

LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS SENTIMIENTOS EN EL DERECHO

Marina Meléndez-Valdés Navas
Universidad de Málaga

RESUMEN

Los sentimientos están presentes en el derecho en diferentes áreas y con distinta relevancia jurídica. Entre ellos los sentimientos religiosos que cuentan con protección penal. Para reflexionar sobre los mismos se toma una perspectiva diferente a las utilizadas habitualmente y se examina el lugar de otros sentimientos en el ordenamiento jurídico. Se escogen para ello sentimientos presentes en el derecho civil y penal, así el afecto y el miedo en relación al matrimonio y los sentimientos "animalistas" en relación al maltrato animal. Con este examen se extraen algunas reflexiones y valoraciones sobre el lugar que corresponde a la protección de los sentimientos religiosos en el ordenamiento español.

PALABRAS CLAVE

Sentimientos religiosos, protección penal, matrimonio, miedo, afecto, maltrato animal.

ABSTRACT

Different types of feelings are present in different areas of the law and with varying degrees of legal relevance. One such type are religious sentiments that have criminal protection. To reflect on them, a different perspective is taken from the one usually used and it is to examine the place of other types of feelings in the legal system. For this, feelings present in civil and criminal law are chosen, in particular affection and fear in relation to marriage, and "animalistic" feelings in relation to animal abuse. As a result of this examination, the article reaches several conclusions regarding the corresponding place of the protection of religious feelings in the Spanish legal system.

KEYWORDS

Religious feelings, criminal protection, marriage, fear, affection, animal abuse.

Sumario: 1. Introducción 2. Sentimientos. 3. Sentimientos matrimoniales: cara y cruz. 4. Sentimientos animalistas: auge de la protección. 5. Sentimientos religiosos: declive de la protección. 6. Valoraciones y reflexiones.

1. INTRODUCCIÓN

La protección penal de los sentimientos religiosos es objeto de abundantes reflexiones jurídicas, entre ellas son frecuentes las críticas a su protección. Este artículo presenta un enfoque diferente, que abre el prisma de la reflexión, con un planteamiento distinto al que habitualmente se sigue para su análisis, para lo que se amplía la mirada a la presencia de sentimientos con relevancia jurídica en todo el ordenamiento, de modo que permita entender el lugar que ocupan o deberían ocupar los sentimientos religiosos en los Estados de Derecho donde el centro del sistema jurídico lo constituyen los derechos humanos. Esta perspectiva traslada las preguntas y reflexiones al ámbito de la dignidad de la persona, la libre formación de su personalidad y sus derechos y libertades, sin desenfocar y sin abandonar la fundamentación última del sistema de protección de derechos poniéndolo en perspectiva de otros sentimientos considerados por el ordenamiento. De este modo el planteamiento nos interroga sobre qué lugar tienen los sentimientos religiosos.

En la actualidad gran parte de la doctrina penal aboga por la despenalización de la protección de los sentimientos religiosos o la reconducción a otras figuras menos específicas eliminando la actual tipificación. Pero ¿se ocupa el derecho de los sentimientos? ¿son los sentimientos religiosos una excepción en el derecho? ¿de estar presentes en el ordenamiento qué relevancia y protección tienen otros sentimientos? ¿con qué fundamento están presentes? Lo que plantean todos estos interrogantes es si la referencia a los sentimientos que se realiza desde el ámbito del hecho religioso y la libertad religiosa resulta ser una excepción en derecho y si las reflexiones y el tratamiento que se hace en otros casos sobre los sentimientos en el derecho, por la doctrina y jurisprudencia aportan luz sobre la situación de los religiosos.

Dada la complejidad del tema y el enfoque particular por el que se opta, este no puede ser sino un primer y parcial acercamiento a la cuestión, ya que los sentimientos están presentes en nuestro ordenamiento en múltiples normas siendo por ello que no se pretende abarcar en este artículo. Se realiza, por tanto, solo una mirada a algunos de los supuestos que existen en el derecho en relación a la consideración jurídica de los sentimientos que presente la suficiente diversidad como para ser significativa.

En primer lugar, me referiré a los conceptos de sentimientos, emociones, afecto, miedo y su inevitable relación con la dignidad de la persona y la importancia de esta en los Estados de Derecho. Esta aproximación no es ni inútil ni ajena a lo jurídico pues permite un previo conocimiento de los conceptos básicos implicados y su naturaleza, máxime cuando en muchos casos en la interpretación de los mismos parecen radicar algunas de las dificultades de la materia y de las posiciones que abogan por la despenalización de determinados supuestos. La conceptualización previa nos permitirá conocer cómo se valoran jurídicamente y comprender los porqués de su relevancia en derecho y si en estos casos se incluyen los sentimientos religiosos y las razones para ello.

La interpelación a los sentimientos de los individuos resulta constante en nuestra sociedad desde diferentes esferas. Así se utilizan en el marketing, la acción social, la educación e incluso desde la política¹. Para el derecho son objeto de regulación al constituir elementos de la realidad social, debiendo discriminar en qué sentido y qué casos tienen o deben tener relevancia jurídica.

La importancia para el derecho de los sentimientos radica en que los mismos se sitúan en la dignidad de la persona, forman parte de la personalidad e inciden en la voluntad del sujeto. Están en la base de la conformación de la conciencia, de la personalidad y con ello de la libre actua-

¹ En distintos sentidos se recoge en relación al discurso político: ORTEGA-ESQUEMBRE, C., & ORTEGA, M., "La repolitización de la sociedad como sentimentalización de la política. ¿Superación del privatismo civil?", *RECERCA. Revista De Pensament I Anàlisi*, 26(2), 2021. Accesible en <https://doi.org/10.6035/recerca.3823>. ARIAS MALDONADO, M, "La democracia sentimental", *Letras Libres*, nº 153, 2014. Accesible en <https://letraslibres.com/revista-espana/la-democracia-sentimental/>. Interesante la cita que realiza sobre el último libro de Martha Nussbaum, *Political Emotions*, sobre que en el mismo se realiza una defensa de la importancia que los sentimientos pueden tener para la consecución de la justicia.

ción, ya que pueden hacer que la persona no actúe de modo libre y por lo tanto su voluntad y consentimiento tampoco lo sean. Forman parte de la personalidad porque esta se construye con sentimientos de modo que en su libre formación inciden aquellos que son sustanciales para el hombre por su propia naturaleza. El papel, por su parte, de la voluntad, central para la construcción del consentimiento en la realización de actos relevantes en derecho está determinado por distintos elementos entre los que se encuentran los sentimientos.

En los siguientes apartados se presentan algunas de las regulaciones jurídicas que otorgan relevancia a los sentimientos optando por incluir ejemplos del ámbito civil y penal. Así en el derecho civil los sentimientos de miedo y de afecto específicamente en relación al matrimonio². En el ámbito penal la referencia se realiza a los sentimientos sobre los animales que son objeto de protección en el delito de maltrato animal y a los sentimientos religiosos en los delitos de profanación y de escarnio.

La perspectiva que se plantea pone de manifiesto la relevancia de los sentimientos religiosos en y para el derecho como parte de la realidad humana y social y permite valorar al ponerlos en el contexto de otros sentimientos de los que se ocupa el ordenamiento algunas argumentaciones referidas a la presencia, importancia y necesidad de protección de unos sentimientos y no de otros.

2. SENTIMIENTOS

La relevancia que los sentimientos tienen en el derecho nos obliga a realizar un acercamiento a la idea de qué son y qué constituyen en relación a la personalidad del individuo y a la vida en sociedad.

El sentimiento es el hecho o efecto de sentir o sentirse, estado afectivo del ánimo o disposición afectiva que acompaña y da su tono de intensidad a las emociones y pasiones; son la forma de vivir la afectividad³.

² La relación entre miedo y derecho se remonta al derecho romano y las Siete Partidas BUENO OCHOA, L., "El miedo desde el derecho", *Bajo palabra*, segunda época, n.27, p.313.

³ Siguiendo las acepciones de la RAE y su caracterización desde la sicología. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., <https://dle.rae.es>. ANAYA CONSUEGRA, N., *DICCIONARIO de psicología* (2ªed.), Ecoe Ediciones, Bogotá, 2010, p.254.

Sentir, por su parte, se define como experimentar sensaciones producidas por causas externas o internas, experimentar una impresión, placer o dolor espiritual, juzgar, opinar, formar parecer y reconocerse. Según Jung una de las maneras de lidiar con el mundo es el acto de sentir igual que el de pensar, es una cuestión de evaluación de la información, dirigida a la consideración de la respuesta emocional, organizándose de modo sistemático alrededor de la idea de algún objeto. De este modo los sentimientos son el resultado de la acción de sentir y se sitúan en la afectividad, son resultado de la acción de juzgar, opinar, evaluar información y reconocerse, todo lo que nos lleva a considerar que participan de la conciencia del individuo al ser parte de la totalidad de nuestro ser.

Pero a pesar de todo esto hay que reconocer que una definición de sentimientos aplicable en todo caso es difícil de dar, comenzando por la compleja distinción entre emoción y sentimiento, de ahí que como ocurre con otras delimitaciones conceptuales complejas se opte por las clasificaciones. Así se distingue entre sentimientos anímicos y corporales, y dentro de los anímicos los de estado y los valorativos relacionados con la estimación propia o ajena⁴. Alonso Álamo recoge la idea de que los sentimientos son elementos internos que pueden tener una dimensión valorativa, estando en los motivos en los que a su vez está presente el aspecto intelectual, siendo que las motivaciones tienen que ver con el hombre como ser emocional y tienen relación con la formación de la voluntad. La cuestión es que si los procesos sentimentales son íntimos fundamentalmente, no son contrastables y es por ello que la única forma de comunicar un sentimiento es mediante su expresión; así siguiendo a Castilla del Pino, los sentimientos se expresan y los pensamientos se dicen; cuando se habla de sentimientos en realidad de lo que se habla es de lo que se piensa acerca de lo que se siente. Todos estos aspectos resultan sumamente interesantes y reveladores, pues en el momento que el sentimiento se verbaliza es en realidad un pensamiento, una idea y no un sentimiento no accesible, por lo que se trataría de una cuestión intelectual. La dificultad de considerar esta distinción se ha trasladado al derecho en lo que afecta a las discusiones sobre los sentimientos como bien jurídico

⁴ ALONSO ÁLAMO, M., "Sentimientos y derecho penal" *Cuadernos de política criminal*, nº, 106, I, época II, abril, 2012, pp. 39 y ss. La autora sigue a CASTILLA DEL PINO, *Teoría de los sentimientos*, 6ª edición Tusquets, Barcelona 2001, y a VALLEJO NÁJERA, J.A. (Dir.) *Guía práctica de psicología*, 10ª ed., ediciones TH, Madrid, 1993.

y es que solo cabría su consideración o cuando se expresan, o cuando se concretan en una idea o pensamiento de los mismos⁵. Es decir, según esta reflexión objeto del derecho sería la elaboración intelectual sobre el sentimiento, el pensamiento que identifica un sentimiento en el individuo, siendo objeto del derecho la expresión de estos sentimientos como actos o hechos concretos que se realizan o como pensamiento, pero no en cuanto sentimientos propiamente dichos y por lo tanto no accesibles pues serían inasequibles, el proceso sentimental subjetivo e individual al que no se puede llegar sino se verbaliza o concreta y si no se expresa en acciones. Lo observamos todo esto en el ámbito penal, correspondiendo a la disquisición entre los sentimientos y el pensamiento sobre los sentimientos, entorno a su subjetividad, ya que una de las objeciones que se plantea es que los sentimientos son íntimos, individualizables, llenos de incertidumbre y por lo tanto no se adaptan a las exigencias de los tipos, de igualdad en aplicación de la ley y de seguridad jurídica. Estas dudas y dificultades alcanzan también a la conformación de la voluntad y por lo tanto del consentimiento, tanto en sentido positivo de su existencia (consentimiento válido) como de su inexistencia o vicio. Sobre ello se puede aclarar que los sentimientos tienen un anclaje apropiado en la voluntad y en su formación igual que en el ámbito penal lo tienen en la culpabilidad y su graduación, así el miedo insuperable, la excluye o atenúa, los sentimientos elevados la atenúan, los sentimientos de desprecio la agravan⁶.

La importancia y el fundamento de la presencia de los sentimientos en el derecho radica en su conexión con la idea de dignidad de la persona y libre formación de la personalidad como fundamentos de nuestro orden social y jurídico. En la dignidad humana se sitúan los sentimientos, así el relativo al honor y los religiosos, siendo que es cuando se atenta contra estos bienes jurídicos que se afecta la dignidad de las personas⁷. Esto no quiere decir que todos los sentimientos sean protegidos u objeto del ordenamiento jurídico, sino que únicamente serán por un lado objeto de protección los que son bienes jurídicos porque esta resulte imprescin-

⁵ ALONSO ÁLAMO, M. Op.cit. p.42.

⁶ Idem. Con un planteamiento más amplio sobre las emociones la visión en el ámbito penal de cómo el objetivo de la justicia restaurativa es la reparación del daño tanto material como emocional. BERNUZ BENEITEZ, MJ., "El sentido de las emociones en el derecho penal", *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 9, nº 81, julio dic 2013, p.228.

⁷ FERREIRO GALGUERA, J., *Protección jurídico penal de la religión*, Universidade da Coruña, Servicio de publicaciones, 1998, pp.23 y25.

dible para la paz social y el desarrollo de la personalidad del individuo, y por otro lado serán objeto del derecho aquellos que tengan la suficiente trascendencia individual y social para que el ordenamiento se ocupe de ellos, como ocurre por ejemplo en el matrimonio. Así los profesores Maseaud⁸ afirman que "el derecho, como todas las otras actividades simbólicas del hombre, discurre por esquemas muy profundos de organización de las percepciones, de los sentimientos y de las conductas"⁹. Esta importancia de los sentimientos en el derecho no es novedosa ya que su presencia puede verse en el discurso jurídico pre-ilustrado en la existencia del pluralismo de ordenes normativos y en el Derecho civil moderno¹⁰.

Los sentimientos están incluidos para muchos entre los derechos de la personalidad¹¹ y estos "pertenecen en primer lugar a la consideración de la dignidad y de la individualidad de cada hombre"¹². Los derechos de la personalidad son un núcleo fundamental, son las facultades concretas de que está investido todo el que tiene personalidad, ideales de convivencia armónica y desarrollo personal que aseguran al individuo el señorío de su persona¹³, son los atributos o cualidades más próximos a la persona, por ello la ley no puede proteger cualquier sentimiento o estado psíquico, sino aquellos que impidan al sujeto desarrollarse porque afecte a cualidades o atributos que le disminuyen en sus derechos íntimos¹⁴. Desde esta idea los daños a las personas se producen no sólo en lo material sino también en lo afectivo, emocional y de creencias, en lo personal,

⁸ MASEAUD, HENRY, LEON Y JEAN, *Leçons de Droit civil, Ed. Montchrestein, Paris, 1955*, pp.630 y ss.

⁹ NOVALES ALQUÉZAR, MA., "Amor y derecho: Matrimonio y responsabilidad civil", *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, vol. 16, nº21, p. 131, citando las palabras de HESPANHA, A.M., "Las categorías de lo político y de lo jurídico en la época moderna", *Ius Fugit. Revista Interdisciplinaria de Estudios Históricos-Jurídicos*, nº 3.4, Zaragoza, 1996, p.63.

¹⁰ NOVALES ALQUÉZAR, MA. Op.cit.p.131.

¹¹ MENDOZA MARTÍNEZ, L.A, *La acción civil del daño moral*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2014, pp. 27, 33 y 35. Dónde incluye la clasificación que realiza CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE, en "Bienes de la personalidad", *Temas de derecho civil*, Madrid, s. e., 1976, pp. 7-34 y la referencia de Vicente Domingo Elena que se refiere por ejemplo al dolor y la tristeza. accesible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3636-la-accion-civil-del-dano-moral>

¹² NOVALES ALQUÉZAR, MA. Op.cit., p.140, citando a Carbonnier.

¹³ MENDOZA MARTÍNEZ, L.A, Op.cit., p.23.

¹⁴ MENDOZA MARTÍNEZ, L.A. Op.cit., p.26.

en su esfera íntima y extrapatrimonial cuando hay conductas contrarias a la norma¹⁵.

Me referiré a los sentimientos por sus efectos y por su objeto. Adjetivados por su objeto los sentimientos hacia los animales (animalistas) y sentimientos religiosos (implicando la formulación un carácter positivo de los mismos hacia su objeto) y también a sentimientos por sus efectos como en el afecto y el miedo. En concreto destaca el afecto en el concepto de sentimientos precedente al aparecer en la raíz de los mismos ya que en la afectividad y en el afecto se sitúan y conjugan los sentimientos, fundamentalmente los positivos¹⁶. Desde el punto de vista de la psicología o neuropsiquiatría el afecto es el “estado emocional de especial intensidad por el que se expresa amor, interés cariño y amistad hacia otro”. Destaca entre los derechos de la personalidad por ser un patrón de comportamientos observables, expresión de sentimientos experimentados subjetivamente expresando que el individuo se relaciona consigo mismo y con su ambiente¹⁷.

3. SENTIMIENTOS MATRIMONIALES: CARAY CRUZ

En el ámbito civil fijamos la atención sobre el matrimonio y dos sentimientos que el ordenamiento considera en relación al mismo, el miedo y el afecto. Sobre otras posibilidades de análisis se escoge esta por aportar una visión de los sentimientos desde el derecho civil y porque esta comprenda dos figuras muy diferentes dentro de una misma institución, la del matrimonio, lo que permite apreciar la diversidad de los sentimientos en el derecho. Representan la cara y cruz de los sentimientos en el matrimonio ya que pueden calificarse en el caso del miedo con un valor negativo y en el caso del afecto con un valor positivo. El afecto considerado como base del matrimonio interroga sobre su valor jurídico y el miedo nos conduce a los efectos en la nulidad.

¹⁵ *Ibidem*, p.23.

¹⁶ Según la RAE “cada una de las pasiones del ánimo, como la ira el amor, el odio, etc. y especialmente el amor o el cariño”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., Accesible en <https://dle.rae.es>

¹⁷ ANAYA CONSUEGRA, N. Op.cit., p.21.

3.1. *El afecto*

El matrimonio es descrito como convivencia de pareja basada en el afecto en la Ley 13/2005¹⁸. El afecto se define como la inclinación a alguien o algo, pasiones del ánimo entre las que estaría de modo especial el cariño o el amor que a su vez se concibe como sentimiento intenso hacia otra persona y sentimiento de afecto. Como se ha adelantado además está entre los derechos de la personalidad en relación con la dignidad de la persona¹⁹. Se define por tanto en la convivencia, en sentimientos positivos, siendo que si es referido al matrimonio es en la pareja donde se produce.

En la comunidad de vida que constituye el matrimonio las partes se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua²⁰ y es que los cónyuges se obligan con su patrimonio y también con su persona, siendo con esto último con lo que cobra relevancia el afecto. La concepción del matrimonio como convivencia de pareja basada en el afecto es reforzada en nuestro ordenamiento por la separación de matrimonio y procreación, ya que queda este centrado en el afecto de la pareja y se desplaza la función social. Que los sentimientos estén presentes en el matrimonio, ya sea de afecto, amor, interés, atracción, como nos revela la anterior referencia al

¹⁸ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005.

I. (...) La relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y la paz social. (...)... La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico (...) II. Ciertamente, la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva.

¹⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., <https://dle.rae.es>, última consulta 10/09/20121. NOVALES ALQUÉZAR, MA. Op.cit p.140.

²⁰ MAGALLÓN Gómez, MA., "La dignidad del matrimonio en el siglo XXI. Amor como como paradigma", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 138, septiembre- diciembre de 2013, p.1054.

determinar su fundamento en el afecto²¹, nos lleva a preguntarnos cual es realmente el papel que tienen los sentimientos en el matrimonio, sin entrar en la consideración de muchos autores de lo a-jurídico del amor conyugal, para centrarnos simplemente en la que tiene el afecto al que se refiere el derecho como base del matrimonio.

Dos aspectos concretos tienen interés respecto al afecto matrimonial, en primer lugar, en relación a los daños por incumplimiento de los deberes en el matrimonio ya que es en estos donde se concreta y, en segundo lugar, en relación al consentimiento que se considera como no matrimonial por no dirigirse a los fines propios del matrimonio, lo que no es más que no comprender la comunidad de pareja afectiva. El punto de partida es entender que el afecto no tiene más traducción normativa que los derechos y deberes matrimoniales y que los fines del matrimonio responden a los mismos, establecidos en los artículos 66 a 71CC. Derechos y deberes de los cónyuges de respetarse, ayudarse mutuamente y actuar en interés de familia, vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.

En relación a los deberes Magallón Gómez plantea que la permanencia de estos en el Código civil, después de desaparecer como causas de separación y divorcio en la ley 15/2005, y por lo tanto afirmar su carácter jurídico debería suponer que, como tales, su incumplimiento tenga las correspondientes consecuencias jurídicas o que si no deberían eliminarse del Código Civil²². Si se considera esta responsabilidad civil en el matrimonio, este podría tener "la virtualidad de informar a los cónyuges de

²¹ La innecesidad de la prueba del daño moral, que debe presumirse en el incumplimiento de un deber conyugal, radicaría precisamente en que su fundamento se encuentra en la afectividad, sin obviar la necesaria prueba del hecho productor del mismo. NOVALES ALQUÉZAR, MA. Op.cit. p.14.2.

²² MAGALLÓN Gómez, MA. Op.cit., pp. 1025-1056. La autora se refiere a los argumentos de dos autores: CALVO, ALFONSO L. Y CARRASCOSA, J. "Matrimonios de complacencia y derecho internacional privado", *El siglo XXI, aspectos internacionales*, España, COLEX, 2004, pp.119 y 20. En el mismo sentido NOVALES ALQUÉZAR MA. Op.cit. p.134. En otra posición y sobre el vaciado de la institución y la falta de sentido de la persistencia de estos deberes a la vez que la persistencia de la afectividad en el código civil español, GARCÍA AMADO J.A, "¿Hay deberes matrimoniales?", *El almacén del Derecho*, 11 de Julio 2015. Accesible en <https://almacenederecho.org/hay-deberes-matrimoniales>

que los asuntos de los sentimientos son cosa seria y de que el que dañe al otro, habrá de ser responsable del daño causado²³. Se debería producir un resarcimiento por incumplimiento por las lesiones en el afecto como derecho de la personalidad de cada cónyuge²⁴.

Pero la trascendencia del afecto como sentimiento no se limita a supuestos de lesión en el mismo, sino que también la tiene en la nulidad de los matrimonios simulados o de complacencia²⁵. Los matrimonios de/por conveniencia/intereses han existido siempre, pues las causas para contraer son infinitas en relación a los motivos que llevan al matrimonio. La cuestión es si tienen como finalidad constituir un matrimonio, como comunidad en pareja afectiva, esto es si lo que se presta es el consentimiento matrimonial, el que pretende formar una unión conyugal como comunidad de vida. Si es con este consentimiento, aunque incluyan diversos motivos intereses o conveniencias para su celebración, estos no interesan al derecho y no suponen la nulidad del matrimonio. Entre los motivos para contraer matrimonio puede estar el amor sin que ello implique que en realidad exista el amor como fin matrimonial²⁶, por lo que este es irrelevante en este sentido. Pero lo que sí es fundante del matrimonio es el afecto que existe cuando se quieren los fines del matrimonio, es lo que se considera como consentimiento matrimonial. De ahí que los matrimonios de complacencia o simulados sean nulos por no tener el consentimiento matrimonial, es decir porque su base no sea un "afecto matrimonial" que es el que asume los fines que el ordenamiento establece para el matrimonio²⁷. Existen casos, como en aquellos que el único motivo y finalidad de los contrayentes es obtener beneficios en materia

²³ NOVALES ALQUÉZAR, MA. Op.cit. p.134.

²⁴ *Ibidem*, p.140

²⁵ Mariage de complaisance o marriage of convenience o «matrimonios blancos». Son matrimonios simulados celebrados normalmente entre extranjeros y españoles, o entre extranjeros, en ellos no concurre un verdadero consentimiento matrimonial por lo que no son verdaderos matrimonios, sino negocios jurídicos simulados o matrimonios meramente aparentes, pues no existe un verdadero consentimiento matrimonial, ya que son sólo el medio a través del cual se procuran obtener ventajas legales en el sector del Derecho de extranjería y de la nacionalidad. Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia. BOE núm. 41, de 17 de febrero de 2006, páginas 6330 a 6338. [https://www.boe.es/eli/es/ins/2006/01/31/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ins/2006/01/31/(1))

²⁶ MAGALLÓN GÓMEZ, MA. Op.cit. p. 1051.

²⁷ NOVALES ALQUEZAR, MA. Op.cit. pp.129-143.

de extranjería, los denominados matrimonios de complacencia, que excluyen en todo momento asumir los derechos y deberes que derivan del matrimonio y que no pretenden por tanto constituir la comunidad afectiva de pareja. El consentimiento matrimonial si no va dirigido a la finalidad del matrimonio, la excluye es entonces simulado y determinara la nulidad por falta de consentimiento matrimonial.

3.2. El Miedo

El miedo es connatural al hombre, a su supervivencia y aprendizaje por lo que toda persona ha experimentado miedo en alguna ocasión con diversos grados de intensidad²⁸; y es que en el hombre el miedo y el ser están condenados a convivir para seguir siendo²⁹. Se trata de una reacción normal ante un objeto o una situación que representa un peligro real o percibido incluyendo sentimientos subjetivos y la evitación del estímulo que lo produce, generando acciones de precaución y prudencia³⁰. Es una respuesta perturbadora, afectiva compuesta de sentimientos y/o emociones³¹. Se tiene miedo de algo y siempre con un efecto motivacional. Posee una vertiente negativa y otra positiva dada su relación directa con la libertad del individuo, así se puede hablar de la angustia como vértigo ante la libertad e incluso del miedo a la libertad como en el paradigmático título de la obra de Eric Fromm³². La perspectiva positiva del miedo es la que valora que este evita la temeridad y lleva a la prudencia mientras que la negativa es la que elimina la libertad del sujeto quedando afectada la validez y responsabilidad de sus actos. Ambas perspectivas dependen de la intensidad y grado del propio sentimiento.

El miedo desde el punto de vista psicológico tiene objeto, hecho que lo distingue de otros sentimientos y emociones que no lo tienen como

²⁸ MESTRES, F., VIVES-REGO, J., "Reflexiones sobre el miedo en el siglo XXI: filosofía, política, genética y evolución" *Arbor*, 190, 2014, p.2. Accesible en <https://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/view/1974/2340>

²⁹ BUENO OCHOA, L., "El miedo desde el derecho", *Bajo palabra*, segunda época, 27, p.317.

³⁰ ANAYA CONSUEGRA, N. Op.cit., p.186.

³¹ MESTRES, F., VIVES-REGO, J. Op.cit. p.2.

³² BUENO OCHOA, L. "El miedo desde el derecho", *Bajo palabra*, segunda época, n27, p.310.

por ejemplo la angustia y la ansiedad³³; lo que para el derecho resulta determinante en el sentido que permite su prueba y concreción de cara a la afectación del consentimiento y la voluntad. Nos referimos al miedo como sentimiento no como emoción (sentimiento como suma de la emoción y pensamiento) de modo que el sujeto es consciente del mismo ya que la emoción se transforma en sentimiento cuando se toma conciencia de ella; el sentimiento se da cuando etiquetamos la emoción y emitimos un juicio acerca de ella, en realidad ambos están unidos y no se puede aislar un sentimiento de una emoción. En definitiva, la elaboración intelectual es la que determinará la afectación de la libertad y la voluntad del sujeto. Y es que no tiene relevancia jurídica cualquier miedo, sino que para el derecho existen miedos y miedos³⁴. El miedo puede tanto anular un contrato como evitar la responsabilidad penal y suponer la nulidad matrimonial; siendo que en el cara y cruz que planteamos de sentimientos en el matrimonio el miedo tiene un valor negativo.

El ordenamiento jurídico le otorga relevancia en determinados supuestos en los que afecta a la libre voluntad. Su interés va a estar en función de su gravedad dada la diferente incidencia que produce. De ello va a depender que la voluntad esté viciada, que no sea libre y por lo tanto no sea válida para el acto al que se dirige, suponiendo que el consentimiento emitido no es realmente el querido o que no sea responsable de la actuación. Hablamos de coacción, miedo grave, y miedo insuperable. Será necesario que se constate su gravedad y la imposibilidad del afectado de sustraerse considerando para ello las circunstancias personales como la edad y condición de quien experimenta el miedo, para concretar las consecuencias jurídicas que se han de derivar.

Esta presente este sentimiento en los contratos en general y en el ámbito penal además de en el matrimonio. Así los artículos 1265, 1267 y 1301 CC hacen referencia a la intimidación y a la violencia describiendo la primera cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes, siendo que el plazo para la acción de nulidad comienza a correr desde que la misma cese. La intimidación se refiere al cariz amenazante del miedo de modo que su gradación entra en juego para poder entender comprometido el consen-

³³ *Idem.*

³⁴ *Ibidem*, p.314.

timiento como elemento fundamental del contrato. En el derecho penal el art 20.6 CP determina que el que obre impulsado por un miedo insuperable quedará exento de responsabilidad penal, teniendo como medida el del hombre medio. Es necesario que exista una situación potencialmente dañosa grave, inminente y real que produzca una perturbación del ánimo invencible. También existen referencias a la falta de miedo, esto sería a la aludida función positiva del mismo, en el sentido de prudencia o evitación de la temeridad, así en la Ley de Enjuiciamiento Civil art 394.2 se refiere a la temeridad como criterio de imposición de costas³⁵.

Centrándonos en el matrimonio para que surja el vínculo el consentimiento de los contrayentes tiene que ser plenamente consciente y plenamente libre. No lo es, cuando la declaración de los mismos siendo matrimonial sin embargo no reúne los elementos para entenderse como consciente y libre, en el caso del miedo no sería plenamente libre a lo que corresponde que el art. 73.5CC declara nulo el matrimonio contraído por coacción o miedo grave. Sobre el mismo la opinión mayoritaria considera que se tipifican dos vicios de la voluntad en este artículo, distinguiendo la coacción física y el miedo o violencia moral, pero también hay quien considera que el precepto no tipifica dos vicios de la voluntad distintos, sino un solo supuesto con una causa que es la coacción o amenaza de un mal grave y el resultado de los mismos que sería el miedo del que lo sufre y que le lleva a celebrar el matrimonio. Si tomamos que el artículo recoge dos supuestos en realidad en la violencia física no hay consentimiento, sino que se extrae por la fuerza o bien con una amenaza que anule de forma absoluta la voluntad; mientras que en el miedo como coacción moral si habría consentimiento pero viciado. Si se entiende que no existe más que una figura en el artículo 73, el miedo es entonces el efecto de la coacción, el resultado en el sujeto, el sentimiento que se produce en el mismo que le lleva a contraer un matrimonio que realmente no desea. Lo importante es que en cualquiera de estas dos posturas no deja de importar la trascendencia jurídica de este sentimiento en el sujeto que lo tiene, de tal modo que según el art. 76CC solamente podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio, caducando la acción y convalidándose el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de haber cesado la fuerza o la causa del miedo. Se convalida el matrimonio y la nulidad es sanada ya que esto supone que

³⁵ BUENO OCHOA, L. Op.cit. p.315.

los cónyuges muestran su voluntad de mantener el vínculo matrimonial, sanándose la nulidad por la cohabitación durante un año desde el cese del vicio. Esto quiere decir que no hay caducidad de la acción de nulidad sino convalidación del matrimonio por efecto de la convivencia, operando la presunción del artículo 69CC sobre la existencia de la convivencia que requerirá prueba en contrario para el cónyuge que demande la nulidad. La convivencia sana un consentimiento inicialmente viciado siempre que sea un matrimonio con consentimiento y voluntad³⁶. Por lo tanto, pivota esta convalidación entorno a la existencia y desaparición del sentimiento del miedo y a su sustitución por el afecto concretado en la convivencia.

4. SENTIMIENTOS ANIMALISTAS: AUGE DE LA PROTECCIÓN

El maltrato animal está regulado en nuestro ordenamiento por el artículo 337 y 337 bis del Código Penal³⁷. Los antecedentes se encuentran en el Código penal de la Dictadura de Primo de Rivera de 1928 que lo recogía

³⁶ DE PABLO CONTRERAS, P., "art 73 y 76" en CAÑIZARES LASO, A., (DIR.) *Código Civil Comentado, vol. I De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I- De las personas. Libro II – De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones (arts. 1 a 608)*, 2016.

³⁷ Artículo 337: 1. Será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión e inhabilitación especial de un año y un día a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales, el que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud o sometiénolo a explotación sexual,

- a) un animal doméstico o amansado,
- b) un animal de los que habitualmente están domesticados,
- c) un animal que temporal o permanentemente vive bajo control humano, o
- d) cualquier animal que no viva en estado salvaje.

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Se hubieran utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida del animal.
- b) Hubiera mediado ensañamiento.
- c) Se hubiera causado al animal la pérdida o la inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal.
- d) Los hechos se hubieran ejecutado en presencia de un menor de edad.

3. Si se hubiera causado la muerte del animal se impondrá una pena de seis a dieciocho meses de prisión e inhabilitación especial de dos a cuatro años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

como falta³⁸, no volviendo a regularse hasta el Código Penal de 1995 y siendo considerado como una infracción administrativa hasta la reforma introducida por la ley Orgánica 15/2003. Lo cierto es que la regulación responde a la existencia actual de un amplio consenso en el sentido de que se debe evitar el maltrato animal y para algunos y para la norma española también que en los casos más graves debe sancionarse penalmente. A pesar de ello la regulación actual no está exenta de polémica precisamente en este último aspecto, abogando algún sector por su tratamiento administrativo³⁹.

La cuestión del bien jurídico protegido es la que tiene interés especial en referencia a la relevancia de los sentimientos con diversas teorías sobre el mismo. Existen desde las que lo sitúan en la propia sensibilidad animal a las que lo hacen en los buenos sentimientos de la mayor parte de la población hacia los animales⁴⁰. Pero la que nos interesa al objeto

4. Los que, fuera de los supuestos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo, maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente, serán castigados con una pena de multa de uno a seis meses. Asimismo, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

Artículo 337 bis. El que abandone a un animal de los mencionados en el apartado 1 del artículo anterior en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad será castigado con una pena de multa de uno a seis meses. Asimismo, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

³⁸ OLMEDO DE LA CALLE, E., *Los delitos de maltrato animal*, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, Valencia, mayo 2017, p.5. Accesible en <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=gV6CgEYSUHU%3D>

³⁹ JAURRIETA ORTEGA, I., "El bien jurídico protegido en el delito de maltrato animal", *Revista De Derecho De La UNED (RDUNED)*, 24, 2019, p. 181.

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*. 18ª Edición. Tirant lo Blanch. Valencia 2010, pp. 608-609.

Para entender que lo que se protege en el código penal son los sentimientos animalistas se pueden conocer las diferentes teorías siguiendo lo expuesto por Jaurrieta Ortega tendríamos desde aquellas que defienden la inexistencia de un bien jurídico, rechazando que se realice una paulatina equiparación de los derechos de los animales y de las personas porque esto no puede admitirse en nuestro ordenamiento jurídico, así como la afirmación de que tampoco protege el medio ambiente ni la ética y la moralidad; la que habla de obligaciones de carácter moral en la que se consideran las conexiones entre el maltrato animal y el maltrato a personas y la teoría de las obligaciones de carácter bioético y de medioambiente; siguiendo con la teoría en la

de esta reflexión es sobre todo la teoría de los sentimientos de los seres humanos. Esta corriente cuenta con el respaldo de numerosos autores y considera que se protegen los sentimientos de las personas de amor y la compasión hacia los animales; idea que se fundamenta en el hecho de que su tipificación recoja que su realización sea injustificada (por lo tanto, relativa y no absoluta) y a que se agrava cuando se realiza en presencia de menores de edad. Y es que estos aspectos se están refiriendo a su percepción por las personas y no al trato animal objetivamente considerado⁴². La idea además responde al hecho de que a través de la legislación penal lo que se pretende es proteger al ser humano, siendo el hombre el centro de la legislación y considerando que el resto de los elementos que se protegen responde a una visión antropocentrista porque es el hombre el que es titular de derechos y de ahí la consideración de los sentimientos de este hacia los animales como los protegidos.

La idea de que los sentimientos de la población y la sensibilidad social están en la base de esta protección puede observarse en la gestación o antecedentes que el tratamiento penal del maltrato animal tiene en la primera regulación que se hizo en un país europeo y que fue en Gran Bretaña en 1911⁴². Tanto en esta normativa como en la española de 1928 se recoge el hecho de que la conducta sancionada se haga de modo público y se afecta la conducta o moral pública⁴³. Del hecho de que se exija publicidad se implica que se alude a la sensibilidad social y a los sentimientos que genera en la sociedad. En los Anteproyectos previos al Código penal de 1995 se exigía una ofensa a los sentimientos de los hombres⁴⁴. Encontramos por tanto la justificación en sus antecedentes de la tesis por la que lo que se protege son los sentimientos de los hombres hacia los animales, lo que designo como sentimientos animalistas.

Estos sentimientos que se protegen en relación al maltrato o la violencia contra los animales se encuadran en una sensibilización social general sobre las distintas formas de violencia, de ahí que los sentimientos de rechazo social son los que adquieren relevancia. Lo cierto es que la evolu-

que el objeto son los intereses generales, la de integridad psíquica o física del animal como ser vivo, de modo que se reconocerían derechos a estos como tales. JAURRIETA ORTEGA, I. Op.cit. pp. 181-202.

⁴¹ *Ibidem*, p. 194.

⁴² OLMEDO DE LA CALLE, E. Op.cit. p.11.

⁴³ *Ibidem*, pp. 12 y 13.

⁴⁴ JAURRIETA ORTEGA, I. Op.cit. p. 186. Exigencia que fue suprimida.

ción de la regulación de la materia que pasa de falta a delito, de requerir que sea público (1928), a que sea cruel (1995) a que exista ensañamiento y sea injustificado (2003), a suprimirse la exigencia de ensañamiento (2010), muestra una evolución penal paralela a la sensibilidad social y a los sentimientos que genera este maltrato en la población. Insistimos en que esta sensibilidad social se observa en las conexiones que se establecen entre la violencia y el maltrato animal, de tal modo que la violencia en un entorno concreto se extiende a los distintos elementos de este, incluidos los animales. Se sostiene así que es la misma persona la que maltrata en la familia y a los animales domésticos de la misma, pudiendo ser un elemento más de chantaje y control del maltratador⁴⁵.

Su regulación penal no es completamente pacífica y el rechazo a la misma se fundamenta en los principios del derecho penal de intervención mínima y última ratio, pero para la doctrina que se ha impuesto normativamente sobre que su tratamiento penal es adecuado hay fundamento entre otras razones en el fracaso del tratamiento sancionador administrativo y en la percepción social y la extensión de los postulados animalistas en parte de la sociedad⁴⁶.

5. SENTIMIENTOS RELIGIOSOS: DECLIVE DE LA PROTECCIÓN

Entre los sentimientos protegidos por el ordenamiento penal están los religiosos⁴⁷; protección que, al igual que en otros supuestos no está exenta de discusión doctrinal. En favor de su despenalización se argu-

⁴⁵ En relación a la conexión del maltrato animal con la violencia y específicamente con la violencia contra la mujer, DE LUJAN PIATTI, M., *Violencia contra las mujeres y alguien más*, Tesis doctoral, Universitat de València, 2013, Valencia, pp.307 y 308. Accesible en <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=0aBCLrT8VTo%3D>

⁴⁶ JAURRIETA ORTEGA, I. Op.cit.,pp.183 y 84.

⁴⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24/11/1995.

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

Artículo 525.1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de

menta que las conductas que ofenden los sentimientos religiosos no suponen una vulneración del derecho a la libertad religiosa al no impedir la práctica de las creencias profesadas y además existir una enorme dificultad para acreditar la intención expresa de ofender los sentimientos religiosos, así como también el principio de intervención mínima, legalidad y seguridad jurídica⁴⁸.

Pero si hablamos de sentimientos religiosos, ¿de qué estamos hablando? ¿son equiparables a otros sentimientos? Según Moreno Mozos⁴⁹, lo religioso se produce en el ámbito humano, como experiencia de vida que, aunque impregnan la totalidad de facetas existenciales de la persona es en la afectivo-emocional donde emerge y donde se produce la fusión entre los elementos temporales y los parámetros de naturaleza religiosa; esta caracterización destaca su trascendencia para la persona y su existencia, por lo tanto, para su conciencia y en último término en referencia a la dignidad de la persona⁵⁰. Los sentimientos religiosos son diferentes de otros, su importancia y peso está determinada porque “la religión configura ontológicamente al sujeto y afecta a su dignidad y al desarrollo de su personalidad”⁵¹.

La protección a los sentimientos religiosos aparece cuando se deja de hacerlo a una religión, y lo que se protege es la libertad religiosa con la instauración de los regímenes aconfesionales. Así antes el ordenamiento jurídico reconocía y protegía la doctrina y moral religiosa y las sanciones eran por la afrenta a Dios, al cuerpo doctrinal y moral. El cambio funda-

sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.

2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna.

⁴⁸ Refleja estas posturas SALINAS MENGUAL J., “Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXV, 2019, pp.225 y 229.

⁴⁹ MORENO MOZOS, MM., “Delitos contra los sentimientos religiosos: un difícil equilibrio entre derechos fundamentales. Especial referencia a la legislación española, *V lex*, p.8.

⁵⁰ Sobre que ha de entenderse por sentimientos religiosos, su ubicación en la libertad religiosa y la importancia en la personalidad de los individuos. Recoge las diversas posturas en torno a los mismos. SALINAS MENGUAL J., “Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXV, 2019, pp.223-225.

⁵¹ SALINAS MENGUAL J. Op.cit., p.229.

mental se produce con los derechos individuales, la igualdad y la libertad religiosa. Los sentimientos religiosos están indisolublemente unidos a la dignidad de la persona, nacen directamente de la personalidad humana⁵². Por ello cuando se lesionan los mismos se hiere en la más profunda dignidad espiritual-moral⁵³.

Lo cierto es que cuanto mayor es la protección de la libertad religiosa, mayor es la consideración y protección que existe en un sistema de los sentimientos religiosos⁵⁴. En primer lugar, la relación la encontramos en su reconocimiento jurídico en España, apareciendo clara en el hecho de que se proclama por primera vez en el artículo 21 de la Constitución de 1869 para a continuación un año después aparecer el concepto de sentimientos religiosos en el código penal. En segundo lugar, la encontramos en su propia naturaleza ya que son dos bienes jurídicos que se necesitan mutuamente, así los sentimientos religiosos necesitan del ejercicio de la libertad religiosa para manifestarse⁵⁵ y no existirá libertad religiosa sin un ámbito de existencia de los sentimientos religiosos.

La evolución y el sentido de su regulación actual considera el modelo de relaciones Iglesia Estado que se configura en la norma constitucional sobre la libertad religiosa⁵⁶. Dentro de los modelos posibles la tutela se puede realizar considerando los valores religiosos como bienes sociales y considerándolos como una manifestación libre de la conciencia del sujeto. En esta última cabe la tutela del fenómeno religioso como bien social al ser instrumento de los intereses particulares, de modo que la protección de los grupos religiosos es instrumento o medio de la libertad religiosa del individuo. Otra opción de modelo, como la postura que mantenía el Grupo Comunista en el proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1980, considera que el Estado no actúa y es indiferente del fenómeno religioso lo que llevaría a la despenalización directa y autónoma del sector⁵⁷. Pero si nos remitimos al artículo 16 de la Constitución y consideramos que la laicidad no es límite de la libertad, sino a la inversa, estaríamos ante la personalización entre el Estado y el fenómeno religioso; matizado

⁵² FERREIRO GALGUERA, J. *Op.cit.* pp.17 y 40.

⁵³ *Ibidem*, p. 4.

⁵⁴ *Ibidem*, p.18.

⁵⁵ *Ibidem*. p.20.

⁵⁶ FERNÁNDEZ CORONADO, A., "La tutela penal de la libertad religiosa, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1986, 2, 1986, pp.18 y ss.

⁵⁷ *Ibidem.*, pp. 43- 44

por el artículo 16.3 que supone que se valoran positivamente las creencias religiosas en cuanto derecho fundamental de los ciudadanos y la obligación de cooperación, entendiendo que el artículo 9.2 presiona sobre el 16 y convierte la simple función garante en función promocional⁵⁸.

Siguiendo a Ferreiro Galguera se pueden distinguir en los sentimientos religiosos los que denomina como planos de dimensión activa o sentimientos religiosos activos y de dimensión pasiva o sentimientos religiosos pasivos. En el caso de los activos estos se exteriorizan por lo que necesitan del ejercicio de la libertad religiosa, (es lo explicado respecto a que los sentimientos se expresan) en el caso de los pasivos se tienen sin más por lo que no necesitan exteriorización y no “echan mano” por lo tanto de la libertad religiosa. Sin embargo, si merecen protección del ordenamiento, aunque permanezcan en la intimidad del individuo⁵⁹. Se maneja una distinción entre sentimientos religiosos y libertad religiosa como bienes jurídicos protegidos⁶⁰, pero no existe una ruptura entre los conceptos de sentimientos religiosos y libertad religiosa ya que en realidad estaríamos en la vertiente interna de la misma, no sólo conformada por un cuerpo dogmático, sino también y en gran parte por sentimientos profundos que son accesibles al ser pensados por el sujeto y que por tener objeto se remiten a elementos contrastables. Así el ejercicio pacífico de la libertad religiosa comprende la protección de los sentimientos religiosos⁶¹. Lo cierto es que tienen la naturaleza apropiada para ser considerados como bien jurídico a proteger y prueba de ello es que la noción del bien jurídico estuvo muy influida por el concepto de sentimiento religioso colectivo⁶²; si bien este evoluciona en los códigos penales liberales a su protección como bien jurídico individual en el que lo es hacia el sentimiento religioso de cada creyente como hecho personal⁶³.

La dificultad que puede presentar el hecho de que el bien jurídico protegido sean los sentimientos religiosos y la subjetividad de los mismos a la que se alude en ocasiones como argumento contra su protección penal, queda salvada al eliminarse la pura referencia individual con

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 40, 41 y 42.

⁵⁹ FERREIRO GALGUERA, J. *Op.cit.*, p.21.

⁶⁰ *Ibidem*, 18.

⁶¹ PÉREZ MADRID, F., “Incitación al odio religioso o hate speech y libertad de expresión”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 19, 2009, p. 23.

⁶² FERREIRO GALGUERA, J. *Op.cit.* p.32.

⁶³ *Ibidem*, p.39.

la objetivación que supone la remisión a la confesión religiosa y a qué la ofensa y por tanto los sentimientos de referencia verse sobre los dogmas, creencias, ritos o ceremonias, de tal modo que de acuerdo con nuestro sistema se trata de un contenido contrastable y conocido, no subjetivo, hipotético o relativo. En las primeras líneas se explicó que el sentimiento puede entenderse que se expresa y se elabora como pensamiento, que tiene objeto, bien pues a ello atiende la norma al establecer una referencia clara a los dogmas, creencias y ritos de una confesión; siendo que los sentimientos tienen a las mismas como objeto sobre el que se proyectan habiendo tenido los mismos elaboración intelectual, por lo que superan la argumentación contraria a su protección en este sentido.

En cuanto a la jurisprudencia el Tribunal Supremo reconoce los sentimientos religiosos como un bien jurídico protegido penalmente pero los valora de forma desigual y desde planteamientos y argumentos enfrentados, siendo el delito de escarnio el que parece crear mayores contradicciones y problemas pues se observan resoluciones contradictorias. Una de las cuestiones que opera en estos casos es la valoración de la intención de ofender por parte del autor o autores de los hechos que se salvaría con la consideración de lo que se podría denominar dolo genérico⁶⁴. En general se observa una mayor protección de la libertad de expresión y una minusvaloración de la libertad religiosa prevaleciendo un entendimiento de la democracia en el que la libertad de expresión se jerarquiza de facto sobre la libertad religiosa⁶⁵. En los razonamientos que han establecido el declive y que proponen la despenalización de la protección de los sentimientos religiosos está operando como trasfondo esta concepción.

6. REFLEXIONES Y VALORACIONES

El recorrido realizado por algunas de las figuras de nuestro derecho en las que están presentes los sentimientos nos permite afirmar en primer lugar que la presencia y protección de los sentimientos religiosos en el ordenamiento no constituye un elemento anómalo en relación al conjunto de nuestro sistema jurídico. En segundo lugar, que por el contrario esta presencia desde el punto de vista de su fundamento en la dignidad de la

⁶⁴ SALINAS MENGUAL J. Op.cit. pp.227, 267, y 263. El autor recoge un acertado análisis de la jurisprudencia pp.265 y ss.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 264 y 269.

persona y la libre formación de la personalidad y desde la libertad religiosa como derecho humano y derecho fundamental está plenamente justificada, independientemente de que se considere conveniente o no por otras razones. En tercer lugar, que en relación a la presencia de otros sentimientos en el ordenamiento el fundamento de la protección de los sentimientos religiosos por el carácter que posee la libertad religiosa de derecho humano y de ser la primera de las libertades, otorga una mayor y mejor justificación y solidez a favor de su protección que la que puedan tener otro tipo de sentimientos, siendo en este sentido revelador lo expuesto respecto al bien jurídico protegido en los delitos de maltrato animal donde la protección se dirige exclusivamente a los sentimientos humanos hacia los animales sin conexión con ningún derecho humano.

Los sentimientos en el derecho comparten el elemento de la complejidad y dificultad, que se reflejan en distintos aspectos como son la eficacia de las normas en las que los mismos aparecen y la estimación positiva en los supuestos de protección regulados. Sobre la eficacia estas dificultades quedan patentes en relación al afecto en el matrimonio y a la protección penal de los sentimientos religiosos, de modo que en el caso del afecto si no se establece una regulación coherente su referencia queda de manera meramente simbólica, y en los sentimientos religiosos la falta de estimación jurisprudencial de supuestos incluidos en el delito tiene como consecuencia que sea inoperante e ineficaz una regulación coherente. Así se puede observar en la referencia al matrimonio como comunidad de afecto, en la que su contenido traducido jurídicamente en los derechos y deberes correspondientes no tiene consecuencias jurídicas en su incumplimiento lo que desafía la coherencia del sistema y de la institución contractual. Respecto a la estimación de la existencia de los supuestos que se regulan, en todos los casos se comparte la dificultad de la naturaleza compleja de los sentimientos, así en el miedo como causa de nulidad del matrimonio, en los sentimientos religiosos en cuanto a la valoración de su ofensa y la intencionalidad dirigida a la misma, respecto al afecto en el matrimonio en qué se traduce y valora este específicamente y en relación al maltrato animal respecto a la delimitación de los sentimientos que se protegen. El hecho de todas estas complejidades no tiene que implicar que por ello se abandone su consideración jurídica y una regulación y aplicación coherente de la norma, sin embargo, da la impresión de que se toma como justificación para por ejemplo, dejar los derechos y deberes

del matrimonio en un puro simbolismo y no estimar las ofensas a los sentimientos religiosos conduciendo a su despenalización.

Respecto al hecho de que en la protección de los sentimientos religiosos se trata de sentimientos de grupos determinados que no son compartidos por toda la sociedad y que por lo tanto se les privilegia, en el caso del maltrato animal se protegen, según lo explicado, los sentimientos sociales sobre el mismo, considerándolos como el bien jurídico. Los sentimientos respecto a los animales domésticos serían por tanto objeto de protección y, aunque extendidos, no son compartidos por toda la población o son indiferentes, lo que no evita su protección penal. Se puede establecer con ello un paralelismo con los sentimientos religiosos. En primer lugar, que al referirse a un aspecto ontológico son fundamentales y no accesorios en las vidas de las personas por lo que pueden ser objeto de protección ya que lo son los sentimientos sobre los animales que no presentan esta radicalidad en la conciencia núcleo de la dignidad del individuo. En segundo lugar, los sentimientos religiosos adquieren relevancia por ser expresión de la libertad religiosa en un doble sentido, la manifiestan y la construyen al existir, por ello los fundamentos jurídicos para su protección en un derecho fundamental superan los que pueda tener la protección de los sentimientos sobre el maltrato animal. En tercer lugar, los sentimientos religiosos que tienen como objeto los dogmas, ritos, creencias de una confesión no tienen que ser compartidos por toda la población, igual que no tienen que ser compartidos los sentimientos animalistas, pero ello no tiene que suponer que no se protejan ya que aseguran en último término la libertad religiosa.

Tanto en la protección penal de sentimientos religiosos como de los sentimientos animalistas se plantean posturas que abogan por su despenalización. Esta cuenta, sin embargo, con mayor unanimidad en el caso de los sentimientos religiosos pese a su ubicación en los ámbitos de la dignidad de la persona y su fundamentación en el derecho humano de libertad religiosa, circunstancias que no pueden predicarse respecto de los sentimientos animalistas o al menos no con la misma intensidad. Pero mientras la sensibilidad social ha marcado una evolución de la protección creciente en el maltrato animal, justificándose su carácter penal por el fracaso de la regulación administrativa, en las ofensas a los sentimientos religiosos sucede lo contrario, no se promueve la sensibilización social sobre las mismas, esta decrece, no se valoran los incrementos de los supuestos de ofensa y violencia verbal a las creencias religiosas, tampoco

se considera si existe un aumento general en los ataques a la libertad religiosa a la que colabore la falta de sensibilidad social y el clima no eficaz de protección. En definitiva, llama la atención que la falta de eficacia de la sanción administrativa del maltrato animal justifique su protección penal y se promueva y alimente la sensibilización social pero no se utilicen los mismos parámetros respecto a la tutela de la libertad religiosa.

La pérdida de valor en el derecho de los sentimientos religiosos incide en un clima de retroceso de la libertad religiosa, que no parece favorecer la convivencia, que afecta al clima de tolerancia y respeto, retrayendo a los ciudadanos en el disfrute de sus creencias religiosas en todas sus dimensiones, y además no queda satisfecho por su remisión a los delitos de odio ya que en el fondo esto supone avanzar en restar visibilidad a la libertad religiosa con la reducción de su protección. En el fondo hay un retroceso de esta libertad si se pone en relación con otras materias (racismo, homofobia, negacionismo) en las que no se estiman del mismo modo que en los sentimientos religiosos los límites a la libertad de expresión⁶⁶.

Los sentimientos parecen ser inevitables y complejos para el derecho, inevitables como parte de la realidad humana y social, y con una absoluta carga de complejidad que deriva de su propia naturaleza. Existen sentimientos como el afecto en el matrimonio que es fundamento del mismo pero que sin embargo se vacía de contenido jurídico eficaz. Otros como los sentimientos religiosos, con pleno fundamento y justificación en su presencia y protección se encuentran con una valoración doctrinal y jurisprudencial que parece encaminarse hacia su declive y a su despenalización, mientras que de modo paradójico se produce un auge en la protección de otros como los animalistas.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 258, 260, 266.

