determinada creencia o confesión o para desviarlos de ella. Si el culpable de los hechos mencionados fuera autoridad o funcionario público, será sancionado además con la pena de inhabilitación especial».

Constituye, pues, este artículo 205 una protección penal del derecho mismo a la libertad religiosa. Protección que se arbitra contra los ataques violentos o engañosos, y tanto en los supuestos de captación o desviación de adeptos (30).

2. La *tentativa de abolición o menoscabo de la religión del Estado* presenta en el actual artículo 206 prácticamente la misma redacción que en el anterior 205. La única alteración viene determinada

por una modificación estilística que se introduce en el párrafo 2.º, para contemplar el supuesto de que el culpable estuviere constituido en autoridad «y con abuso de ella» cometiere el hecho.

Se establece hoy en el párrafo 1.º que «los que ejecutaren cualquier clase de actos encaminados a abolir o menoscabar por la fuerza, como religión del Estado, la Católica Apostólica Romana, serán castigados con la pena de prisión menor». Tipo de rancio abolengo en nuestro Derecho penal codificado. Procede del Texto de 1822 en el que, como ya hemos dicho, la pena *única* que se establecía era la de muerte, en base de la consideración de «traidor» que se atribuía al sujeto.

Con relación a esta figura, y antes de la reforma de 1971, ya había expresado RODRÍGUEZ DEVESA (31) su carencia de sentido, desde el momento en que al ser objeto de ataque un precepto de rango constitucional y habiendo de conseguirse el propósito de abolición «por la fuerza», no es posible imaginar un supuesto en que no se diere vida al delito de rebelión contra el Gobierno, que consumiría a aquél por su mayor gravedad. Argumentaciones del Catedrático de Madrid que, sin embargo, ha desoído nuestro legislador.

En el precepto de referencia late con especial intensidad el criterio que animó la reforma de otorgar una *especial protección* a la religión católica, oficial del Estado español.

3. En extensión de la protección penal de que solamente gozaba antes la religión católica, *se tutelan también los actos, ceremonias, manifestaciones, ministros, etc., de las demás confesiones reconocidas por la ley* en los siguientes términos:

a) En el artículo 207 se sanciona la interrupción o perturbación de ceremonias religiosas, católicas o de las autorizadas a las demás confesiones reconocidas (32), en términos semejantes a los contenidos en el artículo 206 de la anterior legalidad. La reforma, al margen de la fundamental de amparar el normal desarrollo de las ceremonias del culto reconocido legalmente, no supone más que ligeros retoques, intrascendentes, en el estilo.

(30) El paralelismo del precepto reproducido con el artículo 2 de la *Ley de libertad religiosa de 28 de junio de 1967* es evidente; en éste, y en su número 2, se consideran actos *especialmente lesivos* de los derechos reconocidos en la ley aquéllos que supongan coacción física o moral, amenaza, dádiva o promesa, captación engañosa... con el fin de *ganar adeptos* para una determinada creencia o confesión o *desviarlos* de otra.

(31) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte especial, cit., página 765.

(32) Redacción que al *artículo 207* otorga la ley de 1971: «El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de la religión católica, o los autorizados de las demás confesiones legalmente reconocidas, será castigado con la pena de prisión menor, si el hecho se hubiere cometido en lugar destinado al culto, y con la de arresto mayor, si se realizare en cualquier otro lugar».

b) Las modalidades de *profanación* tienen ahora asiento en el 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 5.000 a 25.000 pesetas. Se impondrá esta pena en su grado máximo si los hechos previstos en el párrafo anterior fuesen realizados en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias del mismo, oficialmente autorizadas, siempre que este requisito fuese necesario. Cuando el hecho revistiere suma gravedad o relevante trascendencia, se aplicará la pena superior en grado».

La redacción de 1971 supone una sensible economía legislativa respecto de la anterior. Con anterioridad, y al lado de la profanación de los objetos sagrados o destinados al culto, se sancionaba al que hollare, arrojarle al suelo o de otra manera profanare las Sagradas Formas de la Eucaristía. Modalidad de sacrilegio que hoy encuentra ubicación en los amplios términos en que se redacta el artículo 208, que es el delito de la sección «de índole más típicamente religiosa» (33).

Como ha destacado RODRÍGUEZ DEVESA (34) al examinar la ampliación del ámbito de protección que supone la reforma con relación al tipo que examinamos, la exclusión de los sentimientos religiosos no tutelados legalmente no significa la impunidad de actos de aquella naturaleza realizados en ofensa de religiones no protegidas legalmente. Ello podrá constituir —afirma— un delito de injurias.

c) En el artículo 209 modificado, de la misma forma que en el de idéntica numeración anterior, se sanciona el delito de *escarnio*, configurado ahora en los siguientes términos: «El que de palabra o por escrito hiciere escarnio de la religión católica o de confesión reconocida legalmente, 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».

d) Respecto a la específica protección que se concede a los ministros de la religión católica o de otro culto que esté inscrito en el registro establecido al efecto, cuando se hallare en el ejercicio de su ministerio o con ocasión del mismo, se sancionan en el actual artículo 210 (35) los malos tratos de obra y las ofensas ejecutadas por medio de palabras o ademanes.

Es éste otro de los preceptos de nueva redacción que ha resultado más alcanzado por la reforma. Se amplía sensiblemente el ámbito del

(33) Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, II, pág. 527. Aspecto que ya había puesto de relieve A. FERRER SAMA en sus *Comentarios al Código penal* (Murcia, 1948, III, pág. 167).

(34) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Suplemento a la cuarta edición del Derecho penal español*, Parte especial, Madrid, 1972, pág. 87.

(35) Art. 210 reformado: «Al que maltratase de obra a un Ministro de la religión católica o de otro culto que esté inscrito en el registro establecido

tipo al utilizarse la fórmula de que el ministro de la religión se hallare cumpliendo los oficios de su ministerio «o con ocasión del mismo». La fórmula anterior se refería, exclusivamente, a la primera de estas posibilidades.

e) El artículo 212, de general aplicación a las modalidades delictivas a que nos hemos venido refiriendo, prevé que «los que cometieren los delitos de que se trata en los artículos anteriores, incurrirán, además de las penas en ellos señaladas, en la de inhabilitación especial para el ejercicio de la enseñanza pública o privada». La redacción anterior aludía a la inhabilitación para todo cargo de enseñanza «costeada por el Estado, la Provincia o el Municipio».

Ha denunciado nuestra mejor doctrina (36) la inalteración experimentada por el artículo 211 de nuestro Código penal en la reciente reforma. En él se previene que «el que en lugar religioso ejecutare actos que, sin estar comprendidos en ninguno de los artículos anteriores, ofendieren el sentimiento religioso de los concurrentes, incurrirá en la pena de arresto mayor». Se reproduce, en consecuencia, la legalidad anterior. La ley de 15 de noviembre de 1971 lo incluye entre los «reformados» cuando es, precisamente, el único artículo de la sección que por la amplitud de los términos en que se halla concebido no ha necesitado retoque *postconciliar* alguno.

Al construirse el artículo 211 para la protección del «sentimiento religioso» de los concurrentes a un lugar religioso se llenaba de contenido antes de 1971 en forzosa referencia a la religión católica, única que en la sección se tutelaba; hoy también abarca necesariamente, y a través de la misma fórmula, las demás confesiones legalmente reconocidas.

Finalmente, y en tema de *disposiciones comunes* a los delitos examinados, cabe destacar que los artículos 213 y 250 del Código no han resultado afectados por la reforma, manteniendo intacta su redacción. Preceptos en los que se contemplan los supuestos de que los delitos a que antes nos referíamos fueren cometidos por medio de la imprenta o que el agente se hallare constituido en autoridad.

VI. CONCLUSION

La reforma a que en páginas anteriores nos hemos referido ha significado algo más que un retoque legislativo a los delitos contra los sentimientos religiosos que en nuestro Código penal encuentran descripción y sanción. En efecto, supone el trasplante al Derecho penal español de los principios que informan hoy esta materia en

al efecto cuando se hallare cumpliendo los oficios de su ministerio o con ocasión del mismo, se le impondrá la pena de prisión menor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas. El que (le ?) ofendiere en iguales circunstancias con palabras o ademanes, será castigado con la pena de arresto mayor».

(36) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Suplemento*, cit., pág. 85.

nuestro ordenamiento jurídico, y más concretamente la ley de libertad religiosa de 1967. Consecuentemente, aquellos preceptos de nuestra Ley punitiva en los que se haga expresa mención de actos religiosos, objetos o ministros de culto deben ser interpretados no con el criterio restrictivo que imponía con anterioridad la exclusiva protección de la religión católica, sino bajo una perspectiva de extensión a los demás cultos legalmente reconocidos.

En esta inteligencia, ejemplifica RODRÍGUEZ DEVESA la nueva óptica que se impone con relación a algunos preceptos de nuestro Código. Así, hace expresa referencia a la usurpación de carácter que habilite para el ejercicio de actos propios de ministro de un culto y al que ejerciere dichos actos (art. 320-2.º), al robo cualificado del artículo 506, circunstancia 2.ª, y a los hurtos cualificados del artículo 516, número 1.º (37). Lo expuesto no es aplicable —afirma— al allanamiento de morada sancionado en el artículo 492 bis, «porque ha de concurrir una declaración de inviolabilidad, que para el culto católico se establece en el Concordato».

Sin embargo, estimamos que con relación a la agravación específica local del último de los preceptos mencionados (introducido en el Código por ley de 24 de abril de 1958) debe arbitrarse la solución extensiva a que antes nos referíamos. Creemos que en este sentido es suficientemente expresivo el artículo 23 de la ley de 28 de junio de 1967 que regula el ejercicio de la libertad religiosa: «Todos los lugares de culto debidamente autorizados tienen garantizada su inviolabilidad con arreglo a las Leyes». Declaración de inviolabilidad para los cultos no católicos que impone la parificación a que antes nos referíamos y que es perfectamente congruente con el criterio aperturista que desde hace algunos años informa en la materia el ordenamiento jurídico nacional.

En esta línea de pensamiento, y para una más acabada valoración de lo que la reforma de 1971 ha significado en este punto concreto para el Código penal, forzoso es referirse a la circunstancia agravante de responsabilidad criminal que en el artículo 10-17 se configura en los siguientes términos: «ejecutar el hecho en lugar sagrado». Esta circunstancia ¿resulta alcanzada por la reciente reforma? Trataremos de obtener una razonable y razonada respuesta para esta cuestión, que nos parece una de las más significadas de las que pueden plantearse en esta temática.

Tiene esta circunstancia una larga trayectoria en nuestro Derecho penal codificado. Con innegables antecedentes en el Texto de 1822 y en los de 1848 y 1850, comprendía en el Código de 1870 (art. 10, circunstancia 19) tanto el lugar sagrado, como los palacios de las Cortes, del Jefe del Estado, la presencia de éste y el lugar donde la autoridad se hallare en ejercicio de sus funciones. También en términos de gran amplitud se concebía por el Código de 1928 (art. 66,

(37) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Suplemento*, cit., págs. 83 y sigs.

número 12), para desaparecer del texto republicano de 1932. En 1944 reaparece en el Código penal con la sintética formulación que hoy conserva.

A pesar de su sintomática desaparición de la Ley penal de 1932, afirma FERRER SAMA que esta circunstancia agravante es compatible con cualquier sistema político-social y se basa «en la irreverencia que supone cometer el delito precisamente en los lugares destinados al culto» (38). Señala, además, que su reincorporación al artículo 10 obedece al sentido de protección penal de la religión católica que late en muchos de los preceptos del Código español.

Al margen de las dificultades existentes en nuestra doctrina, y en nuestra jurisprudencia, para llegar a una pacífica solución acerca del verdadero carácter de esta circunstancia, se ha destacado que lo complejo del término «sagrado» hace aconsejable su sustitución por la expresión más amplia y objetiva de «lugar destinado a culto» (39).

Sin embargo, tanto con una como con otra fórmula, creemos que permanecería el problema que ahora tratamos de resolver. Habida cuenta que la circunstancia procede de un código en cuyo articulado se protegía, única y exclusivamente, la religión católica y que su originaria redacción se mantiene después de la reforma de 1971 ¿deben entenderse igualmente protegidos por la misma los lugares sagrados de las religiones no católicas? Siempre que se trate, naturalmente, de las reconocidas por la ley. Creemos que la única solución viable es la que expone RODRÍGUEZ DEVESA de la siguiente forma: «el respeto a otras creencias religiosas distintas de la católica ha de conducir a considerar igualmente sagrados aquellos lugares que lo sean para otras religiones diferentes de la oficial del Estado, puesto que concurren las mismas razones y gramaticalmente no hay motivo para establecer distinciones» (40).

Abonan tal solución, además, las precisiones de la ley de libertad religiosa de 1967, fundamentalmente las contenidas en su Sección 2.^a, reguladora del culto público de las religiones no católicas en España. Al margen del ya mencionado principio de inviolabilidad consagrado en su artículo 23, se establece que aquéllas podrán practicar libremente el culto público y privado en los templos o lugares de culto debidamente autorizados (art. 21-1) y que las Asociaciones confesionales no católicas tienen el derecho de establecer los lugares de culto que sean necesarios para el servicio religioso de los miembros de la confesión respectiva (art. 22).

En conclusión de todo lo mencionado, técnica y humanamente, por lo que representa de reconocimiento de un fundamental derecho del ser humano, la regulación que de estos delitos se acomete por

(38) Cfr. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, cit. (Murcia, 1946, I, pág. 437.

(39) En este sentido, vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, cit., pág. 248.

(40) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte general, segunda edición, Madrid, 1971, pág. 603.

la ley de reforma de 15 de noviembre de 1971 supone un sensible avance respecto de la redacción de 1944, inalterada en 1963.

De *lógica* cabe calificar la especial protección que en los artículos 205 y siguientes se otorga a la religión católica, habida cuenta que es ésta la oficial del Estado español. Otra cuestión, que no cabe desvincular absolutamente de la que examinamos, es la de preguntarse si un Estado debe ser o no confesional. Pero a la vista de nuestros textos fundamentales, y más concretamente del *Fuero de los Españoles* (art. 6.º), la solución que hoy se acomete en los artículos de referencia puede ser calificada de *correcta*.

Todo ello al margen de que la postura, ya expuesta, del *Concilio Vaticano II* nos parece abarcar un plano de absoluta igualdad y que en España no sólo se *diversifica* penalmente al proteger «en más» este Código a la religión católica, sino que al nacer en 1967 una ley de libertad religiosa se había operado ya una clara *discriminación*.