

DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL GRUPO RELIGIOSO EN EL DELITO DE GENOCIDIO. UN ESTUDIO INTERDISCIPLINAR

Beatriz SOUTO GALVÁN

Profesora titular de la Universidad de Alicante
Beatriz.souto@ua.es

Cristina FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA

Profesora ayudante Doctora de Derecho Penal
de la Universidad de Alicante
Cristina.fpacheco@ua.es

RESUMEN

El delito de genocidio se regula en el Código Penal español como una serie de actos dirigidos a destruir algunos grupos, entre los que figuran los religiosos. Sin embargo, hasta el momento no se ha llevado a cabo por parte de los tribunales nacionales ni internacionales un desarrollo suficiente de esta categoría. Ante las dudas surgidas en la aplicación del precepto es posible plantear en España la posibilidad de recurrir a la dilatada experiencia de doctrina y jurisprudencia recaída en ámbitos ajenos al penal. En este contexto, el objetivo del presente trabajo es determinar si las principales conclusiones alcanzadas pueden efectivamente ser de utilidad en el esclarecimiento del concepto de grupo religioso como víctima del delito de genocidio.

Palabras clave: genocidio, libertad de creencias, grupo religioso.

SUMMARY

The crime of genocide is regulated in the Spanish Criminal Code as a series of acts committed with intent to destroy some groups, amongst which religious groups are included. Nonetheless, up until now, this category has not been sufficiently developed neither by international or by national courts. In view of the doubts that have arisen in the interpretation of the provision, it could be considered to resort to the extensive experience of doctrine and jurisprudence falling in areas outside criminal law. In this context, the objective of this paper is to determine if the main conclusions reached may indeed be of use in clarifying the concept of the religious group as a victim of the crime of genocide.

Keywords: genocide, freedom of belief, religious group.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Delikt des Genozids wird im spanischen Strafgesetzbuch als eine Abfolge von Handlungen reglementiert, die auf die Zerstörung von einzelnen Gruppen abzielen, unter anderem Gruppen von Ordensangehörigen. Jedoch wurde bis heute

weder von nationalen noch von internationalen Strafgerichtshöfen eine ausreichende begriffliche definition dieser Deliktart vorgenommen. Angesichts der bestehenden Zweifel bei der Anwendung dieser Bestimmungen, ergibt sich in Spanien die Möglichkeit, auf die weitreichende Erfahrung auf anderen Gebieten der Rechtslehre und Rechtsprechung jenseits des Strafgesetzes zurückzugreifen. In diesem Zusammenhang hat sich die vorliegende Studie die Aufgabe gestellt, zu bestimmen, ob die erzielten grundlegenden Schlussfolgerungen tatsächlich bei der begrifflichen Erfassung der Gruppe der Ordensangehörigen als Genozidopfer von Nutzen sind.

Schlüsselwörter: Genozid, Glaubensfreiheit, Religionsgruppe.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL GENOCIDIO DE GRUPOS RELIGIOSOS.—1. Ámbito internacional: la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.—2. Ámbito nacional: el art. 607 del Código Penal español.—III. ESTUDIO INTERDISCIPLINAR DEL CONCEPTO DE GRUPO RELIGIOSO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.—1. Presupuestos constitucionales.—2. Aportaciones a la delimitación conceptual del grupo religioso.—IV. PROPUESTA DE DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL GRUPO RELIGIOSO EN EL ART. 607 DEL CÓDIGO PENAL.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal español protege diversas manifestaciones del hecho religioso, tanto a nivel colectivo como individual. En este sentido, la Sección Segunda del Capítulo IV está íntegramente dedicada, tal y como su propio epígrafe indica, a la protección de «la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos». Se regulan, en este apartado, conductas como el proselitismo ilegal (art. 522), la perturbación de las funciones o actos de las religiones legalmente reconocidas (art. 523), la profanación de los sentimientos religiosos (art. 524), el escarnio de una confesión religiosa (art. 525) o la violación de sepulturas (art. 526).

La presencia de estos delitos en el actual Código Penal responde a una herencia histórica. Así se evidencia al estudiar la evolución de la regulación de los delitos con un componente religioso, actualmente (mejor o peor) adaptada a las exigencias constitucionales vigentes¹. No obstante, la protección penal del fenómeno religioso no queda ahí. Además de esta

¹ Al respecto *vid.* J. M. TAMARIT SUMALLA, *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, Barcelona, 1989, pp. 93 y ss.; C. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, «La cuestión religiosa en el Código Penal desde el franquismo hasta la actualidad», en B. SOUTO GALVÁN (dir.), *Libertad de creencias e intolerancia en el franquismo*, Madrid, 2008, pp. 221 y ss.

faceta que mira al pasado se abre otro ámbito de protección, de rotunda actualidad, que constituye un reflejo de las obligaciones resultantes de la ratificación de diversos documentos internacionales. Como consecuencia de tales compromisos internacionales, el Código Penal español contempla una serie de figuras delictivas que protegen de forma expresa vertientes colectivas e individuales de la libertad religiosa. Es el caso de los denominados delitos internacionales, es decir, genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Según el art. 607 bis, serán considerados delitos de lesa humanidad los actos cometidos «por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos [...] religiosos». Además, a efectos de los crímenes de guerra está expresamente tipificado ejercer violencia sobre el personal religioso (art. 612.2.º) y atacar bienes culturales o lugares que constituyen el patrimonio espiritual de un pueblo [art. 613.1.a)].

Mención especial merece el delito de genocidio, previsto y penado por el ordenamiento español desde 1971, en virtud del cual se castigan toda una serie de actos cometidos «con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o *religioso*». A pesar de que el precepto fue originariamente diseñado en el ámbito internacional tomando el Holocausto como referencia, es decir, con los grupos religiosos como víctima natural del delito, lo cierto es que no ha habido un desarrollo normativo o jurisprudencial suficiente en torno al concepto de grupo religioso como víctima de genocidio. De hecho, en el plano internacional sólo existen escasas sentencias en las que se ha utilizado esta categoría y su interpretación en determinados contextos genera todavía dudas.

A raíz de la aplicación del principio de jurisdicción universal, en los últimos años los tribunales españoles se han mostrado particularmente activos en la persecución y castigo de delitos internacionales. Como consecuencia, los jueces nacionales se han visto obligados a pronunciarse sobre cuestiones que tampoco en el ámbito internacional están satisfactoriamente resueltas. Ante las dudas en la interpretación de los delitos, las instancias nacionales recurren, como es natural, a los tribunales internacionales, fuente primordial de jurisprudencia en esta materia. No obstante, con frecuencia es obviada otra posibilidad: la de recurrir a las aportaciones de otras ramas del propio ordenamiento. En este contexto, el objetivo del presente trabajo es determinar si las principales conclusiones alcanzadas en estos ámbitos pueden efectivamente ser de utilidad en el esclarecimiento del concepto de grupo religioso como víctima del delito de genocidio.

II. EL GENOCIDIO DE GRUPOS RELIGIOSOS

1. **Ámbito internacional: la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio**

A) *Regulación*

Todavía bajo el impacto de las alarmantes dimensiones de los crímenes cometidos por el nacionalsocialismo alemán durante la Segunda Guerra Mundial, representantes de los Estados se reunieron en el seno de una recién inaugurada Organización de Naciones Unidas con el objetivo de aprobar una Convención en materia de genocidio. En la Resolución 96(I), la Asamblea General invitó a los Estados a adoptar las leyes necesarias para la prevención y castigo de este delito al entender que:

«[E]l genocidio es una negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo humano del derecho a vivir: tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por estos grupos humanos y es contraria [...] al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas»².

Así, tras intensos debates condicionados por los conflictos diplomáticos propios de la Guerra Fría, el delito de genocidio fue formulado en los siguientes términos:

«En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo.
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo»³.

² Resolución 96(I), UN Doc. A/BUR/50.

³ Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, adoptada y abierta

De este modo, el precepto se estructura en forma de una lista cerrada de conductas abarcadas por un encabezamiento común constituido por la «intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso». Es decir, que, como su propio origen etimológico sugiere, el genocidio entraña un ataque dirigido a la destrucción de un grupo⁴.

El texto alcanzado es consecuencia de exhaustivas discusiones altamente politizadas. Esto explicaría que aquellas variantes más conflictivas, como la deportación de adultos o la protección de grupos políticos y sociales, fueran excluidas. Además, no cabe duda de que la formulación final se encuentra fuertemente influenciada por el Holocausto⁵. Por ejemplo, el «sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial» fue concebido como reflejo jurídico de los guetos impuestos a los judíos en las zonas ocupadas⁶. Así puede explicarse también la presencia de los grupos religiosos entre los protegidos expresamente por el precepto.

Por más que existiera un alto grado de consenso en torno a la protección de los grupos religiosos, en el curso de los debates que precedieron la aprobación de la Convención fueron manifestadas ciertas dudas tanto acerca de la articulación de tal protección, como de la necesidad de su mención expresa. Quienes se oponían a su inclusión argumentaron que estos grupos carecían de la estabilidad necesaria; en este sentido se manifestó el representante de Reino Unido, quien, durante el Sexto Comité de la Asamblea General de Naciones Unidas, cuestionó el pretendido carácter estable de los grupos religiosos, en la medida en que la adscripción o el abandono de estos grupos es, en cierta medida, de carácter voluntario⁷.

a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entró en vigor el 12 de enero de 1951.

⁴ R. LEMKIN, *Axis Rule in occupied Europe Laws of Occupation, Analysis of Governments, Proposals for Redress*, Washington, 1944, p. 79.

⁵ Y. JUROVICS e I. MOULIER, «Le génocide: un crime à la criosee des ordres juridiques internes et International», en M. DELMAS-MARTY (dir.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, 2001, p. 180. En este sentido, se hablará posteriormente del paradigma europeo en alusión al modelo que constituye el referente del delito. Entre otros, S. STRAUS, «Contested meanings and conflicting imperatives: a conceptual analysis of genocide», *Journal of Genocide Research*, núm. 3, 2001, p. 359.

⁶ El representante francés afirmó durante el proceso de elaboración de esta modalidad: «[t]o quote an historical example, the ghetto, where the Jews were confined in conditions which, either by starvation or by illness accompanied by the absence of medical care, led to their extinction, must certainly be regarded as an instrument of genocide» (UN Doc. E/AC.25/SR.4, at 14).

⁷ UN Doc. A/C.6/SR.69 (Shawcross, United Kingdom).

No obstante, esta hipótesis choca frontalmente con el *modus operandi* del régimen nacionalsocialista que, basándose en las Leyes de Nuremberg, estableció una serie de criterios para la determinación de la condición de judío de un individuo, basándose en parámetros eminentemente genealógicos e ignorando por completo la posibilidad del abandono del grupo⁸.

Un segundo argumento esgrimido contra la inclusión de los grupos religiosos fue su falta de autonomía. Durante el proceso de redacción de la Convención, el delegado de la Unión Soviética señaló que los grupos religiosos debían vincularse a los grupos nacionales, ya que en todos los casos suscitados, los motivos religiosos estaban conectados a motivos de carácter nacional o racial⁹. Ciertamente, en algunos casos, como los de los judíos o los sikh, la religión se une a la raza de forma difícilmente separable¹⁰. Además, con frecuencia, se persigue a grupos religiosos en tanto grupos políticos bajo la justificación de «razones de Estado»¹¹.

Desde esta perspectiva, la estabilidad y autonomía de los grupos religiosos pueden ser puestas en duda; ahora bien, en realidad, esto parece extensible a todos los grupos previstos. Así ocurre con los grupos nacionales, que se asientan en un reconocimiento oficial de pertenencia a un Estado, que tampoco es de carácter inamovible. Más dudas todavía suscitarían los grupos étnicos, cuya definición, conforme a la jurisprudencia y doctrina dominante, se basa en el carácter cultural. Así, esta estricta noción de estabilidad sólo podría predicarse de los grupos raciales y ello sólo en el caso de que efectivamente se entiendan como grupos basados en rasgos físicos de carácter hereditario.

En última instancia, los grupos religiosos fueron efectivamente incluidos y lo fueron como categoría independiente. Esta decisión parece un acierto no sólo teniendo en cuenta el caso del Holocausto o las múltiples guerras de la religión que motivaron los tratados de protección de mino-

⁸ *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*, también llamada *Blutschutzgesetz*, aprobada el 15 de septiembre de 1935 (RGBl., I, S. 1146). A propósito, con detalle, C. ESSNER, *Die Nürnberger Gesetze oder die Verwaltung des Rassenwahns*, Paderborn, 2002.

⁹ UN Doc. A/C.6/223, 3 UN GAOR C.6, 75th meeting, pp. 116 y 117. La propuesta fue rechazada por cuarenta votos contra cinco y una abstención. Al respecto, N. ROBINSON, *The Genocide Convention. A Commentary*, New York, 1960, p. 60.

¹⁰ D. NSERIKO, «Genocide: a crime against mankind», en G. KIRK MCDONALD, *Procedural and substantive aspects of International Criminal Law*, The Hague, 2000, p. 132.

¹¹ A. PLANZER, *Le crime de genocide*, St. Gallen, 1956, p. 98; de la misma opinión M. N. SHAW, «Genocide and International Law», en Y. DINSTEIN, *International Law at time of perplexity*, Dordrecht, 1989, p. 807.

rías religiosas del siglo XIX, sino también conflictos mucho más actuales como el de Myanmar o Nigeria.

La formulación actualmente vigente del delito de genocidio, que incluye a los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos, se encuentra ampliamente aceptada, en particular en lo que se refiere a los grupos protegidos, y, de hecho, ha sido declarada norma de *ius cogens* que impone obligaciones *erga omnes*¹².

B) *Jurisprudencia*

En la sentencia referencia en esta materia, el caso *Akayesu*, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR, en adelante) expuso la siguiente definición:

«El grupo religioso es aquel cuyos miembros comparten la misma religión, confesión o forma de rendir culto»¹³.

En términos generales, la doctrina ha venido aceptando esta definición¹⁴, con ciertas excepciones¹⁵. Kreß, por su parte, a pesar de seguir una línea similar a la marcada por el TPIR, señala otros caracteres fundamentales, como el hecho de que no sea necesario un cierto grado de organización pero sí que la agrupación tenga un carácter estable, articulada en torno a una religión en sentido amplio¹⁶. Por su parte, en una versión algo más

¹² Al respecto *vid.* J. WOUTERS y S. VERHOEVEN, «The prohibition of genocide as a norm of *ius cogens* and its implications for the enforcement of the law of genocide», *International Criminal Law Review*, núm. 5, 2005, pp. 401-416.

¹³ *Akayesu*, Trial Judgement, párrafo 515: «*The religious group is one whose members share the same religion, denomination or mode of worship*». Igualmente, la sentencia *Kayishema y Ruzindana* que incluía expresamente «creencias comunes» (*common beliefs*), *Kayishema and Ruzindana*, Trial Judgement, párrafo 98.

¹⁴ Por ejemplo, G. WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, 2005, párrafo 590: «Miembros de una comunidad religiosa que tienen la misma confesión, creen en la misma imagen espiritual, secundan una misma idea espiritual o practican formas comparables de culto»; D. NSEREKO, «Genocide: a crime against mankind», *op. cit.*, p. 132; A. PLANZER, *Le crime de génocide*, *op. cit.*, p. 98.

¹⁵ W. A. SCHABAS, *Genocide in International Law*, Cambridge, 2009, p. 148: «*Identifying a “religious group” involves identifying a religion*»; también en este sentido el Informe UNCOI sobre Darfur, párrafo 494: «*The expression “religious group” may be taken to encompass sets of individuals having the same religion, as opposed to other groups adhering to a different religion*».

¹⁶ Ahora bien, resulta fundamental para este autor que tales grupos sean diferenciados

amplia, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY, en adelante) lo definió como «cualquier comunidad religiosa unida por un único ideal espiritual»¹⁷.

Con todo, aun tomando esta definición como punto de partida, surgen toda una serie de incógnitas a propósito de los concretos límites del grupo religioso. Por ejemplo, si sólo las religiones tradicionales tienen cabida en el precepto, o si modernos grupos de corte filosófico también pueden entenderse incluidos. En la misma línea cabe plantearse si los ateos constituyen grupo religioso a efectos del delito de genocidio¹⁸, o si las sectas habrán de ser consideradas merecedoras de una protección penal de este calado¹⁹.

Además, en la práctica, atendiendo a la jurisprudencia existente, no parece haber casos claros de genocidio de grupos religiosos. Por ejemplo, resulta difícil determinar si los judíos constituyen un grupo religioso o, más bien, uno de naturaleza racial²⁰. Otro elemento que introduce aún más confusión en el debate reside en que, con cierta frecuencia, se persiga a grupos religiosos en tanto grupos políticos, bajo la justificación de «razones de Estado»²¹. En tales casos no debe emplearse la protección garantizada a grupos religiosos para grupos políticos²². Por ejemplo, los monjes

de grupos que comulgan con una filosofía de vida común que, sin embargo, no constituye una religión (C. KRESS, «The Crime of Genocide under International Law», *International Criminal Law Review*, vol. 6, núm. 4, 2006, p. 479).

¹⁷ En inglés: «*any religious community united by a single spiritual ideal*», en *Stakic*, Appeal Judgement, párrafos 22 y 24.

¹⁸ A propósito *vid. infra* sección 2.2.2.

¹⁹ En principio, a la vista de la definición dada por el Tribunal, la respuesta podría ser afirmativa. Así lo entienden D. NSEREKO, «Genocide: a crime against mankind», *op. cit.*, p. 13; G. WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 590. Para Kress, el énfasis debe estar en la estabilidad, de acuerdo con los criterios manejados por los redactores de la Convención (C. KRESS, «The Crime of Genocide under International Law», *op. cit.*, p. 479). Shaw, en la línea de lo dispuesto por el Comité de Derechos Humanos (*MAB, WAT and JAYT v. Canada*, núm. 570/1993) y de la Corte Europea de Derechos Humanos (*Kokkinakis v. Greece* muestra su preocupación de que las sectas puedan aprovecharse ilegítimamente de la libertad religiosa, Decisión de 25 de mayo de 1995), considera que un criterio para otorgar protección deberá ser que el grupo no se encuentre involucrado en actividades criminales (M. N. SHAW, «Genocide and International Law», *op. cit.*, p. 807). Pero, en realidad, tal requisito no se extrae del texto legal y, lo que es más, tampoco se plantea en las demás categorías de grupos. Por ejemplo, en los Balcanes, los acusados ante el Tribunal pertenecen a todos los grupos. Asunto distinto es que un conjunto de individuos se constituya en apariencia como grupo religioso con el único fin de establecer una organización criminal dedicada a la delincuencia, ya que su verdadera naturaleza no sería de tipo religioso.

²⁰ D. NSEREKO, «Genocide: a crime against mankind», *op. cit.*, p. 132.

²¹ A. PLANZER, *Le crime de génocide*, *op. cit.*, p. 98; de la misma opinión M. N. SHAW, «Genocide and International Law», *op. cit.*, p. 807.

²² Por todos, G. WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, párrafo 590.

budistas camboyanos fueron objeto de fuertes medidas de represión durante el periodo de dominación de los Jemeres Rojos, que, en repetidas ocasiones, declararon una guerra abierta contra el budismo²³. Sin embargo, es un hecho contestado si fueron víctima de los ataques como grupo religioso o, más bien, como grupo político, contrario al régimen instaurado²⁴.

También han surgido dificultades similares en el caso de los Balcanes, donde las escasas condenas por delito de genocidio no especificaban claramente la naturaleza del grupo afectado por los actos delictivos. Inicialmente, las sentencias del TPIY se limitaban a calificarlo como grupo protegido sin especificar la categoría²⁵. Efectivamente, la determinación de su concreta naturaleza resulta conflictiva. El Informe Final de la Comisión de Expertos ofrecía una visión muy completa del problema al afirmar que:

«Los diferentes grupos relevantes en el conflicto de la antigua Yugoslavia —los serbios, croatas, musulmanes, gitanos y otros— tienen todos estatus de grupo étnico y pueden ser caracterizados, al menos en parte, por su religión, etnia o nacionalidad»²⁶.

En la sentencia de primera instancia *Krstic* la cuestión se expuso en los siguientes términos:

«Inicialmente concebidos como grupo religioso, los bosnios musulmanes fueron reconocidos como una “nación” por la Constitución yugoslava de 1963. Las pruebas presentadas en juicio muestran de forma muy clara que las máximas autoridades políticas serbo-bosnias y las fuerzas serbo-bosnias que operaban en Srebrenica en julio de 1995 concebían a los bosnios musulmanes como un grupo específico nacional»²⁷.

²³ *Report of the Group of Experts for Cambodia established pursuant to General Assembly, Resolution 52/135*, párrafo 63.

²⁴ Con detalle al respecto en H. HANNUM, «International Law and Cambodian Genocide: the sounds of silence», *Human Rights Quarterly*, núm. 11, 1989, pp. 82-138; W. A. SCHABAS, «Book Review. Cambodia: Was it really genocide?», *Human Rights Quarterly*, vol. 23, núm. 2, 2001, p. 472; T. FAWTHROP y H. JARVIS, *Getting away with genocide?*, *op. cit.*, p. 42.

²⁵ *Jelisić*, Trial Judgement, párrafo 72; *Brdanin*, Trial Judgement, párrafos 682, 732 y 736; *Krnjelac*, Trial Judgement, párrafo 438, y *Stakić*, Trial Judgement, párrafos 512 y 545.

²⁶ *Final Report of the Commission of Experts*, p. 18.

²⁷ *Krstic*, Trial Judgement, párrafo 559: «Originally viewed as a religious group, the Bosnian Muslims were recognised as a «nation» by the Yugoslav Constitution of 1963. The evidence tendered at trial also shows very clearly that the highest Bosnian Serb political authorities and the Bosnian Serb forces operating in Srebrenica in July 1995 viewed the Bosnian Muslims as a specific national group». En el mismo sentido, *Kravica*, First Instance Verdict, p. 60.

Posteriormente, la Sala de Primera Instancia en el caso *Krajisnik* manifestó que, a pesar de que su concreta adscripción a una de las categorías era problemática, en todo caso, no cabía duda de que los grupos víctima de los ataques (bosnios-musulmanes y bosnios-croatas) eran grupos nacionales o étnicos²⁸. Es decir, el tribunal parecía apuntar que, aunque no fuera posible adscribir los grupos a una categoría en concreto, resultaba evidente que correspondían a uno de los grupos protegidos²⁹. No obstante, la reciente sentencia *Popovic* se inclinó, de forma expresa, por entender que se trataba de un grupo nacional³⁰.

Se evidencia así la dificultad de aplicar las categorías, que sin excesivo éxito definía el TPIR en el caso *Akayesu*, a la realidad de los grupos humanos. En este sentido, la Sala de Primera Instancia del TPIY afirmó en *Krstic* que «[t]ratar de diferenciar entre cada uno de los grupos enumerados con base en criterios científicos objetivos sería contradictorio con el objeto y fin de la Convención»³¹.

Para Schabas, lo que trataron de hacer los redactores del texto, más que establecer categorías propiamente dichas, fue lanzar un mensaje no necesariamente limitado a los grupos expresamente enunciados. Así, para este autor, las categorías elegidas operan como cuatro postes que delimitan un área en la que toda una serie de grupos están protegidos. Los términos resultantes no se definen en solitario, sino que se concretan entre sí; por ejemplo, los grupos étnicos fueron introducidos a fin de asegurar que los grupos nacionales no se confundirían con los políticos; los grupos lingüísticos se eliminaron porque se consideró que ya se aseguraba su protección por las restantes categorías. De este modo, los cuatro grupos fueron concebidos de una forma dinámica y sinérgica de forma que cada uno contribuyera a la construcción del otro³². Una concepción como esta explicaría el

²⁸ *Krajisnik*, Trial Judgement, párrafo 855.

²⁹ A pesar de esto, esta misma sentencia pareció decantarse por calificarlos como grupos étnicos (*Krajisnik*, Trial Judgement, párrafos 866, 867 y 869). En relación con otros delitos, como torturas y persecución, el TPIY mencionaba la posibilidad de diferenciar a los grupos bosnios musulmanes y serbo-bosnios en función de criterios religiosos o étnicos. Al respecto, G. METTRAUX, *International Crimes and the ad hoc tribunals*, op. cit., nota 102.

³⁰ *Popovic*, Trial Judgement, párrafo 840.

³¹ En inglés: «To attempt to differentiate between each of the named groups of the basis of scientifically objective criteria would thus be inconsistent with the object and the purpose of the Convention», en *Krstic*, Trial Judgement, párrafo 556. Cfr. también *Brdanin*, Trial Judgement, párrafo 682.

³² A propósito, W. A. SCHABAS, *Genocide in International Law*, op. cit., p. 111; W. A. SCHABAS, «Groups protected by the Genocide Convention: conflicting interpretations from the International Tribunal for Rwanda», op. cit., p. 385.

solapamiento existente entre las diferentes categorías³³, que a veces parecen intercambiables entre sí³⁴.

2. **Ámbito nacional: el art. 607 de Código Penal español**

A) *Regulación*

Precisamente como consecuencia del proceso de armonización tras la ratificación de la Convención, el delito de genocidio fue incorporado a la legislación española mediante la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. En su trasposición, el texto fue sometido a algunas modificaciones. La mayor de ellas afectaba a los grupos protegidos: aunque la Convención mencionaba exclusivamente a grupos religiosos, étnicos, raciales o religiosos, el texto de 1971 incluía a los grupos sociales, olvidaba a los raciales y vinculaba a nacionales y étnicos al no figurar una coma para separarlos³⁵. Sean estas variaciones erratas o no³⁶, lo cierto es que fueron posteriormente modificadas de modo que la enumeración de los grupos correspondiera exactamente a la contenida en la Convención³⁷.

³³ Entre otros, G. METTRAUX, *International Crimes and the ad hoc tribunals*, Oxford, 2005, p. 227; W. A. SCHABAS, «Groups protected by the Genocide Convention: conflicting interpretations from the International Tribunal for Rwanda», *ILSA Journal of International & Comparative Law: International Practitioner's Notebook*, vol. 6, núm. 2, 2000, p. 386. Específicamente sobre grupos étnicos y nacionales, Informe UNCOI sobre Darfur, párrafo 494.

³⁴ D. NSEREKO, «Genocide: a crime against mankind», *op. cit.*, p. 131.

³⁵ Art. 137 bis: «Los que con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, social o religioso perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: 1.º Con la de reclusión mayor a muerte, si causaren la muerte a algunos de sus miembros. 2.º Con la de reclusión mayor, si causaren castración, esterilización, mutilación o bien alguna lesión grave. 3.º Con la de reclusión menor, si sometieren al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud. En la misma pena incurrirán los que llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaren cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o bien trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro».

³⁶ Aunque la mayoría de la doctrina considera que se trata efectivamente de un error (por todos, J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal. Parte especial*, 18.ª ed., Madrid, 1995, p. 659) también hay quien considera que se trató de una modificación intencionada, especialmente en lo que respecta a la unión de grupos étnicos y nacionales, que hubiera impedido calificar de grupos nacionales a ciertos conjuntos de individuos en España (E. BELTRÁN BALLESTER, «El delito de genocidio», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 6, 1978, p. 47).

³⁷ LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, art. 137

En la actualidad, el delito de genocidio aparece previsto en el art. 607 del Código Penal en los siguientes términos:

1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1.º Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros.

Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes se impondrá la pena superior en grado.

2.º Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el art. 149.

3.º Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el art. 150.

4.º Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

5.º Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los núms. 2 y 3 de este apartado.

Persisten, por tanto, ciertos matices que diferencian la formulación española de aquella elegida en la Convención, aunque no en cuanto a la lista de grupos protegidos, sino como consecuencia de los cambios introducidos en el elemento introductorio del delito que afectan al sujeto activo —a través de la sustitución del tradicional «el que» por «los que»—³⁸ o

bis: «Los que con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, racial o religioso perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: 1.º Con la pena de reclusión mayor, si causaren la muerte, castración, esterilización, mutilación o lesión grave a alguno de sus miembros. 2.º Con la reclusión menor, si sometieren al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud. En la misma pena incurrirán los que llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de sus miembros, adoptaren cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o bien trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro».

³⁸ Con más detalle, a propósito de lo que tal cambio conlleva, J. J. GONZÁLEZ RUS, «Delitos contra la comunidad internacional», en M. COBO DEL ROSAL, *Derecho Penal español. Parte especial*, Madrid, 2004, pp. 1194-1198.

la eliminación de la cláusula «como tal»³⁹, y de las diferencias registradas en el elemento objetivo⁴⁰.

B) *Jurisprudencia*

La única experiencia jurisprudencial en España corresponde al contexto de violaciones masivas cometidas durante la denominada «guerra sucia» que tuvo lugar en Argentina entre 1976 y 1983, caso del que conoció en aplicación de la versión entonces vigente del principio de jurisdicción universal⁴¹. Durante este periodo de dictadura militar se inició una intensa represión contra ciertos sectores de la población, cometiendo sendos delitos de torturas, detenciones ilegales, secuestro de los niños nacidos en cautiverio y desapariciones forzadas.

Estas purgas respondían a un plan de destrucción de los denominados «enemigos del alma argentina», que eran, según se desprende de los planes del ejército, todos aquellos que se oponían a la «civilización occidental y cristiana», incluyendo a miembros de organizaciones político-militares, políticas, gremiales, estudiantiles o religiosas, aunque también a aquellas personas de una u otra forma vinculadas a estos colectivos⁴². Entre las víctimas se encontraban obreros, estudiantes, empleados, amas de casa, docentes, periodistas, intelectuales, religiosos e incluso miembros de las

³⁹ En todo caso, dadas las innumerables dificultades a la hora de interpretar el encabezamiento, los matices introducidos por su omisión también resultan difíciles de descifrar.

⁴⁰ En este sentido, la regulación de las lesiones a la integridad física o mental de los miembros del grupo es más amplia, ya que la regulación española abarca cualquier tipo de lesión (y no sólo las graves); se encuentran previstas expresamente las agresiones sexuales que permite apreciar las violaciones como una forma de genocidio, así como los polémicos traslados forzosos, herramienta fundamental empleada en las políticas de limpieza étnica en los Balcanes o la criminalización de la adopción de medidas dirigidas a impedir no sólo la reproducción del grupo, sino también su «género de vida». Al respecto *vid.* A. GIL GIL, *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*, Granada, 2006, pp. 209 y ss.

⁴¹ Hasta finales del año pasado, la Ley Orgánica del Poder Judicial preveía en su art. 23.4 un principio de jurisdicción universal puro en el caso de ciertos delitos, entre los que se encontraba el genocidio. Sin embargo, el 3 de noviembre de 2009 el Parlamento aprobó una polémica reforma cuyo objetivo era restringir la competencia a aquellos supuestos en los que exista una conexión con el Estado español (LO 1/2009, de 3 de noviembre).

⁴² Informe «Nunca más» de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Informe CONADEP, en adelante), en versión electrónica en <http://www.desaparecidos.org/arg/conadep/nuncamas/nuncamas.html> (7 de febrero de 2008). Estos mismos hechos fueron declarados probados por las sentencias SAN 16/2005, hecho probado primero, 2, y STS 798/2007, antecedente primero, 1.

fuerzas de seguridad⁴³. Las cifras de desaparecidos en este periodo oscilan entre las 20.000 y 30.000 personas⁴⁴.

En el marco del proceso contra el militar Adolfo Scilingo, al calificar los hechos declarados probados —en este caso, torturas y la participación del acusado en dos «vuelos de la muerte»— se planteó, entre otras, la posibilidad de apreciar la existencia de un delito de genocidio, por considerar a las víctimas como miembros de un grupo religioso. Tal exégesis fue sostenida por el Auto de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 1998⁴⁵.

La idea que preside esta interpretación es que «los grupos ideológicos o políticos deberían ser tratados igual que los religiosos, pues ambos tienen una idea común (la ideología) que une a sus miembros»⁴⁶. Según los hechos declarados probados y, muy especialmente, según lo establecido por el Informe CONADEP, el fundamento último de la represión de la dictadura fue el de preservar la moral cristiana occidental, lo cual fue puesto de manifiesto por sus dirigentes en repetidas ocasiones⁴⁷. Por ello, para este Auto, «en Argentina se trató de destruir [...] a quienes, según el criterio de los genocidas, no profesaban una ideología religiosa cristiana, sino no teísta o atea»⁴⁸. Una prueba de ello sería el secuestro de casi 500 niños nacidos en cautiverio, que fueron segregados de sus familias con el objetivo de que fueran educados en la ideología cristiana⁴⁹.

No obstante, la consideración de las víctimas de la represión como grupo religioso planteaba ciertos problemas específicos. El primero, la naturaleza «religiosa» de los ateos como grupo. En este sentido, se llevó el

⁴³ Informe CONADEP, conclusiones; SAN 16/2005, hecho probado primero, 5, y STS 798/2007, antecedente primero, 1.

⁴⁴ Véanse SAN 16/2005, hechos probados, primero, 5, y STS 798/2007, antecedente primero, 1.

⁴⁵ Aunque también defiende con multitud de argumentos la calificación de grupo nacional de forma cumulativa a la consideración religiosa el AAN de 25 de marzo de 1998, razonamientos jurídicos quinto y séptimo.

⁴⁶ AAN de 25 de marzo de 1998, razonamiento jurídico séptimo.

⁴⁷ Es revelador en este sentido uno de los textos oficiales de la Escuela Superior de Guerra Argentina titulado «Lo nacional. El Nacionalismo», corregido por el propio general Videla: «El populismo, el clasismo y el socialismo son tres ejemplos de ideologías cuya infiltración en el nacionalismo argentino distorsiona, lo confunde, lo extravía. Argentina no debe esperar nada del mundo exterior, que sólo busca la entrega al marxismo de los países que confiesan a Cristo [...] En nuestros días se ha consumado lo peor que podía ocurrir y de más funestas consecuencias: la infiltración de las ideologías marxistas en el sentido nacional y más aún en el nacionalismo argentino y en la Iglesia Católica Apostólica y Romana» (Informe CONADEP, pp. 347 y ss; citado en el Auto de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 1998, razonamiento jurídico séptimo).

⁴⁸ *Vid.* AAN de 25 de marzo de 1998, razonamiento jurídico octavo.

⁴⁹ *Ibid.*

debate al cuestionamiento del criterio negativo, el cual implica reconocer la existencia de un grupo que se caracteriza por carecer de una condición de naturaleza étnica, racial, religiosa o nacional⁵⁰.

Este criterio surgió del análisis del conflicto de los Balcanes al entender que las víctimas de los ataques formaban un único grupo omnicomprendido caracterizado por la no pertenencia al grupo serbio, lo cual incluía a musulmanes, bosnios o croatas⁵¹. Sin embargo, es posible sostener que los ateos se identifican por una creencia de carácter religioso: la de que Dios no existe; en consecuencia, no habría obstáculos para afirmar que los ateos constituyen un grupo religioso concebido como aquel cuyos miembros comparten la misma creencia⁵².

Sí supondría la aplicación del criterio negativo el mantener que el grupo en este caso lo componen todos aquellos que disienten de la doctrina religiosa oficial; es decir, ateos, agnósticos, pero también protestantes, judíos o incluso ciertos movimientos católicos de base. Teniendo en cuenta que dicho criterio ha tenido una limitada aceptación en los tribunales internacionales y, por el momento, no ha llegado a ser aplicado⁵³, su empleo en este contexto resulta, cuando menos, polémico.

En realidad, todavía no existe jurisprudencia alguna por parte de los tribunales penales internacionales a propósito del estatus de los ateos, ni tampoco la definición propuesta en *Akayesu* permite concluir nada de forma fehaciente. En general, la mayor parte de la doctrina se muestra contraria⁵⁴,

⁵⁰ Informe Final de la Comisión de Expertos para la Investigación de Violaciones de Derecho Internacional Humanitario en la antigua Yugoslavia [*Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council, Resolution 780 (1992), to Investigate Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia*, p. 18].

⁵¹ *Ibid.* Posteriormente, aunque con otra concepción distinta, fue expuesto y declarado válido en la sentencia en primera instancia del caso *Jelisić*, Trial Judgement, párrafo 71.

⁵² De esta opinión, J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, «El exterminio de grupos políticos en Derecho penal internacional. Genocidio y crímenes contra la humanidad», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 4, 2000, pp. 147-160. En contra, A. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, Madrid, 1999, p. 186.

⁵³ A propósito, *Popović*, Trial Judgement, párrafo 809; *Stakić*, Trial Judgement (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia), párrafo 512; *Brdanin*, Trial Judgement (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia), párrafos 685 y 686; *Stakić*, Appeal Judgement (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia), párrafo 27, y también en la sentencia *Bosnia-Herzegovina contra Serbia*, Corte Internacional de Justicia, párrafos 191-195.

⁵⁴ G. WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, párrafo 590; M. N. SHAW, «Genocide and International Law», *op. cit.*, p. 807; C. KRESS, «The Crime of Genocide under International Law», *op. cit.*, p. 479; W. A. SCHABAS, *Genocide in International Law*, *op. cit.*, p. 149; de forma implícita, Informe UNCOI sobre Darfur, párrafo 494; C. BYRON, «The Crime of Genocide», en D. MACGOLDRICK, P. ROWE y E. DONNELLY, *The Permanent*

con pocas excepciones⁵⁵. Los problemas parecen provenir, más que de su carácter religioso, de su falta de estabilidad y de vinculación —lo que Shaw denomina su «naturaleza amorfa»—⁵⁶ y su posible carácter político.

Con todo, para el Tribunal Supremo español el verdadero problema residía simplemente en que, en el caso argentino, «aunque en el hecho probado se hacen algunas referencias a elementos de tipo religioso, aisladamente o junto con otros, como característicos de algunos integrantes del grupo de los autores, son insuficientes para considerar que el elemento distintivo de ese grupo era precisamente la religión»⁵⁷. En consecuencia, a pesar de que es indudable que la religión jugó un papel más o menos relevante en el conflicto, resulta difícil sostener que todas las víctimas fueran seleccionadas conforme a este elemento identificador⁵⁸.

Discusiones de esta naturaleza evidencian la necesidad de un análisis pormenorizado del grupo religioso, para el que recurriremos al propio ordenamiento jurídico español, que a lo largo de los últimos años ha desarrollado una serie de nociones que pueden resultar de gran utilidad en el debate que nos ocupa.

III. ESTUDIO INTERDISCIPLINAR DEL CONCEPTO DE GRUPO RELIGIOSO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

En algunos Estados, la regulación del delito de genocidio ha sido objeto de mayor desarrollo. Así, Estados Unidos incluyó en la Ley de implementación de la Convención una serie de definiciones de los grupos protegidos. Los grupos religiosos incluirían a «un conjunto de individuos cuya identidad como tal es característica en cuanto a credo religioso, creencias,

International Criminal Court. Legal and Policy Issues, Studies in International Law, Oxford, 2004, p. 159; A. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 186.

⁵⁵ C. SAFFERLING, «Wider die Feinde der Humanität- Der Tatbestand des Völkermords nach der Römischen Konferenz», *Juristische Schulung*, núm. 8, 2001, p. 738; M. LIPPMAN, «The convention on the prevention and punishment of the crime of genocide fifty years later», *Arizona Journal of International and Comparative Law*, núm. 15, 1998, p. 456; D. NSE-REKO, «Genocide: a crime against mankind», *op. cit.*, p. 132.

⁵⁶ M. N. SHAW, «Genocide and International Law», *op. cit.*, p. 807.

⁵⁷ STS 798/2007, fundamento de Derecho décimo, 11.

⁵⁸ Así fue sostenido también en C. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, «El tratamiento del exterminio de grupos políticos a la luz del caso Scilingo», *Jueces para la Democracia*, núm. 55, 2006, p. 55.

doctrinas, prácticas o rituales comunes»⁵⁹. En España no se ha producido un desarrollo normativo de esta naturaleza. Sin embargo, existe un desarrollo suficiente del concepto de grupo religioso que bien podría ser utilizado en este debate.

1. Presupuestos constitucionales

Para analizar adecuadamente la posible aportación que el ordenamiento jurídico español puede ofrecer a la determinación del grupo religioso debemos partir necesariamente del análisis de los preceptos constitucionales que sientan las bases de nuestro sistema en relación con el tema que estamos tratando.

Y en este sentido, el fundamento de protección de los grupos religiosos como sujeto pasivo del delito de genocidio parece encontrarse fundamentalmente en la propia garantía del derecho a la libertad de creencias reconocido en el art. 16 de nuestro texto constitucional.

La respuesta a si tiene o no cabida la delimitación del grupo religioso en nuestro ordenamiento jurídico, y, en su caso, si debe o no restringirse la protección del delito de genocidio a grupos de tal carácter o extenderse, como ha planteado la Audiencia Nacional, a grupos de carácter ideológico, debería deducirse, por tanto, del análisis del precepto constitucional señalado.

El art. 16 de la Constitución española garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las «comunidades», proclama el principio de aconfesionalidad del Estado y obliga a los poderes públicos a tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y a mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones. De este precepto se desprenden, por tanto, tres aspectos esenciales que analizaremos a continuación: garantía de la libertad de creencias, neutralidad ideológica del Estado y mandato de cooperación con las confesiones religiosas.

El art. 16 utiliza una triple terminología para garantizar la libertad de creencias: libertad ideológica, religiosa y de culto. Esta opción ha sugerido una doble interpretación del precepto. Parte de la doctrina estima que el art. 16 garantiza dos libertades formalmente distintas: la libertad religiosa

⁵⁹ Convention Implementation Act 1987 (Proxmire Act), 1093.7: «a set of individuals whose identity as such is distinctive in terms of common religious creed, beliefs, doctrines, practices, or rituals».

y la libertad ideológica o de pensamiento. Desde esta perspectiva se sostiene que tienen un objeto propio, distinto en cada caso: el objeto de la libertad ideológica sería el conjunto de ideas, conceptos y juicios que el hombre puede elaborar y defender sobre cualquier realidad física o humana, mientras que el de la libertad religiosa sería la profesión y práctica de las propias creencias religiosas⁶⁰.

La segunda opción se decanta por una interpretación unitaria del Derecho. El art. 16 CE ha de interpretarse teniendo en cuenta la cláusula de remisión hermenéutica contenida el art. 10.2 CE, es decir, en consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantizan la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Utilizando esta triple denominación podría parecer que avalan las tesis que confieren plena autonomía al derecho de libertad religiosa. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos, en su interpretación del art. 18 PIDCP, apunta un sentido unitario del derecho: «el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (que incluye la libertad de tener creencias) en el párrafo 1 del art. 18 es profundo y de largo alcance; abarca la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las convicciones personales y el compromiso con la religión o las creencias, ya se manifiesten a título individual o en comunidad con otras personas [...] los términos creencia y religión deben entenderse en sentido amplio. El art. 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales. Por eso, el Comité ve con preocupación cualquier tendencia a discriminar contra cualquier religión o creencia, en particular a las más recientemente establecidas, o a las que representan a minorías religiosas que puedan ser objeto de la hostilidad de una comunidad religiosa predominante»⁶¹.

En consecuencia, el art. 16 CE debería ser comprendido en este sentido, es decir, se trataría de una libertad que garantiza «la libre autodeterminación del individuo en la elección de su propio concepto de la vida o de su propia cosmovisión, así como de la libre adopción de decisiones existenciales»⁶².

⁶⁰ J. HERVADA, «Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia», en *Los Eclesiasticistas ante un espectador*, 2.ª ed., Pamplona, 2002, pp. 111-135.

⁶¹ Comentario General núm. 22(48) al art. 18, aprobado por el Comité de Derechos Humanos en su 1.247.ª sesión, celebrada el 20 de julio de 1993.

⁶² J. A. SOUTO PAZ, *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las liberta-*

Se trata, en definitiva, de una libertad negativa, de hacer o no hacer, de asumir una propia cosmovisión, sea ésta de carácter religioso o no, o de no asumirla, sin interferencias externas. Es decir, como ha destacado el Tribunal Constitucional, «la libertad de creencias, sea cual sea su naturaleza, religiosa o secular, representa el reconocimiento de un ámbito de actuación constitucionalmente inmune a la coacción estatal [...] ampara pues un *agere licere* consistente, por lo que ahora importa, en profesar las creencias que se desee y conducirse de acuerdo con ellas, así como mantenerlas frente a terceros y poder hacer proselitismo de las mismas»⁶³.

Por otra parte, y como señalábamos inicialmente, la Constitución española de 1978 garantiza también —aunque implícitamente— el principio de neutralidad ideológica del Estado⁶⁴, a través del reconocimiento de principios como el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa o la aconfesionalidad estatal⁶⁵. Los poderes públicos, de conformidad con este principio, deberían actuar de forma estrictamente neutral ante toda convicción, sea ésta religiosa o no. En sentido estricto, la aconfesionalidad del Estado implica la separación entre el Estado y las confesiones religiosas —vedando cualquier confusión entre fines religiosos y estatales— y la consecuente incompetencia para valorar las diferentes opciones religiosas presentes en la sociedad⁶⁶. Por ello, resulta, en principio, descartable que los poderes públicos traten de formular un concepto de «lo religioso» y, por ende, del grupo religioso.

Sin embargo, el último de los principios enunciados, esto es, el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos contenido en el apartado tercero del art. 16 CE, ha dificultado el abstencionismo del Estado en esta materia. Se establece en él la obligación del Estado de «tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española»⁶⁷ y de cooperar

des públicas en el Derecho comparado, 3.ª ed., Madrid, 2007, p. 220. En similar sentido, Ruiz Miguel aboga por un igual tratamiento de las libertades contenidas en el art. 16: «La libertad religiosa puede verse como una especificación de la ideológica, pero no por ello como un tipo de libertad diferente que esté sometida a un régimen especial de protección activa» (A. RUIZ MIGUEL, «Para una interpretación laica de la Constitución», *RGDCDEE*, núm. 18, 2008, 1-29, p. 22).

⁶³ STC 141/2001, de 29 de mayo, fundamento jurídico 4.º

⁶⁴ Sí lo hace de forma expresa respecto a las convicciones religiosas al establecer la aconfesionalidad estatal (art. 16.3 CE).

⁶⁵ STC 5/1981, de 13 de febrero.

⁶⁶ J. A. SOUTO PAZ, «Veinticinco años de cuestión religiosa y su solución constitucional», *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59, 2003-2004, pp. 175-191, esp. p. 182.

⁶⁷ Este mandato constitucional no puede dejar de sorprender. «Da la impresión —como muy bien indica el profesor Souto— de que los poderes públicos deberían crear, a tenor

con la Iglesia Católica y las demás «confesiones». Este mandato ha incitado a los poderes públicos a crear, en el desarrollo del derecho garantizado en el art. 16, un régimen especial para los grupos de carácter religioso, y, por tanto, un trato diferencial y discriminatorio entre los individuos en base a sus creencias, y entre los distintos grupos que las desarrollan. Y como ha indicado el profesor Souto, «los derechos y libertades inherentes a la dignidad de la persona humana, como proclama el art. 10 de nuestra Constitución, deberían conducir a un régimen general y común de todos los individuos y de todas las comunidades ideológicas y religiosas, limitando las excepciones a este régimen en virtud de circunstancias excepcionales y plenamente justificadas»⁶⁸.

2. Aportaciones a la delimitación conceptual del grupo religioso

Pese a las consideraciones anteriores, lo cierto es que en España —precisamente como consecuencia del desarrollo legislativo del art. 16 CE— se han elaborado propuestas de delimitación del grupo religioso. Como veremos, estas reflexiones tienden a remarcar la singularidad del grupo religioso frente a grupos ideológicos, filosóficos, ateos, agnósticos, etc., en consonancia con la interpretación antes apuntada que confiere plena autonomía a la libertad religiosa.

El primer problema que plantea la delimitación del grupo religioso en el ordenamiento jurídico español se desprende de la diversidad terminológica utilizada por la normativa que regula esta materia. El art. 16 CE incorpora ya un elemento a tener en cuenta en la determinación de los grupos religiosos en nuestro país. Su apartado primero reconoce esta libertad tanto a los individuos como a las «comunidades» y, como ya adelantamos, el tercero establece un mandato a los poderes públicos de cooperar con la «Iglesia Católica y las demás confesiones». Los términos «comunidad» y «confesión» aparecen, por tanto, mencionados en nuestra Constitución como sujetos colectivos de la libertad de creencias.

La Ley Orgánica de Libertad Religiosa, que desarrolla parcialmente el art. 16 CE, crea un mecanismo de reconocimiento estatal de los gru-

de lo dispuesto en dicho precepto constitucional, un observatorio religioso que permitiera cuantificar las creencias y los creyentes existentes en nuestra sociedad» (J. A. SOUTO PAZ, «Veinticinco años de cuestión religiosa y su solución constitucional», *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59, 2003-2004, pp. 175-191, esp. p. 185).

⁶⁸ *Ibid.*, p. 185

pos religiosos mediante su inscripción en un registro especial —el Registro de Entidades Religiosas— en virtud de la cual adquieren personalidad jurídica. Esta ley introduce novedades terminológicas importantes. Mantiene el término «confesión», pero añade las denominaciones siguientes: iglesias, comunidades religiosas y sus federaciones, y, por supuesto, el término genérico «entidades religiosas» que da su nombre al registro especial creado al efecto de reconocer personalidad jurídica a los grupos religiosos. A su vez, el Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, de organización y funcionamiento del RER, añade los términos órdenes, congregaciones e institutos religiosos y entidades asociativas religiosas constituidas por las iglesias y confesiones⁶⁹.

Ante este amplio espectro terminológico la doctrina ha asumido generalmente la distinción entre entidades religiosas mayores —iglesias, comunidades, confesiones y sus federaciones— y entidades religiosas menores, es decir, los entes creados por las anteriores para la realización de sus fines.

Salvando el aspecto terminológico, lo cierto es que tanto la Constitución como la LOLR eluden aportar una noción de grupo religioso. La LOLR utiliza únicamente un criterio negativo para delimitar su ámbito de aplicación, excluyendo a los grupos que desarrollen fines o actividades relacionados con el estudio o experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos u otros fines análogos ajenos a los religiosos⁷⁰. Sin embargo, la exigencia requerida por la normativa vigente relativa a la necesaria acreditación de «finalidad religiosa» para verse reconocidos como grupos de tal carácter en el ordenamiento jurídico español ha generado una profusa aportación doctrinal, administrativa y jurisprudencial en torno a la noción de «entidad religiosa», especialmente respecto a las denominadas «entidades religiosas mayores».

Como apuntaba anteriormente, tanto la LOLR como el Decreto que la desarrolla eluden ofrecer una noción de entidad religiosa. Ambos se limitan a establecer una serie de requisitos necesarios para proceder a su inscripción en el RER: documento fehaciente de fundación o establecimiento en España; fines religiosos; denominación y domicilio; régimen de funcionamiento y órganos representativos. La valoración de los «fines religiosos»

⁶⁹ La LOLR prevé ya la existencia de asociaciones, fundaciones e instituciones creadas por las iglesias y confesiones para la realización de sus fines, pero no las distingue como grupo religioso, sino más bien instrumentos para la consecución de los fines previstos por las anteriores, y, en consecuencia, remite su regulación al ordenamiento jurídico general.

⁷⁰ Art. 3.2 LOLR.

es lógicamente la que ha generado conflictos interpretativos, en cuanto se trata de un concepto jurídico indeterminado cuya precisión puede entrar en conflicto con el principio de neutralidad del Estado. La única aportación normativa que encontramos es la delimitación negativa que introdujo la LOLR a la que antes aludía: fines relacionados con el estudio y experimentación con fenómenos psíquicos o parapsicológicos u otros fines análogos a los religiosos.

Esta cláusula de exclusión⁷¹ ha llevado a gran parte de la doctrina a interrogarse acerca de qué tipo de actividades o finalidades han de considerarse como religiosas, y, en suma, qué grupos ostentan tal carácter. Algunos autores parten de la existencia implícita de un concepto constitucional de «confesión». Se trataría, desde esta perspectiva, de «grupos de individuos estructurados en torno a una creencia religiosa, entendiendo a ésta como la creencia en la existencia de un ser supremo que marca unas reglas de conducta y que son similares a la Iglesia Católica»⁷². Otros mantienen que para que nos encontremos ante una verdadera confesión religiosa deben concurrir en ella dos elementos esenciales: «un conjunto de creencias, doctrinas y preceptos que se aceptan por los miembros con vinculaciones unitivas muy profundas de naturaleza religiosa, y una organización sobre normas propias»⁷³.

Aunque conservando elementos comunes a los ya expuestos anteriormente, Fuentes Bajo ha elaborado, con una minuciosidad que no deja de sorprender, un concepto de grupo religioso en el que destaca dos elementos primordiales: en primer lugar, la naturaleza sociológica o comunitaria, es decir, la entidad religiosa, ha de ser ante todo un grupo, debe existir una pluralidad de fieles que exprese comunitariamente la dimensión colectiva de libertad religiosa, y en segundo lugar, que la entidad tenga «naturaleza religiosa», identificable cuando concurren los siguientes elementos: creen-

⁷¹ Coincido plenamente con el profesor Polo Sabau al destacar «la notable ambigüedad e inconcreción con que se enuncian las finalidades que se reputan no religiosas, la inseguridad jurídica que genera en este ámbito el recurso a la analogía, al ser utilizada esta norma como cláusula limitativa en el ejercicio del derecho, o, en un plano eminentemente sustantivo, la paradoja que aparentemente supone una definición normativa como ésta de lo *religioso* en el contexto de un Estado que se define radicalmente incompetente a estos efectos por virtud del significado comúnmente atribuido al principio de aconfesionalidad» (J. R. POLO SABAU, *Estudios sobre la Constitución y la libertad de creencias*, Málaga, 2006, p. 171).

⁷² C. I. IBAN, L. PRIETO SANCHÍS y A. MOTILLA, *Derecho eclesiástico*, Madrid, 1997, p. 161.

⁷³ M. LÓPEZ ALARCÓN, «La dimensión orgánica de las confesiones religiosas en el Derecho español», *IC*, vol. XX, 1980, pp. 39-86, esp. p. 46. Opinión que comparte, con alguna distinción, M.^a E. OLMOS ORTEGA, «Personalidad jurídica civil de las entidades religiosas y Registro de Entidades Religiosas», *RGDCDEE*, núm. 19, 2009, p. 27.

cia en la existencia de un ser superior, trascendente o no, con el cual es posible una comunicación; creencia en una serie de verdades provenientes de ese ser superior que integran el dogma como un todo cerrado o no, en razón al contenido y al tiempo, generalmente recogido en unos libros, que por ello se tienen como sagrados (el dogma o conjunto de verdades reveladas han de conformar un credo propio y diferenciado en relación a otros grupos religiosos); un conjunto de normas que adecuen las conductas de los fieles a los preceptos religiosos contenidos en el credo, y que constituyen la moral; un culto específico, integrado por prácticas, ritos, liturgia y oraciones, que institucionalmente propician la comunicación de los individuos con ese ser superior y que tiene lugar en los templos o lugares destinados a esas prácticas culturales, y, en último lugar, una organización diferenciada y estable que defina su estructura, que proponga cuáles son los derechos y deberes de sus miembros y los modos de selección, formación y funciones de sus ministros⁷⁴.

La Dirección General de Relaciones con las Confesiones (antes denominada Dirección General de Asuntos Religiosos), órgano encargado de la gestión del Registro de Entidades Religiosas, partió en su día de la premisa de que su función no podía limitarse a la mera comprobación del cumplimiento por los solicitantes de unos requisitos formales unidos a la simple declaración de voluntad de que constituyen una iglesia, confesión o comunidad religiosa, sino que debía apreciar «la perfecta correspondencia entre la declaración y la realidad», pues en otro caso se abandonaría a la libre iniciativa de cualquier ciudadano la posibilidad de sustraerse del régimen jurídico general y atribuirse unos derechos o incluso «privilegios» que la ley contempla para situaciones claramente definidas que deben estar protegidas, precisamente, por dicho registro⁷⁵.

El requisito de la «finalidad religiosa» ha sido interpretado en el ámbito administrativo como «naturaleza religiosa», lo que se traduce en la exigencia de que las entidades que pretenden su acceso al registro sean verdaderas iglesias, confesiones o comunidades religiosas. El resultado de esta interpretación es la elaboración de un concepto de «confesión religiosa» en el que se dan cita una serie de elementos que la Administración considera han de concurrir en cualquier entidad que pretenda su acceso al RER⁷⁶, pero que en ningún caso son requeridos por la normativa vigente:

⁷⁴ G. FUENTES BAJO, «Las confesiones religiosas», en I. MARTÍN SÁNCHEZ (coord.), *Curso de Derecho Eclesiástico del Estado*, Valencia, 1997, pp. 202-204.

⁷⁵ Resolución DGAR de 22 de diciembre de 1992.

⁷⁶ Los requisitos exigidos se han ido perfilando por la Administración competen-

a) Cuerpo de doctrina propio: la Administración competente traduce este primer elemento en «un conjunto de dogmas a los que los miembros de la comunidad se adhieren libre y voluntariamente sobre la base de un acto de fe». Este requisito obedece, en su opinión, a que la diversidad confesional hunde sus raíces no en la diferencia organizativa, sino en la propiamente doctrinal, por lo que es necesario que concurra un credo religioso individualizado.

b) Una liturgia que recoja los ritos y ceremonias que constituyen el culto, con la existencia de lugares y ministros de culto en sus distintas denominaciones y funciones, puesto que las prácticas cúllicas y rituales son la manifestación universal de una religión y claro indicio de un hecho religioso. Las prácticas religiosas pueden ser elaboradas o simples, aceptables desde el punto de vista moral o condenables, jerarquizadas o no, pero deben existir si en la aceptación común de religión ha de suponerse la presencia del hecho religioso. Pero la Administración no sólo exige la presencia del culto, sino que, como consecuencia del anterior, requiere la existencia de ministros de culto y lugares de culto propio y abierto al público.

c) Fines religiosos que respeten los límites al ejercicio del derecho de libertad religiosa establecidos en el art. 3 LOLR.

d) Número significativo de fieles, que se justifica en atención a que la función de la inscripción no es la de servir de instrumento para constituir y estructurar una realidad sociológica, sino atribuir personalidad jurídica civil al grupo religioso en cuanto entidad de tal carácter. Se debe distinguir, por tanto, entre «iniciativa religiosa» y «confesión o iglesia». En consecuencia, los grupos religiosos deben poseer «mínimo arraigo», que sí es exigible para que el registro otorgue la personalidad correspondiente.

En el ámbito judicial hay que distinguir dos etapas fruto de la decisión del Tribunal Constitucional (2001) en la que sentó las bases determinantes de la actuación de la Administración competente en esta materia, considerando que no cabe una función de calificación registral ni un control material sobre la entidad solicitante⁷⁷. «La articulación de un registro ordenado a dicha finalidad —estima el TC— no habilita al Estado para realizar una actividad de control de la legitimidad de las creencias religiosas de las entidades o comunidades religiosas, o sobre las distintas modalidades de

te en sucesivas resoluciones. Un análisis detallado sobre la calificación registral se encuentra en B. SOUTO GALVÁN, *El reconocimiento estatal de las entidades religiosas*, Madrid, 2000, pp. 107-207.

⁷⁷ STC 26/2001, de 15 de febrero.

expresión de las mismas, sino tan solo la de comprobar, emanando a tal efecto un acto de mera constatación que no de calificación, que la entidad solicitante no es alguna de las excluidas por el art. 3.2 LOLR y que las actividades o conductas que se desarrollan para su práctica no atentan al derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, ni son contrarias a la seguridad, salud o moralidad públicas, como elementos en que se concreta el orden público protegido por la ley en una sociedad democrática».

Con anterioridad, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo habían avalado la actuación de la Administración. La Audiencia Nacional, conforme con la delimitación conceptual elaborada por la Administración, utiliza además la definición de religión dada por la Real Academia Española de la Lengua: «conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social, y de prácticas rituales, principalmente la oración y el sacrificio para darle culto». El grupo para poder tener el calificativo de religioso ha de adecuarse a la definición dada, puesto que sólo así muestran su naturaleza religiosa.

El Tribunal Supremo no fue uniforme en este primer periodo. Entendió, inicialmente, que la función del Estado en la materia era de simple reconocimiento formal, pero en sentencias posteriores entra a valorar la presencia del requisito de fines religiosos, aportando para ello criterios de carácter subjetivo que nada tienen que ver con la «función de simple reconocimiento formal» atribuida al Estado en sentencia precedente. Tras la sentencia del Tribunal Constitucional mencionada anteriormente, el Tribunal Supremo ha asumido, no obstante, la interpretación mantenida por éste⁷⁸.

IV. PROPUESTA DE DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL GRUPO RELIGIOSO EN EL ART. 607 DEL CÓDIGO PENAL

Ni en el ámbito penal nacional ni tampoco en el internacional encontramos criterios claros para la delimitación conceptual del grupo religioso como víctima del delito de genocidio. Por ello, resulta especialmente indicado recurrir a las aportaciones de otras ramas del ordenamiento a propósito del ejercicio colectivo de la libertad religiosa.

⁷⁸ STS de 21 de mayo de 2004.

Del análisis de la experiencia española se desprende, en primer lugar, que la legislación no ofrece un concepto de confesión religiosa, sino tan sólo algún elemento que, sin gran acierto, trata de distinguir lo religioso de lo ideológico o de cualquier otro tipo de cosmovisión «ajena a lo religioso». De otra parte, ni la doctrina, ni la Administración, ni, por último, los órganos jurisdiccionales han llegado a una conclusión unánime respecto al concepto referido. En unos casos tratan de delimitar la noción acogiéndose a unos mínimos que consideran indispensables, en particular, la creencia en un ser superior y una organización suficiente; mientras en otros aportan tal número de requisitos que ningún grupo religioso existente, a excepción probablemente de la Iglesia Católica, podría cumplir. En este sentido, se percibe que el legislador español se ha decantado por desarrollar parcialmente la libertad de creencias garantizada en el art. 16 CE, alejándose, sin duda, de la interpretación más satisfactoria del precepto constitucional.

Partiendo de estas consideraciones resulta tal vez inadecuado pretender diferenciar a los grupos religiosos de aquellos cuya finalidad prioritaria es el desarrollo de cualquier tipo de concepto de vida. Además, la equiparación normativa de los grupos que ostentan tal carácter evitaría al Estado entrar en definiciones que puedan vulnerar el principio de neutralidad estatal y la inclusión en los ordenamientos estatales de normas que impliquen situaciones privilegiadas o, *a sensu contrario*, discriminatorias.

En este sentido deben entenderse los diversos instrumentos internacionales procedentes de Naciones Unidas, desde los que se ha insistido en una interpretación unitaria de la libertad de creencias en virtud de la cual debe gozar de idéntica protección el ejercicio, individual o colectivo, de la libertad de asumir o no convicciones cuyo origen sea ideológico, filosófico, religioso, etc.

Esa idéntica protección debería extenderse al ámbito del delito de genocidio no sólo para adecuarse a los estándares internacionales, sino a la propia regulación nacional de la libertad de creencias. Para ello se plantean varias posibilidades. La primera, que requeriría una reforma del precepto, sería prescindir del atributo «religioso», recurriendo a una terminología más abierta que englobe las convicciones de toda índole, siguiendo la tendencia claramente apuntada en el ámbito internacional. En su defecto, y a fin de evitar injustas discriminaciones, el grupo religioso habría de interpretarse en un sentido amplio. Finalmente, cabría también la posibilidad de introducir en la lista de grupos protegidos otras categorías que permitan eludir la discriminación apuntada, en la línea de la primera formulación del delito introducida en 1971, que incluía a los grupos sociales.

Propuestas como las señaladas no sólo serían más respetuosas con los principios establecidos en el ordenamiento nacional e internacional, sino también más coherentes con el espíritu del delito, que reside en la protección de grupos humanos estables que muestran claras señas de identidad colectiva, sean éstas derivadas de la pertenencia nacional, étnica, racial o religiosa. Pero también serían más realistas: las dificultades surgidas en el ordenamiento jurídico español a la hora de definir grupos *a priori* menos conflictivos como son los religiosos ponen de manifiesto los problemas que, en la práctica, conlleva la delimitación normativa de las identidades colectivas objeto de protección. Por ejemplo, en un Estado confesional resulta extremadamente complejo distinguir grupos religiosos y políticos, por cuanto el componente religioso alcanza a todas las manifestaciones de la sociedad.

En este sentido, resultaría más razonable extender la protección a todos aquellos grupos que compartan unas señas de identidad y una estabilidad que permitan su individualización, suprimiendo, por tanto, las limitaciones derivadas de un *numerus clausus* que restringe la aplicabilidad del delito.

A fin de cuentas, la configuración inicial del delito de genocidio es el reflejo de un contexto histórico concreto caracterizado por el impacto del Holocausto y de la Guerra Fría. Ahora bien, las transformaciones sociales acaecidas desde entonces —en particular, el mayor protagonismo de grupos seculares, junto con la aparición de nuevos movimientos religiosos— aconsejan una modificación del núcleo básico del delito a favor de una enumeración abierta que no genere discriminaciones difíciles de justificar en el panorama actual.