

Concepción Castro Alvarez

La protección y la utilización de los
animales en el derecho
administrativo español: regulació
actual y metas pendientes

Departamento
Derecho Público

Director/es
Embid Irujo, Antonio

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>

© Universidad de Zaragoza
Servicio de Publicaciones

ISSN 2254-7606





Universidad
Zaragoza

Tesis Doctoral

LA PROTECCIÓN Y LA UTILIZACIÓN DE LOS
ANIMALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO
ESPAÑOL: REGULACIÓN ACTUAL Y METAS
PENDIENTES

Autor

Concepción Castro Alvarez

Director/es

Embid Irujo, Antonio

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Derecho Público

2018



FACULTAD DE DERECHO

LA PROTECCIÓN Y LA UTILIZACIÓN DE LOS ANIMALES EN EL
DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL: REGULACIÓN ACTUAL
Y METAS PENDIENTES

TESIS DOCTORAL

Autora

Concepción Castro Álvarez

Director

Antonio Embid Irujo

Zaragoza, 2018

INDICE

SIGLAS, ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS	9
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I. LA CONSIDERACIÓN DE LOS ANIMALES EN LA FILOSOFÍA, LA CIENCIA Y EL DERECHO	19
1. Los animales en la Filosofía y en la Ciencia: el hombre es la medida de todas las cosas	19
2. Los animales en el Derecho: de meros chivos expiatorios o simples objetos hasta su condición actual de seres sensibles	30
3. El Derecho de los animales como disciplina jurídica autónoma	41
3.1. Concepto, contenido y límites del Derecho Animal	41
3.2. Las fuentes del Derecho Animal	49
3.2.1. Fuentes fundamentales, históricas y contemporáneas.....	49
3.2.2. Principios rectores	54
A) Integración del bienestar animal en la regulación normativa y su aplicación, a partir de la condición de los animales como seres sentientes	57
B) La experiencia adquirida y los conocimientos científicos como base de la regulación normativa en materia de bienestar animal	59
C) Precaución o cautela	62
D) Prohibición del sufrimiento inútil	65
E) Progresividad	66
CAPÍTULO II. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES.....	71
1. Los animales en el Derecho privado: su consideración como cosas	71
2. La protección de los animales en el bloque de la constitucionalidad.....	74
2.1. En la Constitución	74
2.2. En los Estatutos de Autonomía	76
2.3. Títulos habilitantes de competencias para la protección animal	77
2.3.1. Cuestiones preliminares.....	77
2.3.2. Análisis de diferentes materias relacionadas con la protección animal.....	78
A) Sanidad y ganadería.....	78

B) Cultura	82
C) Medio ambiente	88
a) Diferentes concepciones según la doctrina	91
b) Concepto de medio ambiente según la jurisprudencia constitucional.....	99
c) Razones para sustentar una concepción amplia del medio ambiente que incluya la protección de todos los animales	103
3. El bienestar animal en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y a partir de él.....	109
3.1. La introducción del bienestar animal en el Derecho europeo	111
3.2. El rango del artículo 13 TFUE: el bienestar animal como bien constitucional a partir del TFUE	116
3.3. El bienestar animal como límite a otros derechos, en particular, como límite a la libertad religiosa.....	121
4. La protección de los animales en la legislación ordinaria	132
4.1. Inexistencia de ley estatal en materia de protección animal.....	132
4.2. La regulación autonómica: títulos competenciales invocados	137
4.2.1. Introducción	137
4.2.2. Ámbitos de aplicación de las distintas leyes dictadas	138
A) De aplicación al conjunto de los animales.....	138
B) De aplicación a los animales en cautividad.....	141
C) De aplicación a los animales de compañía y domésticos	146
4.2.3. Breve anticipo de una conclusión.....	149
CAPÍTULO III. LA UTILIZACIÓN DE LOS ANIMALES POR CAUSA DE SEGURIDAD PÚBLICA Y SANITARIA	151
1. El papel de los animales en nuestra sociedad.....	151
2. Los animales dañinos	153
2.1. Del concepto de <i>animal dañino</i> a la preservación de las especies.....	153
2.2. Algunas derivaciones modernas del concepto de animal dañino	158
2.2.1. Las especies invasoras	158
2.2.2. Los animales silvestres urbanos	161
2.2.3. Los animales potencialmente peligrosos	163

A) Origen de la regulación y alcance	163
B) Requisitos para la posesión de un animal potencialmente peligroso.....	168
3. Daño producido a los animales por razones sanitarias	171
3.1. Epizootias y zoonosis	171
3.2. La problemática de los animales asilvestrados.	180
CAPÍTULO IV. LA UTILIZACIÓN DE LOS ANIMALES PARA ENTRETENIMIENTO HUMANO	185
1. En la caza y la pesca.....	185
1.1. Cuestiones preliminares.....	185
1.2. La caza y la pesca en su perspectiva histórica	188
1.3. Principales aspectos de la ordenación de la caza y la pesca	193
1.3.1. La ordenación de la caza y la pesca en el Derecho Internacional: visión general	193
1.3.2. La ordenación de la caza y la pesca en el Derecho de la Unión Europea a partir de las normas en materia de protección de los animales.....	199
A) Regulación general.....	199
B) Regulación en materia de capturas.....	205
1.3.3. En el Derecho español	209
A) La caza en la Ley de 1970.....	209
a) Especies cinegéticas	210
b) Lugares de aprovechamiento cinegético	212
B) La caza en la Ley de Patrimonio Natural y Biodiversidad de 2007	218
a) Especies cinegéticas	219
b) Métodos de captura	219
C) Regulación sectorial a tener en cuenta en materia de caza	222
D) La regulación de la caza y la pesca por las Comunidades Autónomas.....	224
1.4. Necesidad de reinterpretar la caza y la pesca desde una perspectiva proteccionista	228
2. En espectáculos públicos	239
2.1. Cuestiones preliminares.....	239
2.2. Prácticas deportivas con animales y espectáculos circenses.....	243

2.3. Los espectáculos con toros: en especial, las corridas de toros	247
2.3.1. Los espectáculos taurinos en su perspectiva histórica	247
2.3.2. La regulación de los espectáculos taurinos en la actualidad	251
A) Título competencial que ampara la regulación y materias conexas	251
B) Algunas contradicciones en la regulación de los espectáculos taurinos	258
CAPÍTULO V. LA UTILIZACIÓN DE LOS ANIMALES PARA EXPERIMENTACIÓN	261
1. Cuestiones preliminares	261
2. Principales aspectos de la regulación de la utilización de los animales para la experimentación	265
2.1. En el Derecho de la Unión Europea	265
2.1.1. En experimentos científicos	265
A) El valor bienestar animal como base de la regulación	265
B) Sobre los animales que pueden ser utilizados y requisitos de los procedimientos	268
C) Transparencia sobre los procedimientos	272
D) Otras cuestiones de interés en la regulación sectorial	273
2.1.2. En ensayos de productos cosméticos	274
2.2. En el ordenamiento interno	279
2.2.1. Aspectos de interés en la regulación estatal en relación con la normativa europea	279
2.2.2. Regulación de las Comunidades Autónomas	286
3. Reglas a tener en cuenta para la implantación efectiva del bienestar animal en la normativa sobre experimentación	291
CAPÍTULO VI. LA UTILIZACIÓN DE LOS ANIMALES PARA CONSUMO HUMANO	299
1. Cuestiones preliminares	299
2. Condiciones de los animales en las explotaciones ganaderas	300
2.1. En el Derecho de la Unión Europea	300
2.1.1. Disposiciones comunes	301
2.1.2. En función de la especie	302
2.1.3. En materia de transporte	307

2.1.4. En materia de sacrificio	312
2.2. En el ordenamiento interno	316
2.2.1. Disposiciones comunes.....	316
2.2.2. Gallinas ponedoras	317
2.2.3. Pollos destinados a la producción de carne.....	319
2.2.4. Terneros	321
2.2.5. Cerdos	323
2.3. Necesidad de una evolución normativa justificada por razones de bienestar animal y ecológicas	326
CAPÍTULO VII. SOBRE LA REGULACIÓN DE UN ESTATUTO JURÍDICO DEL ANIMAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO	331
1. Estado de la situación actual: necesidad de una ley estatal de bienestar animal.....	331
1.1. Cuestiones preliminares.....	331
1.2. Alcance de una posible ley estatal de bienestar animal	335
2. Técnicas para instrumentar el bienestar animal	340
2.1. Planteamiento de las diferentes posiciones	340
2.2. Los animales como sujetos de derechos	345
2.2.1. Planteamiento general	345
2.2.2. El reconocimiento de derechos desde una perspectiva moral y desde una perspectiva política.....	347
2.2.3. Principales objeciones al reconocimiento de derechos a los animales	351
2.2.4. Respuesta a dichas objeciones.....	356
2.3. La aplicación del concepto de persona a los animales.....	365
2.4. Las experiencias de otros sistemas jurídicos: en Iberoamérica y en Europa.	370
2.4.1. El reconocimiento de derechos a la naturaleza	370
2.4.2. La ausencia de reconocimiento directo de derechos a los animales en las recientes reformas normativas de algunos países europeos	374
3. Solución jurídica propuesta: necesidad de configurar un estatuto jurídico del animal a partir de su condición de ser sensible o sentiente.....	381
3.1. Introducción	381

3.2. Obligaciones exigibles	384
3.2.1. No causar dolor o sufrimiento	384
3.2.2. No violentar la naturaleza del animal en función de su especie	386
3.2.3. Dispensar buen trato a los animales	387
3.3. Otros aspectos a regular	388
3.3.1. La adopción de decisiones que conciernan a animales exige ponderar la totalidad de intereses en conflicto, incluidos los del animal	388
3.3.2. Establecimiento de ciertos requisitos para la tenencia de animales de compañía	389
3.3.3. Prohibición de la caza deportiva	393
3.3.4. La experimentación con animales debe ser la excepción	394
CONCLUSIONES	397
BIBLIOGRAFÍA	415

SIGLAS, ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS

APP	Animal potencialmente peligroso
ASPCA	American Society for the Prevention of Cruelty to Animals
BO	Boletín Oficial
BOA	Boletín Oficial de Aragón
BOC	Boletín Oficial de Cantabria
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOCM	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
BON	Boletín Oficial de Navarra
BOPV	Boletín Oficial del País Vasco
CC	Código Civil
CE	Constitución española
CEA	Comisión de Experimentación Animal de la Generalidad de Cataluña
CEE	Comunidad Económica Europea
COSCE	Confederación de Sociedades Científicas de España
CP	Código Penal
CITES	Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres
CSIC	Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Agencia adscrita al Ministerio de Economía, Industria y Competitividad)
DO	Diario oficial
DOCV	Diario oficial de la Comunidad Valenciana

DOG	Diario Oficial de Galicia
DOGC	Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
EAA	Estatuto de Autonomía de Andalucía
EAC	Estatuto de Autonomía de Cataluña
EEB	Encefalopatía Espongiforme Bovina
EFSA	Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria
FAO	Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
FAADA	Fundación para el asesoramiento y acción en defensa de los animales
FJ	Fundamento jurídico
HA	Hectáreas
LO	Ley Orgánica
MAGRAMA	Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OIE	Organización Mundial de Sanidad Animal
ONU	Organización de Naciones Unidas
PAC	Política Agrícola Común
PP	Páginas
RAE	Real Academia Española
REC CAS	Recurso de casación
SS	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades

	Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional de España
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo de España
TUE	Tratado de la Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
VGR	Verbigracia

Acuérdese que siempre han de ser mayores los propósitos y los deseos que las obras, y por tanto, el propósito ha de ser éste, y la obra, llegue donde más pudiere

Fray Luis de Granada

INTRODUCCIÓN

Este trabajo que con el título de «La protección y utilización de los animales en el Derecho Administrativo Español: regulación actual y metas pendientes» ahora se presenta, condensa dos grandes pasiones: el amor hacia los animales y hacia el Derecho. Ambas nacieron y crecieron con quien esto escribe y pretende constituir un punto de partida en el conocimiento y en el estudio de un tema, cada vez de mayor actualidad, pero aún necesitado de mucho recorrido.

El estudio de la parte del Derecho que tiene como objeto regulatorio a los animales, hasta ahora poco explorada en nuestro país, ha servido de excusa para profundizar en el conocimiento del Derecho, mediante el examen de un sector normativo que empieza ya a ser desbordante. Aunque esto decimos, nuestro propósito no era conocer *el Derecho*. Si el maestro Alejandro Nieto ha llegado a preguntarse e incluso a dudar de si es posible esta meta, no íbamos nosotros en nuestra humilde posición a albergar ni siquiera el propósito de plantearnos ese gran objetivo. Nuestro interés era alcanzar mayores competencias en un sector de las normas que integran esa gran disciplina que se conoce como Derecho Administrativo.

Pero, junto a esta finalidad, se encontraba agazapada otra no menos importante y tal vez menos humilde. El objetivo pretendido era también contribuir, con el modesto alcance que la defensa de una tesis doctoral pueda tener, a incluir en el debate jurídico la defensa de los derechos de los animales. La defensa de los intereses de quienes no tienen ninguna voz y que, sin

embargo, sufren los más graves atropellos por parte de los seres humanos. El Derecho y los juristas deben ocuparse de los animales.

Como el camino se hace al andar, preciso era comenzar el trabajo con la referencia y el análisis correspondiente de la parte de nuestro Derecho Público que de alguna manera protege a los animales. El estudio se inició en la convicción de que estas normas constituían la práctica totalidad del ordenamiento jurídico a analizar. Pero enseguida se impuso la realidad, que no es otra que lo contrario de lo que se creía, esto es, que la mayor parte del ordenamiento jurídico se integra por disposiciones cuyo objeto es regular los múltiples supuestos de utilización de los animales por los seres humanos.

Fue necesario, entonces, estructurar este trabajo en dos grandes partes, diferenciando entre dos tipos de normas: las que regulan la protección animal *strictu sensu* (lo que daría lugar al capítulo segundo) y las que regulan la utilización de los animales (lo que daría lugar a los capítulos tercero a sexto). Aun cuando la separación no es absolutamente pura y nítida entre ambos bloques, la finalidad del primer grupo de normas sería la de proteger al animal, independientemente de la función que desempeña con respecto al ser humano, mientras que la finalidad del segundo grupo sería la de regular el uso de los animales por el ser humano atendida dicha función. Decimos que la separación no es nítida y no puede serlo desde el momento que en nuestro ordenamiento jurídico los animales todavía tienen la consideración de cosas. Dificilmente puede soslayarse esta premisa aun cuando nos estemos refiriendo a normas de protección animal. Al mismo tiempo, la vertiente de protección está también presente en las normas que regulan la utilización del animal pues, aun siendo jurídicamente considerado cosa, es el animal, un ser vivo dotado de sensibilidad.

Así pues, encontraremos que las normas de protección incluyen aspectos que podrían ser estudiados en la parte que hemos dedicado a los diferentes tipos de utilización de los animales. Y viceversa: también encontraremos disposiciones orientadas a la protección en esta última parte.

Pues bien, el estudio realizado ha dado lugar a siete capítulos, con diferente extensión. El primer capítulo tiene como objeto analizar cuál ha sido la consideración de los animales para el Derecho, hasta nuestros días. A estos efectos, ha sido necesario introducir una referencia a los campos de la Filosofía y de la Ciencia, más adelantados que el Derecho en el reconocimiento a los animales de capacidades que tradicionalmente habían sido consideradas exclusivamente humanas. Aun cuando el Derecho despertó tarde, la labor realizada hasta el momento permite ya afirmar que existe una regulación dotada de la suficiente coherencia y peso como para poder afirmar que ha nacido una nueva rama jurídica, la cual se conoce ya como Derecho Animal. Por esta razón se ha creído oportuno dedicar algunas páginas a exponer cuáles serían las fuentes de esta nueva rama del Derecho y sus principios reguladores.

El capítulo segundo se dedica al estudio de la protección jurídica de los animales. Su objetivo es exponer cual es la consideración de los animales en nuestro ordenamiento, partiendo de la Constitución y haciendo referencia al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea pero también a la legislación ordinaria dictada hasta el momento en la materia. Se analiza, pues, la base normativa que permite concluir en la existencia de un bien jurídico constitucionalmente protegido que consiste en la protección o el bienestar de los animales. Se analizan, también, las normas dictadas hasta la fecha, estatales y autonómicas, cuyo objeto directo es dispensar protección a los animales.

Los capítulos tercero a sexto comprenden el estudio de las normas que regulan las diferentes formas en que el ser humano usa a los animales. La extensión de dicha regulación hizo imposible condensar en un solo capítulo la referencia a la misma, aun cuando esta había sido la idea inicial. El capítulo tercero se dedica al análisis de las normas que se adoptan por razones sanitarias o de seguridad pública y que se aplican sobre los animales, en la mayor parte de los casos, para beneficio exclusivamente humano. El capítulo cuarto se refiere a aquella parte de nuestro ordenamiento jurídico administrativo que regula las diversas formas en que el ser humano utiliza a los animales para su diversión o entretenimiento. Se aborda parte de la regulación existente en materia de

festejos o espectáculos varios, así como otras actividades calificadas de deportivas que tienen como finalidad, en muchos casos, la destrucción del animal. El capítulo quinto está dedicado a la experimentación. Supone, evidentemente, un modo claro de utilización de los animales y forzoso era introducir las debidas referencias al respecto. Como también forzoso era dejar constancia de la opinión moral que, particularmente esta concreta forma de utilización merece para la autora. El capítulo sexto incluye el estudio de la parte de nuestro ordenamiento relativa a las condiciones de los animales en las explotaciones ganaderas, y concluye la parte del trabajo dedicado al estudio de las normas cuyo objeto es la regulación de la utilización de los animales.

El capítulo séptimo, a modo de prelude de las conclusiones que ya se anuncian, pretende exponer el contenido de las disposiciones que serían necesarias introducir en nuestro ordenamiento para configurar un estatuto jurídico de los animales que se revela como absolutamente necesario. En realidad, se pretende dar respuesta a la pregunta de si es necesaria la construcción de un estatuto jurídico que reconozca a los animales ciertos derechos o si su protección es suficiente a través de otras técnicas.

Finalmente, el apartado dedicado a las conclusiones generales pretende dar respuesta a la segunda parte del título de esta tesis, esto es, las metas que aún tenemos pendientes en la materia, los retos que todavía deberían asumirse en materia de protección animal y las posibilidades de conseguir un mayor nivel de protección y bienestar para los animales. En cualquier caso y a pesar de los objetivos que aun deberían alcanzarse, se concluye que el bienestar animal es hoy ya, en nuestro ordenamiento, un fin constitucionalmente legítimo y, como tal, valor que puede ser opuesto frente a determinados derechos fundamentales.

La realización de una tesis doctoral con el objeto propuesto planteaba una gran dificultad que a la vez constituía un reto estimulante: la escasa dedicación que la doctrina jurídica ha invertido en el tema. La principal y directa fuente de conocimiento había de venir de la mano de la norma y también, aunque en mucha menor medida, de la jurisprudencia. Debería la doctrina jurídica remediar esta laguna y situarse al mismo nivel que los filósofos quien, debe

decirse, son quienes están luchando por modificar el estado actual de las cosas y quienes están brindando las ideas más sugerentes e innovadoras. Hoy no parece serio dedicar esfuerzo y líneas a debatir sobre la consideración jurídica que deben merecer los animales y prueba de ello son, por ejemplo, las palabras que algunos reputados juristas formularon en uno de los más conocidos libros sobre la materia que han visto la luz en nuestro Estado: *Los animales y el Derecho*, coordinado por D. Santiago Muñoz Machado. La sorpresa que algunos de estos autores manifestaron ante la llamada de D. Santiago de participar en un libro con dicha temática da cuenta del estado actual de la situación. El libro data de 1999 pero no han cambiado sustancialmente las cosas desde entonces.

A pesar de esta circunstancia que, al menos a ojos de quien la pone de manifiesto, aparecía como un inconveniente o dificultad, esta doctoranda ha contado con la mejor ayuda posible para afrontarla: el apoyo y el estímulo constante de otro gran maestro, D. Antonio Embid Irujo, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza. No quiero finalizar esta breve introducción sin dejar expresión escrita de mi infinita gratitud y profundo reconocimiento a mi director y profesor, así como también, por extensión, a la Universidad de Zaragoza, por haberme permitido asomar al campo de la investigación académica y del conocimiento.

CAPÍTULO I. LA CONSIDERACIÓN DE LOS ANIMALES EN LA FILOSOFÍA, LA CIENCIA Y EL DERECHO

1. Los animales en la Filosofía y en la Ciencia: el hombre es la medida de todas las cosas

La Filosofía se ha ocupado de estudiar - mucho antes que el Derecho- el papel de los animales en la naturaleza y sus relaciones con los seres humanos. Los animales han interesado a filósofos, escritores o científicos, mucho antes que a los juristas. Para el pensamiento occidental, hasta bien entrado el siglo XIX, los animales eran cosas porque se consideraba que carecían de características propias de los seres humanos, como la emoción, la autoconsciencia y la comunicación. Platón, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Descartes, Kant, entre otros, dieron por sentado que los animales no eran racionales, autoconscientes ni capaces de pensamiento abstracto y uso del lenguaje. Estas diferencias justificaban que los seres humanos no estuviesen concernidos a tener ninguna obligación moral hacia ellos. Aristóteles, considerado el padre de la zoología y la zohistoria gracias a su *Historia de los animales*, que data de los años 335 y 332 a.C. y que constituye un catálogo de clasificación de los animales¹, no negaba su capacidad de sufrir, pero no la consideraba relevante para justificar su inclusión en la comunidad moral de los seres humanos. Y, aun cuando no negaba que el ser humano era un animal, mantenía que, en la naturaleza, los que poseían una capacidad menor de raciocinio existían para provecho de los que la tenían mayor².

En la época de la Grecia clásica, no sólo Aristóteles teorizó sobre los animales. Pitágoras o Empédocles fueron dos claros ejemplos de pensadores que propugnaron respeto hacia los animales. Se sabe que Pitágoras era vegetariano y que instaba a sus seguidores a tratar a los animales con consideración. No obstante, la escuela que acabó teniendo influencia en los siglos venideros, y que ha llegado hasta la actualidad, fue la aristotélica y, justamente, han sido los postulados de quienes han negado valor intrínseco a

¹ La referencia la encontramos en MUÑOZ MACHADO (1999), p.32.

² Algunos pasajes significativos de la obra aristotélica en cuanto a la inteligencia animal pueden consultarse en RODRÍGUEZ DONÍS (2008), p. 24.

los animales los que se han acabado imponiendo. Una de las causas que pudiera explicar este fenómeno habría sido la influencia del judaísmo y de las religiones que de él derivan. El filósofo español JESÚS MOSTERÍN sostiene que tenemos consideración moral hacia otro cuando nos preocupa su bienestar y cuando lo tenemos en cuenta a la hora de tomar decisiones que le afectan. La consideración moral de los animales había sido negada en la tradición judeo-cristiana-islámica³ aunque también en la tradición kantiana y contractualista de base absolutamente antropocéntrica en la que los animales son meros instrumentos o cosas al servicio del humano⁴. Ya el Génesis describe a los animales como seres al servicio del ser humano, meros medios para sus fines⁵. Ciertamente, el abismo entre los humanos y el resto de los animales

³ Señala MOSTERÍN que en el pensamiento judío, cristiano e islámico solo los seres humanos son objeto de consideración moral, es decir, solo sus intereses son tenidos en cuenta a la hora de reflexionar sobre lo que hacer. En esta tradición no ha habido nada comparable al sentido de la naturaleza de los taoístas chinos, o a la obsesión de los budistas y jainistas por no causar daño a los animales. En la antropocéntrica tradición occidental la naturaleza es concebida como un mero objeto de explotación por parte de los humanos. Se supone que nosotros hemos sido creados a imagen y semejanza de Dios, y no tenemos nada que ver con el resto de la naturaleza. En MOSTERÍN (2014), p. 77.

⁴ MOSTERÍN utiliza frecuentemente el término «humán» en lugar del común «humano» y para explicarlo dice, sencillamente, que el sustantivo «humán» significa ser humano (hombre o mujer), miembro de la especie *Homo sapiens*. En MOSTERÍN (2014), p. 14. En ocasiones, nosotros también utilizaremos esta forma del término.

⁵ Introduciendo una nota literaria diremos que M. KUNDERA escribió en *La insostenible levedad del ser* lo siguiente: «En el mismo comienzo del Génesis está escrito que Dios creó al hombre para confiarle el dominio sobre los pájaros, los peces y los animales. Claro que el Génesis fue escrito por un hombre y no por un caballo. No hay seguridad alguna de que Dios haya confiado efectivamente al hombre el dominio de otros seres. Más bien parece que el hombre inventó a Dios para convertir en sagrado el dominio sobre la vaca y el caballo, que había usurpado. Sí, el derecho a matar un ciervo o una vaca es lo único en que la humanidad coincide fraternalmente, incluso en medio de las guerras más sangrientas.» En KUNDERA (2011), p. 300.

KUNDERA es uno de los grandes autores de las letras universales que han reclamado la utilización del concepto de dignidad para los animales junto con J.M. Coetzee, D. Lessing, R. Kipling, I. Dinesen, T. Mann, J. Saramago o, en nuestro país, R. Montero, E. Freire, R. Regás y L. Etxebarria. La Doctora en Literatura y profesora en la Universidad de Gerona M. ESCARTÍN en un interesante artículo sobre la dignidad humana en el que, entre otros aspectos, hace referencia a algunas obras literarias que han abordado el trato que el ser humano dispensa a los animales, dice lo siguiente: «En 1917 KAFKA publica *Informe para una academia*, cuyo protagonista, un simio llamado Red Peter, es capturado y sometido a un adiestramiento para humanizarlo, proceso que el mismo animal describe, junto al alto precio que paga por lograrlo. Su valoración final no necesita comentarios («sufro por la obsesión destructiva de los humanos frente al medio ambiente y la vida en él [...] No se puede seguir viviendo así, ni como simio ni como humano») y se anticipa a la que DELIBES formuló, en su ingreso a otra Academia en 1975: "o la Humanidad cesa de destruir el medio ambiente o, en breve, acabará con su propia existencia". Desde KAFKA a los recientes nobeles de literatura: John M. COETZEE (2003), Doris LESSING (2007), o el Príncipe de Asturias, Paul AUSTER (2006), todos han reivindicado la *dignidad* de los animales. Este último, en *Timbuktú* (1991), nos muestra las miserias de un vagabundo desde la mirada de su perro, quien descubre que "su dueño era un ser humano con

queda marcado en el mito bíblico de la creación. En el Génesis se dice: «Entonces dijo Elohim: "Hagamos al hombre a imagen nuestra, a nuestra semejanza, para que domine a los peces del mar, a las aves del cielo, y a los ganados, y a todas las bestias salvajes y a todos los reptiles que reptan sobre el suelo"⁶.

corazón de perro", y a la inversa: WILLY intuye que "Mr. Bones tenía alma", mostrando que el clásico argumento espiritual no sirve ya para diferenciar a humanos de no humanos, unidos por el amor y la dignidad. En *Desgracia* (1999), su obra maestra, COETZEE denuncia la sórdida crueldad hacia los animales, víctimas sin capacidad de rebelarse en la miseria sudafricana, porque "en la lista de prioridades de la nación, los animales no entran" (COETZEE, 2000: 81), y nos recuerda que Europa es responsable de la herencia ideológica causante del problema, desde el *Génesis* a DESCARTES. Más radical, en *Elisabeth Costello* (2003), equipara la producción industrial de ganado para el consumo humano a campos de concentración tolerados y su sacrificio masivo, al Holocausto. Costello, una reconocida escritora a la que invitan a dar varias conferencias para hablar de su obra, sorprende al auditorio universitario que la escucha con una cerrada defensa de la causa animal en dos sesiones (*Los filósofos y los animales* y *Los poetas y los animales*), evidenciando que el problema de la diferencia-igualdad entre especies no puede abordarse ya con el lenguaje racional de los filósofos, sino con el de la sensibilidad de los artistas. COETZEE –citando a MONTAIGNE, el *Informe* de KAFKA, a Tom REGAN, o a Peter SINGER– aboga por la igualdad más allá de la especie, y denuncia nuestra concepción antropocéntrica y racionalista del universo, en la cual "un ser vivo que no hace lo que nosotros llamamos pensar es un ser de segunda" (COETZEE, 2003: 77) (...). En ESCARTÍN (2009), pp. 159-161.

⁶ Véase lo que sobre el Génesis dice MOSTERIN y su crítica del cristianismo en cuanto a la influencia que esta religión ha tenido en la consideración y trato a los animales. Según explica MOSTERÍN, Agustín de Hipona que, en su juventud había sentido cierta atracción por el maniqueísmo que predicaba el respeto moral hacia todos los seres vivos, cambió de opinión al hacerse cristiano. En MOSTERIN (2014), p 54. Parece ser que fue justamente Agustín de Hipona quien introdujo la idea de que los animales habían sido creados para servir a los seres humanos, postulado que sería adoptado posteriormente por Justiniano e introducido en sus códigos legales. En GARCÍA SAEZ (2012), p.4.

En el siglo XIII, Tomás de Aquino afirmaba que el hombre no pecaba si mataba a los animales brutos pues, dentro del orden natural, éstos se hallaban al servicio del primero, pudiendo éste matarlos o emplearlos de cualquier modo. No obstante, si según San Agustín y Santo Tomás de Aquino, no convenía ser cruel con los animales era porque la crueldad con éstos conducía a la crueldad con otros humanos. Precisa MOSTERÍN que «El pensamiento moral occidental sobre los animales ha sido durante largo tiempo mucho más superficial e inconsistente que el oriental, encorsetado como estaba en la tradición judeocristiana, tan mitológica, arrogante e insensible en ese aspecto. Según Agustín de Hipona y Tomás de Aquino, el único inconveniente de torturar a los animales es que ello pueda conducir a ser cruel con los otros humanos. El hacer sufrir a los animales no tenía importancia alguna, pues los animales no merecían consideración moral. Por eso no es de extrañar que los católicos "racionalistas" del siglo XVII pensarán que los animales eran meras máquinas, ni que, todavía a mediados del siglo XIX, el papa Pío XI prohibiese la fundación en Roma de una sociedad para la prevención de la crueldad hacia los animales, con el argumento de que autorizarla implicaría admitir que los humanos tienen obligaciones para con los otros animales. No hace mucho que una encuesta sociológica en Estados Unidos revelaba que los grupos más indiferentes al sufrimiento de los animales eran los cazadores, los ganaderos ¡y los clérigos!» (El filósofo se refiere a una encuesta publicada en la revista de divulgación científica *Scientific American* y, concretamente, a la información aparecida en el número de febrero de 1997, p. 72). De nuevo MOSTERÍN, op. cit., pp. 54-57.

En cambio, justo es destacar que el planteamiento fue radicalmente distinto en el pensamiento oriental. El budismo defendió el valor de los animales y se opuso a toda forma de maltrato, al establecer como uno de sus cinco preceptos no matar ni dañar a ningún ser vivo. Buda condenaba la caza y los sacrificios de animales. Por otro lado, el jainismo, tradición filosófico-religiosa surgida en la India alrededor del año 500 a.C., también incluyó entre sus preceptos básicos no dañar a ningún ser vivo, llevando a sus últimas consecuencias este mandato pues lo extendía incluso a las plantas⁷.

En Occidente, el desarrollo y expansión de la religión cristiana, que reunió las ideas judaicas y griegas sobre los animales, habría venido a empeorar las cosas, si cabe, en cuanto a la exclusión de los animales de la comunidad moral. Como es sabido, el cristianismo nació y se desarrolló durante el Imperio romano. Los romanos habían trazado perfectamente un límite en el que ubicar los sentimientos morales, dentro del cual no se incluían todos los seres humanos porque, por ejemplo, ninguna consideración moral tenían los esclavos ni los prisioneros. Por supuesto, mucho menos los animales⁸. El cristianismo introdujo una importante novedad al respecto al proclamar la singularidad de la especie humana. Solamente el ser humano estaba destinado a vivir eternamente de manera que toda vida humana era santa. Esta doctrina fue claramente progresiva pues supuso incluir dentro del círculo de la moralidad y del ámbito de la compasión a los esclavos, pero tuvo como efecto, rebajar aún más la posición de los animales⁹.

Ni siquiera el pensamiento humanista, surgido con el Renacimiento, supuso cambio alguno respecto a la consideración moral de los animales pues el rasgo esencial de dicho pensamiento consistió en destacar la dignidad y valor intrínseco del hombre, que podía sintetizarse en la máxima de Protágoras «el

⁷ Véase al respecto TAFALLA (2004), p. 15.

⁸ Los animales domésticos y los salvajes, así como los esclavos podían ser adquiridos mediante la captura o a través del nacimiento, en el caso de los esclavos. Tanto los animales como los esclavos que huían de su propietario continuaban siendo de su propiedad. Si los esclavos y los animales domésticos perdían el hábito de volver pasaban a ser considerados fugitivos. Tanto el robo de esclavos como de animales era un delito. Véase al respecto el interesante resumen que hace Steven WISE bajo el título "La noche gélida del derecho animal" en WISE (2016),

⁹ Así lo considera SINGER (2011), p. 222.

hombre es la medida de todas las cosas». Los testimonios disidentes de Michel de Montaigne, Leonardo da Vinci o Giordano Bruno, no permiten modificar la calificación del humanismo como claramente antropocéntrico¹⁰. En este sentido, lo peor todavía estaba por llegar pues será con René Descartes, en el siglo XVII, cuando se alcanzará el máximo nivel de crueldad hacia los animales, al teorizar este filósofo sobre la naturaleza puramente mecánica e insensible de los animales¹¹. Será justamente en ese momento histórico

¹⁰ Señala SINGER que «los amigos de Leonardo da Vinci se mofaban de él porque se preocupaba tanto del sufrimiento de los animales que acabó haciéndose vegetariano; y Giordano Bruno, influido por la astronomía copernicana, que admitía la posibilidad de que existieran otros planetas, algunos de los cuales podían estar habitados, se aventuró a afirmar que "el hombre no es más que una hormiga en presencia del infinito". Bruno fue quemado en la hoguera en 1600 por no retractarse de sus herejías». Sigue diciendo SINGER: «El autor favorito de Michel de Montaigne era Plutarco, y su ataque contra las tesis humanistas de su tiempo hubieran obtenido la aprobación de aquel romano compasivo: "La presunción es nuestro mal natural y original.... Por la misma vanidad de la imaginación (el hombre) se iguala a Dios, se atribuye cualidades divinas y se retira y separa del conjunto de las demás criaturas". Sin duda, no es ninguna coincidencia que el escritor que rechaza semejante exaltación de uno mismo sea también el primero desde la época de los romanos en afirmar, en su ensayo *Sobre la crueldad*, que la crueldad con los animales está mal en sí, independientemente de que pueda abocar a la crueldad con los humanos». En SINGER (2011), p. 230.

¹¹ Señala el profesor MUÑOZ MACHADO que: «es la Parte V del Discurso del Método de DESCARTES la reflexión más influyente sobre la relación hombre-animal, publicada en el siglo XVII, y que justifica de un modo definitivo la entidad inferior del animal y su naturaleza radicalmente diferente de la del hombre. DESCARTES implanta lo que luego habría de denominarse la filosofía de los animales-máquinas. (...) En una carta de DESCARTES a Henry MORE, datada en 1649, el filósofo francés desarrolla aún más explícitamente su teoría. Creer, dice, que los brutos piensan es el mayor de los prejuicios que hemos retenido de la infancia, originado por la comparación superficial de los movimientos de los animales y los de nuestros cuerpos. Como nuestro movimiento se supone influenciado por el espíritu, se imagina que los brutos deben tener un espíritu semejante. Pero aclara DESCARTES que esta equiparación es un error. El movimiento de los animales tiene una justificación corporal, se basa en la disposición de los músculos y los huesos, de modo que su espíritu no es otra cosa que un alma corporal. En cambio, el nuestro es incorpóreo y consiste en una sustancia que piensa. La carencia de un alma pensante en el caso de los animales tiene una justificación final, que ya hemos visto desarrollada en el Discurso del Método, que consiste en que los animales carecen de lenguaje articulado, pues "la palabra es el único signo y la única marca verdadera de la presencia de pensamiento en el cuerpo".» En MUÑOZ MACHADO (1999), pp.71-72.

Voltaire respondió a Descartes irónicamente diciendo que Dios había provisto a los animales de órganos de la sensibilidad con el fin de que no sintieran. En SALT (1999), p. 36. También fueron interesantes las objeciones planteadas a Descartes por La Mettrie. Este filósofo francés del siglo XVIII "forzó" la alternativa mecanicista más allá de lo que era su pretensión. Así, según La Mettrie, si no debemos ver a los animales como seres conscientes puesto que podemos explicar su comportamiento de un modo sencillo entendiendo que son simples máquinas, ¿por qué no podemos hacer lo mismo en el caso de los seres humanos? Si la explicación más simple y más acorde con el principio de parsimonia (o de simplicidad en relación con la explicación científica de los fenómenos) es explicar el comportamiento de los animales manteniendo que son simples máquinas, entonces el comportamiento de los humanos también podría explicarse de este modo. Pueden leerse ésta y otras interesantes objeciones al planteamiento de Descartes en REGAN (2016), pp. 25 y ss.

cuando se extenderá la práctica de la experimentación con animales vivos que ha llegado hasta nuestros días.

A partir de la Ilustración se observará un pequeño cambio en la consideración hacia los animales. Justamente los experimentos realizados con los animales pusieron de manifiesto la similitud de su fisiología con la nuestra y propició que empezaran a alzarse voces como la de Voltaire o la de Rousseau, que propugnaban la obligación humana de dar un trato benigno a los animales¹².

Se ha afirmado que el primer filósofo moderno que mediante la observación de los animales descubrió que no eran meras máquinas fue John Locke (1632-1704), fundador del empirismo. Su pensamiento lo llevó a afirmar que causar dolor y muerte era moralmente malo. David Hume (1711-1776) señaló abiertamente que los animales están dotados de pensamiento y razón, igual que los hombres¹³. Sin embargo, utilizando las palabras de HENRY S. SALT, diremos que corresponde a Jeremy Bentham (1748-1832), fundador de la corriente utilitarista, el honor de haber afirmado por primera vez los derechos de los animales¹⁴ pues este filósofo fue uno de los primeros teóricos que

¹² En su *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, en 1755, ROUSSEAU nos dice: «... es claro que, desprovistos (los animales) de luces y de la libertad, no pueden reconocer tal ley (natural); pero, perteneciendo de algún modo a nuestra misma naturaleza por la sensibilidad de que están dotados, se pensará que deben participar también en el derecho natural y que el hombre está sometido a algún tipo de deberes respecto a ellos. En efecto, parece que, si estoy obligado a no hacer ningún daño a mi semejante, no es tanto porque sea un ser racional sino porque es un ser sensible, cualidad que, siendo común al hombre y a la bestia, debe dar cuando menos a ésta el derecho a no ser inútilmente maltratada por aquél». En ROUSSEAU (2010), pp. 115-116.

¹³ HUME señaló: «A partir de la semejanza entre las acciones externas de los animales y las que efectuamos nosotros, juzgamos que su interior se parece igualmente al nuestro; y el mismo principio de razonamiento, llevado un paso más allá, nos llevará a concluir que, dado que nuestras acciones internas se parecen, las causas de las que se derivan también deben ser semejantes. Por lo tanto, cuando se adelante cualquier hipótesis para explicar una operación mental que es común a hombres y bestias, debemos aplicar la misma hipótesis a ambos.» Puede leerse en DE WAAL (2016), p. 303.

¹⁴ Es célebre la siguiente cita de BENTHAM extraída de su obra *An introduction to the principles of morals and legislation*: «es probable que llegue el día en que el resto de la creación animal pueda adquirir esos derechos que jamás se le podrían haber negado a no ser por obra de la tiranía. Los franceses han descubierto ya que la negrura de la piel no es razón para que un ser humano haya de ser abandonado sin remisión al capricho de un torturador. Quizá un día se llegue a reconocer que el número de patas, la vellosidad de la piel o la terminación del *os sacrum* son razones igualmente insuficientes para dejar abandonado al mismo destino a un ser sensible. ¿Qué ha de ser, sino, lo que trace el límite insuperable? ¿Es la facultad de la razón o quizá la del discurso? Pero un caballo o perro adulto es, más allá de toda comparación, un animal más racional, y con el cual es más posible comunicarse, que un niño de un día, de una semana o incluso de un mes. Y aun suponiendo que fuese de otra

comenzaron a defender la necesidad de tener obligaciones morales hacia los animales dado que lo relevante era su capacidad para sufrir. Stuart Mill (1806-1873), algunos años después, se alzaría contundentemente contra quienes rechazaban la protección legal de los animales. Schopenhauer (1788-1860) sostendría, a su vez, que la compasión por los animales estaba íntimamente asociada con la bondad de carácter y decía afirmar con seguridad que quien era cruel con las criaturas vivas no podía ser una buena persona¹⁵.

La culminación del proceso de conocimiento científico sobre los animales y su posición en la naturaleza que acercó los seres humanos a los animales, se produjo con Darwin¹⁶. Sus descubrimientos científicos le permitieron extraer una consecuencia moral que plasmó en *El origen del hombre*, cuál es que debíamos ampliar la comunidad moral al conjunto de los animales y protegerlos de las injusticias y del dolor. Fue a mediados del siglo XIX, concretamente en 1859, cuando Darwin (1809-1882) presentó en el *Linnean Society* los estudios sobre la evolución fruto del viaje emprendido en el *Beagle* en 1833¹⁷. De Darwin no solo merece destacarse su aportación sobre el origen de las especies y la selección natural. Fue el primer pensador en expresar la evolución progresiva de las ideas morales y en señalar que la compasión hacia los animales inferiores es una de las últimas adquisiciones morales. No tuvo duda alguna sobre que los animales tenían sentimientos y emociones y de que eran capaces de expresarlos y afirmó que no había diferencia fundamental entre el ser humano y los mamíferos superiores en cuanto a sus facultades mentales¹⁸. En este sentido, hasta que los conocimientos científicos no

manera, ¿qué significaría eso? La cuestión no es si pueden razonar, o si pueden hablar, sino ¿pueden sufrir?» Puede encontrarse en PÉREZ MONGUIÓ (2005), pp. 56-57.

¹⁵ En MOSTERÍN (2014), p. 62.

¹⁶ Según GRAY, Darwin mostró que los seres humanos son como cualquier otro animal. En GRAY (2003), p. 17.

¹⁷ TAFALLA destaca que *El origen de las especies* supuso una revolución equiparable a la de Copérnico. Puede leerse un conciso pero interesante resumen sobre las principales aportaciones de Darwin en TAFALLA (2007), pp. 131 a 153.

¹⁸ En MOSTERÍN (2014), en la p. 20 y en la p. 62. Según recuerda este filósofo, en el capítulo III de *The Descent of Man and Selection in Relation to Sex* (1871), Darwin afirma: «Conforme el ser humano avanza en civilización, y las pequeñas tribus empiezan a unirse en comunidades mayores, la razón más elemental haría ver a cada individuo que tendría que extender sus instintos sociales y simpatías a todos los miembros de la misma nación, aunque le resultasen personalmente desconocidos. Una vez alcanzado este punto, solo una barrera artificial puede impedir que sus simpatías se extiendan a los humanos de todas las naciones y razas (...) La

mostraron las capacidades de los animales y, en particular, su aptitud para experimentar no sólo sensaciones físicas sino también psíquicas, no se sentaron las bases para que el Derecho pudiese ocuparse de una forma especial de los animales¹⁹.

El siguiente hito en la evolución de la consideración de los animales nos llevaría ya al siglo XX. Será durante la segunda mitad de este convulso siglo y, en particular durante los años 70, cuando asistiremos a un cierto interés en la Filosofía y la Teología para explorar en profundidad los lazos morales entre seres humanos y el resto de animales²⁰. Será en ese momento cuando nacerá en el pensamiento anglosajón una corriente filosófica que, abanderada por PETER SINGER, propugnará la necesidad de extender la comunidad moral de

simpatía más allá de los confines humanos, es decir, la compasión hacia los animales inferiores, parece ser una de las últimas adquisiciones morales. Parece que no la sienten los primitivos, excepto respecto a sus propios animales de compañía. Lo poco que la sentían los antiguos romanos se muestra en sus horrendas exhibiciones de gladiadores. Por lo que pude observar, la idea misma de compasión parecía nueva a muchos de los gauchos de las Pampas. Esta virtud, una de las más nobles de las que el ser humano está dotado, parece surgir incidentalmente cuando nuestras simpatías van haciéndose más tiernas y se van difundiendo más ampliamente, hasta que se extienden a todos los seres sensibles».

Dice TAFALLA: «Mientras que en *El origen de las especies* formula su concepción general de la vida, Darwin aborda específicamente el lugar del ser humano en la naturaleza en su libro *El origen del hombre*, publicado en 1871. Allí esboza la historia de la especie humana y repasa sistemáticamente nuestras semejanzas con las otras especies. Las semejanzas anatómicas pueden observarse al comparar el cuerpo humano con el de otras especies, o al observar el desarrollo embrionario. Pero a Darwin le interesan todavía más otro tipo de semejanzas; a lo largo de dos extensos capítulos recoge una gran cantidad de ejemplos con los que mostrar que nuestras capacidades intelectuales y emocionales se hallan también, aunque sea en menor grado, en muchos otros animales. Capacidades intelectuales como la curiosidad, la atención, la memoria, la admiración, la capacidad de imitar, o incluso las más elevadas como la imaginación, la inteligencia y la razón, están presentes en muchos animales, y todavía más lo están emociones como el placer, el dolor, la felicidad, la alegría, la sorpresa, el miedo, el valor, la timidez, la ira, el deseo de venganza, la vergüenza, el arrepentimiento, los celos, la fidelidad, el amor filiar, la amistad, el deseo de ser amado, la magnanimidad, la propensión al juego o incluso el sentido del humor. También resulta reveladora de las similitudes la expresión facial de estas mismas emociones, un tema al que acabó dedicando todo un libro: *La expresión de las emociones en el animal y en el hombre*, publicado en 1872». En TAFALLA (2007), p. 137.

¹⁹ Señala EMBID TELLO que la dependencia que el Derecho experimenta respecto de la Ciencia puede retrotraerse a principios del siglo XIX. El nuevo paradigma lo expresa Saint-Simon para quien la crisis moral que afectó a Europa desde la Reforma y la consiguiente separación entre los poderes secular y religioso daría paso a una nueva religión: la ciencia. Precisa EMBID TELLO: «La capacidad explicativa y predictiva de la física aumentó tanto que el método físico-matemático terminó por considerarse como paradigma de todo conocimiento humano, extendiéndose igualmente a las ciencias sociales y humanas, y por supuesto también al Derecho». Sobre esta interrelación entre Ciencia y Derecho, puede leerse EMBID TELLO (2017), pp. 68 y ss.

²⁰ En RECARTE (2001), p. 161. La autora sitúa este interés y el debate subyacente, sobre todo, en Estados Unidos.

los seres humanos a los animales. El punto de inflexión hemos de situarlo en la publicación en el año 1971 de *Animal Liberation*, del citado filósofo, que basó la reivindicación de un mejor trato a los animales tanto en consideraciones utilitaristas como de ética universal. SINGER consideró que la mera pertenencia a una especie (o a una raza) es irrelevante e insuficiente a los efectos de justificar un estatus de los humanos por encima de los animales. Señaló que las actitudes de generaciones anteriores, sobre los animales, ya no son convincentes hoy día puesto que se basan en unos presupuestos - religiosos, morales y metafísicos- que han quedado obsoletos²¹.

Muchos filósofos han teorizado sobre las causas de la no consideración moral de los animales, también SINGER. Las teorías de SINGER se sitúan en el marco de lo que se ha llamado ideología sobre bienestar animal, pero no representan o no monopolizan la defensa o la protección de los animales. Frente a las tesis de SINGER, sobre todo a partir de los años 90 del siglo pasado, hemos de citar también las de los que preconizan el reconocimiento de derechos a los animales, aunque con matices, porque los partidarios de estas tesis no suelen postular el otorgamiento de derechos a todos los animales sino solamente a los mamíferos superiores. TOM REGAN ha sido reconocido como el precursor de estas tesis, sobre todo, a partir de su libro *The Case for Animal Rights* publicado en 1983. Según RECARTE, contrariamente a la que podríamos llamar ideología del bienestar animal para la que todos los animales deben tener consideración moral, la teoría de los derechos de los animales considera que deben atribuirse auténticos derechos a los mamíferos superiores²². RIECHMANN teoriza sobre la necesidad de establecer diferentes derechos para los animales en función de las características que posean dichos animales. Aquellos animales que tienen consciencia de sí mismos, sentido del tiempo y continuidad biográfica como los primates, deberían poseer el derecho a la vida y la libertad. A los animales que carecen de dichas capacidades, pero son seres sentientes²³ y sufren cuando están privados de

²¹Véase SINGER (2011), p. 216.

²² En RECARTE (2001), p. 171.

²³ Suele utilizarse, con preferencia, el término *sensible* en lugar de *sentiente* al calificar a los animales como seres vivos. Algunos autores prefieren la utilización del adjetivo *sentiente*, entre ellos, E. ALONSO GARCÍA, quien considera que la expresión *seres sensibles* que consta en la

libertad, debería reconocérseles el derecho a la libertad. Al resto de seres sintientes se les debería reconocer el derecho básico a no ser torturados ni tratados con crueldad²⁴. FRANCIONE se muestra partidario de *desmantelar* el marco jurídico que trata a los animales como propiedad. Quienes van más allá de propugnar el simple bienestar de los animales, defienden que éstos tienen valor inherente, con independencia de su felicidad o su bienestar, esto es, deben ser considerados un fin en sí mismos como lo son cualesquiera agentes morales, como lo son los humanos²⁵.

La principal objeción que se plantea a las teorías que propugnan otorgar determinados derechos a los animales es la de establecer en virtud de qué criterio podrá determinarse a qué animales se les deba reconocer según qué derechos. Desde luego, este sería la principal cuestión a abordar desde un punto de vista jurídico en el caso de que se defiendan las tesis de reconocimiento de derechos a los animales.

Para empezar, ¿qué define el término *animal*? Este vocablo proviene de «ánima», que significa alma. Según MOSTERÍN, basándose en Aristóteles,

traducción del artículo 13 TFUE es fruto de una mala traducción del inglés al español. Dice este autor lo siguiente: «... según el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), la palabra "sensible" es aplicable a todo tipo de ser ya que, si bien en sus primeras acepciones implica capacidad de sentir (es decir de "Experimentar sensaciones producidas por causas externas o internas", en una palabra, interiorizar subjetivamente algo): "Que siente, física y moralmente"; "Que puede ser conocido por medio de los sentidos"; "Perceptible, manifiesto, patente al entendimiento"; "Que causa o mueve sentimientos de pena o de dolor"; sin embargo el término es válido utilizado como expresión de una pura relación causa-efecto: "Que cede o responde fácilmente a la acción de ciertos agentes". La expresión "sentiente", para el DRAE aparentemente no existe. (Dice textualmente: "La palabra "sentiente" no está en el Diccionario"), aunque, paradójicamente, si se buscan significados a partir de la palabra "sentir", sí que existe según el propio DRAE: "4. Pertenece a la familia de este verbo el adjetivo "sentiente" ("que siente") , forma que deriva directamente del latín *sentiens*, *-entis* (participio de presente de *sentire*) y es la preferida en el uso culto (...). No obstante -continúa el DRAE- la variación vocálica que el verbo *sentir* presenta en su raíz *-sentimos*, *sintió-* ha favorecido la creación de la variante sintiente, también válida (...). No se entiende entonces porqué el traductor oficial del texto de los Tratados al castellano no ha utilizado ese término (...). Lo cierto es, que, en cualquier, caso, si hay algo que en todos los idiomas del TFUE queda claro es que, se utilice el término "sensible" o el que habría sido probablemente más correcto, "sentiente", lo que el Tratado quiere reflejar, como mínimo, es que los animales no son cosas, sino que tienen valor individual intrínseco (apelación a la dignidad), al tener la habilidad de experimentar dolor y sufrimiento físico o psicológico porque tienen un sistema nervioso y un cerebro desarrollado, siendo incluíbles en el grupo de animales sintientes, al menos hoy día, todos los animales de los taxones de los vertebrados: mamíferos, aves, reptiles, anfibios y peces; es decir todos lo que, en palabras de ZUBIRI, han hecho de la estimulación una función biológicamente autónoma». En E. ALONSO GARCÍA (2015), pp. 39 a 41.

²⁴ En ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS (2002), p.1215.

²⁵ En RECARTE (2001), pp. 171-172.

«los animales somos las entidades individuales paradigmáticas, semovientes por naturaleza y organizadas para realizar tareas específicas mediante órganos adecuados. Los animales poseemos todas las potencialidades de la vida en general (la vida nutritiva o vegetativa) y, además, las de la vida sensitiva, que como mínimo incluye el sentido del tacto, común a todos los animales, y la capacidad de experimentar placer y dolor y de tener deseos. La mayoría de los animales tenemos además otros sentidos, como la vista y el oído, y otras capacidades, como la locomoción»²⁶. Pero no todos los animales actúan. Sólo actúan los animales superiores, porque tienen imaginación e imaginan situaciones distintas de la actual que quieren realizar. Los animales procesamos información descriptiva sobre cómo es el mundo y procesamos información sobre qué hacer y cómo hacerlo, con la finalidad de que nuestras necesidades sean satisfechas, lo que se traduce en una acción concreta. Este proceso implica la existencia de un deseo o intención y la creencia u opinión de que una concreta acción conducirá a la satisfacción del deseo o intención. Muchos animales, en especial, todos los craneados, estamos dotados de un sistema de alarma que experimentamos subjetivamente como dolor. En esto no hay diferencia alguna entre animales humanos y no humanos y, en cambio, esto es lo que nos permite diferenciarnos de las cosas, que no sufren²⁷.

Parece, en todo caso, que no tienen –o no deben tener- la misma consideración moral los animales que las cosas. Hasta ahora, ningún filósofo, que sepamos, ha mantenido la necesidad de dar buen trato a las cosas, en sí mismas consideradas, a diferencia de lo que ha ocurrido con respecto a los animales. A su vez, la Ciencia ha venido a demostrar que los seres humanos somos más parecidos a los animales de lo que algunos desearían. Vamos a ver, llegados a este punto, cómo se ha ocupado el Derecho, hasta el momento, de la consideración de los animales.

²⁶ Véase MOSTERÍN (2013), p. 89.

²⁷ De nuevo MOSTERÍN, op. cit., pp. 241 y 263.

2. Los animales en el Derecho: de meros chivos expiatorios o simples objetos hasta su condición actual de seres sensibles

Escribía KONRAD LORENZ en 1973 que la opinión pública pero también el mundo científico tendía a dar mayor importancia a aquel saber o a aquella disciplina que tiene por objeto el estudio de la humanidad aislada de la naturaleza, una humanidad domesticada que, reconocía LORENZ, sólo cree en los valores comerciales. Añadía que los ecólogos y los psiquiatras habían sido los primeros en darse cuenta de que existía algo disfuncional o impropio – LORENZ, para ser exactos, utilizaba el término “podrido”- en la especie homo sapiens y, en cambio, eran los psiquiatras y los ecólogos los que gozaban de peor consideración en la jerarquía que la opinión pública había conferido a las ciencias²⁸.

Esta alusión a LORENZ nos permite introducir la afirmación de que tampoco en la actualidad ha merecido demasiada atención para el mundo del Derecho el análisis de las relaciones jurídicas en las que están presentes los animales. Se preguntaba el profesor MUÑOZ MACHADO hace ya algunos años cómo es que el Derecho se ha preocupado tan poco de los animales y de la relación de los humanos con éstos. Ciertamente es que el Derecho no tiene por misión ocuparse de todas las manifestaciones de la vida social y no debe regular o intervenir, mientras no sea necesario para preservar la convivencia pero, añadía el citado autor, a pesar de que el avance de las ciencias del conocimiento nos habían alertado de que los animales no eran simples cosas, la legislación civil se había mantenido invariable desde la época griega y romana²⁹.

Son muy pocos los juristas que, hasta el momento, se han ocupado de estudiar la relación del Derecho con los animales. Y, aun así, se está empezando a afianzar el concepto de Derecho Animal: un Derecho elaborado por seres

²⁸Véase LORENZ (2011), p.121.

²⁹ El profesor MUÑOZ MACHADO señaló que las categorías atinentes a la relación hombre-animal fueron renovadas a partir de los siglos XVIII y XIX «pero el Derecho Civil, que ya se había codificado, no llegó a tiempo de recibir el cambio de sensibilidad que los naturalistas, biólogos, físicos y antropólogos, entre otros científicos, estaban aportando». En MUÑOZ MACHADO, op. cit., pp.23 y 27.

humanos para los animales³⁰. Por el momento no parecen totalmente nítidos sus límites puesto que ni siquiera todo el Derecho elaborado por seres humanos cuya finalidad es la protección de los animales podrá encuadrarse dentro del llamado Derecho Animal; por ejemplo, las normas penales que castigan el maltrato animal probablemente seguirán siendo incluidas dentro del Derecho Penal³¹.

Pero, ¿cuáles son los antecedentes de estas normas elaboradas por seres humanos para los animales? Aun cuando el Derecho no ha mostrado interés evidente en regular aspectos de las relaciones entre seres humanos y animales, estas relaciones se producían y no cabe duda que implicaban ciertos efectos jurídicos.

Dice ZAFFARONI que en la Edad Media y hasta el Renacimiento fueron frecuentes los juicios a animales, como resultado de los cuales algunos de ellos eran torturados o ejecutados³². Se han querido ver estos hechos como prueba de que los animales, en ese momento, tenían una condición similar a la de persona o, por lo menos, eran considerados responsables de sus actos. Sin embargo, no es que en aquel momento los animales tuvieran mejor condición que en la actualidad sino que, en realidad, los animales constituían una especie de *chivo expiatorio*, esto es, dirigiendo las penas contra el animal se evitaba

³⁰ John Lawrence (1753-1839) en su obra *Philosophical and Practical Treatise on Horses and on the Moral Duties of Man towards the Brute Creation* (1796), contemporáneo de Bentham, decía: «La fuente principal de la miseria superflua y no merecida de las bestias está en un defecto de la constitución de todas las comunidades. Ningún humano gobierno, creo, ha reconocido nunca el *ius animalium*, que debería a buen seguro formar parte de la jurisprudencia de todo sistema basado en los principios de la justicia y la humanidad». Puede leerse en SALT (1999), pp. 32-33.

³¹ Del mismo modo que las normas penales que castigan los delitos urbanísticos no forman parte del Derecho Urbanístico sino del Derecho Penal, también en este caso nos parece que las normas que castigan los malos tratos dispensados a los animales deben seguir formando parte del estudio del Derecho Penal y no del Derecho Animal.

³² Véase ZAFFARONI (2015), pp. 28 y ss. Este autor hace referencia a la numerosa bibliografía que existe sobre esta cuestión. Por ejemplo, recuerda a Barthélemy de Chassané, jurista que en el año 1531 escribió sus *Consilia*, libro en que resumía los requisitos formales necesarios para juzgar a los animales.

El filósofo francés Luc Ferry ha documentado también algunos procesos llevados a cabo entre los siglos XIII y XVIII, contra animales. Puede consultarse esta referencia en GARCÍA SAEZ (2012), p. 13.

que el malestar producido por una situación de hambruna o por determinado daño o calamidad se focalizase contra una persona o un grupo de personas³³.

En SANZ LARROCA³⁴, encontramos una referencia sobre el conocido proceso de Párraces. En un pueblo de la provincia de Segovia, apareció en 1647 una plaga de langostas que asoló los campos y los cultivos. La persistencia de estos animales, que año tras año diezmaban las cosechas, tuvo como consecuencia que, al cuarto año consecutivo, el cura del lugar formulase la oportuna querrela contra dichos animales. La querrela fue admitida a trámite, se designó un fiscal y un abogado defensor de las langostas. Antes de iniciarse el juicio propiamente dicho, fue necesario determinar si se podía juzgar a las langostas y si las enviaba Dios o el diablo. Resuelto el dilema en el sentido de que, efectivamente, podían ser juzgadas, se inició el procedimiento que, como

³³ Dice ZAFFARONI: «La diferencia con lo sucedido a partir del siglo XIII con los procesos a animales es que, aprovechando la intuición de la época, el chivo expiatorio era a veces verdaderamente el animal, con lo cual se evitaba que la pena recayese siempre sobre el humano o que se difundiese y fuese a dar contra otro humano. Cuando se excomulgaba a las ratas o a las plagas, el acto formal y público mostraba que el poder hacía todo lo posible para sancionar a los responsables y, de ese modo, se evitaba que el malestar de los cultivos arrasados y de la hambruna consiguiente se derivase contra el señor o los príncipes. Éstos reafirmaban su autoridad incluso sobre los animales y al mismo tiempo eludían el peligro de que la venganza cayese sobre ellos. Cuando se ejecutaba a la cerda que había matado a un niño, se evitaba que la pena recayese sobre la madre negligente que había dejado al niño al alcance de la cerda y que ya tenía suficiente pena natural con el horror que le tocaba vivir». Añade ZAFFARONI que, lo que ha cambiado en la actualidad es que el animal ya no es un chivo expiatorio idóneo: «No cualquiera se convierte en *chivo expiatorio* sino solo quien presenta algunos caracteres *miméticos*, que no se dan en el animal en la actualidad. ¿Por qué el animal perdió a nuestros ojos los caracteres que lo hacían chivo expiatorio en la Edad Media y en el Renacimiento? Sencillamente porque al mismo tiempo que se le reconocieron derechos al humano, en el sentido moderno del término, se le negaron rotundamente al animal y para eso fue necesario dejar de penarlos, pues constituía una contradicción insalvable». En ZAFFARONI (2015), pp. 32-33.

³⁴ Describe SANZ LARROCA el tribunal: «Por una parte, el juez de la causa era la Virgen María, representada por el provisor, vicario general de la abadía y juez eclesiástico, Fray Pedro de la Trinidad, quien, a su vez, actuaba en nombre de Fray Nicolás de Madrid, prior del monasterio de El Escorial. Nadie más apropiado que la madre de Dios, en tanto que abogada perpetua de la humanidad en toda ocasión de peligro, para dictar sentencia en una ocasión como aquélla. En segundo lugar, tenemos al querellante contra la langosta, que se convierte en fiscal del caso, y que no era otro que el trío de santos formado por San Gregorio Magno, San Gregorio Nacianceno y San Gregorio Ostiense, representados por el cura teniente del lugar de San García y promotor fiscal de la Audiencia Eclesiástica de la Abadía, Manuel Delgado. (...) El abogado de la langosta (era) un simple vecino del lugar de Cobos, Bernabé Pascual, sin mayor representación que la suya propia, lo que indica un trato privilegiado para con los acusadores en detrimento, claro está, del animal encausado. Finalmente, nos encontramos con que el juez de la causa nombra como notario de la misma a San Antonio de Padua, principal patrón de la Abadía y de los lugares de su jurisdicción, actuando como delegado Antonio de Toledo, notario de aquella Audiencia Eclesiástica» (véase, en la p. 59). En SANZ LARROCA (2009), pp. 58 y ss. La referencia al proceso de Párraces también la encontramos en MUÑOZ MACHADO, op. cit., p. 30.

era previsible, finalizó con sentencia condenatoria. La condena consistió en desterrar a las langostas de los términos y lugares de la abadía en cuestión, por plazo de tres días bajo amenaza de excomunión mayor. Fue necesario dictar hasta cuatro sentencias y, finalmente, en la cuarta, se excomulgó definitivamente a las langostas. Parece ser que la plaga se volvió a producir en 1651 y en 1709 y que se inició un nuevo proceso y se decretó la excomunión de la langosta³⁵.

Como se encarga de precisar MUÑOZ MACHADO, ni los mitos ni las creencias populares sobre los animales ni los procesos llevados a cabo contra los mismos, sirven para establecer excepciones estables sobre la regla del sometimiento pleno de los animales, a los seres humanos³⁶. Para el Derecho civil, los animales han tenido la consideración de cosas³⁷ y así quedó establecido en el momento en que se redactó y aprobó el Código Civil, al determinar, por ejemplo, que los animales se adquieren, como el resto de bienes cuando carecen de dueño, mediante la ocupación (art. 610 CC)³⁸.

³⁵ En la p. 69 de SANZ LARROCA (2009) puede leerse el texto del fallo de la primera sentencia dictada y los pormenores de lo que acaeció después.

³⁶ En la p. 44 de MUÑOZ MACHADO, op. cit.

³⁷ Parece ser que debemos a la cultura mesopotámica la consideración de los animales como cosas, donde eran considerados una mera propiedad. En RECARTE y ALONSO GARCÍA (2006), p 78.

³⁸ Como señala la profesora LOZANO CUTANDA, la regulación del Derecho Civil se hallaba imbuida «por los postulados del derecho romano y medieval, en virtud de los cuales los animales se consideran como cosas, equiparables en cuanto a su régimen a los bienes muebles, y merecedores de regulación jurídica únicamente en cuanto objetos de posesión, de propiedad o fuentes de responsabilidad. En el Código Civil (...) los animales, como señala S. MUÑOZ MACHADO, son cosas, y solo se incluyen normas atinentes a los mismos en cuanto sean objeto de relaciones económicas de provecho para las personas que conviene ordenar, por lo que se trata de una normativa basada en intereses privados de carácter patrimonial o económico, en la que no existe ni una sola disposición que se refiera a los animales con un afán de protección derivado de su consideración como seres vivos». A continuación, la autora resume el régimen jurídico de los animales en el CC en los siguientes términos: «La equiparación entre los animales y las demás cosas de la naturaleza se formula de modo expreso en algunos preceptos del Código Civil como el art. 355, que considera frutos naturales "las producciones espontáneas de la tierra, y las crías y demás productos de los animales". En cuanto a su posesión y propiedad, los animales domésticos siguen las reglas generales aplicables a los bienes muebles, y se establece un régimen especial respecto de los fieros y los amansados o domesticados, en virtud del cual "los animales fieros solo se poseen mientras se hallen en nuestro poder; los domesticados o amansados se asimilan a los mansos o domésticos si conservan la costumbre de volver a casa del poseedor" (art. 465). A los animales fieros que son objeto de caza y pesca se les da un tratamiento jurídico equiparable al de *res nullius* que recibían en el derecho romano, pues el art. 610 dispone que "se adquieren por ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales

Al margen del Derecho civil, se dictaron durante los siglos XIX y XX, en diversos países y también en España, normas cuyo objeto fue la protección de los animales. En 1822 se aprobó en el Parlamento inglés una ley sobre el maltrato del ganado, conocida como Ley Martin³⁹, puesto que fue promovida por Richard Martin, terrateniente irlandés de Galway, que constituyó el primer precedente de texto legislativo que reconocía protección a los animales, si bien limitado a los animales llamados de carga. También de esos años es la primera sociedad protectora, la *Royal Society for the Prevention of Cruelty to Animals* (RSPCA) que fue fundada en 1824, también en Inglaterra, por el clérigo Arthur Broome, y que contaría como patrón a la entonces princesa Victoria. Esta entidad tenía como función el rescate de animales en peligro y la investigación de los casos denunciados de crueldad y maltrato hacia los animales. Todavía existe en nuestros días.⁴⁰ También debe citarse la Ley Grammont, dictada en Francia en 1850, así conocida porque fue presentada a la Asamblea Nacional Francesa el 14 de junio de 1850, por el general Philippe Delmas de Grammont. El objeto de dicha norma era sancionar la realización de cualquier acto de maltrato o crueldad hacia los animales y castigaba el maltrato público y sin causa. Algo posterior, pero también en el siglo XIX, es el Código Penal alemán, *Reichsstrafgesetzbuch*, de 1871, que castigaba a quien golpeará o maltratara públicamente a un animal⁴¹.

La orientación de todas estas normas es, sin embargo, antropocéntrica dado que conciernen solamente a los animales domésticos y proscriben los maltratos

que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas abandonadas". Han sido las leyes especiales posteriores, en materia de caza, y más adelante de protección de la fauna y la flora silvestres, las que han ido modificando esta perspectiva hacia una consideración de las especies salvajes como bienes comunes y objeto de protección pública». En LOZANO CUTANDA (2010), pp. 43-44.

³⁹ Antecedente de la Martin's Act fue un proyecto de ley que en 1809 se discutió en la Cámara de los Lores. Su iniciador fue Lord Erskine, Canciller de Inglaterra. Lord Erskine era amante de los animales. Se cuenta de él que en una ocasión se alzó contra un carretero que estaba maltratando a su caballo. El carretero le respondió que él podía hacer con sus cosas lo que quisiera a lo que Erskine contestó golpeando al carretero con su bastón y diciendo: «Y yo con las mías -este bastón es mío-». Puede leerse esta anécdota en WISE (2016), p. 64.

⁴⁰ Véase RECARTE y E. ALONSO GARCÍA (2006), p 80.

⁴¹ En LÓPEZ DE LA OSA (2013), p. 1

en público; por ello, más bien parece que procuran el bienestar de los humanos al querer evitarles escenas desagradables de crueldad⁴².

Si saltamos de continente, en Estados Unidos está documentado según RECARTE que, en 1641, los puritanos de la *Massachusetts Bay Colony* prohibieron la crueldad contra cualquier criatura, realizada por el ser humano⁴³. Los primeros Estados en aprobar leyes contra la crueldad de los animales fueron New York en 1828, Massachusetts, en 1835, Connecticut y Wisconsin, en 1838. En 1866 se formó la *American Society for the Prevention of Cruelty to Animals* (ASPCA). Ya en el siglo XX, en 1958, se promulgó la primera ley federal de regulación de los mataderos con la finalidad de evitar sufrimientos innecesarios a los animales de granja. En 1966 se promulgó la Ley Federal de Bienestar Animal que reguló por primera vez la utilización de animales en investigación⁴⁴.

En el caso de España, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, se dictaron numerosas disposiciones en el ámbito jurídico-público cuyo objeto era velar por el bienestar o la protección de los animales en sí mismos considerados, y no tanto en función del valor que pudieran tener para los seres humanos⁴⁵. Estas disposiciones no fueron fruto de ninguna concreta reivindicación social sino del interés e impulso de un grupo de políticos entre los que destacan, justo es reconocerlo, Severiano Martínez Anido⁴⁶, impulsor

⁴² Así lo afirma MUÑOZ MACHADO, op. cit., p. 73.

⁴³ En RECARTE (2001), p. 160.

⁴⁴ En RECARTE y E. ALONSO GARCÍA, op. cit. pp.80-81. Sostienen estos autores que ha sido en EEUU donde se produjo el debate filosófico-jurídico que actualmente constituye el sustrato a partir del cual se formulan los principios de esta rama del Derecho – el Derecho Animal que, en ningún caso, tiene la consideración de un sector marginal del ordenamiento jurídico según los autores citados- y también ha sido allí donde los derechos de los animales, a diferencia de lo ocurrido en Europa, han sido acogidos por el *establishment* oficial del mundo del Derecho. En los años 90 del siglo pasado, comenzaron a editarse revistas de Derecho especializadas en la materia, siendo la primera *Animal Law Review*, editada por el *Lewis and Clark College*, de Portland, Oregón. También empezaron a llevarse ante los tribunales los primeros casos en los que los juristas actuaban en representación de sus clientes (los animales).

⁴⁵ A finales del siglo XIX, concretamente, en 1872, se creó en Cádiz la Sociedad Protectora de los Animales y de las Plantas que tenía entre sus fines conseguir la desaparición de los espectáculos taurinos. Véase, MOYANO ESTRADA y otros (2015), p. 68.

⁴⁶ Lo cierto es que Severiano Martínez Anido (1862-1938) no ha pasado a la historia por los datos que se acaban de expresar. Quien fuera ministro de Orden Público en el primer gobierno franquista y antes ministro de Gobernación en la dictadura de Primo de Rivera y, antes incluso, gobernador civil de Barcelona, ha pasado a la Historia por la dura represión a que sometió a

de la creación de los Patronatos para la Protección de los animales y plantas, y Santiago Dupuy. Un primer ejemplo de este tipo de normas proteccionistas fue la circular emitida en 1875 por el Gobernador civil de Cádiz, Santiago Dupuy, dirigida a los alcaldes con la finalidad de que persiguiesen y sancionasen situaciones de maltrato animal⁴⁷. A pesar de lo contundente del texto de dicha circular y del encomiable objetivo que pretendía, en realidad, su finalidad no parecía tanto la protección de los animales sino de las personas puesto que el gobernador Dupuy justificaba la necesidad de normas de protección en el rechazo que provocaba en la población, los actos de crueldad cometidos contra los animales y que podían tener consecuencias en el carácter de las personas.

obreros y sindicalistas. También, por su falta de respeto a las leyes y por la aplicación de la llamada "ley de fugas" que consistía en el asesinato de sindicalistas detenidos con la excusa de que pretendían fugarse. Es interesante la descripción *literaria* que de esta figura histórica hace ANTONIO SOLER en un capítulo de su libro *Apóstoles y Asesinos*, capítulo que titula «Martínez Anido, carnicero». Se inicia el capítulo con la siguiente descripción: «Martínez Anido fue requerido con el fin de limpiar Barcelona. Para ello le dieron el cargo de gobernador civil, en sustitución del pusilánime Bas. Militar, romántico pintor de postales. Asesino institucional. Sanguíneo -congestionado permanente- y sanguinario. Dicen que tenía una voz cavernaria, con ecos y vibraciones de bronquios, como esas falsas tormentas que luego fingirían en los estudios de radio, estremeciendo láminas metálicas, aunque la comparación sea un poco rebuscada. Su contraseña era la brutalidad. En el futuro sería ministro de Gobernación durante seis años con la dictadura de Primo de Rivera y más adelante, después de purgarse con la República, se convertiría en ministro de Orden Público de Franco en 1938, un cargo que podemos suponer fácilmente lo que acarrea (...). En cualquier caso, el ministerio sería un broche de oro para una vocación de matarife místico y depurador de la raza que alcanzó su mayor altura y renombre en la represión que llevó a cabo en Barcelona». En SOLER (2016), pp. 231 a 242.

⁴⁷ En PÉREZ MONGUIÓ (2015), pp. 4. y 9. El texto completo de dicha circular se puede encontrar en la página 9, del que reproducimos solamente una pequeña parte por lo significativo del mensaje que contiene: «En los países civilizados, no se presentan jamás esas escenas repugnantes de palos y garrotazos con que en algunas poblaciones de España se castiga hasta tirarlas al suelo a indefensas caballerías unidas á un carruaje que no pueden arrastrar, ó que doblan bajo el peso de su carga. Si en esos países, alguna vez un desalmado se excede en público, extremando sus malos tratamientos, la policía interviene y castiga al que comete ese delito, porque es un delito siempre proceder con crueldad y alevosía; bien la indignación pública les corrige con su desaprobación manifiesta. Desgraciadamente, nuestras costumbres enérgicas, nuestros hábitos tradicionales, el constante guerrear de la raza, nos hacen mirar sin la misma repugnancia esas escenas; y si los espectadores alguna vez intervienen, no suelen conseguir su objeto, porque la ley no los ampara, los dependientes de la Autoridad no los auxilian, y la burla suele ser el premio a la lástima que sienten. Ha sido una creencia general que sería un acto irritante arrestar o multar a un hombre porque maltrate á un animal, y sin embargo voy á mostrar á los Sres. Alcaldes y Ayuntamientos, que son á los que corresponde formar las Ordenanzas municipales y cuidar de la policía urbana, que están en su perfecto derecho, introduciendo en sus Códigos, o publicando por bandos lo siguiente: que representando á las poblaciones y juramentos que escandalizan a los transeúntes, obstruyen la vía común, incomodan á todo el vecindario cercano, que recibe una dolorosa impresión al ver o al oír los golpes y las groseras palabras que acompañan (...).»

Casi veinte años después, la Ley de 19 de septiembre de 1896 sobre protección de pájaros insectívoros, ordenaba la colocación de un cuadro en las escuelas en el que pudiera leerse «Niños, no privéis de la libertad a los pájaros, no los martiricéis y no les destruyáis sus nidos» y obligaba a los Ayuntamientos a que en la puerta se colocase una leyenda en la que pudiera leerse: «Los hombres de buen corazón deben proteger la vida de los pájaros y favorecer su propagación. Protegiéndolos, los labradores observarán cómo disminuyen en sus tierras las malas hierbas y los insectos. La ley prohíbe la caza de pájaros y señala pena para los infractores»⁴⁸.

Ya entrado el siglo XX, se fueron dictando una serie de Órdenes con la finalidad de prohibir prácticas crueles con los animales, como es el caso de la Real Orden de 12 de marzo de 1924 que prohibió la conducción del ganado con pinchos y recomendó la supresión del empleo de marcas a fuego en toda clase de ganado a no ser que se aplicasen en el cuello u orejas. La Real Orden Circular de 26 de diciembre de 1925 declaró obligatoria la protección de animales y plantas útiles y calificó de utilidad pública las asociaciones protectoras de dichos animales. Para agrupar a estas asociaciones se preveía la constitución de un Patronato dependiente del Ministerio de Gobernación. Existía, además del Patronato de Honor, el Patronato Central para la Protección de los Animales y Plantas integrado en la estructura orgánica del Ministerio de Gobernación -regido por el Real Decreto 684/1928, de 11 de abril- y una serie de Patronatos Provinciales, presididos por los Gobernadores civiles, y Patronatos Locales en cada Ayuntamiento, presididos por el Alcalde. Estas asociaciones de protección podían ser declaradas de utilidad pública siempre que se dedicasen principalmente a la protección y defensa de los animales y plantas y que no tuvieran ánimo de lucro. Tenían potestad para expedir una

⁴⁸ El texto íntegro del artículo 2 de esta norma establecía lo siguiente: «En las puertas de los Ayuntamientos se pondrá un cuadro en que se lea: "Los hombres de buen corazón deben proteger la vida de los pájaros y favorecer su propagación". Protegiéndolos, los labradores observarán cómo disminuyen en sus tierras las malas hierbas y los insectos. La ley prohíbe la caza de pájaros y señala pena para los infractores." En las puertas de las Escuelas se pondrá un cuadro en que se lea: "Niños, no privéis de la libertad á los pájaros; no los martiricéis y no les destruyáis sus nidos. Dios premia á los niños que protegen á los pájaros, y la ley prohíbe que se les cace, se destruyan sus nidos y se les quiten las crías".» En La Gaceta de Madrid, año CCXXXV. Núm. 270. Sábado 26 de septiembre de 1896. Tomo III. Pág. 1123. Puede consultarse el texto íntegro de la Ley en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1896/270/A01123-01123.pdf>.

especie de carnés a sus asociados que suponía atribuirles la condición de agentes de la autoridad para denunciar infracciones de malos tratos contra animales y plantas⁴⁹.

Por otro lado, la Real Orden Circular 806 de 4 de julio de 1927 encomendó a los Ayuntamientos la recogida de los perros vagabundos y prohibió el uso de estricnina para darles muerte. Obligaba, asimismo, a la Administración municipal a que alimentasen durante tres días a estos animales, durante los cuales quedarían a disposición de sus dueños, transcurridos los cuales podían ser ofrecidos en venta; si transcurridos estos plazos el animal no era reclamado por nadie, se le daba muerte a través del procedimiento de la asfixia⁵⁰. Esta misma Orden prohibía los espectáculos en que los perros daban muerte a otros animales. Dos años después, la Real Orden 241 de 28 de marzo de 1929 prohibió las carreras de gallos. Consistían estas carreras en suspender de las patas a estos animales o en enterrarlos dejando libre solamente la cabeza, para descabezarlos mediante palos o con las manos.

También de 1929 es la Real Orden Circular 868, de 31 de julio, que incluyó una serie de disposiciones destinadas a sancionar conductas de malos tratos hacia los animales y que se dictó sin precedente alguno en el ordenamiento jurídico español. Esta orden sancionaba con una gran precisión una serie de conductas contra los animales domésticos o utilizados en el trabajo, prohibiendo obligarles a trabajar extenuados, apedrear perros, gatos u otros animales, verter materias hirvientes, corrosivas o inflamables contra ellos, entre otras prácticas crueles. En esta línea se situó también, algunos años después, el Reglamento de espectáculos públicos de 3 de mayo de 1935 que prohibió las peleas entre animales y su uso como tiro al blanco y, en general, aquellos espectáculos que

⁴⁹ Puede encontrarse un resumen de las finalidades de los Patronatos y sus normas de aplicación en PÉREZ MONGUIÓ (2015), pp.12-14.

⁵⁰ Detrás de esta Orden se encontraba Severiano Martínez Anido quien, ante las noticias recibidas sobre los métodos utilizados para la recogida de perros abandonados, decidió impulsar las medidas a que dicha Orden se refiere. Mediante esta disposición se establecía que solamente los empleados municipales podían recoger a los perros, mediante lazo y nunca con veneno.

implicasen maltrato o crueldad con los animales⁵¹. Algunos años después, en el ámbito de la ganadería, el Decreto de 8 de enero de 1954 dispuso la obligación de construir albergues adecuados para el ganado lanar. Finalmente, la Orden de 1 de marzo de 1961, por la que se actualizan las disposiciones vigentes sobre protección de los animales y plantas, declara vigente la Real Orden Circular de 31 de julio de 1929 a la que nos hemos referido. Dicha Orden tenía como objetivo, básicamente, actualizar las sanciones establecidas en la de 1929 y regular determinadas medidas ante la descomposición de los antiguos Patronatos.

El siglo XX inició un período que es posible que acabe culminando en el XXI con importantes cambios en la consideración moral y, por tanto, en el tratamiento que el ordenamiento jurídico dará a los animales. En Alemania, la Ley de Protección Animal de 24 de noviembre de 1933, *Tierschutzgesetz-TierSchG*,⁵² que ha sufrido diferentes reformas a lo largo de los años hasta ser

⁵¹ Un resumen de las medidas contenidas en las Órdenes y disposiciones citadas puede encontrarse en MUÑOZ MACHADO (1999), pp. 79 a 82. También en PÉREZ MONGUIÓ (2015), pp. 5 y ss.

⁵² Según explica HERZOG, el Gobierno alemán creó en ese momento la legislación sobre protección de los animales más exhaustiva del momento. Se prohibía infligir cualquier daño innecesario a los animales, se prohibía cortar las colas y las orejas de los perros sin anestesia, la alimentación forzada de aves, el uso de drogas para cazar, etc. Dice HERZOG: «En un discurso radiofónico de 1933 en el que se anunciaban restricciones en las investigaciones con animales, Herman Göring dijo: "Para los alemanes, los animales no son solamente seres en el sentido orgánico, sino criaturas que tienen su propia vida y que están dotados de capacidad de percepción, que sienten dolor y que experimentan gozo, y que demuestran fidelidad y apego". Una vez Göring lanzó la siguiente amenaza: "Enviaré a campos de concentración a los que piensen que pueden seguir tratando a los animales como una propiedad". Hitler estaba en contra de matar animales con propósitos científicos y opinaba que la caza y las carreras de caballos eran "los últimos vestigios de la sociedad feudal". Hitler era vegetariano y le repugnaba la carne. Como puede imaginarse, a los actuales defensores de los animales no les entusiasma la idea de que Adolf Hitler sea su compañero de viaje, y algunos activistas niegan rotundamente que fuera vegetariano o amante de los animales». En HERZOG (2012), pp. 88-89.

No es inusual intentar desacreditar el mensaje de los defensores de los derechos de los animales utilizando el argumento de que Hitler y sus adláteres eran amantes de los animales. No creemos que pueda sostenerse esta afirmación. Al menos no en el sentido de ser utilizada para deslegitimar la causa animalista. Los nazis también amaron a algunas personas y, sin embargo, ello no impidió que cometieran las atrocidades que todos conocemos contra seres humanos ni resta valor a la denuncia de sus crímenes. Que hubieran amado a *sus* animales, o que hubieran aprobado normas que pretendían acabar con algún tipo de sufrimiento animal no les convierte en ejemplo de ninguna causa ni puede servir para llegar a conclusiones torticeras. Encontramos en la obra de Víctor KLEMPERER titulada *LTI. La Lengua del Tercer Reich*, el siguiente pasaje: «... más tarde nos quitaron a nuestros animales domésticos -gatos, perros y hasta canarios- y los mataron: no en casos aislados ni por una perversidad individual, sino que de manera oficial y sistemática. Se trata de una de las crueldades de las que no habla ningún

completamente modificada el 24 de julio de 1972, basaba la protección animal en la responsabilidad del hombre y declaraba que la Ley quedaba al servicio de la protección de la vida y del bienestar animal⁵³.

Pero, sin duda, el punto de inflexión en el cambio de perspectiva en la consideración de los animales, que se tradujo en importantes modificaciones normativas, hemos de situarlo en la aparición en 1971 de la obra de SINGER *Liberación animal*, a la que ya hemos hecho referencia. Poco tiempo después, en el año 1977, una asociación que se presentó con el nombre de Liga Internacional de los Derechos del Animal adoptó y proclamó en la sede de la UNESCO, la Declaración Universal de los Derechos del Animal⁵⁴. Este texto, aun sin valor normativo, es significativo porque constituye el primer intento de recoger a nivel internacional un decálogo de derechos en favor de los animales.

Por último, debemos finalizar este apartado apuntando simplemente que, a partir del último tercio del siglo XX, la Unión Europea ha venido impulsando instrumentos y medidas que, directa o indirectamente, redundan en el bienestar animal. Paralelamente, también algunos Estados han llevado a cabo importantes reformas legislativas para otorgar mayor protección al bienestar

proceso de Nuremberg y por las que levantaría, si pudiese, una horca alta como una torre para castigarlas, aunque me costase la bienaventuranza eterna». En KLEMPERER (2001), p. 154.

⁵³ El 18 de agosto de 1986 se añadió a la Ley alemana de Protección Animal la obligación del ser humano de cuidar y proteger a los animales como a criaturas con sensaciones. Véase a WOLF (2007), p. 158. La siguiente modificación de la Ley alemana se produjo el 25 de mayo de 1998 y consistió en considerar a los animales un medio creador, no un objeto. Actualmente, la Ley de Protección Animal de Alemania, *Tierschutzgesetz*, se compone de trece títulos y de un total de veintidós artículos, los primeros de los cuales hacen referencia a las normas fundamentales relativas al trato de los animales. Un breve análisis de esta norma puede leerse en LÓPEZ DE LA OSA, op. cit., p.2.

⁵⁴ Según señalan RECARTE y E. ALONSO GARCÍA, la Declaración Universal de los Derechos del Animal fue adoptada por la Liga Internacional de los Derechos del Animal y las Ligas Nacionales afiliadas tras la 3ª Reunión sobre los Derechos del Animal, celebrada en Londres del 21 al 23 de septiembre de 1977. La Declaración fue proclamada el 15 de octubre de 1978 por la Liga Internacional, las Ligas Nacionales y las personas físicas asociadas a ellas y aprobada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y posteriormente por la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En RECARTE y E. ALONSO GARCÍA, (2006), p. 82.

Se ha generalizado la afirmación de que la Declaración de los Derechos del Animal fue proclamada por la UNESCO y aprobada por la ONU, sin embargo, lo que parece ser que ocurrió es que la Declaración fue proclamada por la Liga Internacional de los Derechos del Animal en la sede de la UNESCO, pero la UNESCO no adoptó ni aprobó resolución alguna al respecto ni tampoco la ONU. De hecho, no existe ningún texto oficial sobre dicha Declaración supuestamente aprobada por la UNESCO ni es posible encontrarla como resolución de la UNESCO o de la ONU.

animal, en algunos casos incluso a nivel constitucional. A ello nos referiremos en el Capítulo segundo de este trabajo.

3. El Derecho de los animales como disciplina jurídica autónoma

3.1. Concepto, contenido y límites del Derecho Animal

Nos planteamos en este momento si el conjunto de disposiciones normativas que se refieren a la protección de los animales constituyen un grupo normativo⁵⁵ o disciplina jurídica autónoma. Como dijera la profesora LOZANO CUTANDA al tratar el nacimiento del Derecho Ambiental, consideramos que la consolidación de un sistema normativo alrededor de los animales es el resultado de un proceso que se inicia cuando ese conjunto de normas tienen la entidad suficiente para singularizarse y configurar un sector normativo propio⁵⁶.

Para abordar la cuestión de si existe un Derecho Animal nos parece de interés que comencemos por referirnos al Derecho Ambiental, por dos razones básicamente: en primer lugar, porque es reciente la consagración de este sector del ordenamiento como rama jurídica autónoma; en segundo lugar, porque existe cierta conexión entre las normas de protección animal con la

⁵⁵ Utilizamos los términos grupo normativo en la acepción del profesor VILLAR PALASÍ quien señaló que «un grupo normativo está constituido por todas las normas jerárquicamente articuladas, que contemplan un mismo supuesto de hecho abstracto, de un modo explícito o implícito, bajo una misma ratio», definición que hallamos en PÉREZ MORENO (1989), p. 1011.

⁵⁶ Las concretas palabras de la profesora LOZANO CUTANDA, al tratar sobre el Derecho Ambiental, en tanto que Derecho moderno, nacido en el siglo XX, son las siguientes: «La consolidación de un sistema normativo alrededor del núcleo conceptual del medioambiente es el resultado de un proceso que se inicia *cuando las normas protectoras de los distintos recursos adquieren la entidad suficiente para singularizarse y configurar un sector normativo propio*». Y añade la profesora: «Del mismo modo, surgen a principios de este siglo las primeras normas cuyo objeto es regular la protección de los animales, superándose la concepción puramente patrimonial de los mismos que luce, como hemos visto, en el Código Civil. Se trata de disposiciones mediante las que se intenta poner fin a prácticas arraigadas de abuso y maltrato a los animales, como la Real Orden de 28 de febrero de 1929 que prohibió las peleas de gallos, la Real Orden Circular de 16 de diciembre de 1925 que estableció con carácter obligatorio la protección de los animales y las plantas y declaró de utilidad pública las Asociaciones que tuviesen por fin divulgar y arraigar dicha protección, o la Real Orden Circular de 31 de julio de 1929 sobre "sanciones por malos tratos a los animales o daños a las plantas".» Desde luego, la profesora citada incluye dichas normas en el sistema que integra el Derecho Ambiental. Véase LOZANO CUTANDA, (2010), pp. 45 y ss. Nuestro propósito es demostrar si las razones que en su día justificaron el nacimiento de un nuevo sistema normativo -el Derecho Ambiental- avalarían que pudiésemos argumentar que nos hallamos ante el nacimiento de un nuevo Derecho, el Derecho Animal.

legislación sobre medio ambiente, aunque solo sea porque los animales forman parte del medio ambiente, como luego veremos.

El profesor BETANCOR definía el Derecho Ambiental como una rama del ordenamiento jurídico que regula las actividades humanas con incidencia o impacto ambiental significativos. Señalaba que «cuando hablamos de Derecho administrativo, de Derecho laboral, de Derecho civil, de Derecho constitucional, de Derecho penal, de Derecho mercantil, de Derecho tributario, nos referimos, en última instancia, a actividades humanas y a sujetos humanos (o integrados por seres humanos, en el caso de las personas jurídicas). Podemos decir, en un afán simplificador, que hablamos de un Derecho de los seres humanos y para los seres humanos; de un Derecho que se agota en su misma humanidad porque tiene por finalidad ordenar relaciones humanas para resolver, en última instancia, los conflictos que entre seres humanos han surgido o pudieran surgir. En cambio, el Derecho ambiental no se ajusta a las características indicadas. Es ciertamente un Derecho de los seres humanos pero no es para los seres humanos o mejor, no es sólo un Derecho para los seres humanos»⁵⁷.

Está claro que el Derecho Animal es un Derecho de los seres humanos pero sus principales destinatarios no son éstos sino los animales, aunque esta afirmación exige ser matizada, por cuanto está claro que quienes están obligados al cumplimiento de sus normas son únicamente los seres humanos. Pero en todo caso, los *beneficiarios* de esas normas son los animales.

Según BETANCOR, no puede concebirse un Derecho en el que los sujetos jurídicos sean no sujetos, como, por ejemplo, el ecosistema. Los animales tampoco parece que sean sujetos, desde luego, no lo son actualmente. A pesar de la afirmación tajante de BETANCOR existen sistemas jurídicos donde sí se concibe que haya sujetos como el ecosistema o la naturaleza⁵⁸.

Independientemente de que los animales tengan o no la condición de sujetos de derecho, las normas que integrarían el Derecho Animal conciernen a sujetos de derecho: los seres humanos. Los animales serían, en tanto no cambie su

⁵⁷ En BETANCOR RODRÍGUEZ (2001), p. 60.

⁵⁸ Véase el Capítulo VII, apartado 2.4., de este trabajo.

estatus, beneficiarios y perjudicados por las normas que integrarían esta disciplina. Pero también los seres humanos. Como sucede en el caso del Derecho Ambiental, aunque sus normas no sean para los seres humanos, no cabe duda de que los seres humanos estamos concernidos y resultamos claramente beneficiados, en cuanto sociedad e individualmente, de todas aquellas normas que protegen a los animales de tratos crueles e injustificables.

Anticipándonos a una exposición que todavía no ha sido realizada puesto que constituirá el contenido de otros apartados de este trabajo, podemos afirmar que existe en nuestro Derecho un cuerpo de normas suficientemente importante cuyo objeto es la protección o bienestar de los animales. La importancia de este conjunto de normas, por su volumen y por su finalidad, permitiría afirmar que existe base suficiente como para justificar la calificación como rama autónoma del Derecho, al margen de otras disciplinas como pudiera ser el Derecho Ambiental⁵⁹, de lo que ya se conoce como Derecho de los animales o Derecho Animal⁶⁰. En este cuerpo normativo se incluirían, en nuestra opinión, no solamente aquellas disposiciones que persiguen la preservación, el cuidado y la protección del animal sino también aquellas que ordenan u organizan su utilización o, en ocasiones, incluso su destrucción.

En una inicial aproximación al concepto y siguiendo los pasos que en su día diera el profesor EMBID IRUJO al clasificar el Derecho de aguas⁶¹, podemos decir, en primer lugar, que las normas del Derecho de los animales deberían ser encuadradas en la categoría de normas de Derecho Público. Ciertamente es que en la configuración del Derecho Animal van a confluir diferentes ramas jurídicas -como por otra parte, también sucede en el Derecho Ambiental o en el Derecho

⁵⁹ El profesor TEROL GÓMEZ hizo referencia a la vis expansiva del Derecho Ambiental, para incluir en él las normas de bienestar animal. Concretamente señaló: «No reviste por tanto mayor problema, reconocida la mencionada vis expansiva del Derecho Ambiental, tratar en su contexto del bienestar animal. (...) Cuestión distinta es que todo el régimen de protección de los animales a que vamos a referirnos pueda tener o no encaje con la protección ambiental ex artículo 45 de la Constitución, sobre lo que la doctrina se ha pronunciado tanto en un sentido como en otro respecto de los considerados domésticos». Véase TEROL GÓMEZ (2015), pp. 133-134.

⁶⁰ Entendiendo por animales, en una poco científica pero práctica y antropocéntrica definición, los que no son seres humanos, aun siendo conscientes como somos, de las grandes diferencias que existen entre distintas especies de animales hasta el punto de que, muchas de ellas, tienen como único punto en común entre sí, no pertenecer a la especie humana.

⁶¹ En EMBID IRUJO (2007), p.17.

Urbanístico, por ejemplo- pero, en todo caso, las normas que integran el Derecho Animal deben incluirse en el marco del Derecho Público. ¿Por qué? Pues, por un lado, porque se refieren a la ordenación de relaciones jurídicas en las que una parte de dicha relación es de forma directa o indirecta un poder público, En nuestro caso, en las normas cuyo objeto son los animales, se encuentran los poderes públicos como parte destacada, no solo regulando sino comprobando que se cumplen los objetivos de protección o de conservación que se hayan establecido y sancionando, en su caso. Por otro lado, las normas del Derecho Animal no persiguen la satisfacción de los derechos de los ciudadanos frente a otros ciudadanos⁶². No tratan tampoco de relaciones entre el animal y el ser humano, o no solo. Y esto es significativo porque aun cuando en la mayoría de ordenamientos jurídicos el animal tiene todavía la condición de cosa, el ser humano no es absolutamente libre de tratarlo como si de una simple cosa se tratase.

⁶² El Derecho privado persigue la satisfacción de los derechos de los ciudadanos frente a otros ciudadanos; no persigue finalidades colectivas. Protege solamente los daños producidos en los derechos de sujetos concretos, no los daños producidos a una colectividad. Cuando se habla de protección o de bienestar animal, nos estamos refiriendo a animales concretos, sin duda, pero sobre todo a la colectividad animal y a responder frente a determinados comportamientos humanos. Si buscamos un ejemplo en el caso del Derecho Ambiental, veremos que aunque haya normas en el Código Civil que puedan afectar o regular el medio ambiente (p.ej. los daños relativos a la emanación de humos nocivos, art. 1908.2 CC) de ello no va a derivarse que dicha rama del Derecho deba encuadrarse en el Derecho privado. Véase la exposición que sobre las diferentes ramas del Derecho reguladoras del medio ambiente realiza LASAGABASTER y otros (2007), pp.35 y ss.

En opinión de CHIBLE, una de las notas que caracteriza al Derecho Animal es que es un Derecho que está compuesto tanto de normas de Derecho privado como de Derecho público. En CHIBLE, op. cit., p. 379. Nuestra opinión es que, aun siendo cierto que hay normas relativas a los animales que forman parte del Derecho privado, por ejemplo, aquellas que se incluyen en nuestro Código Civil, regulando cuestiones de propiedad o de posesión de los animales o incluso su propia consideración como cosa, de ello no puede desprenderse que el Derecho Animal navega entre las aguas del Derecho privado y del público. La incidencia del Derecho privado, se produce también respecto de otras ramas del Derecho Público y no por ello pierden su condición de *ius publicum*. Por ejemplo, en el Derecho Civil se regula el derecho de propiedad y se dice que nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa de utilidad pública. El hurto o el robo de un objeto, propiedad de un individuo, será objeto de una disposición que formará parte del Derecho penal pero es evidente que no debe concluirse que la disposición del Código Civil que prohíbe apropiarse de lo ajeno es Derecho Público. Dicho de otro modo, esa regulación de la propiedad constituye la base sobre la que se irán proyectando disposiciones y normas de otras ramas del Derecho que inciden en ella. Lo mismo sucede en el caso del Derecho Animal. Encontraremos en el Código Civil referencia a la naturaleza jurídica del animal, o a determinados aspectos de su propiedad o posesión ligados a su naturaleza jurídica, pero no por eso deberíamos entender que esas concretas disposiciones son, en puridad, Derecho Animal.

Dentro del Derecho público, la mayor parte de las normas relativas a la protección animal podrían encuadrarse en el área del Derecho Administrativo. Según SANTAMARÍA PASTOR, el Derecho Administrativo comprende una serie de regulaciones transversales y genéricas relativas al ámbito del derecho de la organización, del procedimiento administrativo, del tráfico patrimonial de la Administración y del sistema de garantías de la legalidad. Pero, por otro lado, comprende un extensísimo número de regulaciones sectoriales, esto es, de conjuntos normativos muy amplios que disciplinan la acción que la Administración lleva a cabo en todos los sectores de la vida social y económica (por ejemplo, en materia de sanidad, educación, urbanismo, energía, turismo, etc.), y el comportamiento que deben observar los ciudadanos que actúan en dichos sectores. Entre esta relación de materias que el profesor SANTAMARÍA se encarga de matizar que no es exhaustiva⁶³, debería hoy añadirse, la regulación jurídica sobre los animales.

La Administración es la encargada de controlar el cumplimiento de las normas - estatales, autonómicas y locales- cuyo objeto son los animales. No son sus destinatarios directos, aunque resulten beneficiados en muchos casos, puesto que los destinatarios de las obligaciones o los comportamientos que imponen dichas normas son las personas que llevan a cabo relaciones jurídicas en las que intervienen los animales. La Administración desempeña una posición instrumental en cuanto que existe para atender los intereses generales y para asegurar que la actuación de los ciudadanos -en materia de protección y bienestar de los animales- se ajusta a las normas existentes. El Derecho Animal podría ser considerado una regulación sectorial propia del Derecho Administrativo, con sustantividad propia.

No cabría incluir dentro del Derecho Animal aquellas normas penales que castigasen determinadas actuaciones o comportamientos dirigidos contra los animales. Aunque su objeto o su finalidad pueda ser la protección animal, deben seguir formando parte del Derecho Penal y no deben integrar el Derecho Animal por la misma razón que las normas penales que castigan delitos relacionados con otras materias de un concreto sector del ordenamiento, no se

⁶³ En SANTAMARÍA PASTOR (2016), pp. 40-41.

integran en dicho ordenamiento, sino que permanecen en el ámbito del Derecho Penal. Como decíamos, en todo caso dichas normas ayudarán a la configuración del Derecho Animal pero no son Derecho Animal en sentido estricto.

También como sucede en el Derecho de aguas, creemos que las normas del Derecho de los animales tienen una profunda base ambiental, aunque no todas ellas pertenezcan a dicho sector del Derecho o incluso, puedan existir dudas de que pertenezcan al mismo. Pensamos, por ejemplo, en las normas relativas a los animales domésticos que sólo en una interpretación amplia del medio ambiente podrían tener cabida dentro de él. Considerar que hay normas del Derecho de los animales que no podrían incluirse en el Derecho Ambiental, reforzaría el argumento que postula una sustantividad propia de este tipo de normas.

El Derecho Animal también es un Derecho de raíces sociológicas importantes pero no en el sentido que el profesor EMBID IRUJO le otorga a la expresión cuando se refiere a las características del Derecho de aguas⁶⁴ sino en el sentido de que ha nacido, en buena parte, de la presión social o de la sensibilidad ciudadana respecto de determinados comportamientos, tratos, actitudes, hacia los animales.

Y, finalmente, es también un Derecho que presenta un fuerte dinamismo en su evolución⁶⁵. Nos hallamos en presencia de un Derecho *en construcción* cuya evolución ha de tender necesariamente al reconocimiento de un mayor nivel de protección o bienestar de los animales.

Hemos dicho que el Derecho Animal tiene una importante base ambiental y, de hecho, tal vez su nacimiento creemos que debe situarse en referencia al

⁶⁴ Como señala el profesor EMBID IRUJO: «Un Derecho vivido y construido tradicionalmente en torno a pequeñas agrupaciones humanas del que quedan rasgos antiquísimos (...) y pistas en la legislación vigente (apelación a la costumbre en la regulación de las Comunidades de usuarios) que denotan ese origen». EMBID IRUJO (2007), p. 19.

⁶⁵ El profesor EMBID IRUJO precisa al hablar del dinamismo del Derecho de aguas: «como lo tiene la misma sociedad a la que sirve o de la que es un producto». Y añade que ello se corresponde con la actual crisis del agua. La demanda cada vez mayor frente a una oferta cada vez más limitada hace que se tengan que buscar nuevos recursos (reutilización y desalación) dado el agotamiento de los tradicionales. En EMBID IRUJO, op. cit., p. 20.

Derecho Ambiental. Para empezar, participa de muchos de los caracteres que identifican al Derecho Ambiental, en la síntesis realizada por la profesora LOZANO CUTANDA⁶⁶. Como en el caso del Derecho Ambiental, esta nueva rama del Derecho está en creciente expansión. Incide en las demás ramas del ordenamiento puesto que el resto de sectores de nuestro sistema jurídico deben integrar -o al menos tener en cuenta- las exigencias derivadas del bienestar animal. Como también sucede en el caso del Derecho Ambiental, las normas de protección de los animales están teniendo reflejo actualmente en la conformación de la sociedad y de la economía, puesto que se imponen límites a la economía de mercado basados en imperativos de bienestar animal. Y, finalmente, se trata de un sector del ordenamiento que cuenta con principios jurídicos propios, como tendremos ocasión de analizar.

Ahora bien, Derecho Animal y Derecho Ambiental constituyen disciplinas claramente diferenciadas y la relación entre ambas la expresan claramente RECARTE y ALONSO para quienes el Derecho de los animales «tiene una historia y filosofía del Derecho subyacente que es distinta a la que ha generado el moderno Derecho ambiental, sin perjuicio de que ambos confluyen a veces en algunas áreas⁶⁷».

Pues bien, llegados a este punto estamos en condiciones de definir el Derecho Animal como el conjunto de normas internas, europeas e internacionales que regulan la protección y la utilización de los animales a partir de su consideración como seres dotados de sensibilidad. Aunque puede parecer obvio creemos oportuno destacar que no puede confundirse el concepto de Derecho Animal con el de derechos de los animales puesto que aquel no

⁶⁶ Véase LOZANO CUTANDA (2010), pp. 48 a 52, donde la autora expone una serie de características que definirían y otorgarían singularidad al Derecho Ambiental. De forma resumida serían las siguientes: a) se trata de un sector del ordenamiento en creciente expansión y con uno de los mayores índices de producción normativa (por ejemplo, la política de protección del medio ambiente es el segundo ámbito, por detrás de la política agraria común, en el que más se legisla en la Unión Europea); b) se trata de una rama del ordenamiento ya consolidada y dotada de principios y de instituciones o procedimientos propios; c) incide en todas las demás ramas del ordenamiento (los postulados ambientales matizan y modulan el derecho internacional, el derecho urbanístico, el derecho tributario, el derecho del trabajo, etc.); d) constituye la rama del Derecho que más está incidiendo actualmente en la conformación de la sociedad y la economía, a fin de conseguir un desarrollo sostenible; e) es un sector del ordenamiento de una gran complejidad debido a la confluencia de un gran número de normas sectoriales y horizontales que lo componen.

⁶⁷ En RECARTE y ALONSO, op. cit., p. 78.

engloba solamente las normas que pudieran reconocer o referirse a supuestos derechos reconocidos a los animales⁶⁸. Como sostiene el profesor MARGUÉNAUD, el Derecho Animal es hoy (también) el Derecho que reúne las reglas de protección contra los animales, «encore considérés comme un fléau ravageur des ressources vivrières et toujours sur le point de se transmettre les uns aux autres ou de communiquer aux êtres humains les plus terribles des maladies mortelles»⁶⁹. Por tanto, formarían parte de esta disciplina jurídica no solo las normas de protección de los animales -o aquellas que eventualmente les reconocieran derechos o atribuyeran obligaciones a los seres humanos en relación a los animales- sino también aquellas que contemplaran su utilización e incluso su destrucción. Esto significa que el Derecho Animal comprendería el conjunto de disposiciones legales y reglamentarias actualmente en vigor relativas a los animales⁷⁰.

Sin embargo, a pesar de la gran cantidad de normas dictadas en esta materia, creemos que nos encontramos aún en una fase inicial. Estas normas se han ido elaborando sobre todo a partir de una determinada conciencia social sobre el trato que el ser humano dispensa a los animales, de forma coyuntural, sin seguir un programa estructurado. Sucede lo mismo que en los orígenes del Derecho Ambiental donde la legislación dictada en materia de medio ambiente surgía para hacer frente a las necesidades coyunturales que iban apareciendo. En nuestro caso, existe ya un gran número de normas que imponen determinadas obligaciones o conductas. Pero el Derecho Animal no puede limitarse a una fase represiva ni a un conglomerado de reglas casuísticas. Este conjunto de reglas no surge de la nada. Se inspiran en ciertos principios de nuestro ordenamiento, de base ambiental algunos, o incluso específicos de la

⁶⁸ Creemos que no solamente forman parte del Derecho Animal las normas tendentes a su protección sino incluso aquellas que en ocasiones implican la destrucción del animal aun admitiendo que el objetivo final de este sector del ordenamiento debería ser la protección en todo caso. Por esta razón, porque no nos parece real, no consideramos completa aquella definición de esta rama del Derecho que sólo tuviera en cuenta la faceta de protección o bienestar. Sería, por ejemplo, el caso de la definición siguiente: «conjunto de teorías, principios y normas destinado a brindar una protección jurídica al animal de especie distinta a la del ser humano, promoviendo y procurando su bienestar y protección», que encontramos en CHIBLE (2016), p.375.

⁶⁹ En MARGUÉNAUD (2016), p. 9.

⁷⁰ Es la definición que da la profesora BURGAT de *Droit Animalier*. En MARGUÉNAUD, BURGAT y LEROY (2016), p. 23.

protección animal, cuya función, entre otras, debe ser la de dar coherencia y estructura al ordenamiento jurídico sobre los animales⁷¹.

3.2. Las fuentes del Derecho Animal

Vamos a examinar ahora de dónde proceden el conjunto de reglas y disposiciones que conforman el Derecho Animal, lo que nos llevará a analizar si existen una serie de principios jurídicos específicos que dotarían de singularidad y estructurarían el Derecho Animal.

3.2.1. Fuentes fundamentales, históricas y contemporáneas

A la hora de plantear cuáles serían las fuentes del Derecho Animal, podemos partir de LEROY quien, en esta materia distingue entre fuentes fundamentales, fuentes históricas y fuentes contemporáneas⁷².

En cuanto a las fuentes fundamentales del Derecho Animal, este autor se pregunta si es posible encontrar, por encima del Derecho positivo, un Derecho ideal en atención al cual sería posible apreciar la legitimidad de reglas morales aplicables a los animales. Se trataría de un Derecho ideal que, derivado de la

⁷¹ A finales de la década de 1980, el profesor PÉREZ MORENO dedicó parte de un artículo sobre las bases del Derecho Ambiental europeo, a lo que él denominó *patología* de la legislación sobre medio ambiente. Decía: «A pesar de la cantidad de normas promulgadas el conjunto del llamado Derecho Ambiental no ha alcanzado niveles de eficacia. La descoordinación de las mismas leyes, y la descoordinación administrativa han colaborado a la existencia de un amplio desuso de ese Derecho. Las necesidades económicas, el desempleo estructural y las novedades tecnológicas, tienen más poder que las leyes de protección medioambiental. La mayoría de las disposiciones son *normas de acción*, imponen conductas. Y los cambios de circunstancias pueden producir un rápido envejecimiento de esas normas, creando excepciones, olvidos, resistencias e, incluso, desobediencia civil. La abundancia de *normas de acción* aisladas, tan expuestas al desuso (que es un cáncer del Derecho), origina una carencia de cauces jurídicos para el tratamiento de los conflictos sociales por motivaciones ecológicas. Faltan normas generales que establezcan *principios sustantivos* o *materiales vinculatorios* en el Derecho Ambiental. Faltan *normas de relación* que disciplinen las obligaciones exigibles entre las partes para resolver los conflictos. Hay una escasez de enfoque preventivo y de coordinación anticipada de las políticas económica, industrial, agrícola y social. El Derecho Ambiental no puede descansar en la fase *represiva* porque entonces ya se ha consumado el daño ecológico. Su eficacia tiene que garantizarse en la fase *preventiva*, y para conseguirlo tiene que proyectar normas de anticipación, mecanismos de funcionamiento previos a la puesta en marcha de las actividades potencialmente contaminadoras. La base del nuevo Derecho ambiental tiene que reforzarse desde la deontología, superando la etapa de ser un conglomerado de reglas casuísticas. En PÉREZ MORENO (1989), p. 1010. Nuestra opinión es que, en referencia al Derecho Animal, nos encontramos en los años 80 del siglo pasado, en el sentido apuntado por PÉREZ MORENO respecto del Derecho Ambiental.

⁷² En MARGUÉNAUD, BURGAT y LEROY (2016), pp. 27-48. Si bien la formulación que realiza LEROY la lleva a cabo en referencia al ordenamiento francés, nos parecen perfectamente extrapolables al nuestro sus conclusiones, razón por la cual las hacemos nuestras.

naturaleza y fundado en la justicia, llevaría a tener en cuenta los intereses de los animales y, al mismo tiempo, intentar encontrar un punto de equilibrio entre estos intereses y los de los seres humanos. En todo caso, la idea de una justicia que contemplara el buen trato hacia los animales ha estado presente en muchos momentos de la historia del ser humano. Como ya hemos apuntado, Aristóteles había reconocido que los animales son seres susceptibles de experimentar los mismos sufrimientos que el ser humano en tanto que de similar constitución. Y, como recordó MOSTERÍN, todas las morales a lo largo de la Historia han contenido normas y preceptos destinados a poner freno a la violencia contra los animales. Los más radicales y a la vez consecuentes, fueron los jainistas y budistas que rechazaron los sacrificios de animales (también la pena de muerte y la guerra), ideas éstas que fueron adoptadas por gran parte del pensamiento indio y por el líder pacifista del movimiento por la independencia de la India, Gandhi⁷³.

En cuanto a las fuentes históricas, LEROY realiza un repaso de la normativa de protección animal dictada especialmente a partir del siglo XIX, desde la *Martin's Act* de 1822 o la *Ley Grammont* de 1950 hasta la reciente reforma del Código Civil francés operada por la Ley de 16 de febrero de 2015, que señala que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad (art. 515-14). En el caso español, deberíamos tener en cuenta la totalidad de normas que a lo largo del siglo XIX y principios del siglo XX se fueron dictando con el objeto de incrementar la protección animal. Por seguir con este paralelismo a partir de lo afirmado por LEROY, en el caso español la única reforma del Derecho Civil operada en la materia, ha sido la llevada a cabo en el Derecho Civil catalán, a través de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, que estableció en su artículo 511.1.3 que «los animales, que no se consideran cosas, están bajo la protección especial de las leyes. Sólo se les aplican las reglas de los bienes en lo que permite su naturaleza»⁷⁴.

⁷³ En MOSTERÍN (2014), p. 59.

⁷⁴ El Congreso de los Diputados ha admitido a trámite una Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales (122/000134), presentada por el Grupo Parlamentario Popular. BOCG. Congreso

Finalmente, entre las fuentes contemporáneas, LEROY no solamente incluye los textos normativos nacionales e internacionales que se han ido dictando en la materia sino también la jurisprudencia y, por supuesto, la doctrina jurídica⁷⁵. En nuestro país, aunque pocos, está claro que cada vez son más los juristas que se interesan en el estudio de esta disciplina, pudiendo destacarse a Santiago Muñoz Machado, Enrique Alonso García, Gabriel Doménech Pascual, José María Pérez Monguió, Pilar López de la Osa Escribano y María Teresa Giménez Candela, entre otros.

También entre las fuentes contemporáneas, se situarían una serie de agentes como los partidos políticos cuya labor refleja el interés que por la protección de los animales tiene la sociedad. Son cada vez más frecuentes las iniciativas parlamentarias tramitadas -algunas con más éxito que otras- en materia de protección o bienestar de los animales. Por citar solo algunos ejemplos recientes, podríamos mencionar la Proposición no de Ley sobre la modificación del régimen jurídico de los animales de compañía en el Código Civil presentada el 11 de octubre de 2016 (núm. 162/000200), por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, que proponía instar al Gobierno para que promoviese las reformas legales necesarias para crear una categoría especial en el Código Civil destinada a los animales⁷⁶. O, la proposición no de Ley en Comisión, sobre la

de los Diputados, serie B, Núm. 167-1, de 13/10/2017. El objeto de dicha modificación sería, entre otros cambios, sustraer a los animales de su condición de cosa.

⁷⁵ El concepto de fuentes contemporáneas que maneja LEROY equivaldría al de fuente en sentido formal utilizado en ocasiones. Por ejemplo, CHIBLE VILLADANGOS distingue entre fuentes formales y fuentes materiales del Derecho Animal. Entre las primeras sitúa la Constitución, la Ley, los reglamentos, la doctrina. Véase CHIBLE, op. cit., p.390.

⁷⁶ El texto de la iniciativa decía: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a que promueva las reformas legales necesarias para crear una categoría especial en el Código Civil que ubique a los animales de compañía fuera de la masa patrimonial a todos los efectos legales, de forma que resulten inembargables, absolutamente indivisibles en situaciones de comunidad, e intransferibles en negocios onerosos. Y, en consecuencia, que se reconozca la naturaleza extrapatrimonial de los animales de compañía», publicada en el BOCG. Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 36, de 21/10/2016. El texto fue aprobado el 14/02/2017 por 342 votos a favor, 0 abstenciones y 0 votos en contra, en los términos de una enmienda transaccional presentada por todos los grupos. El texto aprobado fue el siguiente: «El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día de hoy, ha acordado aprobar con modificaciones la Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos, sobre la modificación del régimen jurídico de los animales de compañía en el Código Civil, publicada en el «BOCG. Congreso de los Diputados», serie D, núm. 36, de 21 de octubre de 2016, en los siguientes términos: "El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a: 1. Promover las reformas legales necesarias para crear una categoría especial en el Código Civil distinta a las ya previstas, referida a los animales, donde se les defina como seres vivos dotados de sensibilidad. 2. Prever las reformas legales necesarias para que los animales de compañía no

tenencia y comercio de primates, presentada por los Grupos Parlamentarios Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, Socialista, Popular en el Congreso, Ciudadanos, Esquerra Republicana, Vasco (EAJ-PNV) y Mixto el 21 de diciembre de 2016 (núm. 161/001113) que instaba al Gobierno a adoptar las modificaciones pertinentes para prohibir el comercio o cualquier tipo de transacción entre particulares, de primates⁷⁷.

También dentro de las fuentes contemporáneas se debería incluir la labor informadora de los medios de comunicación. Sin duda cada vez es más frecuente encontrar en los periódicos o en los diferentes programas en radio y televisión, espacios dedicados a noticias sobre animales. Se cita frecuentemente que los tristes sucesos que tuvieron lugar en una perrera en Tarragona dónde unos desalmados amputaron con sierras eléctricas las patas de unos perros y de los que la prensa dio oportuna cuenta, tuvo como consecuencia la concienciación de buena parte de la sociedad lo que se tradujo

puedan ser objeto de embargo en ningún procedimiento judicial". BOCG. Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 108, de 22/02/2017.

⁷⁷El texto inicialmente presentado era el siguiente: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a adoptar las modificaciones legislativas oportunas en el plazo más breve posible a fin de prohibir el comercio, la cesión y cualquier tipo de transacción, donación o intercambio de primates entre particulares y a particulares, así como su tenencia; y de permitir únicamente la tenencia de primates a aquellas instituciones, centros de rescate, refugios y otras entidades expresamente autorizadas y legalmente reconocidas.» BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 83, de 10/1/2017. La Comisión de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, en su sesión extraordinaria del día 27/07/2017 acordó aprobar con modificaciones la Proposición no de Ley sobre la tenencia y comercio de primates, en los siguientes términos: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a adoptar las modificaciones legislativas oportunas en el plazo más breve posible a fin de prohibir el comercio, la cesión y cualquier tipo de transacción, donación o intercambio de primates entre particulares y a particulares, así como su tenencia; y de permitir la tenencia de primates a aquellas instituciones, centros de rescate, refugios y otras entidades expresamente autorizadas y legalmente reconocidas; sin perjuicio de otras disposiciones al respecto, se contemplarán excepciones por razones de investigación biomédica y programas de conservación de las especies.» BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 211, de 19/09/2017.

La modificación introducida en el texto de la Proposición no de Ley fue fruto de una enmienda formulada por el portavoz del Grupo Parlamentario Popular. Concretamente, dicho portavoz, el Sr. Viso Diéguez, señaló que: «Nuestra enmienda enriquecía el texto basándonos en el Real Decreto 53/2013, de 1 de febrero, donde aparecían ya los animales utilizados en experimentación o con fines científicos. Esta legislación también aparece en la Ley 42/2007, lo que se denomina como la conservación ex situ. De lo que se trata es de aquellos programas que están dirigidos a constitución de reservas genéticas o atención de ejemplares aptos para su reintroducción al medio natural.» Este sería pues, el alcance que debería darse a la introducción de los términos «investigación biomédica y programas de conservación de las especies» en el texto de la Proposición finalmente aprobada.

en la presentación ante las Cortes de miles de firmas para que se modificara el Código Penal español y se tipificara el delito de maltrato animal⁷⁸.

La tradición también debería incluirse dentro de estas fuentes contemporáneas, en este caso, no para fomentar el bienestar de los animales sino justamente para permitir la pervivencia de prácticas y costumbres contrarias a la protección animal. Señala a este propósito LEROY que la tradición incluso se impone en ocasiones *contra legem*. Así, las corridas de toros organizadas en el país galo antes de la publicación de la Ley de 24 de abril de 1951 -que las permitió en determinadas condiciones-, eran ilegales pues las disposiciones vigentes hasta 1951 prohibían los actos de crueldad infligidos públicamente contra los toros. Esta tradición, que reivindicán hoy algunas ciudades francesas para justificar la pervivencia de las corridas de toros proviene, pues, de una costumbre que encuentra su origen en una práctica ilegal⁷⁹.

Finalmente, hemos de hacer referencia a la labor que realizan instituciones o entidades, como fundaciones, observatorios, Universidades o corporaciones de Derecho público como colegios de abogados y, por supuesto, asociaciones protectoras de animales. La labor de muchas de estas entidades contribuye a formar, informar e impulsar el debate en la opinión pública y, en general, concienciar a la sociedad sobre la necesidad de velar también por el bienestar de los animales. Son muchos los ejemplos que podemos poner al respecto. El Consejo Andaluz de Protección de Animales de Compañía, previsto en la Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de protección de los animales y creado por el Decreto 525/2012, de 27 de noviembre⁸⁰, depende de la Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía y se encarga, entre otras finalidades, de la realización de informes y estudios en materia de protección animal. El Colegio de Abogados de Barcelona cuenta, desde el año 2002, con la Comisión de protección de los derechos de los animales, que organiza congresos y conferencias y cuenta con presencia en diferentes instituciones del Gobierno

⁷⁸ Dicha reforma fue operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. La reforma fue fruto de las presiones realizadas por determinadas asociaciones protectoras de animales, encabezadas por la Fundación Altarriba, que recogieron más de 500.000 firmas solicitando a las Cortes españolas la tipificación como delito del maltrato de animales.

⁷⁹ En MARGUÉNAUD, BURGAT y LEROY (2016), p. 39.

⁸⁰ Recientemente modificado por Decreto 169/2017, de 24 de octubre.

de Cataluña. Dicha Comisión nació con el objetivo de promover la equiparación de la legislación autonómica y estatal con la de otros países de la Unión Europea en lo que respecta a la protección de los animales, al considerarse en ese momento las leyes existentes, impropias de una sociedad civilizada. También el Colegio de Abogados de Aragón ha creado una Sección de defensa de los derechos de los animales, constituida como sección colegial cuyos objetivos son, entre otros, fomentar el estudio y difundir el conocimiento de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina en la especialidad concernida, así como impulsar y estudiar las reformas legislativas necesarias en la materia.

También merece destacarse el Observatorio de Justicia y Defensa Animal, entidad sin ánimo de lucro, creada en 2012, que, entre otras funciones, denuncia episodios de malos tratos a animales. En su página web se encuentran noticias de actualidad e información sobre la normativa aplicable a los animales⁸¹.

En otro orden de cosas, la Universidad Autónoma de Barcelona fue pionera en nuestro Estado al organizar un máster llamado de *Derecho Animal y sociedad*⁸² donde se imparten diferentes disciplinas que tienen en común el trato que la sociedad dispensa a los animales, desde Filosofía, Historia del Derecho, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, entre otras ramas del saber, con la voluntad de formar a los estudiantes en el ámbito del Derecho Animal.

3.2.2. Principios rectores

Con el título de *Principios rectores* pretendemos referirnos, en realidad, a los principios generales del Derecho Animal⁸³. Su origen se encuentra en el

⁸¹ Su página web es: www.justiciaydefensanimal.es

⁸² La impulsora de esta iniciativa y directora del máster es la profesora María Teresa Giménez Candela, catedrática de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Barcelona.

⁸³ En el Código Civil español, la referencia a los principios generales del Derecho, la encontramos en el artículo 1.4: «los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico».

Señala MUÑOZ MACHADO que los principios generales del Derecho tienen hoy una significación y una posición en el ordenamiento jurídico superior a la que se les reconoció tradicionalmente, concretadas en una triple función, la de ser fundamento del orden jurídico, orientadores de la labor interpretativa y fuente del derecho en caso de insuficiencia de la ley o de la costumbre. Añade este autor que buena parte de los principios generales del Derecho, han abandonado el lugar en que los situó el artículo 1.4 CC para incorporarse a la Constitución

Derecho internacional, en el Derecho europeo y, también, en el Derecho interno a medida que cada Estado va incrementando el nivel de protección dispensado a los animales⁸⁴. Se trata de una serie de principios rectores⁸⁵ que informan nuestro ordenamiento jurídico, que han de ser respetados en la aplicación e interpretación de las normas⁸⁶ y que deben guiar la creación de

«con el efecto consiguiente de vincular todo el proceso de creación de normas infraconstitucionales y todo el proceso aplicativo del Derecho, empezando por la Constitución misma. Por otro lado, y por la misma razón de orden constitucional, muchos principios se han desvinculado de instituciones concretas, a cuya comprensión y funcionamiento sirvieron, para ser usados ahora de forma más transversal y horizontal, al servicio del ordenamiento completo. Todo ello ha contribuido a dar un sentido más unitario al ordenamiento jurídico al presentarse los principios como criterios de orientación de todas las instituciones que integran el sistema. Así puede verse con facilidad cuando se constata la aplicación de los mismos principios repetidamente en relación con cualquier regulación positiva (vgr. proporcionalidad, buena fe, confianza legítima, igualdad, etc.)». En MUÑOZ MACHADO (2006), p. 414.

La profesora AMAYA ARÍAS, al analizar los principios del Derecho Ambiental y con apoyo en Esaín quien sostiene que existen diferentes tipologías dentro de los Principios Rectores del Derecho que se diferencian según la disciplina de la que ellos provengan, señala: «En este sentido, están los *Principios Generales del Derecho*, los que deben ser diferenciados de los principios especiales que pertenecen a cada rama o disciplina particular. Los primeros rigen en todo el mundo jurídico y, por ende, se aplican a cualquier sector de él; muchos de los cuales se confunden con valores jurídicos o políticos (principio de justicia, de seguridad, etc.). Bajo este nivel nacen los *principios específicos propios* de cada disciplina jurídica; y en este último escalón encontraremos los *principios específicos propios del Derecho Ambiental*, que cumplirán un rol de integración y sistematización frente a la posible fragmentación que presenta una rama jurídica que se caracteriza por la transversalidad de su objeto y su vis expansiva.» Esto es, los principios generales del Derecho informan todo el sistema jurídico a nivel general y le dan justificación. Los principios específicos del Derecho orientan una parte específica del ordenamiento, en tanto que pautas o guías que debe seguir el operador de este ordenamiento jurídico, «ya sea en la elaboración de políticas, en la creación de normatividad, y en la aplicación e interpretación de la misma, se trata de verdaderos *Directing Principles*». En AMAYA ARIAS (2016), pp. 89 y 96.

Los términos *Directing Principles* son utilizados por la profesora AMAYA ARIAS para referirse a la categoría específica de principios jurídicos de Derecho Ambiental a que se refiere De Sadeleer, con los principios de quien contamina paga, de prevención y de precaución. *Ibidem*, p. 79

⁸⁴ El profesor LAGO, al abordar el origen de los principios del Derecho Ambiental, sostiene que «los principios generales del Derecho ambiental tienen un origen simultáneo en el ámbito internacional, europeo y nacional, en este último caso, a medida que cada Estado va incorporando a sus funciones la de protección del medio ambiente y poniendo en marcha una política ambiental propia y, por tanto, generando su propio Derecho ambiental». En LAGO (2006), p. 985. Sería también este el caso del Derecho Animal.

⁸⁵ Utilizamos los términos *principios rectores* como sinónimos de *principios generales* en similar sentido al utilizado por la profesora LOZANO y el profesor LAGO a la hora de hablar de los principios y condiciones de la acción ambiental de la Unión Europea. En LOZANO y LAGO (2014), p. 124. Se trataría de unos principios generales que hemos considerado que marcan la pauta de la política comunitaria en materia de bienestar animal e implicarían límites a la discrecionalidad del legislador y a la interpretación del operador jurídico. En todo caso, pueden utilizarse como parámetros de interpretación de las normas comunitarias y estatales.

⁸⁶ Como dijera el profesor Jordano Fraga, para que se reconozca la existencia de un principio no hace falta que éste haya alcanzado su positivación. Citado por AMAYA ARIAS (2016), p. 87.

normas de esta rama del Derecho hacia la naturaleza propia del Derecho Animal, que no debería ser otra que la protección y bienestar de los animales⁸⁷.

La formulación que vamos a desarrollar debe partir necesariamente del artículo 13 del TFUE⁸⁸ que establece lo siguiente: «Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional».

Dicha formulación no se agota en el artículo 13 del TFUE. Este precepto nos parece fundamental porque es el que reconoce la condición de los animales como seres sensibles y, a partir de ahí, dicho reconocimiento forzosamente va a tener que traducirse en una concreta manera de legislar y de interpretar y aplicar las normas. En efecto, la condición de los animales como seres dotados de sensibilidad es hoy día una regla admitida generalmente y no se entendería no tenerla en cuenta en otros ámbitos distintos a los que regula el artículo 13 TFUE.

Además, también el Derecho Animal va a *nutrirse* de algunos principios de base claramente ambiental, algunos de los cuales hoy día se reconocen como principios de Derecho Ambiental, que informan las disposiciones que se adoptan en materia de protección o de bienestar animal o que inciden en la forma en que se aplican estas disposiciones.

⁸⁷ Aun cuando no todas las normas que integran el Derecho Animal responden a una efectiva protección de los animales sino que incluso pueden regular su eliminación, mi parecer es que el Derecho Animal surgió con la finalidad específica de proteger a los animales como respuesta a la crueldad del ser humano. Esta concreta rama del ordenamiento busca -aunque a veces no lo parezca- mejorar cada vez más la protección de los animales. Esta finalidad impediría disminuir los niveles de protección alcanzados, al modo como sucede en el Derecho ambiental, lo que fundamentó el nacimiento del Principio de No Regresión, verdadero principio de Derecho Ambiental, que tiene su origen en el principio de progresividad. Véase, sobre la naturaleza jurídica del Principio de No Regresión, AMAYA ARIAS (2016), p. 474-484.

⁸⁸ Diario Oficial n° C 326 de 26/10/2012.

A) Integración del bienestar animal en la regulación normativa y su aplicación, a partir de la condición de los animales como seres sentientes

Por la generalidad de su expresión y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) constituiría el principio básico del que hemos de partir⁸⁹. Este artículo 13 establece que la Unión y los Estados miembros tendrán en cuenta las exigencias en materia de bienestar animal, al formular y aplicar las políticas de la Unión en los llamados campos relevantes, esto es, en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio. El precepto exige tener en cuenta el bienestar animal en la formulación y aplicación de dichas políticas puesto que los animales son seres dotados de sensibilidad⁹⁰.

El Parlamento Europeo, en su Opinión sobre el fundamento jurídico de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la Sanidad Animal, señaló que «el artículo 13 (*del TFUE*) establece el principio general y el objetivo de la Unión y de los Estados miembros de tener "plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales" al formular y aplicar determinadas políticas de la Unión.

Sin embargo, dicho artículo no prevé medidas ni procedimientos específicos con tal fin y, de hecho, figura en el Título II del TFUE (Disposiciones de aplicación general). De este modo, el artículo 13 del TFUE define un objetivo pertinente y no contiene disposiciones sobre la adopción de medidas. No

⁸⁹ El profesor E. ALONSO GARCÍA señala que el bienestar de los animales, como seres sentientes, es un principio general del Derecho comunitario, lo que significa que se impone no solo a las instituciones comunitarias sino a los Estados miembros. En E. ALONSO GARCÍA (2015), p. 23.

⁹⁰ Según la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE) en su Código Sanitario para los Animales Terrestres (2017), «el término bienestar animal designa el modo en que un animal afronta las condiciones de su entorno. Un animal está en buenas condiciones de bienestar si (según indican pruebas científicas) está sano, cómodo, bien alimentado, en seguridad, puede expresar formas innatas de comportamiento y si no padece sensaciones desagradables de dolor, miedo o desasosiego. Las buenas condiciones de bienestar de los animales exigen que se prevengan sus enfermedades y se les administren tratamientos veterinarios apropiados; que se les proteja, maneje y alimente correctamente y que se les manipule y sacrifique de manera compasiva. El concepto de bienestar animal se refiere al estado del animal. La forma de tratar a un animal se designa con otros términos como cuidado de los animales, cría de animales o trato compasivo». (Artículo 7.1.1.). Puede consultarse el texto en: <http://www.oie.int/es/normas-internacionales/codigo-terrestre/acceso-en-linea/> (Última consulta: 1/11/2017).

constituye un fundamento jurídico. El fundamento jurídico pertinente que prevé la competencia de la Unión en virtud del principio de atribución debe derivarse de disposiciones específicas del Tratado, mientras que los objetivos enunciados en el artículo 13 del TFUE deben tenerse en cuenta en el ejercicio de estas competencias.»⁹¹ Podríamos considerarlo pues, un principio general o rector que define un objetivo pero que no constituye una base jurídica para el legislador de la Unión Europea. A su vez, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que la protección del bienestar de los animales constituye un objetivo legítimo de interés general⁹².

En cualquier caso, de acuerdo con el principio acuñado por el TJUE de interpretación del Derecho nacional conforme al Derecho comunitario, el principio de bienestar animal deberá ser, en lo que se refiere a los campos relevantes, un principio vinculante para el operador jurídico, que deberá tener en cuenta en la interpretación y aplicación de cualquier norma interna, en virtud del principio de interpretación del Derecho interno conforme con el Derecho europeo.⁹³ El artículo 13 TFUE es previsible que acabe siendo un principio interpretativo en la aplicación del derecho en general y no solamente en aplicación de las concretas políticas a que se refiere⁹⁴.

Ciertamente, el artículo 13 TFUE se está refiriendo a materias que son competencia de la Unión Europea pero los Estados miembros deben tener en cuenta la condición de ser sensible de los animales, por supuesto en los casos que prevé dicho precepto, pero también en el ejercicio del resto de sus competencias nacionales. En primer lugar, porque nuestra sociedad reconoce la condición de los animales como seres sensibles y no se comprendería que

⁹¹ EP (2014) 0122. Opinión sobre el fundamento jurídico de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la Sanidad Animal (COM (2013)0260 -C7-0124/2013- 2013/0136 (COD)).

⁹² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2008 dictada en el asunto C-219/07 *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers VZW, Andibel VZW y Belgische Staat*.

⁹³ Tal y como señala el profesor R. ALONSO GARCÍA, el principio de interpretación del Derecho nacional conforme con el Derecho comunitario constituye un principio inherente al régimen del Tratado, prevalente y vinculante para el operador jurídico nacional, con vocación de homogeneidad, aplicable respecto de todos los instrumentos comunitarios jurídicamente vinculantes. En R. ALONSO GARCÍA, p. 358.

⁹⁴ Véase E. ALONSO GARCÍA (2015), p. 24.

en el ejercicio de determinadas competencias se regulase de forma contraria al bienestar animal. Pongamos por caso una regulación que permitiese probar el efecto de determinadas armas en perros abandonados. No creemos que pudiera prosperar en ningún caso. En segundo lugar, porque debe tenerse en cuenta el resto de normativa internacional -tratados internacionales y normas de la Unión Europea- que se refieren a animales y que, aun cuando permiten determinadas prácticas que incluso suponen en ocasiones la eliminación del animal, parte de su naturaleza de ser sensible para minimizar su sufrimiento.

El principio de integración del bienestar animal en la regulación normativa relativa a los campos relevantes del artículo 13 TFUE o en general, supone en realidad integrar la consideración de los animales como seres sensibles en cualquier regulación que les afecte.

B) La experiencia adquirida y los conocimientos científicos como base de la regulación normativa en materia de bienestar animal

El TFUE exige en su artículo 191.3 que, en la elaboración de su política en el área de medio ambiente, la Unión tenga en cuenta los datos científicos y técnicos disponibles. Los profesores LOZANO y LAGO consideran que este precepto regula una serie de *condiciones* de la acción ambiental de la Unión Europea que ostentan un valor informador de la política ambiental comunitaria semejante al de los principios⁹⁵.

Podríamos entender también aplicable al Derecho Animal el principio previsto en el artículo 191.3 TFUE por la razón de que los animales forman parte del medio ambiente de manera que, la normativa que regule determinadas actividades o comportamientos humanos que les afecten, deberá tener en cuenta la experiencia adquirida y los conocimientos científicos disponibles. O, dicho de otro modo, las disposiciones dictadas en materia de bienestar animal deben basarse en evidencias científicas.

⁹⁵ Véase LOZANO y LAGO (2014), pp. 136-139.

De hecho, esto es lo que viene sucediendo en la práctica no sin crítica por parte de algún sector de la doctrina⁹⁶. La normativa comunitaria -directivas y reglamentos- que regula actividades humanas con incidencia sobre los animales tiene en cuenta los conocimientos de que disponemos sobre la biología y etología. Así, las directivas que han regulado las condiciones en que deben estar alojadas y deben ser manejadas las gallinas ponedoras o las cerdas utilizadas para reproducción, por poner solamente dos ejemplos, se han basado en los criterios científicos de especialistas en la materia y, particularmente, en la biología y el comportamiento de los animales⁹⁷. Pero solo cuando la evidencia científica ha sido absoluta se han adoptado normas en materia de bienestar animal.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que el bienestar animal involucra diversos conocimientos, no solamente veterinarios sino etólogos, economicistas, legales, agrónomos, de diseño incluso. Efectivamente, un etólogo podrá demostrar que los animales de reproducción destinados al consumo humano necesitan disponer de espacio para moverse y relacionarse con sus congéneres, pero esta circunstancia es ponderada con respecto al resto de intereses en juego en nuestra sociedad.

La exigencia de base científica cierta para la adopción de una norma de bienestar animal puede, ciertamente, suponer un freno a la plena aplicación de medidas de bienestar animal. Sin embargo, sería posible contrarrestar estos

⁹⁶ El profesor E. ALONSO GARCÍA señala que se ha optado, sin aparente fundamento, por hacer prevalecer frente al bienestar animal, un principio como el de exigencia de base científica para la validez de la norma de que se trate, cuando este principio, el Tratado solo prevé como límites respecto de otras políticas, pero no frente a las de bienestar animal. Dice concretamente: «... si bien en estas otras políticas, especialmente en la ambiental, este principio resulta obligatoriamente contrapesable con el contrario, es decir, con el principio de precaución (basta que haya una mínima base científica, pero no es necesaria prueba completa de dicho fundamento pues basta el riesgo de que sea correcta la hipótesis científica para actual), sin embargo, la exigencia de base científica *casi total*, sin matización pero el principio de precaución, se predica como "obviamente" (sic) aplicable a la de bienestar animal: "Las políticas comunitarias en materia de bienestar animal deben basarse en las mejores pruebas científicas disponibles", decía el anterior Plan de Acción de la Unión Europea. La razón para no aplicar, por ejemplo, el principio de precaución al bienestar de los animales y en cambio sí aplicar el de base científica carece de fundamento jurídico real, aunque es explicable teniendo en cuenta la evolución histórica de los fundamentos metajurídicos de este derecho. Pero está por verse si realmente se trata de un *desideratum* de la Comisión más que de un juicio correcto desde la perspectiva constitucional. En realidad, estamos en los albores de la aplicación del artículo 13 TFUE y tendrán que pasar años hasta que se concreten estos aspectos». En E. ALONSO GARCÍA (2015), pp. 43-44.

⁹⁷ Nos remitimos al apartado 2 del Capítulo VI de este trabajo.

efectos con una interpretación del principio que otorgase prevalencia a la aplicación de la norma de bienestar animal, una vez cierta la base científica, frente a otros valores o bienes jurídicos. Esto es, si existe certeza científica sobre cuáles son las mejores condiciones para el bienestar de los animales, entonces no puede ser posible oponer otros intereses económicos o comerciales, por ejemplo, para matizar o desplazar la aplicación de la norma de bienestar animal.

Por supuesto, no es esta la interpretación del principio de base científica que se está llevando a cabo en las instituciones europeas. Las disposiciones sobre bienestar animal se basan en las evidencias científicas, pero siempre desde el punto de vista de asegurar el buen funcionamiento de la economía. Un ejemplo de lo que decimos es el Reglamento (CE) núm. 1099/2009, del Consejo, de 24 de septiembre de 2009, relativo a la protección de los animales en el momento del sacrificio⁹⁸. En el párrafo 6 de su exposición de motivos se dice que las recomendaciones científicas sobre el abandono progresivo del dióxido de carbono para los cerdos y el uso de equipamientos de aturdimiento por baño de agua para las aves de corral no se han incluido en el Reglamento porque la evaluación de impacto revela que dichas recomendaciones no son viables económicamente en la Unión Europea. Es decir, la Unión Europea tiene en cuenta los conocimientos científicos, pero no siempre se toman en consideración si ello hace presuponer que tengan determinado efecto no querido en los mercados.

En nuestra opinión, la aplicación de este principio debería ser atemperada. Si se acepta que las disposiciones relativas al bienestar animal deben basarse en la experiencia adquirida y en los conocimientos científicos, entonces es que no debe admitirse otra solución que la estricta aplicación de la norma de bienestar animal de que se trate, puesto que existe base científica cierta de que esa concreta disposición es necesaria para asegurar el bienestar animal. Además, los conocimientos científicos de que disponemos hoy día evidencian de forma clara que no está justificado desde un punto de vista moral o ético mantener regulaciones que suponen un considerable sufrimiento a los animales.

⁹⁸ DOUE núm. 303, de 18-11-2009.

En todo caso, la conclusión que podríamos formular es que la aplicación de este principio de base claramente ambiental al Derecho Animal está teniendo como efecto demorar la adopción de determinadas disposiciones en materia de bienestar animal.

C) Precaución o cautela

El principio de precaución, también llamado de cautela en el Derecho Ambiental⁹⁹, constituye un criterio dirigido a excluir la necesidad de que exista plena certeza científica sobre el riesgo que supone para el medio ambiente un determinado fenómeno, actividad o producto¹⁰⁰. Se encuentra expresamente previsto en el artículo 191.2 TFUE¹⁰¹ y, en el ordenamiento español, entre los

⁹⁹ Siguiendo al profesor EMBID TELLO, dicho principio tomó su forma actual a finales de los años 80 del siglo XX en distintos instrumentos jurídicos del Derecho internacional medioambiental, pasando al Derecho comunitario y, finalmente, a los ordenamientos internos de los Estados. El primer instrumento internacional que recogió dicho principio fue la Carta Mundial de la Naturaleza, aprobada por las Naciones Unidas en Nairobi el 28 de octubre de 1982, en cuyo principio núm. XI.B) consta que «las actividades que puedan entrañar grandes peligros para la naturaleza serán precedidas de un examen a fondo, y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza. Esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales». Como sostiene el profesor EMBID TELLO, en los textos normativos posteriores que siguieron a la Carta Mundial de la Naturaleza no volverá a plantearse en términos tan amplios el principio de precaución. En particular, el siguiente hito que debe tenerse en cuenta es la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptada en el seno de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada del 3 al 14 de junio de 1992. En la Declaración de Río, dicho principio, que se define como criterio, se expresa en los siguientes términos (principio núm. XV): «con el fin de proteger el Medio Ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente». Su inclusión en el Derecho Comunitario tendría lugar a través del Tratado de Maastricht en 1992, en el artículo 174.2 TCE: «La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga». A partir de ahí, este principio ha sido incorporado a un gran número de normas de Derecho derivado. Sobre la evolución histórica del principio de precaución, véase EMBID TELLO (2010), pp. 119 a 130.

¹⁰⁰ Según EMBID TELLO, no parece que constituya «todavía ni un principio general ni una regla consuetudinaria de Derecho internacional público, careciendo por tanto de sustantividad propia, al contrario de lo que sucede en diversos Derechos nacionales como el francés y el alemán, donde el principio de precaución se concibe como un principio general del derecho, y en Derecho comunitario europeo, donde la cuestión continua en cierto modo abierta, pero se decanta claramente hacia su previsión como principio general». En EMBID TELLO, op. cit., p. 152.

¹⁰¹ Establece dicho precepto lo siguiente: «La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la

principios que se recogen en el artículo 2 de la Ley de Protección del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, como principios que inspiran dicha norma (apartado g). Como sostiene EMBID TELLO, este principio constituiría, junto con los de «prevención»¹⁰², «corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma» y «quien contamina, paga», uno de los principios que informan la actuación de la Comunidad Europea en materia de medio ambiente¹⁰³.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el principio de precaución «permite a las autoridades públicas competentes adoptar medidas preventivas proporcionadas, no discriminatorias y de carácter provisional cuando, a pesar de haberse llevado a cabo una evaluación de

diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga.

En este contexto, las medidas de armonización necesarias para responder a exigencias de la protección del medio ambiente incluirán, en los casos apropiados, una cláusula de salvaguardia que autorice a los Estados miembros a adoptar, por motivos medioambientales no económicos, medidas provisionales sometidas a un procedimiento de control de la Unión».

¹⁰² Señalan los profesores LOZANO y LAGO que el principio de acción preventiva «supone que la Unión *ha de adoptar medidas de protección del medio ambiente aun antes de que se haya producido una lesión al mismo por la constatación científica de la existencia de un peligro real de deterioro ambiental*. Conforme a este principio, se considera que la Unión puede adoptar una medida de protección aun cuando el problema ambiental no se haya manifestado, sin que quepa esgrimir en su contra los principios de subsidiariedad o de proporcionalidad que rigen el ejercicio de las competencias comunitarias, *siempre que se constate científicamente la existencia de un riesgo real y la contribución de la medida a evitarlo*.

Las medidas de protección ambiental más eficaces establecidas en el derecho derivado de la Unión son, sin duda, las que responden a este principio. Entre ellas, podemos destacar las autorizaciones para las actividades potencialmente lesivas del medio ambiente, y las técnicas de evaluación previa de actividades con incidencia ambiental (...).

En cuanto al principio de cautela, también llamado de precaución (esta es la denominación que se utiliza generalmente en el marco de los tratados internacionales de protección ambiental y que aparece también en algunos textos y sentencias de la Unión Europea) fue introducido por el Tratado de Maastricht con la finalidad de reforzar el de acción preventiva pues, según la definición más usual que los tratados internacionales de protección ambiental realizan del mismo, se trata, como vimos, de un criterio dirigido a *excluir la necesidad de que exista plena certeza científica sobre el riesgo que supone para el medio ambiente un determinado fenómeno, actividad o producto y, por tanto, sobre la efectividad de las medidas adoptadas, para actuar en aras de la reducción de los posibles riesgos ambientales.*» En LOZANO y LAGO (2014), pp. 126-127.

¹⁰³ Constituyen según Ludwig Krâmer, mecanismos ordenados al cumplimiento de los objetivos del Tratado que, en materia medioambiental son: conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente; protección de la salud de las personas; utilización prudente y racional de los recursos naturales; fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente; y, alcanzar un nivel de protección elevado. En EMBID TELLO (2010), pp. 157-158.

riesgos lo más completa posible, persiste la incertidumbre científica sobre la naturaleza y el alcance de un riesgo inaceptable»¹⁰⁴.

En nuestro ordenamiento, encontramos referencia a este principio en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, en particular, respecto de aquellas intervenciones que puedan afectar a especies silvestres¹⁰⁵. Manifestación concreta de este principio serían las actuaciones llevadas a cabo por los poderes públicos al decretar el sacrificio de animales para evitar el contagio de enfermedades a seres humanos u a otros animales¹⁰⁶.

Debemos resaltar que el principio de precaución no es hoy un principio de bienestar animal. Debe existir prueba científica evidente, que no deje lugar a dudas de que existe malestar animal, para que se regule protegiendo a los animales¹⁰⁷. Lo que significa que, en aplicación del principio de precaución, pueden tomarse decisiones que impliquen un perjuicio o un daño hacia los animales. Pero esto no significa que debamos excluirlo de los principios que informan el Derecho Animal. En primer lugar, por cuanto el principio de precaución sí despliega todos sus efectos en cuanto se trata de la protección de especies silvestres o de la protección de la salud animal¹⁰⁸. En segundo lugar, porque su aplicación en determinados ámbitos puede suponer afectación

¹⁰⁴ Se trata de la Sentencia del TSJCE de 5 de mayo de 1998, dictada en el asunto C-157/96, *National Farmers Union*, en que por primera vez se habría definido el principio de precaución en el ámbito de la Unión Europea. Véase al respecto LOZANO y LAGO (2014), p. 127

¹⁰⁵ El principio de precaución es uno de los principios inspiradores de dicha Ley. Su artículo 2 dispone que: «Son principios que inspiran esta ley: (...) g. La precaución en las intervenciones que puedan afectar a espacios naturales o especies silvestres».

¹⁰⁶ Volveremos a tratar esta cuestión en el capítulo III, apartado 3 de este trabajo, al tratar las epizootias.

¹⁰⁷ En el V Congreso sobre los derechos de los animales, organizado por la Comisión de protección de los derechos de los animales del Colegio de Abogados de Barcelona, celebrado en dicha ciudad los días 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Enrique ALONSO GARCÍA señaló que en materia de bienestar animal no rige el principio de precaución. Señaló que es únicamente en este ámbito, dentro del más amplio de protección ambiental, donde no rige el principio de precaución.

¹⁰⁸ Por ejemplo, el Reglamento (CE) núm. 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios y por el que se derogan las Directivas 79/117/CEE y 91/414/CEE, establece normas para autorizar la venta, el uso y el control de los productos fitosanitarios en la Unión Europea. Este reglamento reconoce el principio de cautela de aplicación cuando exista incertidumbre científica sobre los riesgos que un producto fitosanitario pueda tener para la salud animal (o para la salud humana o el medio ambiente). Véase AGUDO y TRUJILLO (2017), p.20.

al bienestar animal, como sucede cuando una norma impone el sacrificio preventivo de determinados animales ante la sospecha de que puedan ser fuente de contaminación para otros¹⁰⁹.

D) Prohibición del sufrimiento inútil

Este principio rector estaría en íntima relación con las doctrinas utilitaristas de Bentham y sus partidarios. Cualquier comportamiento o actividad humana susceptible de producir daño a un animal, será legítimo solo si dicho daño o sufrimiento reporta algún tipo de utilidad o beneficio. En caso contrario, no debería producirse y, por tanto, la regulación normativa aplicable no debería autorizarlo.

Este principio informa la regulación normativa dictada en materia de protección y utilización de los animales e implica tener en cuenta los intereses de los sujetos concernidos, entendiendo por tales, tanto personas como animales. Un primer ejemplo lo encontramos, en nuestro caso, en la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio, cuyo artículo 4 dispone que las Administraciones Públicas adoptarán las medidas necesarias para asegurar que, en las explotaciones, los animales no padezcan dolores, sufrimientos o daños *inútiles*. Lo que significa que, en ciertos casos, se admitirá el sufrimiento *útil*. Pero útil, ¿para quién?

La utilidad o no del sufrimiento causado al animal se está interpretando, hasta ahora, en sentido favorable a los intereses humanos, de modo que una mínima utilidad o beneficio para éstos justificaría la imposición de un sufrimiento -en ocasiones, atroz- en los animales e, incluso, su muerte. Así, en el estado actual de las cosas, se considera sufrimiento útil el padecido por los animales que son objeto de experimentación científica; el padecido por los animales sacrificados en mataderos sin aturdimiento previo en los casos en que dicho aturdimiento choca con las convicciones religiosas de algunas comunidades humanas; y, el padecido por animales torturados en diferentes espectáculos públicos. Dedicaremos una parte de este trabajo a abordar estas cuestiones con algo

¹⁰⁹ En cuanto a la aplicación práctica de dicho principio, véase el Capítulo III, apartado 3.1, de este trabajo.

más de detenimiento. En este momento, baste con avanzar, respecto a la utilización de animales en espectáculos públicos, que quienes justifican los espectáculos en que se tortura a animales, suelen invocar conceptos como la tradición, la cultura y la libertad y, en la ponderación de los intereses implicados - el defender la práctica de determinada costumbre ancestral o la libertad de practicarla por el placer que ello proporciona al individuo humano-, se impone el espectáculo al sufrimiento animal. Se consideraría, por tanto, que el sufrimiento del animal es útil -a los efectos de conseguir la diversión del ser humano- y, por tanto, no evitable.

En cuanto al sacrificio llamado ritual, por motivos religiosos, se considera que las creencias religiosas son una justificación para que entre en juego la excepción a la obligación de aturdimiento previo del animal que va a ser sacrificado. Nuevamente el sufrimiento infligido al animal se considera útil puesto que, en la ponderación de los intereses concernidos, priman los sentimientos religiosos de los seres humanos por encima del interés del animal a no padecer en el sacrificio que le aplica el ser humano.

Finalmente, en cuanto a la experimentación científica cierto es que se han producido importantes cambios en la normativa que la regula. Mientras tiempo atrás se consideraba irrelevante el sufrimiento animal a los efectos de prohibir la experimentación para productos cosméticos, hoy en día, ha sido superada, aunque con matices, esta concepción¹¹⁰.

E) Progresividad

A pesar de que el Derecho Animal integra el conjunto de normas que regulan diferentes aspectos de las relaciones de los seres humanos con los animales y, por tanto, también aquellas normas que tienen por objeto distintos aspectos de la utilización de los animales y no estrictamente su protección, la finalidad esencial del Derecho Animal es la de la protección¹¹¹. En este sentido, incluso

¹¹⁰ Nos remitimos al Capítulo V, apartado 2.1.2 de este trabajo.

¹¹¹ Nos parece que la finalidad protectora del Derecho Animal guarda estrecha relación con el carácter finalista del Derecho Ambiental. Como sostiene AMAYA ARIAS, con apoyo en BETANCOR o en LÓPEZ RAMÓN y otros, se ha aceptado de manera general que el Derecho Ambiental tiene una finalidad protectora del medio ambiente y los ecosistemas. Concretamente señala esta autora: «las normas de Derecho Ambiental tienen una doble finalidad: en primer

las normas que regulan la utilización de los animales, por razón de que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad, tienden hacia su bienestar o, al menos, lo pretenden, o dicen que lo pretenden.

Si la finalidad de esta rama del ordenamiento es mejorar la protección de los animales, forzosamente sería contrario a su misma esencia, cualquier norma que empeorase las condiciones ya adquiridas. Es por este motivo que consideramos que uno de los principios del Derecho Animal es el principio de progresividad, o si se quiere, principio de no regresión, en similar sentido a como es formulado en el ámbito del Derecho Ambiental¹¹². De forma

lugar, una finalidad inmediata, que es la de hacer frente a un problema ambiental específico (contaminación, deforestación, cambio climático..., etc.) por medio de distintos tipos de técnicas jurídicas, como los permisos, las sanciones, las prohibiciones o los incentivos. En segundo lugar, tienen una finalidad más general, consistente en la mejora continua del estado del medio ambiente y la protección de los recursos naturales». En AMAYA ARIAS (2016), pp. 109-110.

En el Derecho Animal es esencial la finalidad de protección que, de hecho, es lo que ha justificado su nacimiento y desarrollo. El hecho de que muchas normas que hoy integran el Derecho Animal sean normas que regulan la eliminación del animal se explica porque se parte de una situación de base en la que el animal ha estado claramente supereditado al ser humano y considerado una cosa. Un cambio en la posición de los animales en nuestro ordenamiento jurídico deberá traducirse en un mayor peso de las normas de protección.

¹¹² No todos los autores, en la doctrina, admiten que principio de progresividad y principio de no regresión sean conceptos sinónimos. Distinguen entre ambos, por ejemplo, Prieur, Esain o Berros. Los utilizan como sinónimos Juste Ruiz o Cafferatta. En todo caso, el principio de progresividad constituiría el fundamento del principio de no regresión. Véase, al respecto, AMAYA ARIAS, op. cit. 138.

Según esta autora, el nacimiento del principio de no regresión se encuentra en el mundo académico, concretamente en la obra "Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative" de Hachez (2008) y en los trabajos de PRIEUR, en particular, a partir de 2010 y 2012. Añade esta autora: «Tal como se encuentra considerado en la actualidad, el Principio de No Regresión fue el resultado de un Proyecto de Investigación común, que tuvo como objetivo la construcción del Principio de No Regresión del Derecho Ambiental, por parte de investigadores del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE, Limoges, Francia) y del Centro de Investigaciones en Derecho (Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina). Como lo señalan los miembros del equipo de investigación, desde el 2011, se identificó la futura Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, que se llevaría a cabo en la ciudad de Río de Janeiro en el año 2012, como un espacio de discusión ideal para consagrar el Principio de No Regresión, para lo cual se tomaron distintas iniciativas, con el fin de introducir la discusión sobre la necesidad de su adopción en el tiempo de preparación de Río + 20. (...) La III Reunión Mundial de Juristas y de asociaciones de Derecho Ambiental, denominada "Rio + 20: quelle ambition pour l'environnement?", celebrada los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 2011, organizada por el CIDCE en Limoges, tuvo como uno de sus fines poner de manifiesto claramente la necesidad de consolidar un Principio de No Regresión en el Derecho ambiental global. En este evento se aprobó un Proyecto de Recomendación sobre el Principio de No Regresión en el que se estipuló como demanda frente a los Estados que habrían de ser partícipes de Río + 20 y suscribirían el documento "... que se proclame oficialmente en la declaración final, como un nuevo principio del Derecho Ambiental que complementa los principios ya proclamados en Río de Janeiro en 1992, que *para evitar cualquier retroceso en la protección del medio ambiente, los Estados deben*, en aras del interés común de la humanidad,

simplificada, podría definirse como la obligación de no disminuir el nivel de protección animal alcanzado.

Una primera manifestación de la aplicación del principio de progresividad o de no regresión en materia animal, lo encontramos en la sentencia del TEDH de 26 de junio de 2012 dictada en el asunto *Herrmann/Alemania*. El propietario de determinados terrenos que, según las leyes alemanas, estaba obligado a integrarse en una asociación de cazadores y a permitir la caza en los mismos, acudió ante el TEDH alegando vulneración de determinados derechos, entre ellos, el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Entre otras, el titular de los terrenos, el Sr. Herrmann, alegaba razones de conciencia para no cumplir aquella normativa. El fallo de 20 de enero de 2011 dejó de lado las convicciones de quienes se oponían a la caza ante el interés general que representaba mantener las poblaciones de venados, sanas y a un nivel compatible con la protección de las tierras y la prevención de los daños causados por los animales silvestres. Esto es, el interés de protección de los animales cedía en detrimento del interés cinegético. Sin embargo, este fallo fue corregido por la decisión de la Gran Sala, adoptada el 26 de junio de 2012, que supuso regresar a los principios de la jurisprudencia *Chassagnou*¹¹³, debido a que en algunos Estados miembros del Consejo de Europa, dichos principios habían inspirado determinadas reformas normativas. Entiende el profesor MARGUÉNAUD, que la sentencia del TEDH de 26 de junio de 2012, supone

reconocer y consagrar el Principio de No Regresión. Para ello, los Estados deben tomar las medidas necesarias para garantizar que ninguna acción pueda disminuir el nivel de protección del medio ambiente alcanzado hasta el momento". AMAYA distingue tres etapas en el surgimiento del citado principio. Puede leerse en AMAYA ARIAS, op. cit., pp. 99-106.

¹¹³ Según MARGUÉNAUD, la STEDH de 29 de abril de 1999, asunto *Chassagnou/Francia*, ha contribuido al reconocimiento de un derecho a la no caza, obligando a modificar una ley, la llamada Ley Verdeille de 10 de julio de 1964. El Tribunal de Estrasburgo juzgó que la obligación que imponía la Ley Verdeille a los pequeños propietarios de terrenos de menos de 20 ha, de tener que aportarlos a una asociación comunal de caza, para permitir la actividad de caza de terceros, constituía violación del artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio, aisladamente y en combinación con el artículo 14 (principio de no discriminación), con el artículo 11 (libertad de asociación) y del artículo 11 con el artículo 14. Sin embargo, los jueces, por mayoría de 16 frente a 1, consideraron que no debía examinarse separadamente la queja formulada respecto del artículo 9 del Convenio, que reconoce el derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia. A pesar de ello, el TEDH hace descansar su conclusión de que la obligación impuesta a los pequeños propietarios era una carga desmesurada, en el argumento de que la aportación de las tierras, según la citada ley, permitiría a terceros, usar terrenos ajenos de forma contraria a las convicciones de sus propietarios. Véase MARGUÉNAUD (2017), pp 87-88.

tener en cuenta el principio de no regresión pues, efectivamente, una de las razones por las cuales la Gran Sala corrigió el criterio de la Sala de 20 de enero de 2011 fue el tomar en consideración que, los principios derivados de la jurisprudencia del TEDH habían llevado a diferentes Estados miembros del Consejo de Europa a modificar su normativa para incrementar el nivel de protección¹¹⁴.

¹¹⁴ Sentencia del TEDH, Gran Sala, de 26 de junio de 2012, Herrmann/Alemania, req. núm. 9300/07.

CAPÍTULO II. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES

1. Los animales en el Derecho privado: su consideración como cosas

Como señala PÉREZ MONGUIÓ, desde la antigua Roma hasta la actualidad, los animales han sido, en nuestra cultura y para el Derecho privado, bienes muebles, semovientes, sujetos al régimen de este tipo de bienes en lo que respecta a su propiedad, posesión y ocupación, encontrándose bajo el dominio absoluto del ser humano¹¹⁵. Hasta el siglo XIX las leyes que, si acaso contenían ciertas obligaciones con respecto a los animales, estaban dirigidas hacia los humanos en su condición de propietarios de aquéllos y no tenían en cuenta en absoluto la capacidad de los animales para sentir o sufrir. Señala MUÑOZ MACHADO que no existían en ese momento bases culturales suficientes para permitir que el Derecho dejase el lastre de otras épocas y organizase la relación hombre-animal en términos radicalmente distintos de los empleados hasta el momento.¹¹⁶

Este es el contexto en el que se situó el Código civil español -aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889- al regular las relaciones de los seres humanos con los animales. El Código civil - inspirado en el Código napoleónico francés- al establecer las reglas para considerar quién podía ser sujeto de derechos y de obligaciones y quién podía reclamar su satisfacción, determinó que solamente las personas podían ser titulares de derechos.

Sin embargo, el Código civil distingue dos clases de personas en función de su naturaleza. En primer lugar, las personas físicas, respecto de las cuales el nacimiento determina su personalidad¹¹⁷ y es la personalidad la cualidad que permite a la persona ser considerada como sujeto de derechos y titular de relaciones jurídicas. En segundo lugar, las personas jurídicas, pues el ordenamiento también reconoce como sujeto de derechos y obligaciones a este

¹¹⁵ En PÉREZ MONGUIÓ (2015), p. 3.

¹¹⁶ En MUÑOZ MACHADO (1999), p. 47.

¹¹⁷ El artículo 29 CC establece lo siguiente: «El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente». Y el artículo 30 CC: «La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno».

tipo de entidad no física, que nace para el cumplimiento de fines que sobrepasan la capacidad de una vida humana o que perduran en el tiempo más allá de la misma¹¹⁸.

En el universo jurídico existen pues, dos tipos de realidades: las personas (físicas y jurídicas), que son sujetos de derechos y de obligaciones, y las cosas, que no lo son¹¹⁹. Los animales no son sujetos de derechos sino simple objeto de derechos y, además, de forma no privilegiada, pues claramente se hallan sometidos al ser humano. Los animales han sido y son objeto de comercio y se han regido fundamentalmente por el derecho privado de bienes, pero son el único bien que constituye un ser vivo y sensible y los únicos a favor de quienes el derecho ha elaborado ciertas normas de protección en beneficio propio, como veremos. Para el Código Civil, los animales son cosas apropiables por el ser humano¹²⁰ y, en tanto que cosas, se les aplica la ocupación como forma de adquirir la propiedad (art. 610 CC), la cual se lleva a cabo sobre todo por medio de la caza y de la pesca. Los animales son, además, bienes muebles con la excepción prevista en el artículo 334.6 CC referida a viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces u otros criaderos cuando se

¹¹⁸ Según el artículo 35 CC: «Son personas jurídicas: 1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas. 2.º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados».

¹¹⁹ Resulta de interés el informe elaborado en 2005 por la profesora SUZANNE ANTOINE, encargado por el Ministerio de Justicia francés, sobre el régimen jurídico de los animales, con el objetivo de estudiar una posible modificación del Código civil francés. La autora concluye el informe recomendando la revisión del régimen jurídico del animal contenida en el Código civil, formulando dos proposiciones: en primer lugar, la necesidad de sustraer a los animales de su consideración de cosas y, por tanto, del régimen jurídico de los bienes, dada su naturaleza de seres sensibles, que debe prevalecer sobre su valor económico o comercial, y ello con la finalidad de acercar la legislación francesa a la suiza, austríaca, alemana, polaca, rusa y moldava. En segundo lugar, propone la creación de una tercera categoría de bienes en la que deberían incluirse a los animales y considerarlos como bienes protegidos. Los bienes se clasificarían, pues, en animales, bienes inmuebles y bienes muebles. En ANTOINE (2005), p. 27. En 2015 se modificó el Código civil francés para proclamar que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad, mediante la Ley nº 2015-177 de 16 de febrero. Concretamente, el artículo 2 de esta Ley, incluyó el artículo 515-14 con el siguiente texto: «Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens».

¹²⁰ Como sostiene BURGAT, el legislador clasificó a los animales entre los bienes antes de definirlos (los animales). Una definición esencial e intrínseca del animal invalidaría tal clasificación pues para estar a disposición de otro, como lo están los animales dada su condición de cosa, es necesario no tener en sí mismo ningún fin ni ningún interés a ser tratado de una manera o de otra. En MARGUÉNAUD, BURGAT y LEROY (2016), p. 19.

mantengan por el propietario unidos a la finca, que entonces tienen consideración de bien inmueble.

Por supuesto, la expresión derechos de los animales es totalmente ajena al Código Civil, puesto que ningún precepto contiene que considere al animal en sí mismo como realidad independiente o ajena al ser humano. Siempre lo examina en referencia o integrado en la esfera económica de la persona.

Existe una evidente contradicción entre el hecho de que el animal sea definido como cosa y, sin embargo, se dicten normas para proteger esa cosa de quien es su poseedor o propietario y de terceros que puedan tener comportamientos contrarios al propio interés del animal. Es el caso del conjunto de normas que se fueron dictando desde el siglo XIX en el ámbito jurídico-público para sancionar maltratos y conductas crueles hacia los animales a las que ya nos hemos referido¹²¹. Asumimos, en este sentido, los argumentos de la profesora ANTOINE¹²² cuando sostiene que la calificación del animal como cosa choca con una serie de obstáculos. En primer lugar, una cosa apropiable se somete a las prerrogativas que le corresponden al propietario respecto al bien que le es propio. Es cierto que la propiedad ya no es un derecho absoluto, pero, hasta ahora, los límites que nuestro Derecho imponía lo eran en función del interés público o del interés de ciertas personas, no en interés de la cosa propiamente dicha. Existe una cierta incompatibilidad entre el derecho de propiedad y la protección del animal en su propio interés, protección que se extiende también respecto al trato que el propietario de la cosa (el animal), dispensa a éste. En segundo lugar, pero en relación con lo inmediatamente dicho, no existe ninguna otra cosa, excepto el animal, respecto de la cual las personas que lo poseen estén obligadas a velar por su bienestar. En tercer lugar, los códigos penales separan las infracciones cometidas contra los bienes de las cometidas contra los animales. Esta reglamentación no tiene en cuenta el aspecto patrimonial del bien sino el interés del animal en sí mismo considerado. Finalmente, el valor del animal no es solamente económico y no se determina

¹²¹ Nos remitimos al resumen efectuado en el apartado 2 del Capítulo I de este trabajo en el que se repasan algunas de las disposiciones dictadas a lo largo del siglo XIX y principios del siglo XX en Gran Bretaña, en Francia y en nuestro país, para prohibir determinadas prácticas o comportamientos crueles hacia los animales.

¹²² En las pp. 27-29 de ANTOINE (2005).

por el valor que pueda tener en el mercado. Como es un ser vivo, el animal posee un valor intrínseco que adquiere un aspecto esencial cuando, además, se trata de un animal de compañía.

En este sentido, los avances de la ciencia y una mayor sensibilidad social que exige que el animal sea considerado algo más que una simple cosa, justifican que las normas dictadas a finales del siglo XX tengan como objetivo no ya la protección estrictamente física del animal, sino su bienestar, que parte de la concepción del animal en tanto que ser sensible, dotado de un componente físico y psíquico, ambos inseparables. Y, tal vez justificarán las reformas legislativas que han de producirse, necesarias para que se cree una nueva categoría jurídica entre las personas y las cosas o, incluso, para que se cree una ficción que permita un grado determinado de personificación, similar al de las personas jurídicas¹²³.

2. La protección de los animales en el bloque de la constitucionalidad

2.1. En la Constitución

La Constitución española de 1978 no contiene ninguna disposición que se refiera expresamente a los animales y mucho menos que les reconozca protección o que obligue a los poderes públicos a dictar normas con dicho objeto. Tampoco desde el punto de vista de la distribución competencial entre Administraciones territoriales figura materia alguna relativa a la protección de los animales. Y ello a pesar de que en el momento en que se promulgó la Constitución, los avances de la ciencia habían demostrado ya que los animales no eran máquinas o cosas y que, de hecho, reunían características hasta entonces consideradas exclusivamente humanas como la autoconciencia, las emociones y la comunicación. Existía, además, una corriente de

¹²³ En un pequeño guiño literario, nos permitimos citar aquí al Nobel JOSÉ SARAMAGO que en su obra *La Caverna*, en algún pasaje en relación a uno de los personajes, el perro Encontrado, se refería a los miembros de su especie con el apelativo de «personas caninas» frente al «personas humanas». En SARAMAGO (2006), p. 160.

También filósofos como KYMLICKA han utilizado el término «persona», más concretamente «cualidad de persona animal» a la hora de articular su defensa de por qué los derechos de los animales es el postulado más convincente. Véase DONALDSON y KYMLICKA (2018), p. 51; (2011), p. 23.

pensamiento¹²⁴ que propugnaba, incluso, el reconocimiento de la condición de seres sensibles de los animales.

Aunque no aparece en los artículos 148 y 149 CE ninguna mención a los animales, debe decirse que alguna de las materias que se relacionan en dichos preceptos sí pueden incidir o puede guardar relación con ellos. En este sentido, creemos necesario partir de la base de que el concepto «animal» integra diferentes especies con respecto a las cuales el ser humano ha establecido diferentes vínculos o les ha reconocido distintas funciones en atención al tipo de provecho que de ellos podía obtener. Estas diversas funciones que los animales cumplen para el ser humano nos permiten afirmar que algunas de las materias de los artículos 148 y 149 CE inciden directa o indirectamente en la protección animal. O tal vez deberíamos decir que la protección animal va a incidir en ellas.

Por un lado, desde el punto de vista de su convivencia o no con el ser humano, podemos distinguir entre animales de compañía y domésticos, de los animales pertenecientes a la fauna silvestre. Por otro lado, desde el punto de vista del beneficio o provecho que para los seres humanos pueden tener, podemos distinguir entre los animales de los que se obtienen productos destinados al consumo humano, los que son objeto de espectáculos públicos y los destinados a la experimentación. Estas categorizaciones no son estancas, sino que puede producirse una interrelación entre ellas, en el sentido de que, por ejemplo, en el segundo bloque apuntado también podrán incluirse los animales domésticos, esto es, el ganado criado para la obtención de pieles, carne y otros productos de consumo. Y esto es así porque, en general, siempre existirá cierto provecho o beneficio para el ser humano, incluso en el caso de los animales de compañía pues, como creemos, su regulación -tradicionalmente y, en muchos casos, también en la actualidad- está pensada tanto o más en el ser humano que en el propio animal.

¹²⁴ Es quizás el más conocido, el llamado movimiento de liberación animal, liderado por el filósofo Peter Singer, al que ya hemos tenido ocasión de referirnos en este trabajo, que parte de la idea de que los animales, individualmente considerados, tienen necesidades e intereses que merecen protección.

Pues bien, sin perjuicio de las competencias estatales, las normas que puedan dictarse por las Comunidades Autónomas que hubieran asumido estatutariamente competencias en materia de ganadería, ex artículo 148.1.7 CE, deberán tener en cuenta la perspectiva de la protección o bienestar animal. No podrá existir una regulación en esta materia que únicamente tenga en cuenta la consecución del máximo rendimiento económico para el ganadero si ello se hace de espaldas al bienestar de los animales afectados. Algo parecido puede decirse en el caso de la caza, materia prevista en el artículo 148.1.11 CE, por poner otro ejemplo, donde también incide la protección o bienestar animal. Existirán disposiciones que, por ejemplo, prohíban la utilización de determinados métodos de captura si ello produce, por ejemplo, la captura masiva de individuos. Las normas que dicte el Estado en materia de comercio exterior, en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 149.1.10 CE, también deberán, cuando sea el caso, tener en cuenta la perspectiva de la protección animal. O cuando legisle en materia de investigación científica y técnica, ex artículo 149.1.15 CE, afectando en este caso a los animales utilizados en laboratorios.

Nos encontraríamos en todos estos supuestos ante el ejercicio de competencias ejercidas por el Estado o por las Comunidades Autónomas en las que debe tenerse en cuenta la perspectiva de bienestar animal, fundamentalmente, porque disposiciones internacionales y directivas y reglamentos aprobados en la Unión Europea así lo han exigido. Son supuestos en que el bienestar o la protección de los animales es uno de los aspectos que deben ser ponderados al legislar y también al aplicar las normas. En cualquier caso, está claro que la protección animal no constituye materia o título competencial que esté previsto de forma expresa en nuestra carta magna. Lo que no quiere decir que no esté presente en absoluto.

2.2. En los Estatutos de Autonomía

Tampoco los primeros Estatutos de autonomía que se elaboraron introdujeron disposición alguna relativa a la protección de los animales. La primera mención al respecto tuvo lugar en el año 2006 en los Estatutos catalán y andaluz. El

primero, aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio¹²⁵, establece en el artículo 116.1.d) que corresponde a la Generalitat de Cataluña la competencia exclusiva en materia de agricultura y ganadería, competencia que incluye en todo caso la sanidad vegetal y animal en los casos en que no tenga efectos sobre la salud humana y la protección de los animales. El artículo 162, dedicado a la sanidad, la salud pública y la ordenación farmacéutica atribuye competencia compartida a la Generalitat de Cataluña en materia de sanidad animal con efectos sobre la salud humana. Por su parte, el Estatuto andaluz, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo¹²⁶, establece en su artículo 48.3.a) que es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, la producción agraria, ganadera, protección y bienestar animal, así como la sanidad vegetal y animal sin efectos sobre la salud humana.

El resto de autonomías nada han previsto estatutariamente en materia de protección y bienestar de los animales. Aun así, como veremos seguidamente, la protección de los animales ha sido introducida por el legislador ordinario y, fundamentalmente, por el legislador autonómico invocando, en ocasiones, títulos que guardan cierta conexión y que se citan teniendo en cuenta la función que los animales desarrollan para el ser humano o guardando silencio las más de las veces. Han sido las Comunidades Autónomas las que han dictado disposiciones en materia de protección de los animales, asumiendo directamente ciertas competencias y atribuyendo otras a las Administraciones Locales. Y, de hecho, se ha acabado asumiendo de un modo tácito que la protección de los animales –excepto en lo que se refiere a especies amenazadas- es una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas.

2.3. Títulos habilitantes de competencias para la protección animal

2.3.1. Cuestiones preliminares

Nos parece de interés abordar en este momento el análisis de si, entre las materias de los artículos 148 y 149 CE, alguna guarda conexión con la

¹²⁵ BOE núm. 172, de 20 de julio de 2006.

¹²⁶ BOE núm. 68, de 20 de marzo de 2007.

protección animal y fuese posible, entonces, residenciar en uno de estos preceptos, una norma de protección animal con vocación general.

A estos efectos y con el ánimo de intentar construir una argumentación con una estructura comprensible, nos parece oportuno presentar esta parte del trabajo dividida en tres bloques diferenciados y, así, examinar si podría instrumentarse una regulación sobre la protección animal en el ejercicio de competencias en materia de sanidad y ganadería; cultura o medio ambiente.

2.3.2. Análisis de diferentes materias relacionadas con la protección animal

A) Sanidad y ganadería

No cabe duda de que muchas de las medidas que se han incluido en normas tituladas como de protección animal constituyen, en realidad, disposiciones de carácter sanitario o de salud pública. Las disposiciones relativas a la circulación en espacios públicos de los animales de compañía responden a este parámetro. Son un ejemplo las relativas al control de colonias de animales como gatos o palomas o las obligaciones de los propietarios o poseedores de los animales de compañía de vacunarlos o de realizar determinados comportamientos o conductas conducentes a mantener la limpieza e higiene de los espacios públicos. Sin embargo, el objeto o finalidad de este tipo de disposiciones sería, más bien, la protección de los seres humanos y el hacer posible la convivencia en los espacios públicos y no tanto la protección o el bienestar animal. Desde este punto de vista, no existiría ningún problema en incardinar dichas normas en el artículo 149.1.16 CE, según el cual el Estado tendría competencia exclusiva en las bases y coordinación general de la sanidad, en relación con el artículo 148.1.21 CE, que permite a las Comunidades Autónomas que ejerzan competencias en materia de sanidad e higiene.

La conclusión puede ser diferente en el caso de aquellas disposiciones, también de carácter sanitario, cuyo objeto no fuera la protección del ser humano sino del propio animal. En este sentido, los títulos invocados por el legislador estatal para justificar la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad

Animal, fueron los de bases y coordinación general de la sanidad, pero también, comercio exterior, bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, hacienda, sanidad exterior, legislación sobre productos farmacéuticos y legislación básica sobre protección del medio ambiente.

En la STC 192/1990, de 29 de noviembre, el Tribunal Constitucional entendió que la coordinación de una serie de medidas para combatir un ácaro que diezmaba los enjambres de abejas, se incluía dentro del título de sanidad del artículo 149.1.16 CE¹²⁷. Sobre esta cuestión, el profesor PÉREZ MONGUIÓ¹²⁸ afirmó que el título idóneo no sería el de sanidad sino el de ganadería. Aquellas enfermedades de origen animal que únicamente afectasen a los animales, sin incidencia en la salud humana, deberían integrarse dentro de este título y, por tanto, serían competencias autonómicas, al afectar dichas enfermedades a la productividad y a la calidad del producto en sí¹²⁹.

En nuestra opinión, la Constitución, cuando menciona la sanidad en el artículo 149.1.16 no hace distinción alguna, no le añade calificativo. Por eso, nos parece que la conclusión alcanzada por el Tribunal Constitucional en la STC 192/1990 no podría calificarse como desacertada. El criterio del profesor PÉREZ MONGUIÓ supone que sólo las disposiciones que tuvieran por finalidad proteger la población humana de determinados riesgos sanitarios podrían incluirse en el artículo 149.1.16 CE. En cambio, las medidas que tuvieran por finalidad proteger de esos o parecidos riesgos a las poblaciones animales en sí mismas consideradas, deberían justificarse en otros títulos: el de ganadería (artículo 148.1.7 CE), si se tratase de animales que tuvieran la condición de ganado. Esta conclusión no serviría en el caso de las medidas sanitarias que pretendiesen proteger a los animales de compañía que, entonces, ¿deberían reconducirse al título del artículo 149.1.16 CE? Al

¹²⁷ Véase al respecto, el FJ 2º de dicha Sentencia.

¹²⁸ Véase PÉREZ MONGUIÓ (2005), pp. 192-193.

¹²⁹ Hemos de recordar que la materia de ganadería solamente está prevista en el artículo 148 CE, no en el artículo 149 CE. Según el artículo 148.1.7 CE las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía. Se trata de una competencia que las Comunidades Autónomas han asumido con carácter exclusivo. No sucede lo mismo en el caso de la sanidad puesto que aun cuando las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de sanidad (artículo 148.1.21 CE), deberá tenerse en cuenta que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las bases y coordinación general de la sanidad (artículo 149.1.16 CE).

respecto, el profesor PÉREZ MONGUIÓ sostiene que también estas medidas sanitarias podrían tener cabida en el título relativo a la ganadería en la medida en que dichas enfermedades pudieran tener incidencia en las actividades de producción y distribución de los animales de compañía, actividades que deberían ser calificadas de ganaderas¹³⁰. La invocación del título relativo a la ganadería habría de servir para justificar las medidas normativas que tuviesen que ver con la actividad de criadero de los animales de compañía o animales domésticos. Esta ha sido la interpretación, por ejemplo, del legislador valenciano en la Ley 6/2003, de 4 de marzo, de Ganadería, que en su artículo 4 extiende la aplicación de las normas reguladoras de las explotaciones ganaderas en los aspectos productivos, técnicos y económicos a las actividades económicas en relación con los animales de compañía, cuando se trate de su cría y reproducción para la comercialización. De todos modos, aunque se aceptase esta conclusión, la consecuencia práctica sería limitada por cuanto son escasas las disposiciones de las leyes de protección de los animales de compañía y animales domésticos que podrían clasificarse dentro de este título competencial; como mucho, las que se refieren a los llamados núcleos zoológicos.

En la STC 58/2015, de 18 de marzo, el Tribunal Constitucional incluyó la materia de bienestar animal en la de sanidad animal¹³¹. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional consideró que los preceptos impugnados tenían el carácter de básicos desde un punto de vista formal y material y que no vulneraban las competencias que la Comunidad Autónoma recurrente podía tener en la materia. En particular, en lo que aquí interesa, afirmó el Alto Tribunal con ocasión del análisis de la constitucionalidad del artículo 4.5 del Real Decreto 804/2011, de 10 de junio, que regulaba determinadas condiciones para garantizar el bienestar animal de los équidos, que «la materia más directamente afectada en este caso es la sanidad animal, en la que debe circunscribirse el bienestar animal por la estrecha relación que guarda con

¹³⁰ Véase PÉREZ MONGUIÓ, op. cit. p. 194.

¹³¹ Se trata de la sentencia dictada en el conflicto positivo de competencia 5937-2011, planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos del Real Decreto 804/2011, de 10 de junio, por el que se regula la ordenación zootécnica, sanitaria y de bienestar animal de las explotaciones equinas y se establece el plan sanitario equino.

ésta»¹³². Partiendo de esta premisa, la sentencia tomó en consideración el artículo 4 de la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio, que establece que las Administraciones Públicas deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar que los animales no sufran daños en las explotaciones, así como la disposición final sexta de dicha norma que autorizaba al Gobierno en el ámbito de las competencias del Estado a dictar las disposiciones que precisase para la aplicación y desarrollo de dicha ley. A la vista pues, de la Ley 32/2007, la reglamentación contenida en el Real Decreto 804/2011, en lo que se refiere al artículo 4.5 se consideraba básica desde un punto de vista formal y material y no vulneraba las competencias de la Comunidad Autónoma recurrente, según el Alto Tribunal. Desde el punto de vista material -que es el que nos interesa- señaló la sentencia que «todas las prescripciones establecidas en el apartado impugnado tienden a garantizar que los équidos no sufran dolor, padecimiento o daños inútiles, dejando un amplio margen de desarrollo normativo a las Comunidades Autónomas, ya que los conceptos jurídicos indeterminados que se utilizan para la determinación de las bases, tales como instalaciones apropiadas, materiales no perjudiciales, límites que no sean perjudiciales, edad del animal y estado fisiológico, etc., permiten su concreción por la Comunidad Autónoma»¹³³.

Lo que nos interesa de este pronunciamiento constitucional es la subsunción de la materia de bienestar animal en la de sanidad animal, inclusión que no sabemos si tendrá continuidad en posteriores pronunciamientos, a la vista de las críticas que se vertieron en el voto particular formulado por algunos magistrados¹³⁴ que, básicamente, cuestionaban la, a su juicio, injustificada expansión de la competencia estatal del artículo 149.1.16 CE.

¹³² Véase el FJ 4 de dicha sentencia.

¹³³ Véase, nuevamente, el FJ 4 de dicha sentencia.

¹³⁴ Se trataba de los magistrados Luis Ignacio Ortega Álvarez y Fernando Valdés Dal-Ré: «A nuestro juicio, la inclusión sin matices de la materia *bienestar animal* en la *sanidad animal* y, con ello, en el ámbito de la legislación básica en materia de sanidad (art. 149.1.16 CE) es un nuevo ejemplo de injustificada expansión de la competencia estatal, en la medida en que la Sentencia no repara solo en que el tratamiento de la *protección de los animales* figura en el Estatuto de Autonomía de Cataluña como competencia exclusiva autonómica, cuanto tampoco en que resulta evidente que, dado el tenor literal del precepto, no se refiere a cuestiones

B) Cultura

Alguna Comunidad Autónoma, como después tendremos ocasión de profundizar, ha justificado la regulación en materia de protección de los animales en el ejercicio de sus competencias en materia de cultura. Creemos con PÉREZ MONGUIÓ que la materia de cultura no puede ser tan elástica como para justificar una ley de protección de los animales en desarrollo de la competencia estatutaria atribuida en dicho ámbito. Una interpretación tan amplia como esta llevaría a considerar que muchas de las materias relacionadas en los artículos 148 y 149 de la CE -el deporte, el ocio, el patrimonio histórico, etc.- también serían cultura. Suscribimos las palabras del autor citado al señalar que «pese a lo sugerente de integrar el bienestar animal dentro del escenario de la cultura por considerarse que constituye un verdadero valor cultural y un elemento de identidad de nuestra sociedad y de nuestro tiempo, pensamos que excede del ámbito propio del título que analizamos ya que constituiría una extensión posiblemente desmesurada del mismo. Tan así es que basta llevar esta interpretación hasta sus últimos extremos y llegaríamos a la conclusión de que casi todo es cultura y, en consecuencia, éste debiera ser el título por el que se regiría toda la distribución competencial»¹³⁵.

No creemos que el bienestar animal pueda residenciarse en el título de cultura y, sin embargo, parece que, tras la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 177/2016, de 20 de octubre, la cultura sí puede ser invocada para limitar la protección de los animales y, justificar, así, una regulación contraria a dicha protección. El Tribunal Constitucional decretó la inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 28/2010, de 3 de agosto, que modificaba el Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, de aprobación del Texto refundido

relacionadas con epizootias a las que, según la doctrina que la Sentencia dice aplicar, sería de aplicar el título estatal en materia de sanidad. El bienestar animal, que ha sido objeto de amplia regulación en el Derecho europeo, tiene una regulación cuidadosamente limitada por razones competenciales en la Ley estatal 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio. Quiere decirse con ello que no se trata de negar la competencia del Estado para regular determinados aspectos del bienestar animal, pero consideramos a todas luces excesivo reconducir toda la regulación al ámbito de la competencia estatal sobre legislación básica en materia de sanidad, como parece apuntar la Sentencia».

¹³⁵ En PÉREZ MONGUIÓ (2005), p. 211.

de protección de los animales, para prohibir las corridas de toros en Cataluña, invocando el título competencial en materia de cultura que correspondería al Estado¹³⁶. La sentencia núm. 177/2016 resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Popular respecto del artículo 1 de la mencionada Ley 28/2010 y declaró la inconstitucionalidad de dicho precepto y, en consecuencia, la nulidad de la prohibición en Cataluña de la celebración de corridas de toros y los espectáculos con toros que incluían la muerte del animal¹³⁷. Se denunciaba por los recurrentes invasión competencial del título estatal en materia de patrimonio cultural español (artículo 149.1.28 CE en relación con los artículos 149.1.29 y 149.2 CE) y vulneración de las libertades fundamentales reconocidas en los artículos 20.1.a) y c), artículo 38 CE y artículos 44 y 46 CE y, finalmente, vulneración del principio de unidad de mercado y de libre circulación (artículos 149.1.13 y 139.2 CE). Pues bien, consideró el Tribunal Constitucional que la prohibición que establecía la ley catalana incurría en un exceso en el ejercicio de competencias autonómicas e invadía las competencias estatales en materia de cultura.

Dos aspectos nos parecen significativos de esta sentencia. En primer lugar, que el Tribunal Constitucional ha considerado que son las competencias estatales en materia de cultura las que más directamente se relacionan con la prohibición que contiene la Ley 28/2010¹³⁸. En segundo lugar, que el Tribunal

¹³⁶ La Ley 28/2010, de 3 de agosto, introducía una letra f) en el artículo 6 del Decreto legislativo 2/2008, de 15 de abril, que aprobaba el Texto refundido de la Ley de protección de los animales, artículo relativo a las prohibiciones de peleas de animales y otros espectáculos, para proscribir «las corridas de toros y los espectáculos con toros que incluyan la muerte del animal y la aplicación de la suerte de la pica, banderillas y el estoque, así como los espectáculos taurinos de cualquier modalidad que tengan lugar dentro o fuera de las plazas de toros, salvo las fiestas con toros a que se refiere el apartado 2».

¹³⁷ El artículo 1 de la Ley 28/2010, de 3 de agosto, había introducido un nuevo apartado f) en el artículo 6 (relativo al uso de animales en peleas y espectáculos) del Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, que aprueba el Texto refundido de la Ley de protección de los animales en Cataluña, para incluir entre las prohibiciones a que hace referencia el precepto, «las corridas de toros y los espectáculos con toros que incluyan la muerte del animal y la aplicación de las suertes de la pica, las banderillas y el estoque, así como los espectáculos taurinos de cualquier modalidad que tengan lugar dentro o fuera de las plazas de toros, salvo las fiestas con toros a que se refiere el apartado 2» (esto es, salvo los llamados *correbous*).

Sobre el contexto político en que fue dictada la STC núm. 177/2016, de 20 de octubre, puede leerse RIDAO MARTÍN (2017), p. 173-174.

¹³⁸ Véase el FJ 4 de la sentencia.

Constitucional considera que el artículo 149.2 CE es un título de atribución de competencias al Estado en materia de cultura. Es en base a este precepto que el Alto Tribunal afirma que estamos ante un supuesto de competencias concurrentes entre Estado (art. 149.2 CE) y Comunidad Autónoma (en virtud de los preceptos estatutarios que otorgan competencias en materia de cultura). Y añade: «el Estado por la vía del art. 149.2 CE puede intervenir en materias culturales, bien de manera especialmente intensa en relación con aquellas cuestiones que requieran de tratamientos generales o que exijan de una acción pública supraordenada a la de una o varias Comunidades Autónomas»¹³⁹.

Recordemos nosotros ahora el tenor del artículo 149.2 CE. Dispone este precepto: «Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas».

Pues bien, el Tribunal Constitucional considera que las corridas de toros y espectáculos similares «son una expresión más de carácter cultural, de manera que pueden formar parte del patrimonio cultural común que permite una intervención del Estado dirigida a su preservación ex art. 149.2 CE». Hecha esta afirmación, entra a valorar a continuación si existen instrumentos normativos en que se hayan materializado estas competencias estatales en materia de cultura, específicamente en lo relativo a las corridas de toros. A estos efectos, si dichos instrumentos normativos fueran posteriores, ello no habría de constituir impedimento alguno para su consideración «en línea de semejanza con la doctrina que este Tribunal ha establecido con el denominado *ius superveniens*»¹⁴⁰. Con posterioridad a la ley catalana cuestionada, se promulgaron por el Estado la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural¹⁴¹ y la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial¹⁴². Al

¹³⁹ Véase el FJ 5, *in fine*, de la sentencia.

¹⁴⁰ En el FJ 6 de la sentencia.

¹⁴¹ BOE núm. 272, de 13 de noviembre de 2013.

¹⁴² BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2015.

respecto, el Tribunal Constitucional señala que dichas normas fueron «aprobadas por el Estado en ejercicio, entre otras, de las competencias de los arts. 149.1.28 y 149.2 CE, (y) si bien no constituyen parámetro directo de constitucionalidad (...) deben ser consideradas como un elemento añadido de análisis (...). De lo anterior se deduce que el Estado, en el ejercicio, entre otras, de sus competencias derivadas del art. 149.2 CE, ha adoptado un conjunto de normas, no controvertidas competencialmente ante este Tribunal, de las que se infiere que el Estado ha declarado formalmente la tauromaquia como patrimonio cultural»¹⁴³.

Para el Tribunal Constitucional es evidente la relación entre la cultura y las corridas de toros y espectáculos similares «en tanto que fenómeno histórico, artístico y cultural». Así, «la norma autonómica, al incluir una medida prohibitiva de las corridas de toros y otros espectáculos similares adoptada en el ejercicio de la competencia en materia de espectáculos, menoscaba las competencias estatales en materia de cultura, en cuanto que afecta a una manifestación común e impide en Cataluña el ejercicio de la competencia estatal dirigida a conservar esa tradición cultural, ya que, directamente, hace imposible dicha preservación, cuando ha sido considerada digna de protección por el legislador estatal en los términos que ya han quedado expuestos»¹⁴⁴. (FJ 7).

Creemos, uniéndonos a los votos particulares que se formularon a dicha sentencia¹⁴⁵, que merece una seria crítica el hecho de que el Tribunal Constitucional haya extendido las competencias estatales a ámbitos que no son los que establecen los artículos 148.1 y 149.1 CE donde se contienen los títulos que amparan la acción legislativa del Estado. La cuestión adquiere, si cabe, un cariz preocupante puesto que ninguna importancia parece tener para el Tribunal Constitucional que el legislador autonómico haya actuado en ejercicio de sus legítimas competencias. El Alto Tribunal reconoce que la Ley 28/2010 fue dictada en ejercicio de las competencias autonómicas exclusivas en materia de protección de los animales (art. 116.1.d) EAC), juego y

¹⁴³ En el FJ 6 de la sentencia.

¹⁴⁴ En el FJ 7 de la sentencia.

¹⁴⁵ Formulados por los Magistrados doña Adela Asua Batarrita, don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan Antonio Xiol Ríos.

espectáculos (art. 141.3 EAC) y, a pesar de ello y de que el Estado no tiene una competencia básica en la materia, el Tribunal Constitucional considera que la norma autonómica debe desplazarse y aplicarse la norma estatal. Creemos que, con su interpretación, más que esclarecer el marco constitucional, función que le es propia, lo está reescribiendo. El Tribunal Constitucional debería haber fundamentado por qué la comprensión jurídica que hace del texto de la ley catalana es la única aplicación acorde con la Constitución o, de otro modo dicho, la única interpretación posible conforme a los límites de la Constitución¹⁴⁶.

Nos parece más riguroso, en el razonamiento empleado, el voto particular formulado por el Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos. Este magistrado sostiene que el criterio que el Tribunal habría debido de aplicar para solucionar un conflicto como el planteado habría sido el de la ponderación.¹⁴⁷ La ponderación

¹⁴⁶ Nos parece interesante traer a colación las palabras de reproche que formuló el Magistrado Don Francisco Rubio Llorente al fallo de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 53/1985, de 11 de abril, dictada en el recurso previo de inconstitucionalidad núm. 800/1983, contra el texto definitivo del proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, relativo a la despenalización del aborto. Lo hacemos porque creemos que, salvando las distancias, las razones que justificaban el disenso del Magistrado con la opinión mayoritaria de la Sala, serían – en nuestra opinión- perfectamente extrapolables al caso que ahora comentamos. Decía Rubio Llorente que la decisión de la mayoría había traspasado los límites propios de la jurisdicción constitucional e invadido el ámbito que la Constitución reserva al legislador, vulnerando el principio de separación de poderes propio del Estado de Derecho. El Tribunal Constitucional había actuado como una especie de tercera Cámara. Decía este magistrado: «El Tribunal Constitucional, que no ostenta la representación popular, pero que sí tiene el tremendo poder de invalidar las leyes que los representantes del pueblo han aprobado, no ha recibido este poder en atención a la calidad personal de quienes lo integran, sino sólo porque es un Tribunal. Su fuerza es la del Derecho y su decisión no puede fundarse nunca, por tanto, en cuanto ello es humanamente posible, en nuestras propias preferencias éticas o políticas, sino sólo en un razonamiento que respete rigurosamente los requisitos propios de la interpretación jurídica». Como sucedía en aquel caso, en que el citado Magistrado cuestionaba en la opinión mayoritaria de la Sala, el prescindir de las categorías propias del Derecho para aterrizar en las de la ética, creemos que en la sentencia relativa a la Ley 28/2010 son también otros los intereses o los aspectos que han sido tenidos en cuenta por el Alto Tribunal, más allá de si esta norma respetaba los límites constitucionales y estatutarios en que debía encuadrarse.

¹⁴⁷ Los principales argumentos utilizados por el Magistrado don Juan Antonio Xiol serían los que resumimos seguidamente: en primer lugar, que los espectáculos taurinos forman parte de la competencia autonómica exclusiva en materia de espectáculos públicos, que han asumido de manera global todas las Comunidades Autónomas de manera que, incluso existen territorios como Andalucía, Aragón, Castilla y León, Navarra y País Vasco que han regulado tan pormenorizadamente las corridas de toros, que prácticamente resulta innecesaria en estos casos la aplicación subsidiaria de la normativa dictada por el Estado en la materia (Ley 10/1991, de 4 de abril y Real Decreto 176/1992, de 28 de febrero). El Estado nunca ha antepuesto la existencia de ninguna competencia exclusiva o de carácter básico al respecto sino que ha aceptado las distintas regulaciones llevadas a cabo por las Comunidades Autónomas.

se utiliza por la jurisprudencia constitucional para resolver determinados conflictos cuando concurren competencias sobre un mismo espacio físico. En

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta la competencia en materia de protección de los animales. Como sea que los espectáculos taurinos suponen la utilización de animales en espectáculos cruentos, las leyes autonómicas dictadas en materia de protección de los animales o bien han tenido que excluir de su ámbito de aplicación este tipo de espectáculos o bien lo han tenido que establecer como una excepción a la prohibición de causar malos tratos a los animales. Con la única excepción, hasta que se promulgó la Ley catalana 28/2010, de la Ley 8/1991, de 30 de abril, del parlamento canario que no exceptuó los espectáculos taurinos de la prohibición de la utilización de animales en espectáculos y otras actividades que supongan maltrato, como sí hacia con las peleas de gallos, de manera que se interpretó por la doctrina que Canarias constituyó el primer caso de prohibición de las corridas de toros en España.

En tercer lugar, es claro que solamente con la Ley estatal 10/1991 no hubiese sido suficiente para justificar una competencia estatal apta para impedir una decisión autonómica de prohibición como la adoptada por el Parlamento catalán y que la posterior Ley 18/2013, de 12 de noviembre tuvo un claro carácter reactivo frente a la prohibición acordada por el Parlamento catalán.

Finalmente, el ejercicio por parte del Estado de una competencia de protección de la cultura - de determinado tipo de cultura, precisamos nosotros- al amparo del artículo 149.2 CE no puede determinar su prevalencia absoluta sobre cualquier otro título competencial exclusivo de las Comunidades Autónomas puesto que eso supondría desvirtuar el carácter de competencia concurrente entre autonomías y Estado en materia de protección de la cultura. Aquí no nos encontramos ante una competencia estatal básica y una competencia autonómica de desarrollo sino ante auténticas competencias concurrentes por lo que la solución tomada por la opinión mayoritaria en que se sustenta la sentencia, no es la adecuada. Ante el conflicto que supone la protección de los animales que con la medida prohibitoria anulada se pretendía y la tauromaquia por otro, la única regla posible para dirimir dicha controversia debería haber sido la de la ponderación. La ponderación se utiliza por la jurisprudencia constitucional para resolver determinados conflictos cuando concurren competencias sobre un mismo espacio físico y, así, deberían haberse ponderado: a) la titularidad y la naturaleza de las competencias en conflicto; b) la significación material de las competencias ejercidas dentro del marco constitucional. Respecto al primer punto, la decisión tomada por la mayoría en la que se sustenta la sentencia supone negar las competencias exclusivas invocadas por la Comunidad Autónoma. La finalidad de la decisión autonómica es desarrollar una normativa en materia de bienestar animal y, en el marco de dicha norma, la regla general es la prohibición de la utilización de animales en espectáculos cruentos y solo por la vía de la excepción se mantendrían los espectáculos taurinos que ahora se veían reducidos únicamente a los *correbous*, si bien imponiendo la prohibición en este caso, de infligir daños a los animales. La norma impugnada es coherente con la línea evolutiva seguida por el legislador catalán desde 1988, año en que se promulgó en Cataluña la primera norma de protección animal.

Respecto al segundo punto, sobre la significación material de las competencias ejercidas dentro del marco constitucional, si bien la protección de los animales no aparece reconocida con sustantividad propia en la Constitución, de manera constante va incorporándose la protección de los animales como un interés constitucional (por ejemplo, en la reforma del art. 20.a) de la Constitución alemana en 2002), constatándose también esa presencia creciente en la elaboración de convenios internacionales y en el marco del derecho de la Unión Europea, en particular, el art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En lo que respecta a la protección de la cultura, debe tenerse en cuenta que la tauromaquia, como objeto de protección cultural, no es neutral desde el punto de vista del sistema de valores que representa ni se predica de la misma un igual nivel de implantación en todo el Estado. Su carácter no neutral, frente a otros intereses puede comportar que su protección no tenga por qué ser reconocida de modo absoluto. Siendo que no puede hablarse de que ningún derecho fundamental sea absoluto, mucho menos puede sostenerse que la protección de la cultura, en la concreta acepción de defensa de la tauromaquia, debe ser absoluta sin tener en cuenta su grafo de implantación en los distintos territorios del Estado.

este caso, deberían haberse ponderado: a) la titularidad y la naturaleza de las competencias en conflicto; y, b) la significación material de las competencias ejercidas dentro del marco constitucional. Así, las competencias exclusivas autonómicas en materia de espectáculos públicos y en materia de protección de los animales eran las más específicas y directamente concernidas. Frente a ellas no podía resultar prevalente la competencia estatal de protección de la cultura ex art. 149.2 CE ya que la tauromaquia, en atención a su carácter no neutral desde determinados sistemas de valores, solo podría imponerse de modo absoluto en todo el territorio nacional en la medida en que quedase acreditada una concreta afección e identificación con dicho sistema de valores, lo que claramente no se da en el caso de Cataluña. El resultado de tener en cuenta estos factores hubiera conducido a la declaración de constitucionalidad de la norma catalana.

Nos hemos extendido en la consideración de esta sentencia, además de por su propio interés, porque nos ha parecido relevante para constatar que la materia cultura admite una formulación amplia y que bajo su amparo se pueden llegar a consecuencias bien diferentes. En algún caso, como decíamos al inicio de este apartado, el legislador autonómico había justificado en este concreto título competencial, la norma dictada en materia de protección animal. Si para el legislador autonómico, las normas de protección animal se encontraban amparadas en el título competencial de "cultura", para el Tribunal Constitucional, las competencias del Estado en materia de cultura han significado que una norma autonómica de protección animal sea declarada inconstitucional. La cultura permite justificar una cosa y su contraria.

C) Medio ambiente

La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 177/2016, de 20 de octubre, a la que nos hemos referido en el apartado anterior, desliza en algún momento que la prohibición de espectáculos taurinos que contenía la Ley 28/2010 del Parlamento catalán, podía encontrar cobertura en el ejercicio de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma en materia de protección

de los animales¹⁴⁸. Sin embargo, como ya hemos visto no otorgó relevancia alguna a este hecho toda vez que no era la protección de los animales, solamente, la finalidad de la norma recurrida sino también la prohibición de un determinado tipo de espectáculo.

Por tanto, según esta sentencia, la protección de los animales tendría sustantividad propia en cuanto título competencial, sin necesidad de justificarse en otro título más amplio, como podría ser, añadimos nosotros, el del medio ambiente. Ciertamente, la opinión mayoritaria en que se sustenta la sentencia en ningún momento menciona que la protección de los animales tenga cabida en el título de medio ambiente. Suponemos que no era de interés de los magistrados realizar una tal aseveración puesto que ello hubiera llevado a citar el artículo 45 CE y situar la controversia en otro escenario. A los efectos de examinar la constitucionalidad de la norma era más efectivo acudir al título de cultura en una interpretación amplia del mismo, máxime cuando el Estado había dictado normas en esta materia que entraban claramente en colisión con la prohibición autonómica.

En cambio, en el voto particular formulado por la Magistrada Doña Adela Asua Batarrita y por el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, se afirma que la materia de protección animal puede englobarse dentro de la de medio ambiente. Se afirma así pero no se añade mayor precisión.

Recordemos que el artículo 45 CE, incluido en el capítulo tercero del título primero, que lleva por título *De los principios rectores de la política social y económica*, establece que: «1. Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

¹⁴⁸ En el FJ 3 de dicha sentencia.

Por su ubicación sistemática en nuestro texto constitucional, el medio ambiente no se reconoce, pues, como un derecho fundamental sino como un principio rector del ordenamiento¹⁴⁹.

Como ha señalado el profesor EMBID IRUJO, han sido frecuentísimos los planteamientos doctrinales, a favor o en contra, de que se encuentre en el artículo 45 CE un derecho fundamental, o simplemente un derecho subjetivo o, solamente un principio rector¹⁵⁰. No obstante, el Tribunal Constitucional ha dejado claro, y en numerosas ocasiones, que el derecho al medio ambiente no es un derecho fundamental¹⁵¹. Como señaló en la sentencia núm. 199/1996, de 3 de diciembre, «el artículo 45 de la Constitución enuncia un principio rector, no un derecho fundamental. Los tribunales deben velar por el respeto al medio

¹⁴⁹ Principio que «tiene por finalidad la defensa de un bien o interés colectivo, reconocido en beneficio directo de la colectividad y cuyo "quantum" de protección, en relación con los demás derechos y bienes constitucionales es algo que compete determinar al legislador». En LOZANO CUTANDA (2010), p. 102.

¹⁵⁰ Puede encontrarse un resumen de los diferentes planteamientos doctrinales en EMBID IRUJO (2016), pp. 384 y ss. También en EMBID TELLO (2010), pp. 351-352.

El profesor EMBID IRUJO plantea la necesidad de incluir como objeto de reforma constitucional, la incorporación del *derecho al medio ambiente adecuado* a la sección primera del capítulo segundo del título I de la Constitución. En sus propias palabras «creo que hay que desembocar, necesariamente, en la necesidad de transformar de naturaleza un instrumento que ya se encuentra presente en la Constitución de 1978, pero sin que del mismo, por sus limitaciones objetivas, se hayan podido derivar todos los efectos positivos que sería imaginable pensar. (...) La incorporación del derecho al medio ambiente adecuado a la sección primera del capítulo segundo del título I de la Constitución serviría para poner encima de la mesa de los órganos jurisdiccionales y para su tratamiento determinadas actuaciones que hasta ahora eran insusceptibles de control por esta vía o desembocaban regularmente en declaraciones de inadmisibilidad. Igualmente la vía del Defensor del Pueblo (cuya competencia objetiva alcanza los derechos fundamentales como indica el art. 54 CE) quedaría claramente reforzada (...)». En las pp. 393-394 de EMBID IRUJO, op. cit.

¹⁵¹ La profesora LÓPEZ QUETGLAS, a propósito del artículo 33 CE, relativo a la propiedad privada, recuerda que el Tribunal Constitucional «mantiene una concepción restringida de los derechos fundamentales, e identifica los derechos fundamentales con los incorporados en la sección primera del capítulo II del título I de la Constitución, atendiendo a restringir al máximo el ámbito de reserva de la ley orgánica». Y, a continuación, añade: «La fundamentalidad de un derecho no puede ni debe residir en la posibilidad de interponer recurso de amparo, o en la reserva de su desarrollo a través de ley orgánica, estos criterios no sirven, a mi juicio, para definir o configurar los derechos fundamentales, por lo que tampoco pueden erigirse en criterio que excluya de tal condición a otros derechos. La verdadera garantía de los derechos fundamentales se deduce del apartado 1 del artículo 53 de la Constitución, su vinculación a todos los poderes públicos, de manera que ni el legislador, ni las administraciones públicas, ni el poder judicial pueden con sus actuaciones vulnerar su contenido. Esto es lo que verdaderamente caracteriza a los derechos fundamentales, que su respeto no sea una alternativa para los poderes públicos, sino una auténtica obligación.» En LÓPEZ QUETGLAS (2006), pp.338-340.

ambiente, sin duda, pero de acuerdo con lo que dispongan las leyes que desarrollen el precepto constitucional»¹⁵².

En todo caso, los principios rectores -conviene recordarlo- no son normas sin contenido sino que deben tenerse presentes en la interpretación de las restantes normas constitucionales y de las leyes¹⁵³. Los principios rectores, como ha dicho el profesor Luciano PAREJO, constituyen «objetivos finales que orientan la acción de los poderes públicos y condicionan la interpretación del ordenamiento jurídico¹⁵⁴». Por otro lado, como sostienen los profesores LOZANO y LAGO, la configuración constitucional del derecho al medio ambiente, en tanto que principio rector de la política social y económica, o como derecho de prestación, resulta coherente con la naturaleza del bien jurídico medio ambiente, que no puede construirse únicamente como un ámbito jurídico atribuible a la disposición del individuo; y ello por dos razones, por las propias exigencias derivadas de su protección como bien jurídico colectivo y por los problemas estructurales que plantea la definición de su ámbito de protección¹⁵⁵.

Bien, vamos a analizar a continuación qué integra el medio ambiente con la finalidad de determinar si en su ámbito de protección, puede tener cabida la protección animal. Y comenzaremos por analizar qué ha dicho la doctrina.

a) Diferentes concepciones según la doctrina

En una primera aproximación podemos decir que el artículo 45 CE constitucionaliza la conservación del medio ambiente, su protección, pero también la utilización racional de los recursos naturales. Está presente la doble vertiente de protección y de utilización que, en cualquier caso, se sitúa en un marco inequívocamente antropocéntrico, como concepto indisociable del ser

¹⁵² En el FJ 3 de la sentencia. También, en la STC 84/2013, de 11 de abril (FJ 7).

¹⁵³ Así se reconoció en una temprana sentencia por el Tribunal Constitucional, en la STC núm. 19/1982, de 5 de mayo, (FJ 6).

¹⁵⁴ En PAREJO ALFONSO (1989), p. 956.

¹⁵⁵ En LOZANO CUTANDA y LAGO CANDEIRA (2014), p.184. También en LOZANO CUTANDA (2010), pp. 100-101.

humano¹⁵⁶. Se emplea el término «todos», que claramente parece incluir a los seres humanos, pero únicamente a ellos y, por supuesto, permitiéndose la utilización de todos los recursos naturales por los seres humanos.

No se halla en este artículo ninguna referencia explícita a los animales ni incluso a la fauna silvestre sino solamente a los recursos naturales. Aun así, no cabe duda de que existe una evidente vinculación entre fauna silvestre y recursos naturales, como también existe vinculación entre recursos naturales y medio ambiente.

Aunque a efectos meramente dialécticos aceptásemos que la fauna silvestre no encuentra protección directa en nuestra Constitución, podría llegarse a la afirmación contraria con un sencillo razonamiento. Y es que resulta evidente que para que exista fauna es necesario preservar el medio ambiente y los recursos naturales, por lo que, por la vía de la protección de estos últimos, podría conseguirse la de la fauna silvestre. Si la Constitución señala que los poderes públicos deben velar por la utilización racional de los recursos naturales, debe entenderse que esto también implicará velar por la utilización racional de la fauna¹⁵⁷.

Aun cuando la Constitución no contiene ninguna referencia explícita a la protección de los animales pertenecientes a la fauna silvestre, hay autores que ya en una época temprana no dudaron de que estuviera claramente incluida en el artículo 45 y constituyera uno de los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico español¹⁵⁸. En este sentido, el Tribunal Constitucional reconoció que la

¹⁵⁶ La profesora LOZANO CUTANDA señala que «el medioambiente, como concepto jurídico, constituye en nuestro sistema jurídico-constitucional (...) un concepto indisoluble del ser humano». Sin embargo, nos parece oportuno reseñar que la autora añade a dicho comentario, el siguiente: «Existen, sin embargo, hay que señalar, algunas tendencias ecologistas que consideran la protección del medioambiente como un valor autónomo del hombre y propugnan que se reconozca personalidad jurídica al medioambiente en su conjunto o a alguno de sus elementos. Puede destacarse, en este sentido, la propuesta de reconocer derechos a los animales, que tiene una manifestación en el ámbito del derecho internacional en la "Declaración Universal de los Derechos de los Animales" que adoptó la Liga Internacional de los Derechos del Animal en 1977 y posteriormente fue aprobada por la UNESCO el 17 de octubre de 1978, en la que los principios de protección se configuran nominalmente como "derechos" y se propugna su equiparación a los derechos humanos». En LOZANO CUTANDA (2010), pp. 121-122.

¹⁵⁷ Al respecto, puede resultar de interés consultar a HERNANDO OREJANA (2005), pp. 2575-2576.

¹⁵⁸ Véase, por ejemplo, LÓPEZ RAMÓN (1980), p. 14.

fauna silvestre se encuentra implícita en el artículo 45 CE tal y como se afirma en la STC 102/1995, de 26 de junio, sobre la que tendremos ocasión de volver.

¿Qué ha dicho la doctrina sobre el contenido del artículo 45 CE?

El profesor ORTEGA ALVAREZ ha señalado que, entre los autores y desde el punto de vista de la definición material de medio ambiente, podemos observar posiciones muy distintas, desde una óptica más y menos restringida: en primer lugar, el medio ambiente en su acepción estrictamente natural que incluiría los recursos naturales y la fauna y la flora; en segundo lugar, el medio ambiente en su dimensión social, que incluiría los conceptos de bienestar, calidad de vida y desarrollo de la personalidad y, en tercer lugar, un concepto de medio ambiente en que se incluirían la ordenación del territorio y las infraestructuras, los monumentos, etc.¹⁵⁹

Sostiene el profesor BETANCOR que el medio ambiente es el ecosistema, esto es, el conjunto sistémico de elementos naturales en el que los seres humanos ocupan una posición de pertenencia y de dependencia. Es el conjunto de elementos objetivos -los recursos naturales- y subjetivos -los seres humanos- que integran un sistema ecológico o ambiental denominado de forma abreviada ecosistema. Los recursos naturales son el medio acuático, el aire y el suelo. En el artículo 45 CE se afirma que los seres humanos (todos) disfrutan y conservan el medio ambiente, pero utilizan los recursos naturales. Sin embargo, los seres humanos también forman parte de los recursos naturales. Según este autor, la perspectiva desde la que la Constitución aborda la regulación del medio ambiente y de los recursos naturales - medio ambiente y recursos naturales son dos conceptos diferenciados- es la de los seres humanos. El Derecho es Derecho de los seres humanos, para los seres humanos. Los seres humanos disfrutan - y están obligados a conservar- el medio ambiente y utilizan los recursos naturales¹⁶⁰. Podemos decir que

¹⁵⁹ En ORTEGA ÁLVAREZ (2013), p. 35.

¹⁶⁰ El profesor BETANCOR RODRÍGUEZ distingue gráficamente entre el primero y el segundo párrafo del artículo 45 señalando que «los seres humanos constituyen un elemento integrante pero importante del ecosistema, como han destacado los ecólogos. Esta situación la hemos caracterizado (...) como de pertenencia, pero de dependencia. En esta situación la relación con el medio ambiente es la relación que se entabla entre una parte y el todo. En cambio, la situación y, por consiguiente, la relación con los recursos naturales es distinta. Es distinta

BETANCOR maneja una concepción amplia del medio ambiente y reconoce que éste es un concepto o materia claramente antropocéntrica.

La profesora NIETO comparte esta visión sobre el contenido del artículo 45 CE acogiendo la perspectiva antropocéntrica de conservación de los recursos naturales¹⁶¹. Afirma que la orientación ecológica en la protección de los recursos naturales -que supone la protección de la fauna silvestre por su valor intrínseco al margen del posible beneficio o provecho para el ser humano- no parece que arranque del texto constitucional. No obstante, reconoce que la orientación ecológica en la protección de la fauna y flora silvestre inspira actualmente la regulación de su régimen jurídico en la normativa estatal y autonómica¹⁶².

Los profesores LOZANO CUTANDA y LAGO CANDEIRA hablan de la generalidad y amplitud del concepto medio ambiente así como del grado absoluto de indefinición del derecho al medio ambiente, dado el carácter transversal o interdisciplinar del mismo puesto que los elementos que

porque es la relación entre partes del mismo sistema. Una relación recíproca, una interacción que da lugar al conjunto sistémico, pero una relación entre los elementos de este conjunto». Véase BETANCOR RODRÍGUEZ (2001), p. 371. También en BETANCOR RODRÍGUEZ (2014), p. 493.

¹⁶¹ En NIETO GARRIDO (2001), p. 56.

¹⁶² Así es en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que consolida el cambio de concepción de la fauna salvaje, iniciado ya en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios naturales y de la Flora y Fauna silvestres. En efecto, el artículo 2 de la Ley 42/2007, modificado por la Ley 33/2015, de 21 de septiembre, señala como principios que inspiran la Ley: el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y de los sistemas vitales básicos, respaldando los servicios de los ecosistemas para el bienestar humano; la conservación y la restauración de la biodiversidad y de la geodiversidad; la utilización ordenada de los recursos para garantizar el aprovechamiento sostenible del patrimonio natural, en particular, de las especies y de los ecosistemas, su conservación, restauración y mejora y evitar la pérdida neta de biodiversidad; la conservación y preservación de la variedad, singularidad y belleza de los ecosistemas naturales, de la diversidad geológica y del paisaje; la integración de los requisitos de la conservación, uso sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural y la biodiversidad en las políticas sectoriales y, en particular, en la toma de decisiones en el ámbito político, económico y social, así como la participación justa y equitativa en el reparto de beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos; la prevalencia de la protección ambiental sobre la ordenación territorial y urbanística y los supuestos básicos de dicha prevalencia; la precaución en las intervenciones que puedan afectar a espacios naturales o especies silvestres; la prevención de los problemas emergentes consecuencia del cambio climático, etc. Véase NIETO GARRIDO (2013), p. 523.

conforman el medio ambiente afectan a todos los sectores de la actividad humana¹⁶³.

También dentro de una óptica amplia de lo que integra el medio ambiente se situaría PRIEUR, en la doctrina francesa, que señala que la efectiva realización del derecho al medio ambiente implica la protección de la salud, las condiciones de trabajo sanas, la no contaminación, el mantenimiento de la diversidad biológica, el acceso a un agua de calidad y a una alimentación exenta de sustancias nocivas, un lugar habitable para vivir, la protección del patrimonio cultural, un paisaje no degradado, un suelo no contaminado y un libre acceso a los espacios naturales¹⁶⁴ y a las zonas costeras. Al mismo tiempo, señala este autor que el derecho a un medio ambiente sano es indisociable de valores como la paz, el respeto a la dignidad humana y a los derechos humanos y la cohesión social. La de PRIEUR es una concepción amplia, ciertamente, del concepto de medio ambiente y también claramente antropocéntrica¹⁶⁵.

Exponente, en cambio, de una concepción estricta del medio ambiente lo es la que mantiene el profesor MARTÍN MATEO. Para este autor, el medio ambiente incluiría únicamente el agua, el aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra¹⁶⁶, también en una concepción inequívocamente antropocéntrica.

Entrando ya directamente en el análisis de si es posible considerar que la protección animal está incluida en el medio ambiente, DOMÉNECH PASCUAL

¹⁶³ En LOZANO CUTANDA y LAGO CANDEIRA (2014), p. 184.

¹⁶⁴ Aprovechamos la mención expresa al término «espacios naturales» para llamar la atención de que en algunos Estatutos de Autonomía, se ha asumido como competencia autonómica el «medio ambiente» y los «espacios naturales» lo que aparentemente significaría que no son exactamente lo mismo (por ej. véase el artículo 11 de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, que aprueba el Estatuto de Autonomía de Asturias). Sin embargo, una explicación sencilla es plausible y es que la utilización expresa del término «espacios naturales» sería meramente enunciativa y que en la materia medio ambiente debería entenderse comprendido lo relativo a los espacios naturales. Puede leerse al respecto, LASAGABASTER (2007), p. 107. No nos parece a nosotros que exista ninguna duda de que los espacios naturales integran el medio ambiente (por ej. véase artículo 57 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, que aprueba el Estatuto de Autonomía de Andalucía).

¹⁶⁵ Véase PRIEUR (2015), p. 54.

¹⁶⁶ En MARTÍN MATEO (1991), p. 137.

responde negativamente al considerar que el concepto de medio ambiente a que se refiere el artículo 45 CE es antropocéntrico. Apoya esta afirmación en el hecho de que este precepto establece que «todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona» y, un asunto que nada tiene que ver con la protección ambiental es la normativa que trata de prevenir los sufrimientos de los animales domésticos, pone por caso. Los sufrimientos infligidos a un cordero en el momento de su sacrificio nada tienen que ver con la calidad de vida de los hombres¹⁶⁷. Sostiene DOMÉNECH PASCUAL que en el artículo 45 CE no se protege cada uno de los elementos minerales, vegetales o animales, en aras de un supuesto interés propio de cada uno de éstos, sino solamente en la medida en que dicha protección sirve a la supervivencia y calidad de vida de las personas, por cuanto el concepto constitucional de medio ambiente es esencialmente antropocéntrico.

Según el profesor PÉREZ MONGUIÓ existirían dos argumentos que impedirían considerar como integrantes de la fauna a los animales domésticos y a los animales de compañía: uno de carácter conceptual y otro teleológico¹⁶⁸. En cuanto al primero, por cuanto las acepciones habituales del término *fauna* se refieren a los animales endógenos silvestres, ello sin perjuicio de que un animal perteneciente a la fauna silvestre pueda desempeñar en un momento dado la función de animal de compañía y aun cuando es cierto que actualmente los animales silvestres no habitan exclusivamente en los espacios naturales. Ahora bien, si el motivo por el cual se pretende subsumir a los animales domésticos y los animales de compañía dentro del concepto de fauna es únicamente a los efectos de justificar que se incluyan dentro del título de medio ambiente, PÉREZ MONGUIÓ considera entonces esta argumentación artificiosa por cuanto los animales domésticos no son, en sentido estricto, fauna. En cuanto al

¹⁶⁷ Véase DOMÉNECH PASCUAL (2004), pp. 135-136. Sin embargo, la afirmación taxativa que realiza este autor bien merece que nos preguntemos qué debe entenderse por calidad de vida de los hombres. En todo caso, DOMÉNECH PASCUAL llega a una conclusión a partir de una generalización de su modo subjetivo de entender la calidad de vida. Ni siquiera desde un punto de vista antropocéntrico podría sostenerse con total seguridad una afirmación como la formulada porque no hay duda de que son muy distintos los modos de entender la existencia, tantos como personas y por ello, no sería extraño llegar a la solución opuesta a la defendida por este autor. Esto es, que no es calidad de vida la de los seres humanos que siendo contrario a su sensibilidad, se ven obligados a aceptar la institucionalización de conductas crueles hacia los animales.

¹⁶⁸ En PÉREZ MONGUIÓ (2005), pp. 212 y ss.

segundo argumento, de carácter teleológico, la principal objeción radicaría en el hecho de que el término *protección* tiene distinto alcance si se trata de la protección de los animales domésticos o de compañía que si se trata de la protección de los animales pertenecientes a la fauna silvestre. Mientras que en el primer caso, comprende la faceta de protección del individuo propiamente dicho, en cuanto tiene valor en sí mismo, en el segundo caso, de lo que se trata es de la protección de la especie, de la biodiversidad, y no del individuo; no se halla entre los objetivos de estas normas la de garantizar el bienestar de todos los miembros de la especie, sino el mantenimiento en sí de la especie, su preservación para evitar su desaparición o extinción.

Estos dos argumentos justificarían según PÉREZ MONGUIÓ la conclusión de que ni los animales domésticos ni los animales de compañía pueden incluirse dentro del concepto de fauna y, por tanto, tampoco dentro del artículo 45 CE que reconoce la protección de los recursos naturales dentro de los cuales se reside la fauna. Este autor sostiene que, o bien consideramos que no existe título competencial previsto en la Constitución que incluya la protección de los animales domésticos y de compañía, lo que significaría la aplicación de la cláusula residual del artículo 149.3 CE¹⁶⁹, o bien consideramos que nos

¹⁶⁹ Como sabemos, el artículo 149.3 CE establece que las materias que no se encuentren expresamente atribuidas al Estado podrán ser asumidas por las Comunidades Autónomas a través de sus respectivos estatutos de autonomía. El precepto añade que la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los estatutos de autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. En realidad, es lo que habría sucedido con la competencia de protección de los animales que, al no haber sido atribuida al Estado, las Comunidades Autónomas, o bien se la han atribuido como competencia en sus estatutos de autonomía -es el caso de Cataluña y Andalucía- o bien han legislado directamente en la materia. Es necesario precisar, con GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES que la interpretación jurisprudencial de esta cláusula de supletoriedad del Derecho estatal ha sufrido una importante evolución. En un primer momento, se consideró que las Cortes Generales podían legislar sobre cualquier materia sin necesidad de invocar título competencial específico. En los casos en que las Comunidades Autónomas hubieran asumido esa concreta competencia y hubieran legislado, las normas dictadas por el Estado conservaban su validez pero, sencillamente, no se aplicaban. La STC 15/1989, de 26 de enero, a la que luego siguió la núm. 147/1991, de 4 de julio, vino a realizar un importante giro puesto que señaló que el artículo 149.3 no contiene un cláusula universal atributiva de competencias a favor del Estado. Esta cláusula no puede ser utilizada imperativamente por el legislador estatal para imponer una determinada reglamentación en ámbitos materiales en los que no tiene atribuida la competencia. Posteriormente, las SSTC 118/1996, de 27 de junio y 61/1997, de 20 de marzo, señalan que la supletoriedad no es un título competencial y, por tanto, sancionan la imposibilidad de que el Estado pueda dictar normas supletorias con tal propósito allí donde carece de competencias (en particular, véase el FJ 12 de la STC 61/1997, de 20 de marzo). Vid. FERNÁNDEZ FARRERES (2014), p. 384.

hallamos ante una nueva materia competencial incluida en uno de los títulos ya previstos en la Constitución, concretamente, el relativo al medio ambiente. Precisa este autor que las materias estarían formadas por un núcleo de actividades sustantivas y un halo instrumental. Las actividades sustantivas son aquellas que explícitamente están aludidas en el bloque de la constitucionalidad y, por tanto, se deducen de la Constitución o de los Estatutos de Autonomía; el halo instrumental estaría formado por un conjunto de actividades no explicitadas pero unidas a las anteriores por vínculos de instrumentalidad o de conexión de diversa clase¹⁷⁰.

El profesor ARANA GARCÍA considera que los animales de compañía deben incluirse en el concepto de medio ambiente. Sostiene que las diferentes leyes dictadas por las Comunidades Autónomas en materia de protección de los animales, aunque pudieran justificarse en títulos tan distintos como el de ganadería, cultura, ocio, etc., en aras a dotar de uniformidad este sistema normativo, podrían justificarse en el título competencial relativo al medio

¹⁷⁰ El profesor PÉREZ MONGUIÓ se pronuncia en los siguientes términos: «Entendemos que no nos encontramos ante un nuevo título competencial, sino ante una nueva materia competencial que se integra dentro del título de medio ambiente a través de la utilización de las conexiones por afinidad, es decir, aquellas que se basan en similitud o proximidad temática. Entendemos que dentro de la concepción del medio ambiente coexisten diversas parcelas de relación del hombre con el medio en el que vive, entendido este último en su acepción más amplia y flexible. En este sentido se articulan las relaciones del hombre con los distintos recursos, algunos naturales como son la flora, el agua, el aire, el paisaje, los ecosistemas y otros llamémoslos humanos como es el patrimonio histórico. En este orden de relaciones ha surgido con gran fuerza la destinada a regular y reconfigurar la situación del hombre respecto a los animales. Sin embargo, es una protección distinta a la dispensada a la fauna o a la flora, pues el objeto de la atención normativa no es tanto la conservación de la especie o la relación del hombre con el animal como simple recurso natural, sino que va más allá, pues el elemento teleológico de las distintas disposiciones es la protección del animal como entidad física individualizada viva y sensible. Esta realidad nos conduce a entender que nos hallamos ante una nueva materia competencial con suficientes elementos propios y diferenciadores para ser considerada como tal y a la vez con evidentes elementos de conexión con el título competencial de medio ambiente».

Este autor formula una interesante conclusión y es que la protección de los animales entendida desde el punto de vista de bienestar, debe ser considerada sin diferenciar la concreta función que los animales desempeñan. Aunque en determinados casos, será necesario invocar un título más concreto -por ejemplo, el de ganadería, si se trata de regular determinadas condiciones de productividad, rentabilidad, etc.-, no deben invocarse diferentes títulos competenciales según se trate de animales destinados a la experimentación, animales destinados a la obtención de productos para el ser humano o animales utilizados en espectáculos públicos, por citar algunas concretas funciones que desempeñarían los animales. En el caso de que se tratase de regular determinadas condiciones relativas a la ganadería, sería en este supuesto el título más concreto de ganadería el que habilitaría a las Comunidades Autónomas para dictar normas específicas, pero siempre debería respetarse un mínimo común denominador aplicable para todos los animales. Vid. PÉREZ MONGUIÓ (2005), pp. 227-228.

ambiente. Aunque no es partidario de un concepto amplio de medio ambiente, no tiene dudas de que el sector de los animales de compañía debe incluirse dentro de aquél. En primer lugar, porque se refiere a uno de los reinos tradicionalmente protegido por este sector jurídico como es el animal. En segundo lugar, porque los animales de compañía se incluyen o forman parte del entorno vital del ser humano¹⁷¹.

La profesora ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS considera que la fauna doméstica puede incluirse en el ámbito del artículo 45 CE, «pues la obligación que impone el párrafo segundo del artículo 45 a los poderes públicos de "velar por la utilización racional de los recursos naturales" es para "proteger y mejorar la calidad de vida", y no hay duda que a esa mejora de la calidad de vida contribuyen los animales domésticos o "de compañía"¹⁷²».

La manifestación de que los animales de compañía deben encuadrarse en el concepto de medio ambiente porque forman parte del entorno vital del ser humano o porque contribuyen a mejorar su calidad de vida, nos parece construida desde un punto de vista antropocéntrico, aunque la finalidad pretendida sea la de reconocer protección a los animales al amparo del artículo 45 CE. Por eso creemos que debe ser completada. Además, qué duda cabe que no sólo los animales de compañía forman parte del entorno vital del ser humano y contribuyen a la mejora de su calidad de vida sino otras muchas cosas (la cultura, el ocio, etc.) que, sin embargo, no se incluyen en el artículo 45 CE.

b) Concepto de medio ambiente según la jurisprudencia constitucional

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en repetidas ocasiones sobre el concepto de medio ambiente consagrado en la Constitución. Son muchas las sentencias que analizan el artículo 45 CE pero tal vez reviste especial interés la STC 102/1995, de 26 de junio, dictada en el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna

¹⁷¹ Véase ARANA GARCÍA (2004), pp. 731-732.

¹⁷² En ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS (2002), p. 1232.

Silvestres¹⁷³. Esta sentencia analizó el concepto de medio ambiente desde una perspectiva material- en cuanto a su contenido- y desde una perspectiva funcional - en la vertiente de la protección, definida por el Tribunal Constitucional como acción de amparo, ayuda, defensa y fomento, guarda y custodia, de carácter preventivo y represivo a la vez-¹⁷⁴.

Desde un punto de vista material, para llegar al concepto jurídico de medio ambiente el Tribunal Constitucional parte, en primer lugar, del componente semántico de los términos «medio ambiente». Destaca que el medio ambiente es un concepto jurídico indeterminado con un talante pluridimensional y, por tanto, interdisciplinar. El concepto gramatical de los términos «medio» y «ambiente» no serviría para perfilar el concepto jurídico al incluir elementos como las circunstancias sociales que rodean a una persona o grupo humano, que no integran el concepto jurídico de medio ambiente¹⁷⁵. El medio ambiente

¹⁷³ Hasta este momento no existía en nuestro ordenamiento jurídico una norma de protección general de la fauna salvaje -si prescindimos de la referencia al Convenio sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, Convenio Washington o Convenio Cites de 1973 y al Convenio sobre la conservación de la vida silvestre y el medio natural en Europa, Convenio de Berna de 1983, ratificado por España en 1986-. La Ley 4/1989 contiene prescripciones cuyo objeto es la protección de la fauna no tanto como recurso susceptible del aprovechamiento racional que menciona el art. 45.2 CE sino también en base a su función ecológica. Esta norma declara protegidas todas las especies de fauna salvaje y establece que la caza y la pesca en aguas continentales sólo podrá realizarse sobre las especies que reglamentariamente se declaren piezas de caza o pesca. Además se contiene un régimen jurídico protector para aquellos animales y plantas que se consideren amenazados.

¹⁷⁴ Se dedica a ello el FJ7 de la sentencia donde se señala lo siguiente: «en el caso del medio ambiente se da la paradoja de que ha de ser defendido por el hombre de las propias acciones del hombre, autor de todos los desafueros y desaguisados que lo degradan, en beneficio también de los demás hombres, y de las generaciones sucesivas. La protección resulta así una actividad beligerante que pretende conjurar el peligro y, en su caso, restaurar el daño sufrido e incluso perfeccionar las características del entorno, para garantizar su disfrute por todos. De ahí su configuración ambivalente como deber y como derecho, que implica la exigencia de la participación ciudadana en el nivel de cada uno, con papeles de protagonista a cargo de la mujer, de la juventud y de los pueblos indígenas, según enuncia la Declaración de Río (10, 20, 21 y 22). Esto nos lleva de la mano a la dignidad de la persona como valor constitucional transcendente (art. 10.1 CE), porque cada cual tiene el derecho inalienable a habitar en su entorno de acuerdo con sus características culturales».

¹⁷⁵ Señala dicha sentencia (FJ4) al intentar desentrañar qué significa medio ambiente que «una primera indagación semántica, según el sentido propio de las palabras utilizadas por la CE y los Estatutos, nos lleva al Diccionario de la Real Academia Española, donde algunas acepciones de la palabra *medio* lo definen como el conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive una persona o un grupo humano. Siendo tal el significado gramatical, no resulta sin embargo suficiente por sí mismo para perfilar el concepto jurídico que, por el momento, no comprende tantos elementos y excluye, en principio, el componente social. A su vez, el *ambiente* comprende las condiciones o circunstancias de un lugar que parecen favorables o no para las personas, animales o cosas que en él están. Como síntesis, el *medio ambiente* consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su

integra una serie de elementos geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y actúan sobre ellos y, sin embargo, el medio ambiente es, según el Alto Tribunal, un concepto esencialmente antropocéntrico y relativo.

Tras el análisis semántico del término, el Tribunal Constitucional señala que para conocer cuál es el contenido del medio ambiente en la CE debe acudir al ordenamiento jurídico. Ordenamiento jurídico y Constitución componen una estructura inescindible hallándose ambos interrelacionados¹⁷⁶. Es decir, que debemos acudir al resto de normas que forman nuestro ordenamiento para ayudarnos a comprender cuál es el contenido del derecho que se reconoce en el artículo 45 CE. Creemos de suma importancia la manifestación realizada por el Alto Tribunal, que también apuntaba la profesora NIETO. Esto es, la Constitución dice lo que dice puesto que, promulgada en 1978, fue fruto del momento histórico que la vio nacer, pero el Derecho ha evolucionado. Se han ido dictando leyes, fruto de una nueva sensibilidad de una sociedad en todo momento cambiante, por lo que no puede extrañar que un precepto constitucional deba ser interpretado a la luz de la evolución que ha experimentado el ordenamiento jurídico, con el que se halla interrelacionado.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional se refiere a los recursos naturales como elemento que integra el medio ambiente, según señala el propio artículo 45 CE a pesar de que el precepto no los define ni enumera. Esta tarea la realizará el Alto Tribunal en la sentencia que nos ocupa. Y lo hará, advirtiendo de que hoy es un concepto menos preciso que en el momento en que se promulgó la Constitución por la sencilla razón de que los avances científicos han hecho posible el aprovechamiento, como recursos, de elementos que en un primer momento no tenían dicha consideración¹⁷⁷. Así, entre los recursos

vida. Las personas aceptan o rechazan esas posibilidades, las utilizan mal o bien, en virtud de la libertad humana. El medio no determina a los seres humanos, pero los condiciona. (...)». Y más adelante, añade: «En una descomposición factorial analítica comprende (el medio ambiente) una serie de elementos o agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y actúan sobre ellos para bien o para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo y más de una vez su extinción, desaparición o consunción».

¹⁷⁶ En el FJ5 de la sentencia comentada.

¹⁷⁷ La sentencia cita como ejemplo el aprovechamiento de los residuos o basuras (FJ6).

naturales se encuentran el aire y el agua; la pesca marítima o ciertos minerales; la fauna, la flora y su soporte físico -el suelo y el subsuelo-; el paisaje y el panorama o la vista, considerado hoy como bien colectivo que se incorpora al concepto constitucional de medio ambiente. Finalmente, señala que el medio ambiente no puede limitarse a la simple suma de los recursos naturales y a su soporte físico (aire y tierra) sino que también es el entramado complejo de las relaciones de todos esos elementos cuya interconexión les dota de un significado más allá del propio e individual.

Integran el concepto de espacios naturales «sus habitantes vivos, los animales y los vegetales», que el Tribunal Constitucional define como recursos y factores del concepto de medio ambiente en su configuración constitucional. Según el Alto Tribunal, la flora y la fauna silvestres son los primeros sujetos merecedores de protección. Y más adelante, al referirse a diversos preceptos de la Ley 4/1989, señala que tienen como finalidad la «conservación y mejora de los animales y plantas, que forman parte del medio ambiente»¹⁷⁸.

Parece, por tanto, incuestionable que la fauna forma parte del concepto de medio ambiente del artículo 45 CE, según se infiere claramente de la sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, de 26 de junio. Ahora bien, a pesar de que el Tribunal Constitucional señala claramente que los animales forman parte del medio ambiente, hemos de tener en cuenta que dicha afirmación se sitúa en el marco de la preservación de los hábitats, de las especies amenazadas o de las especies catalogadas, conceptos ajenos a los animales domésticos. La sentencia examina la constitucionalidad de la Ley 4/1989 de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, por lo que puede entenderse que cuando se está refiriendo a los animales, se refiere a aquellos que entran dentro del ámbito de aplicación de la Ley 4/1989, donde no se hallan presentes los animales domésticos o de compañía.

Esta interpretación podría venir avalada, por ejemplo, por la STC 69/2013, de 14 de marzo, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Castilla y León contra determinados preceptos de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad. Según los

¹⁷⁸ Véanse los FJ. 22 y 23 de la mencionada STC 102/1995.

pronunciamientos contenidos en esta sentencia, la protección del medio ambiente permitiría la adopción de las medidas necesarias para paliar un daño, efectivo o potencial, producido a la fauna, como componente del medio ambiente. Las medidas de protección de la fauna silvestre, aunque adopten distinto grado de intensidad según se trate de especies comunes o protegidas, son una clara manifestación de la protección del medio ambiente¹⁷⁹. Una conclusión que podría extraerse es que el artículo 45 no serviría para dar cobertura a aquellas medidas que pretendieran proteger el bienestar de nuestras mascotas dado que no están ni es previsible que estén en peligro de extinción. Sin embargo, no es la única interpretación posible habida cuenta que el Tribunal Constitucional se refiere expresamente a la protección de las especies comunes.

c) Razones para sustentar una concepción amplia del medio ambiente que incluya la protección de todos los animales

Si tuviéramos en cuenta la definición que de fauna hace el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, todos los animales formarían parte del concepto *fauna*, pues fauna es el conjunto de animales de un país o de una región. Pero, aun manteniendo una concepción amplia del concepto medio ambiente, puede suscitar dudas la inclusión en el mismo de los animales domésticos o los de compañía, para justificar así una hipotética regulación de protección de los animales en desarrollo del artículo 45 CE.

Y, sin embargo, nos parece que existen razones para entender que es posible manejar una concepción amplia del medio ambiente que incluya a todos los animales. Vamos a intentar exponerlas a continuación.

En primer lugar, debemos tener presente que el reconocimiento de determinados derechos aparece estrechamente unido al de las correspondientes obligaciones. Decimos esto al hilo de lo que sostiene PRIEUR, en el sentido de que el derecho al medio ambiente comporta un compromiso colectivo, del Estado, de los particulares y de las empresas¹⁸⁰. No es suficiente con afirmar que el derecho al medio ambiente es un derecho

¹⁷⁹ Véase el FJ 6 de dicha sentencia.

¹⁸⁰ En PRIEUR (2015), p. 363.

humano, es preciso reconocerle un contenido, calificarlo. Algunos autores consideran que determinados elementos se integran dentro de dicho derecho y otros mantienen una posición más estricta. Creemos nosotros que no sería forzar el sentido de las palabras si afirmásemos que el derecho al medio ambiente integra la protección de todos los animales, independientemente de la función que realizan con respecto al ser humano¹⁸¹. No nos parece extraño que pueda reconocerse la protección del paisaje¹⁸² como integrante del medio ambiente y, en cambio, sí los animales domésticos. El paisaje no solamente hace referencia a un concepto natural. También es paisaje el creado artificialmente por el ser humano. Cuando se afirma que el paisaje forma parte del medio ambiente se designa en su globalidad. Tampoco debería distinguirse en el caso de los animales en función del tipo de relación o vinculación que tengan o puedan tener con el ser humano. No nos parece de justicia ni razonamiento lógico afirmar que la protección de los animales pertenecientes a la fauna silvestre encuentra amparo en el artículo 45 CE y excluir la protección de los pertenecientes a la fauna doméstica, pues la única diferencia entre unos y otros es, precisamente, la función que cumplen con respecto al ser humano. El hecho de que el ser humano los haya convertido en animales domésticos o de compañía justificaría su exclusión del concepto de medio ambiente, incluso del medio ambiente entendido como lo que forma parte del entorno vital del ser humano, lo que no parece coherente ni justo.

En segundo lugar, podría admitirse que, en el momento de promulgarse la Constitución, no fuese objeto de debate la inclusión de la protección de los animales en la materia de medio ambiente, entre otras razones porque no

¹⁸¹ La alusión a la función que desempeñan los animales en relación con el ser humano nos sitúa en la posición sobre la que el Derecho ha considerado tradicionalmente a los animales. Como afirma el profesor Olivier DUBOS, el Naturalismo condujo a separar al ser humano del resto de animales y condujo al Derecho a categorizar los animales en función de su utilidad para el ser humano. Hasta ahora, el Derecho no ha considerado a los animales más que en su relación con el ser humano. Véase DUBOS (2017), p. 17.

¹⁸² Las Constituciones de Italia, Alemania, Suiza y Portugal mencionan el paisaje como elemento a proteger. En este sentido, el Estatuto de Autonomía de Cataluña lo incluye expresamente. El artículo 27 de esta norma, dedicado a los derechos y deberes con relación al medio ambiente señala que "todas las personas tienen derecho a vivir en un medio equilibrado, sostenible y respetuoso hacia la salud, de acuerdo con los estándares y los niveles de protección que determinan las leyes. Tienen también derecho a gozar de los recursos naturales y del paisaje en condiciones de igualdad y tienen el deber de hacer un uso responsable de los mismos y evitar su despilfarro."

debía de formar parte del pensamiento de los padres constituyentes, definir el conjunto de elementos o submaterias que habían de integrar el medio ambiente. No negamos que la lectura que debía hacerse del artículo 45 CE en 1978 fuera desde un punto de vista antropocéntrico exclusivamente y que la definición de medio ambiente se hiciese de acuerdo con los parámetros del momento. Pero las normas han de interpretarse a la luz del momento histórico en que han de ser aplicadas (artículo 3.1 CC). En palabras de la profesora BELADIEZ ROJO, el fundamento del Derecho ha sido siempre aquello que una determinada comunidad ha considerado valioso¹⁸³, a lo que añade la profesora AMAYA ARIAS que «en la actualidad, las transformaciones de la sociedad imponen la creación de nuevos fundamentos jurídicos, acordes con las nuevas exigencias de la organización social y jurídica.(...) En la medida en que el Derecho es una idea que ordena las relaciones sociales y los conflictos que de ella se derivan, es una idea que depende de la realidad en la que vive. Es decir, la legitimidad del Derecho está determinada por la capacidad del mismo de expresar aquello que resulte jurídicamente *valioso* en la conciencia jurídica general, en un contexto histórico, geográfico y político determinado¹⁸⁴».

Por las razones apuntadas, entendemos que la interpretación del artículo 45 CE no puede quedar petrificada con el concreto sentido que los constituyentes pudieron haberle otorgado en 1978¹⁸⁵. El propio Tribunal Constitucional ha mantenido que la Constitución y el ordenamiento jurídico forman una estructura inescindible y están interrelacionados y que para indagar cuál es el contenido

¹⁸³ Citado en AMAYA ARIAS (2016), p. 39.

¹⁸⁴ En AMAYA ARIAS, op. cit., pp. 39-40.

¹⁸⁵ Sostuvo ya en un primer momento el profesor Luciano PAREJO que, cuando la Constitución, en tanto que ley, debía de ser objeto de interpretación jurídica, dicha interpretación no podía hacerse desvinculada de la realidad. Sus palabras fueron las siguientes: «(cuando) la Constitución deba ser objeto ciertamente de una interpretación jurídica, ésta no puede realizarse correctamente de forma desvinculada de la realidad, en cuanto debe consistir en la captación del significado, en la comprensión del sentido material y del sentido de la misma; lo que, a su vez, no cabe verificar sin situar ésta en el contexto normativo constitucional, en cuanto éste es una unidad, un todo coherente dotado de una específica estructura, que se transmite a sus elementos y supone la jerarquización de éstos. Dicho de otra forma, la interpretación tiene por objeto la determinación del contenido, alcance y sentido de cada norma e institución dentro del sistema que gobierna el proceso global de integración estatal. Por ello mismo, toda interpretación constitucional ha de ser sistemática, pues las partes remiten por sí mismas al todo y sólo son tales justamente por su pertenencia al mismo, lo que significa su connatural o inmanente disposición sistemática.» En PAREJO ALFONSO (1989), p. 926.

del derecho reconocido en el artículo 45 CE, hemos de acudir al resto del ordenamiento jurídico.¹⁸⁶

Una concepción amplia del medio ambiente, que incluyese también la protección de los animales, podría justificarse en el Convenio del Consejo de Europa de 21 de junio de 1993 sobre la responsabilidad civil por daños ocasionados por actividades peligrosas para el medio ambiente, que maneja una definición amplia de éste, al incluir en el mismo el aire, el agua, el suelo, la flora, la fauna, el paisaje, etc.¹⁸⁷ También podría justificarse en los antecedentes mismos del actual artículo 13 del TFUE que demostrarían que los primeros intentos para conseguir que la Unión Europea - en aquel momento CEE- incluyese medidas de protección animal era a través de las políticas ambientales. Así, el Parlamento Europeo presentó en 1991 una propuesta de resolución para que se incluyera en el Tratado de Roma, la protección de los animales como uno de los objetivos de la política de medio ambiente¹⁸⁸. Algunos años después, durante los trabajos de la Conferencia intergubernamental de 1996 y entre los cambios que se propusieron y analizaron, figuraba, por ejemplo, el impulsado por algunos Estados miembros como Austria que proponía incluir el bienestar animal como parte de la legislación medioambiental. Como señala VILLALBA, finamente se impuso el criterio de Reino Unido de anexar al tratado un protocolo que impusiera a las instituciones comunitarias la obligación jurídica de tener en cuenta el bienestar animal en el ejercicio de sus competencias¹⁸⁹.

Centrándonos en el Derecho interno, puede constatarse que el contenido concreto de lo que debe entenderse por medio ambiente se ha ido modulando y ha ido variando a lo largo del tiempo. Tras la Constitución, la primera ley estatal que reguló la fauna silvestre fue la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de

¹⁸⁶ Nos referimos, en particular, a la STC 102/1995, de 26 de junio (FJ 5).

¹⁸⁷ Véase PÉREZ MONGUIÓ (2005), pp. 222-223.

¹⁸⁸ Se trata de la Propuesta de resolución sobre la inclusión de la protección de los animales en el Tratado de Roma. B3-0253/91. Puede leerse un interesante resumen sobre estos antecedentes en VILLALBA (2015) pp. 22 y ss.

¹⁸⁹ Véase VILLALBA, op. cit., p. 24.

Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna silvestres¹⁹⁰, que derogó la Ley de 2 de mayo de 1975, de espacios naturales protegidos. En la Ley 4/1989 está presente, de forma clara, una orientación ecológica que va más allá de la perspectiva antropocéntrica que pudiera estar presente en un primer concepto que se manejase sobre protección del medio ambiente. A su vez, la Ley 4/1989 ha sido sustituida por la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad¹⁹¹, que reconoce en su preámbulo que la conservación y uso sostenible del patrimonio natural y la biodiversidad es parte del deber de garantizar los derechos de las personas a un medio ambiente adecuado para su bienestar, salud y desarrollo. Esta Ley señala como principios inspiradores de la utilización del patrimonio natural, la prevalencia de la protección ambiental sobre la ordenación territorial y urbanística, y el principio de precaución en las intervenciones que puedan afectar a especies silvestres. Es más, afirma que el patrimonio natural y la biodiversidad desempeñan una función social relevante por su estrecha vinculación con la salud y el bienestar de las personas y por su aportación al desarrollo social y económico, por lo que las actividades encaminadas a la consecución de sus fines podrán ser declaradas de utilidad pública o interés social, a todos los efectos, y, en particular, a los efectos expropiatorios respecto de los bienes o derechos que pudieran resultar afectados.

¹⁹⁰ Esta norma fue aprobada con el objetivo de adaptar la regulación de los espacios naturales protegidos a la Constitución y, en particular, al reparto competencial del Título VIII y, por otro, con el objetivo de adaptar nuestro ordenamiento a las exigencias derivadas de la ratificación del Convenio de Berna y para la transposición de la Directiva 79/409/CEE, de aves salvajes. Véase NIETO GARRIDO (2001), p. 125.

¹⁹¹ Desarrollada por el Real Decreto 139/2011, de 4 de febrero, que aprueba el Catálogo español de especies amenazadas. De acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 53 de la Ley 42/2007, se incluyen en el ámbito de aplicación de este reglamento, las especies, subespecies y poblaciones merecedoras de una atención y protección particular en función de su valor científico, ecológico, cultural, singularidad, rareza o grado de amenaza, así como aquellas que figuran como protegidas en los anexos de las directivas y los convenios internacionales ratificados por España. El Listado y el Catálogo son registros públicos de carácter administrativo y de ámbito estatal, cuya custodia y mantenimiento dependen administrativamente del Ministerio de Medio Ambiente. La información contenida en el registro del Listado y del Catálogo es pública y el acceso a ella se regula según lo dispuesto en la Ley 27/2006, de 18 de julio. La Ley 42/2007 incluye ocho anexos que incorporan los contenidos en la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres, y en la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, actualizados. La Directiva 92/43/CEE ha sido modificada por la Directiva 2013/17/UE del Consejo, de 13 de mayo de 2013. La transposición al ordenamiento español de estas últimas previsiones en materia de medio ambiente se ha realizado a través del RD 1015/2013, de 20 de diciembre, por el que se modifican los anexos I, II y V de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre.

El artículo 4 de la Ley 42/2007, en la redacción dada por la Ley 33/2015, de 21 de septiembre, establece que las obras necesarias para la conservación y restauración de los espacios protegidos, para la conservación de especies amenazadas, o para la conservación de hábitats en peligro de desaparición, puedan ser declaradas de interés general del Estado. Se equipara, pues, el tratamiento de las obras de conservación y restauración de los espacios de la Red Natura 2000 y de las especies amenazadas, a las obras que ejecuta el Estado en otros ámbitos como, pongamos por caso, el dominio público marítimo terrestre.

Vemos, pues, que se ha producido una evolución y que la configuración del medio ambiente en el año 1989 no responde a los mismos criterios o parámetros que en 2015 con la última modificación de la Ley 42/2007.

La STC 177/2016, de 20 de octubre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley del Parlamento de Cataluña 28/2010, de 3 de agosto, de modificación del artículo 6 del Texto Refundido de la Ley de Protección de los Animales, a la que ya nos hemos referido en otro momento,¹⁹² nos interesa de nuevo para referirnos al voto particular formulado por el Magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos. Dicho magistrado señaló que: «La protección de los animales no aparece reconocida con sustantividad propia en la Constitución. Ahora bien, en el contexto internacional se pone de manifiesto el profundo significado e incipiente avance que tiene dentro del nuevo paradigma de relación de los seres humanos con su entorno, el respeto debido al resto de seres sensibles con el que debe compartirlo. De manera constante va incorporándose la protección de los animales como un interés constitucional (así, por ejemplo, y solo en el ámbito europeo, cabe citar la reforma del art. 20.a) de la Constitución alemana en 2002; y del art. 11 bis de la

¹⁹² La Ley 28/2010, según reconoce la propia sentencia del Tribunal Constitucional, mencionaba numerosos títulos competenciales invocando las competencias exclusivas de la Generalitat en materia de «protección de los animales» [art. 116.1 d) EAC]; «juego y espectáculos» (art. 141.3 EAC); «medio ambiente, espacios naturales y meteorología» (art. 144 EAC) y «desarrollo y aplicación del derecho de la Unión Europea» (art. 189 EAC), así como los principios rectores en materia de «educación, cultura e investigación» y «medio ambiente, desarrollo sostenible y equilibrio territorial». (FJ 3). El Tribunal Constitucional no tuvo en cuenta que la Generalitat de Cataluña había actuado en ejercicio de sus competencias en materia de espectáculos públicos y de protección de los animales; sencillamente consideró que, en la medida que dicha prohibición conculcaba las competencias estatales, era inconstitucional.

Constitución de Luxemburgo en 2007). (...) En ese sentido, la norma controvertida, al tener como objeto reducir los supuestos de utilización de animales en espectáculos cruentos, representa en lo sustantivo, desde este específico punto de vista, un progreso en las medidas de protección de los animales alineada con la demanda de una sociedad avanzada».

Queremos resaltar la afirmación realizada en el voto particular sobre el nuevo paradigma de relación de los seres humanos con su entorno, porque en él está presente la protección animal. Aun si se mantiene un concepto preponderantemente antropocéntrico del medio ambiente, sería posible integrar en él la protección animal en el entendimiento de que en la relación de los seres humanos con su entorno vital se incluye, porque así lo requiere una nueva sensibilidad social, la protección o el bienestar animal.

3. El bienestar animal en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y a partir de él

Antes de seguir avanzando consideramos necesario realizar una precisión terminológica que, hasta el momento, hemos dejado pasar de lado. Nos hemos referido de un modo indistinto, a los términos protección y bienestar, limitándonos a puntualizar en alguna ocasión que no tienen el mismo significado¹⁹³. Uno y otro término designan realidades diferentes y, aunque a veces los utilicemos como sinónimos, no lo son¹⁹⁴. Mientras la protección animal supone situarnos en una concepción clásica del animal como elemento físico y, por tanto, las disposiciones orientadas a su protección, únicamente son tendentes a evitar el maltrato corporal y a velar por la satisfacción de sus

¹⁹³ En otro momento de este trabajo hemos hecho referencia a la evolución de las normas de nuestro ordenamiento jurídico en los siglos XIX y XX. Decíamos que su objeto era la protección animal y que no sería hasta finales del siglo XX cuando se introduciría el término *bienestar animal*. En ocasiones, informes y estudios elaborados por institutos científicos o entidades que han colaborado con instituciones comunitarias han utilizado los términos *animal welfare*, términos que, incomprensiblemente, han sido traducidos al español como *protección animal*. Sobre esta cuestión, véase VILLALBA (2015), p. 53.

¹⁹⁴ Creemos necesario advertir que, en este trabajo distinguiremos entre uno y otro cuando sea necesario a la vista de la cuestión que en cada caso se trate y en función de si es preciso incorporar la necesaria precisión terminológica. Por el contrario, si no es necesario determinado grado de precisión los utilizaremos como sinónimos, en particular, cuando hagamos referencia a la protección animal, en general, como valor o principio. En este caso, si se defiende, por poner un ejemplo, que la protección animal está presente en nuestra Constitución, entenderemos que también nos estamos refiriendo al bienestar animal.

necesidades estrictamente alimenticias e higiénicas, el bienestar animal supone un paso más allá. Comporta tener en cuenta no solo las necesidades físicas del animal sino sus necesidades psicológicas. Como dice el profesor PÉREZ MONGUIÓ, «el bienestar es un estado de armonía con el medio ambiente en el que vive el animal. Esta armonía está condicionada por múltiples aspectos que van desde la especie, la raza, el individuo, las condiciones ambientales e higiénicas, el descanso o la actividad desempeñada. El bienestar está íntimamente vinculado con la capacidad de adaptación del animal a las condiciones de vida impuestas; solo en la medida en que sea capaz de adaptarse a las mismas, se podrá decir que el animal goza de bienestar. (...) La cuantificación del bienestar animal no se realiza o se determina exclusivamente en base a parámetros de "cantidad de vida" sino que la "calidad de vida" cobra una especial connotación».¹⁹⁵

Las primeras normas en las que se aprecia este cambio de paradigma en el trato y consideración de los animales las encontramos en una serie de convenios internacionales de finales de los años 60 y mediados de los 80 del siglo XX. Se trata de convenios cuyo objeto era la protección de los animales en el transporte, en las explotaciones ganaderas, en la experimentación, en el momento de su sacrificio y, también, en el caso de los animales de compañía. Nos referimos al Convenio para la protección de los animales en el transporte internacional, hecho en París el 13 de diciembre de 1968¹⁹⁶, al Convenio para la protección de los animales en explotaciones ganaderas, hecho en Estrasburgo el 10 de marzo de 1976¹⁹⁷, al Convenio para la protección de los animales en el momento de sacrificio, hecho en Estrasburgo el 10 de mayo de 1979¹⁹⁸, al Convenio para la protección de animales vertebrados empleados para experimentación y otros fines científicos, hecho en Estrasburgo el 18 de

¹⁹⁵ En las pp. 6-7 de PÉREZ MONGUIÓ (2015).

¹⁹⁶ En vigor desde el 3 de febrero de 1975, BOE núm. 266, de 6 de julio de 1975.

¹⁹⁷ En vigor desde el 6 de noviembre de 1988, BOE núm. 259 de 28 de octubre de 1988.

¹⁹⁸ No ha sido ratificado por España.

marzo de 1986¹⁹⁹ y, finalmente, al Convenio para la protección de los animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987²⁰⁰.

Por supuesto, el bienestar animal también está presente en los tratados constitutivos de la Unión Europea. El artículo 13 del TFUE, al que ya hemos tenido ocasión de referirnos, residenciado en el título dedicado a las disposiciones generales, introduce este concepto.

Vamos a examinar ahora cuándo surge el interés por introducir el bienestar animal en el marco normativo de la Unión y si la regulación que finalmente ha cristalizado en el mencionado artículo 13 del TFUE tiene alguna trascendencia a los efectos de considerar, en nuestro país, la protección de los animales o su bienestar como nuevo principio o bien constitucional.

3.1. La introducción del bienestar animal en el Derecho europeo

Sostienen los profesores Claire VIAL y Fabrice PICOD que, desde los orígenes mismos de la construcción europea, nada les ha sido dado a los animales sino al contrario, todo les ha sido arrebatado puesto que la Comunidad Europea fue ideada desde un punto de vista de la producción y de la productividad²⁰¹. El Tratado de Roma se refiere a los animales únicamente a los efectos de la política agrícola común, como mercancías o productos, y omite cualquier mención a los animales silvestres. Será en los años 70 del siglo XX cuando la CEE, al mismo tiempo que el Consejo de Europa²⁰², comience a preocuparse por los animales desde el punto de vista de su protección, a través de dos

¹⁹⁹ En vigor desde el 1 de enero de 1991, BOE núm. 256 de 25 de octubre de 1990.

²⁰⁰ En vigor para España el 1 de febrero de 2018, BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2017.

²⁰¹ Se remiten estos autores, para probar la veracidad de dicha afirmación, al texto de la Declaración de 9 de mayo de 1950. En VIAL y PICOD (2017), p. 9.

²⁰² En la Recomendación 287 relativa a los transportes internacionales de animales, adoptada el 22 de septiembre de 1961 por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa se afirmó ya que el trato humano a los animales constituye una de las características de la civilización occidental a pesar de que los Estados miembros del Consejo de Europa no observen siempre las normas necesarias. La Asamblea recomendó al Comité de ministros elaborar un convenio relativo a la reglamentación de los transportes internacionales de animales. El Convenio Europeo sobre la protección de los animales en el transporte internacional de 13 de diciembre de 1968 hace referencia al *bienestar animal*. Asimismo, será la Directiva 77/489/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1977, relativa a la protección de los animales durante el transporte, la que utilizará por primera vez el concepto de *bienestar animal*. Véase al respecto, DUBOS (2017), p. 14.

directivas: la Directiva 74/577/CEE del Consejo, de 18 de noviembre de 1974, relativa al aturdimiento de los animales en el momento del sacrificio; y la Directiva 77/489/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1977, relativa a la protección de los animales durante el transporte. En cuanto a los animales silvestres, debemos mencionar la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres²⁰³.

En 1983, el Parlamento Europeo aprobó un Informe sobre el borrador preliminar del Tratado que establece la Unión Europea, conocido como Informe *Spinelli* que proponía implantar dentro de la política medioambiental que «la Unión tomara medidas diseñadas para mantener la protección animal». No obstante, dicho informe no se tradujo en cambio alguno en el Tratado de Roma de 1957 cuya única referencia a la consideración del bienestar animal -en la acepción amplia del término- podía encontrarse en el artículo 36 que disponía que los Estados miembros podían establecer medidas que restringieran la importación o exportación de mercancías si ello era para proteger la salud y la vida de los animales²⁰⁴.

También en 1983 pero en relación al transporte de animales, se llevaron a cabo una serie de discusiones en el Parlamento Europeo que condujeron a la aprobación, dos años después, de una resolución en la que se solicitaba al Consejo restringir el transporte de caballos y que se estableciera un número de horas máximas de viaje, o que se limitase el transporte por carretera a 500 km de distancia, en el caso de los caballos que iban a ser sacrificados.

En cuanto a los animales de granja, el punto de partida en la preocupación por su bienestar podemos situarlo en el trabajo realizado por el europarlamentario británico Sr. Simmonds que culminó en 1987 cuando el Parlamento Europeo aprobó una resolución sobre la política relativa al bienestar de los animales. Esta resolución planteó los problemas específicos de la cría intensiva de

²⁰³ Como señalan los profesores Claire VIAL y Fabrice PICOD, la protección de los animales (excepto los salvajes) estará intrínsecamente ligada a las bases jurídicas del mercado interior y de la agricultura. Véase VIAL y PICOD, op. cit., p. 9.

²⁰⁴ Encontramos un interesante resumen de estos antecedentes en VILLALBA (2015), p.23.

terneros, el transporte de los animales de granja, la cría de cerdos y la explotación de las gallinas ponedoras²⁰⁵.

Algunos años después, en 1991, el Parlamento Europeo presentó una propuesta de resolución para la inclusión de la protección de los animales en el Tratado de Roma como uno de los objetivos de la política de medio ambiente y, también, como uno de los aspectos que debían de tenerse en cuenta en la política agraria común²⁰⁶.

En 1992, el Tratado de Maastricht acabó incluyendo, por vez primera, a través de una declaración anexa al Tratado, el bienestar animal. Concretamente, se trataba de la Declaración 24 relativa a la protección de los animales que se pronunciaba en los términos siguientes: «La conferencia invita al Parlamento Europeo, al Consejo, a la Comisión, así como a los Estados miembros, a tener plenamente en cuenta, al elaborar y aplicar la legislación comunitaria en los ámbitos de la política agrícola común, de los transportes, del mercado interior y de la investigación, las exigencias en materia de bienestar de los animales».

El 21 de enero de 1994, el Parlamento Europeo aprobó la Resolución sobre el bienestar y el estatuto de los animales en la Comunidad²⁰⁷. Dicha Resolución solicitaba a la Comunidad que «proveyese, tras la Unión, una nueva modificación de los Tratados a fin de que los animales sean considerados como seres sensibles y que, en consecuencia, su bienestar y su protección jurídica sean incluidos entre los objetivos de la política en materia de medio ambiente, tal como lo prevé el artículo 130R del Tratado CE». La Resolución contenía una serie de peticiones como, por ejemplo, que se evitase la utilización del término «productos» para referirse a los animales, que se articulasen medidas para desalentar la alimentación forzada de animales o que se solicitase a los medios de comunicación que evitasen la emisión de escenas contrarias a la dignidad de los animales, entre otras.

²⁰⁵ Nuevamente, en VILLALBA, op. cit., pp. 30-31.

²⁰⁶ Como sostiene el profesor Olivier DUBOS, la consideración del bienestar animal en la Unión Europea dista mucho de ser una revolución copernicana, como mucho se trata de una mutación de la política agrícola común, al igual que la protección del medio ambiente o la seguridad alimentaria. En DUBOS (2017), p. 15.

²⁰⁷ Resolución de 21 de enero de 1994 sobre el bienestar y el estatuto de los animales en la Comunidad. DO C 44 de 14.02.1994, pág. 206.

Posteriormente, en 1996, el Parlamento Europeo, en su Resolución sobre la convocatoria de la Conferencia intergubernamental establecida para la reforma de los Tratados²⁰⁸, señaló que «el aspecto del bienestar de los animales, debido al interés enorme que reviste para los ciudadanos europeos, ha de reforzarse e incluirse como un nuevo título, XVI B / Art. 130 T en el Tratado CE». Varios Estados miembros presentaron diversas propuestas y finalmente acabó prosperando la postura de Gran Bretaña consistente en anexas un protocolo al Tratado que impusiera a las instituciones comunitarias una obligación jurídica formal de tener en cuenta el bienestar de los animales en el ejercicio de sus competencias en materia de agricultura, transporte, investigación y mercado único. Así, se introdujo en el Tratado de Ámsterdam (1997)²⁰⁹ el Protocolo sobre la protección y el bienestar de los animales, que establecía lo siguiente:

«Las altas partes contratantes

Deseando garantizar una mayor protección y un mayor respeto del bienestar de los animales como seres sensibles

Han convenido en la disposición siguiente, que se incorporará como anexo al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea:

Al formular y aplicar las políticas comunitarias en materia de agricultura, transporte, mercado interior e investigación, la Comunidad y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales, respetando al mismo tiempo las disposiciones

²⁰⁸ Resolución de 13.3.1996 que contiene (i) el dictamen del Parlamento sobre la convocatoria de la Conferencia Intergubernamental y (ii) la evaluación de los trabajos del Grupo de Reflexión y la definición de las prioridades políticas del Parlamento Europeo con vistas a la Conferencia Intergubernamental (DO C 96 de 1.4.1996, p. 77).

Véase en: http://www.europarl.europa.eu/pdf/reformes_des_traites/amsterdam/A4-0068-96_es.pdf. (Última consulta realizada: 8/07/2017).

²⁰⁹ Se reconocía así, en el Tratado de Ámsterdam, la condición de seres sensibles de los animales. Sostiene el profesor DUBOS que el reconocimiento de dicha condición saca a la luz la paradoja del estatuto jurídico actual del animal en la Unión Europea, puesto que, por un lado es reconocido como ser sensible pero, por otro, es tratado como una simple mercancía. En DUBOS (2017), p. 15.

legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional»²¹⁰.

Actualmente, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, suscrito en Lisboa el 13 de diciembre de 2009 y aplicable desde el 1 de diciembre de 2009, ha introducido en el título relativo a las disposiciones de aplicación general el artículo 13 con el texto siguiente:

«Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional».

El hecho de que este redactado forme parte ahora del texto del Tratado y no se ubique en un protocolo anexo parece no tener relevancia práctica pues tanto la Comisión Europea como el Parlamento han dejado claro desde un inicio que el bienestar animal no es un objetivo de los Tratados ni constituye una base jurídica para el legislador de la Unión²¹¹. Creemos, no obstante, que sí la tiene como intentaremos demostrar seguidamente.

²¹⁰ Esta misma obligación fue incorporada al artículo III-121 de la Constitución Europea de 2004 que establecía, en el título relativo a las disposiciones de aplicación general a las políticas y funcionamiento de la Unión, lo siguiente: «Cuando definan y ejecuten la política de la Unión en los ámbitos de la agricultura, la pesca, los transportes, el mercado interior, la investigación, y el desarrollo tecnológico y el espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias del bienestar de los animales como seres sensibles, al tiempo que respetarán las disposiciones legales o administrativas y los usos de los Estados miembros, en particular por lo que respecta a los ritos religiosos, las tradiciones culturales y los patrimonios regionales».

²¹¹ En principio cabía considerar que los protocolos anexos a los tratados, tenían el mismo valor que los propios artículos de los tratados. Así lo estableció el artículo 239 del Tratado de Ámsterdam. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 12/07/2001, C-189/01, asunto *Jippes*, afirmó lo contrario al sostener que el hecho de que el bienestar animal estuviera en un Protocolo y no en el texto articulado del Tratado era esencial para no atribuirle valor relevante. Véase, E. ALONSO GARCÍA (2015), p. 27.

3.2. El rango del artículo 13 TFUE: el bienestar animal como bien constitucional a partir del TFUE

El artículo 13 TFUE procede de una Declaración aneja al Tratado de Maastricht de 1992 -entonces, con nulo valor jurídico- que posteriormente se convirtió en el Protocolo núm. 33 del Tratado de Ámsterdam de 1997. Con anterioridad a dicha Declaración, el Tribunal de Justicia ya había admitido en la Sentencia dictada el 23 de febrero de 1988 en el asunto C-131/1986, Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte contra el Consejo de las Comunidades Europeas que, en el ámbito de la política agrícola no podía dejar de tenerse en cuenta la protección de la salud y vida de los animales²¹².

Aunque muy similar, el texto del actual artículo 13 TFUE no es exactamente coincidente con el del Protocolo del Tratado de Ámsterdam puesto que se añadieron las políticas de pesca, de desarrollo tecnológico y espacial. Además, se incluyó el carácter de seres sensibles en la parte dispositiva ya que, en el Protocolo, esta mención figuraba en el preámbulo y, por tanto, no en su parte normativa.

Se ha señalado que el bienestar animal no es un valor en el sentido del artículo 2 del TUE²¹³ y el Tribunal de Justicia se encargó de precisar que no es un principio general del Derecho Comunitario²¹⁴ ni un objetivo general de la Unión.

²¹² La introducción de este apartado parte, fundamentalmente, de la obra de E. ALONSO GARCÍA, quien ha dedicado extensas páginas a abordar el estudio del rango y eficacia del artículo 13 TFUE. En particular y como resumen de dicha obra véase E. ALONSO GARCÍA, (2015).

²¹³ El profesor Olivier DUBOS sostiene que es un indicador de la axiología europea. En DUBOS (2017), p. 14. El artículo 2 del TUE dispone que: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres». Aunque el bienestar animal no se incluye expresamente en dicho artículo 2, señala el profesor Patrick MEUNIER que una regla imperativa como la prevista en el artículo 13 TFUE no puede entenderse si no persigue, justamente, proteger un valor. Véase MEUNIER (2015), p. 791.

²¹⁴ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12/7/2001, en el asunto C-189/01, H. Jippes y otros contra *Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia señaló que el bienestar animal ni representaba un objetivo de la Unión ni podía constituir un principio general de Derecho Comunitario.

Sin embargo, podemos decir con MAUBERNARD que dicha jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea habría sido hoy superada a tenor de las disposiciones de determinados reglamentos y directivas. Por ejemplo, el Reglamento (CE) núm. 178/2002 del Parlamento y del Consejo, de 28 de enero de 2002, establece los principios generales de la legislación alimentaria. El bienestar animal ha sido aquí elevado al rango de objetivo general de la legislación alimentaria europea. Este objetivo -el bienestar animal- se impone tanto respecto de los animales que se exportan desde la Unión Europea como respecto de los que se importan desde terceros Estados. El Reglamento (UE) núm. 2016/429 del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativo a las enfermedades transmisibles de los animales y por el que se modifican o derogan algunos actos en materia de sanidad animal establece en su párrafo séptimo que «el presente Reglamento no contiene disposiciones que regulen el bienestar animal. No obstante, la salud y el bienestar de los animales están relacionados: una mejora de la salud animal fomenta la mejora del bienestar animal y viceversa. Cuando se lleven a cabo medidas de prevención y control de enfermedades de acuerdo con el presente Reglamento, deberá considerarse su efecto sobre el bienestar animal, entendido a la luz del artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), con el objeto de evitar a los animales en cuestión todo dolor, inquietud y sufrimiento evitables». Y el párrafo undécimo dispone: «al establecer dichas disposiciones en materia de sanidad animal, es fundamental que se tenga en cuenta los vínculos entre salud pública y salud animal, el entorno, la inocuidad de los piensos y alimentos, el bienestar de los animales y la seguridad alimentaria, así como los aspectos económico, social y cultural»²¹⁵.

En nuestra doctrina, sostiene el profesor E. ALONSO GARCÍA, que el artículo 13 del TFUE es una norma de rango constitucional pues forma parte del articulado de uno de los Tratados constitutivos de la Unión Europea. Significa esto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea podría anular una disposición de Derecho derivado por ser contraria a dicho artículo. Significa, también, que cualquier norma comunitaria dictada en los llamados «campos

²¹⁵ Sobre estos y otros ejemplos de normativa comunitaria en que el bienestar animal se configura como objetivo general, puede leerse MAUBERNARD (2017), pp. 37-39.

relevantes» a que se refiere el precepto, así como cualquier norma de Derecho interno, debe tener en cuenta la consideración de los animales como seres sensibles y, por tanto, su bienestar. En todo caso, el artículo 13 no impone una obligación a la Unión Europea de asegurar el bienestar animal sino de evitar que normas que se dicten y que puedan afectar a dicho bienestar, lo desconozcan. Es una disposición de aplicación general porque la Unión Europea no puede promulgar normas cuyo objeto sea directamente el bienestar animal sino que será en los citados campos relevantes cuando deberá tenerse en cuenta el bienestar animal. Digámoslo de otra manera: el artículo 13 no significa que los animales vayan a dejar de ser objeto de tráfico jurídico, sino sencillamente, que cuando sean objeto de dicho tráfico deberá tenerse en cuenta su naturaleza de seres sentientes²¹⁶.

Por otro lado, el artículo 13 TFUE no solamente es una norma sino, también, un principio general del Derecho. Concretamente, el profesor ENRIQUE ALONSO GARCÍA señala que «el artículo 13 TFUE es también un principio general del Derecho de rango constitucional, de reconocimiento, como valor, del bienestar de los animales como seres sentientes-sensibles»²¹⁷. Únicamente se situarían como límites del principio, además del derivado de las materias a las que afecta, el previsto en su inciso final y que implica que el bienestar animal podrá decaer en caso de conflicto con las disposiciones internas o las costumbres de los Estados, relativas a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional.

Como destaca el mismo autor, es significativo que entre los campos relevantes no figure la política ambiental ni la política comercial con terceros Estados. El olvido parece que fue deliberado pues expresamente los Estados miembros debían de conocerlo si, al trasladar el Protocolo núm. 33 al Tratado de Lisboa, introdujeron expresamente otras políticas que no estaban previstas en el texto inicial, como son la espacial, la de desarrollo tecnológico y la de pesca, y, en cambio, omitieron toda referencia a la política ambiental. Dicha omisión podría

²¹⁶ Véase E. ALONSO GARCÍA (2015), p. 31.

²¹⁷ En E. ALONSO GARCÍA, op. cit., p. 39.

significar que, en caso de conflicto con las políticas ambientales, no prevalecería el bienestar animal sobre éstas²¹⁸.

Ya hemos visto que no hay ningún precepto en nuestra Constitución que expresamente mencione la protección o el bienestar de los animales. A pesar de ello, cabe que nos preguntemos si sería posible considerar el bienestar animal como un bien constitucional por la vía de la integración del derecho europeo. De hecho, la entrada de España en la Comunidad Económica Europea (hoy, Unión Europea) el 1 de enero de 1986 tuvo como consecuencia la obligación de transponer al Derecho interno las directivas que se habían ido aprobando, entre ellas, aquellas que contenían disposiciones en materia de bienestar animal.

Como acabamos de ver, el profesor E. ALONSO GARCÍA sostiene que el artículo 13 del TFUE consagra hoy la consideración de los animales como seres sensibles-sentientes y constituye un principio general del Derecho de reconocimiento, como valor, del bienestar de los animales en tanto que seres sensibles-sentientes. Cabría considerar que, por la vía de los artículos 10.2 y 93 CE, el bienestar de los animales como seres dotados de sensibilidad pasaría a integrarse en nuestro ordenamiento jurídico. El bienestar de los animales constituiría un principio general del Derecho español de rango constitucional. Este posicionamiento -aceptar por la vía indirecta de la integración del Derecho europeo, que el principio de bienestar animal recogido en el artículo 13 TFUE pasaría a ser un principio de rango constitucional- vendría avalado por el propio texto de la CE que, de hecho, prohíbe expresamente una interpretación cerrada y autosuficiente de su contenido. Por el contrario, ordena acoger principios y normas ajenas al ordenamiento interno.

Según el Consejo de Estado, el artículo 13 del TFUE constituye un principio cuasiconstitucional europeo. Así consta en el Dictamen núm. 2545/2004, de 14 de octubre de 2004, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se modificaba el Real Decreto 1599/1997, de 17 de octubre, sobre productos cosméticos. En aquella ocasión, el Consejo de Estado dictaminó que, en la tramitación del proyecto de reglamento, se había dado audiencia a una

²¹⁸ Así lo apunta el profesor E. ALONSO GARCÍA, op. cit., p.37.

multiplicidad de organizaciones y asociaciones, pero no a aquellas que representaban los intereses que la norma pretendía regular. El objeto del proyecto de reglamento era proporcionar una protección óptima a los animales utilizados para ensayar cosméticos hasta que se aplicase la prohibición de experimentar en animales para elaborar productos cosméticos y/o para comercializarlos, en todo el Espacio Económico Europeo. El Consejo de Estado se pronunció en estos términos: «En suma, estamos en uno de los campos donde se está implantando el principio cuasiconstitucional europeo que estipula que la Comunidad y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales al aplicar las políticas comunitarias y, en particular, en el ámbito del mercado interior. Este principio fue reconocido con ese rango por primera vez en el Acta Final del Tratado de Maastricht y fue posteriormente incorporado como Protocolo específico, el denominado Protocolo sobre la Protección y el Bienestar de los Animales, del Tratado de Ámsterdam»²¹⁹.

Podríamos apuntar, pues, que el principio de bienestar animal es hoy un principio general del Derecho español, por la vía de la integración del principio comunitario del artículo 13 TFUE a través de los artículos 10.2 y 93 CE. Nos referimos al bienestar animal, no solamente a la protección de las especies. Por eso, las medidas dictadas para evitar sufrimiento a un animal estarían también garantizadas por nuestra Constitución. El bienestar de los animales sería un fin en sí mismo, no como medio para garantizar otro fin constitucionalmente protegido, como pueda ser la biodiversidad o la salud de las personas. Ello tendría una consecuencia muy importante y es que sería eficaz, como límite a otros fines o principios constitucionales.

²¹⁹ En la tramitación del proyecto de reglamento, no se había dado audiencia a ninguna organización ni asociación representativa de este tipo de intereses *difusos o colectivos* sino solamente a las organizaciones representativas del sector de producción y distribución de los cosméticos. El Consejo de Estado dictaminó que no podía procederse a la aprobación del proyecto de Real Decreto mientras no se completase el trámite de audiencia.

3.3. El bienestar animal como límite a otros derechos, en particular, como límite a la libertad religiosa

A modo de recapitulación, podríamos decir que lo que hasta este momento se ha expuesto permitiría justificar una interpretación amplia del artículo 45 CE que integrara el bienestar animal como uno de los contenidos posibles del medio ambiente. Fundamentalmente, porque el concepto de medio ambiente ha experimentado una evolución que exige que tengamos en cuenta, para su completa y correcta integración, el ordenamiento jurídico en su conjunto. La asunción del Derecho de la Unión Europea en nuestro ordenamiento, así como otras normas internacionales, que exigen tener en cuenta el bienestar animal en determinados ámbitos o políticas, va a implicar que dicho principio se integre también en nuestro ordenamiento. No solamente eso sino que, de hecho, el bienestar animal debería ser considerado como un fin constitucional en sí mismo, bien sea por la vía de reinterpretar el artículo 45 CE en el sentido de que ha de tener cabida en él el bienestar animal -opción que nos parece perfectamente plausible-, bien sea por la vía de considerar que forma parte directamente de nuestro texto constitucional, al integrar ex artículos 10.2 y 93 CE, el principio del artículo 13 del TFUE. Y, así, si el bienestar animal entrase en conflicto con otros principios o fines constitucionales, habría que ver en qué medida podría prevalecer o no.

Para profundizar en esta idea, nos parece de interés buscar algún supuesto en que pueda producirse colisión entre el bienestar animal y un bien constitucionalmente reconocido. Y el caso que nos parece más claro a estos efectos es el de la libertad religiosa.

La Directiva 93/119/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1993, relativa a la protección de los animales en el momento del sacrificio o matanza, que fue integrada en nuestro ordenamiento interno a través del Real Decreto 54/1995, de 20 de enero, estableció la obligación de aturdimiento previo antes del sacrificio excepto en caso de sacrificio conforme a ritos religiosos practicados en mataderos²²⁰. El artículo 13 TFUE, como ya hemos visto, obliga a los

²²⁰ Actualmente están en vigor el Reglamento (CE) núm. 1099/2009, del Consejo, de 24 de septiembre de 2009, relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza, que

Estados a tener en cuenta el bienestar animal, si bien deberán respetarse igualmente las disposiciones de los Estados relativas a ritos religiosos y tradiciones culturales. En este caso, los bienes en conflicto estarían perfectamente delimitados: la libertad religiosa²²¹ y el bienestar animal²²². Chocarían aquí las convicciones éticas y morales de parte de la sociedad y las

deroga la Directiva 93/119/CEE, y el Real Decreto 37/2014, de 24 de enero, que regula aspectos relativos a la protección de los animales en el momento de la matanza.

²²¹ El filósofo inglés A.C. GRAYLING sostiene que la religión no merece más respeto que cualquier otro punto de vista. En su obra *Contra todos los Dioses* desliza afirmaciones como las siguientes: «Ha llegado la hora de rechazar tener que andar de puntillas al pasar junto a las personas que reclaman respeto, consideración, un trato especial, o cualquier otra forma de inmunidad, por el simple hecho de tener fe religiosa, como si tener fe fuera una virtud privilegiada, como si fuera más noble creer en afirmaciones sin fundamento y en antiguas supersticiones. No lo es en absoluto» (p. 23). «Todo el mundo es libre de creer lo que quiera, siempre y cuando no moleste (no coaccione, ni mate) a los demás; pero nadie tiene derecho a reclamar privilegios por el simple hecho de ser devoto de una u otra de las muchas religiones del mundo. Y, como se deduce de este último aspecto, ha llegado la hora de exigir y aplicar un derecho para el resto de nosotros que impida la interferencia de las personas y las instituciones religiosas: el derecho de evitarnos el proselitismo y el afán de las comunidades minoritarias de imponer su propia opción moral y sus prácticas a quienes no comparten su concepción de vida» (p. 24).

Este autor considera lamentable que no se exija que las creencias religiosas sean un asunto privado y personal que se satisfaga en los hogares y que, en todo caso, se acepte en el ámbito público en las mismas condiciones que otras comunidades de interés como pueden ser los sindicatos, por ejemplo. «Ninguna comunidad religiosa, como institución, tiene más derecho a reivindicar las atenciones del resto de la sociedad que un sindicato, un partido político, una organización de voluntariado, o cualquier otra comunidad de intereses particular (pues eso es exactamente lo que son las iglesias y las comunidades religiosas: comunidades de interés particulares)». En GRAYLING (2011), pp.23-30.

Citamos a este autor, vehemente y polémico en cuanto a la formulación de su pensamiento, porque nos parece cuestionable que existan normas que impongan el aturdimiento previo al sacrificio de los animales con el fin de evitarles dolor, y que sin embargo, esa misma norma contenga una excepción fundada en razones religiosas. Cabe preguntarse, por qué razón debe tener más peso la creencia de una persona cuya religión -o determinada interpretación de su religión - parece estar en contra del aturdimiento previo que la de los defensores de los animales que buscan impedir su sufrimiento. Según GRAYLING, unas y otras creencias serían comunidades de intereses particulares pero, sin embargo, merecen mayor protección las que se amparan en la religión que las que surgen de una concreta ideología o sentimiento.

²²² La preocupación por el sacrificio de los animales se apreció ya en el Consejo de Europa con la aprobación del Convenio relativo a la protección de animales en el momento del sacrificio de 1979 o desde las instituciones de la Unión Europea con la Directiva 93/119/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1993, relativa a la protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza. El objetivo esencial de estas normas era ocasionar al animal el mínimo dolor, temor y angustia. En nuestro Estado, la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, en su artículo 6, prevé que cuando el sacrificio de los animales se realice según los ritos religiosos propios de Iglesias, Confesiones o Comunidades Religiosas inscritas en el Registro de entidades religiosas, y las obligaciones del aturdimiento sean incompatibles con las prescripciones del respectivo rito religioso, las autoridades competentes no exigirán el cumplimiento de dichas obligaciones, siempre que las prácticas no sobrepasen los límites del art. 3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa. En todo caso, el sacrificio conforme al rito religioso de que se trate deberá realizarse bajo la supervisión de un veterinario oficial y el matadero estará obligado a comunicar a la autoridad competente que se va a realizar este tipo de sacrificios para ser registrado.

creencias de algunas comunidades religiosas para las cuales el sacrificio de los animales destinados al consumo humano, debe hacerse sin aturdimiento previo²²³.

El profesor DOMÉNECH PASCUAL sostiene que cualquier limitación que se imponga a la libertad de realizar sacrificios exigidos por creencias religiosas supone una restricción del derecho fundamental que se reconoce en el artículo 16 CE. Este derecho «comprendería la libertad de utilizar animales según lo exigido, por mandatos, creencias o convicciones de tipo religioso, por más sufrimiento que ello pueda ocasionarles»²²⁴. Sin ambages debemos decir que no nos parece exacta esta categórica afirmación.

Como es sabido, ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto sino que tiene su concreto ámbito y está afectado por limitaciones²²⁵. Por tanto, no

²²³ Las principales religiones concernidas son la judía y la musulmana. Según la religión judía, los animales, antes del sacrificio, deben estar vivos, sanos y no han debido de sufrir heridas. Algunas personas de esta religión no aceptan el aturdimiento porque su definición de animal sano exige que el animal se mueva. Aun así, no todas las comunidades judías adoptan el mismo planteamiento. Hay corrientes que son partidarias de interpretar los viejos mandatos a la vista de las condiciones de vida actual. En el caso de la religión musulmana, los animales deben estar vivos en el momento del desangrado y podrían existir dudas de que se cumpliera dicha condición en el caso del animal aturcido. El Instituto Halal español es un departamento de Junta Islámica, una asociación religiosa islámica integrada en la Comisión Islámica de España, y que ha suscrito acuerdos de cooperación con el Gobierno español. Una de sus actividades es el desarrollo de una etiqueta de certificación de productos Halal. Este Instituto, asesorado por el Alto Consejo de Investigaciones Científicas se declara a favor del aturdimiento de los animales por dos razones: para reducir su sufrimiento y para mejorar la calidad de la carne evitando que el animal se estrese. Este Instituto ha trabajado con la Universidad de Córdoba para demostrar que el aturdimiento es reversible y que no se puede equiparar a la muerte del animal. (Información extraída de la página web de la Fundación Faada. Última consulta: 15/01/2014; www.faada.org).

²²⁴ En DOMÉNECH PASCUAL (2015), pp. 92-99.

²²⁵ A propósito de esto, nos parece oportuno recordar las palabras del profesor PAREJO ALFONSO sobre los distintos valores, principios y derechos consagrados en nuestra Constitución. Decía el profesor que «el cuadro de valores incorporado al orden constitucional no se agota en los valores superiores, principios generales y derechos fundamentales. La categoría genérica de bienes constitucionalmente protegidos engloba, desde luego, a estos valores típicos y más relevantes, pero también a cualesquiera otros consagrados o asumidos como tales por el constituyente a lo largo de la norma fundamental. Su proclamación tanto puede ser expresa como tácita. En este último caso, el bien jurídico queda perfilado por inducción o derivación a partir de la correspondiente regulación constitucional. Ejemplo de esto último es el *nasciturus*, considerado bien constitucionalmente protegido a partir del derecho a la vida por la Sentencia 53/1985, de 11 de abril. No obstante, la derivación de bienes tiene como límite su clara fundamentación constitucional, de modo que se proscriben desde luego cualquier invención interpretativa de los mismos. Estos han de "estar" claramente en la Constitución». En PAREJO ALFONSO, op. cit., pp. 973-974.

alcanzamos a comprender por qué cualquier limitación, sin apelativos, que se imponga a determinada práctica religiosa por razones de bienestar animal infringe automáticamente la libertad religiosa.

A la hora de analizar si es posible imponer una determinada restricción a la libertad religiosa por razón de bienestar animal es necesario que tengamos en cuenta, en primer lugar, cuáles son las exigencias relativas al establecimiento de límites a los derechos fundamentales según reiterada doctrina constitucional: a) debe existir una conexión entre el límite impuesto al derecho y la satisfacción de un derecho o un bien jurídico reconocido en la Constitución o un fin constitucionalmente legítimo (STC 154/2002, de 18 de julio; FJ 7); b) el límite debe cumplir con el mandato de reserva de ley o contar con la correspondiente cobertura legal (STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 8).

Desde luego, creemos que, en nuestro caso, con la prohibición de no aturdimiento previo en el caso de sacrificio según determinados ritos religiosos, existe una evidente conexión entre el límite que se impondría a la libertad religiosa y la satisfacción del bienestar animal. La cuestión es si el bienestar animal es un fin constitucionalmente legítimo o un bien jurídico reconocido en la Constitución. Como hemos visto anteriormente, el bienestar animal está incluido en tratados y normas internacionales así como en las constituciones de algunos Estados y, por supuesto, en el artículo 13 TFUE. En el considerando 4 del Reglamento (CE) núm. 1099/2009, del Consejo, de 24 de septiembre de 2009, relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza, se reconoce que el bienestar de los animales es un valor comunitario consagrado en el Protocolo núm. 33 anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. En nuestro ordenamiento interno, un sector de la doctrina considera que la protección de los animales forma parte del artículo 45 CE y, en este sentido, existen sentencias del Tribunal Constitucional que expresamente reconocen que la protección de los animales forma parte del contenido del medio ambiente (por ejemplo, la STC 102/1995, de 26 de junio).

Un interesante resumen sobre los *esfuerzos* doctrinales de diferenciación entre valores, principios y derechos fundamentales, desde el punto de vista de la Filosofía y de la teoría del Derecho lo encontramos en MUÑOZ MACHADO (2006), pp. 424 y ss.

Por otro lado, la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, que desarrolla el artículo 16 CE, establece en su artículo 3 lo siguiente: «El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática». Esto es, por razones de salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública pueden establecerse límites a la libertad religiosa. El artículo 9.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, establece que «la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

¿Podría invocarse el mantenimiento del orden público y, en particular, de la moral pública, para justificar una norma que limitase un aspecto concreto de la libertad religiosa como el que estamos analizando aquí? Si entendemos por moral pública el conjunto de valores o creencias que unen a un grupo social²²⁶ o si la definimos como elemento ético común de la vida social²²⁷, podemos entender que el bienestar animal se incluye en el conjunto de valores comunes que rigen nuestra sociedad. Dice el profesor MARTÍN-RETORTILLO que conceptos como el de salud pública o el de orden público son amplios e indeterminados que, acaso hayan dado lugar a determinados abusos pero que pueden resultar sumamente útiles y funcionales. Y añade que «a veces penetra en las sociedades la preocupación por determinados bienes jurídicos, que habrán de imponer sus exigencias. Hoy, el respeto a los animales, el evitar en lo posible tratos crueles, es preocupación de nuestras sociedades»²²⁸.

²²⁶ En ROSALES (2013), p. 138.

²²⁷ Véase la STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ.3.

²²⁸ En MARTÍN-RETORTILLO (2003), p. 237.

Creemos que sería posible regular mediante ley la prohibición de una práctica como el no aturdimiento previo al sacrificio, con el objetivo de proteger un valor ético o moral consistente en impedir sufrimientos innecesarios a un animal que va a ser sacrificado, aunque ello supusiera introducir un límite o una restricción al ejercicio de la libertad religiosa.

Solamente entenderíamos inviable esta posibilidad en el caso de que, con la introducción de tal límite, se estuviera afectando el núcleo esencial²²⁹ de la libertad religiosa (art. 53.2 CE)²³⁰. Pero creemos que prohibiendo el no aturdimiento del animal -dicho de otro modo, imponiendo el aturdimiento en todo caso- no se afectaría a la dimensión interna ni externa de la libertad religiosa. En cuanto a la primera, porque no afectaría al claustro íntimo de creencias que cada persona puede tener en su fuero interno. En cuanto a la segunda, porque la manifestación hacia fuera de sus propias convicciones y frente a terceros forzosamente tiene que respetar los límites que las leyes impongan.

Hemos llegado a esta conclusión sobre la base de la conocida Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de junio de 2000 en el caso *Cha'are Shalom Ve Tsedek / Francia*, que resolvió el conflicto planteado por

²²⁹ Sobre el contenido esencial de los derechos, la profesora LÓPEZ QUETGLAS dice: «El contenido esencial, según el Tribunal Constitucional, viene marcado en todo caso por el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales. Determinación que, desde otro ángulo metodológico no contradictorio ni incompatible con aquel, puede ser expresada como aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (Sentencia núm. 11/1981, de 8 de abril, FJ 10)». En LÓPEZ QUETGLAS (2006), pp. 355-356.

²³⁰ Tenemos en cuenta en todo caso, lo que el propio Tribunal Constitucional dejó sentado en su STC 62/1982, de 15 de octubre, en relación a la introducción de límites a la libertad de expresión fundados en razones de moral pública: «la moral pública -como elemento ético común de la vida social- es susceptible de concreciones diferentes, según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social. Lo que nos lleva a la conclusión de que la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, juridificado en cuanto es necesario un *mínimum ético* para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico (artículo 10 de la Constitución)».

una asociación ultra-ortodoxa judía frente a las autoridades francesas que le habían denegado la aprobación necesaria para acceder a mataderos y llevar a cabo determinado sacrificio ritual de animales, con el fin de obtener carne *glatt*, bajo el argumento de falta de representatividad y ausencia de carácter religioso. Dicha asociación (minoritaria) argüía que la decisión de las autoridades francesas impedía a sus adeptos consumir carne animal obtenida del modo en que sus estrictas prescripciones religiosas exigían²³¹. Esta pretensión²³² fue rechazada por el Tribunal debido a que la asociación podía abastecerse fácilmente de este tipo de carne, concretamente, en Bélgica o a

²³¹ Esta Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es prolija en cuanto a las referencias relativas a las prescripciones de la religión judía a propósito de la alimentación. En particular, se parte de la constatación de que solamente después del diluvio universal y bajo estrictas condiciones fue autorizado el consumo de carne puesto que hasta entonces la alimentación se había basado en vegetales. Autorizado el consumo de carne, estaba, sin embargo, prohibido absolutamente consumir sangre. La sangre de los animales comestibles es vida y hay que verterla sobre la tierra.

En un artículo publicado por el profesor MARTÍN-RETORTILLO con ocasión del comentario de la citada sentencia, el profesor señaló: «A partir de estas creencias, que adquieren tono preceptivo, se va a llegar a una importante serie de consecuencias. Aunque habrá que tener en cuenta dos líneas de evolución de significado contradictorio. Es así como nos encontramos con diversas especialidades a la hora de matar los animales comestibles, que deberán ser animales sanos; prohibido el consumo de animales enfermos o con defectos, o que hayan muerto de muerte natural o por otros animales. Así describe la sentencia alguna de las exigencias: "Al defender la religión judía el menor consumo de carne posible, los animales deben, tras una bendición, ser degollados y más concretamente sacrificados de una sola cuchillada con un cuchillo extremadamente afilado con el fin de asegurar un corte inmediato, claro y profundo..." (p.18). A continuación, el animal debe ser examinado para comprobar si tuviera cualquier enfermedad o anomalía, lo que haría que la carne fuera desechable. Y, hasta la venta, la carne debe estar controlada y vigilada. Es así como cobra especial significado la figura del matarife. (...) Así, la autoridad religiosa certifica que se trata de carne sacrificada según las prescripciones de la ley judía, kosher (...), certificado que da lugar al cobro del llamado "impuesto de sacrificio o impuesto rabínico" (p.19), que ocupa un lugar destacado en la financiación de la religión judía, y que, al parecer, tendría mucho que ver con el conflicto a que se refiere la sentencia ahora comentada». En las pp. 227-228 de MARTÍN-RETORTILLO (2003).

²³² Para facilitar la comprensión de cuanto se dice, es preciso hacer referencia a que en Francia existía una Comisión rabínica intercomunitaria dependiente de la Asociación Consistorial Israelita de París (ACIP), que actuaba como interlocutora con el Estado francés, y que había obtenido autorización el 1 de julio de 1982 para poder habilitar matarifes que sacrificasen animales para obtener carne conforme a sus prescripciones religiosas. La asociación demandante -Asociación Cha'are Shalom Ve Tsedek, consideró que la ACIP no estaba procediendo en la forma exigible y decidió prescindir del "amparo" que le daba actuar bajo la autorización concedida a esta organización unitaria y solicitar ella autorización para practicar sus propios sacrificios. Denegada la autorización por el Estado francés, basó su petición ante el TEDH en un doble argumento: por un lado, consideró que se cercenaba su derecho a la libertad religiosa dado que los sacrificios que practicaban los matarifes de la ACIP no cumplían con las exigencias estrictas de la religión judía y dado que no se permitía a sus propios matarifes actuar; por otro lado, se utilizó el argumento de la infracción del principio de igualdad, ya que se había concedido autorización a la organización unitaria y, en cambio, no a esta asociación.

través de las carnicerías de la Asociación Consistorial Israelita de País (ACIP), asociación mayoritaria que sí disponía de la pertinente autorización. En primer lugar, el Tribunal reconoció que el consumo de carne de animales sacrificados conforme a determinado rito religioso forma parte de la libertad de religión²³³ y que dicha libertad solo se limitaría si le fuera imposible a ese determinado grupo religioso conseguir la carne según sus creencias. O sea, en este caso, la actuación del Estado francés no era contraria a la libertad religiosa dado que los adeptos de esta asociación minoritaria podían conseguir la carne²³⁴. Pero, en segundo lugar, para dejar zanjados todos los temas que habían sido planteados, el Tribunal, en referencia a los argumentos utilizados por el Gobierno francés, añadió que aunque se considerase que la decisión de no

²³³ Véase, asimismo, la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) el 29 de mayo de 2018, en el asunto C-426/16, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organsaties Provincie Antwerpen VZW y otros/ Vlaams Gewest*. En esta sentencia, el TJUE señala que el sacrificio ritual está comprendido en el concepto de «rito religioso» en el sentido del Reglamento (CE) núm. 1099/2009 del Consejo, de 24 de septiembre de 2009, relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza y que, por tanto, también lo está en el ámbito de aplicación de la libertad religiosa garantizada por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El caso enjuiciado era el siguiente: en 2014, el ministro regional flamenco competente en materia de bienestar animal anunció que dejaría de conceder autorizaciones para implantar mataderos provisionales (al parecer, necesarios, por cuanto, en la Fiesta del Sacrificio, los mataderos autorizados no eran suficientes para atender la demanda de musulmanes que pretendían sacrificar sin aturdimiento, los animales), debido a que dichas autorizaciones contravenían el Derecho de la Unión, en especial, el citado Reglamento de 2009. Esto suponía que todos los sacrificios debían de llevarse a cabo en los mataderos autorizados y que, por tanto, no existirían mataderos provisionales. Varias asociaciones musulmanas entablaron las correspondientes acciones judiciales dirigidas a impugnar la validez de determinadas disposiciones del referido Reglamento. El Tribunal de Primera Instancia de Bruselas decidió plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El TJUE vino a decir que la obligación de llevar a cabo el sacrificio en un matadero autorizado solo persigue organizar, desde un punto de vista técnico, el libre ejercicio del sacrificio y no implica, por sí mismo, una limitación del derecho a la libertad religiosa. Añadió que el legislador de la Unión concilió el respeto de métodos específicos de sacrificio según determinados ritos religiosos, con las normas de la Unión sobre bienestar animal. A los efectos de la validez del Reglamento no es relevante un hecho puntual como puede ser la falta de suficientes mataderos en un momento concreto en una región concreta de Europa. La validez de un acto de la Unión debe examinarse de acuerdo con los elementos de hecho y de Derecho existentes en la fecha en que se adoptó el acto, sin que pueda depender de las circunstancias concurrentes en cada momento y lugar.

²³⁴ LAFONT NICUESA se alinea con la posición del voto minoritario de la Sentencia y señala que «las alternativas propuestas consistentes en la importación de carne de Bélgica o la necesidad de llegar a un acuerdo con la asociación mayoritaria integran dificultades no justificadas para la actuación del derecho fundamental lesivos del derecho a la libertad religiosa. (...) Ante una disputa doctrinal se toma partido por una de las posiciones enfrentadas, la de la asociación mayoritaria, autorizando sólo a ella el sacrificio ritual y ofreciendo a la opinión alternativa no un trato igual en la práctica de su credo religioso sino el deber tácito de llegar a un acuerdo con la mayoritaria renunciando a su convicción religiosa consumiendo la carne *glatt* facilitadas por las carnicerías de la asociación mayoritaria o dificultando su ejercicio como única elección recurriendo al mercado belga con el mayor corte que ello representaría». En LAFONT NICUESA (2006), p. 357.

autorizar en este caso el sacrificio ritual, constituyese una injerencia en la libertad religiosa, dicha injerencia sería legítima²³⁵. Esta última conclusión nos parece fundamental. No todo cabe pues, en materia de libertad religiosa. También este derecho está sujeto a límites²³⁶.

Podría objetarse ahora que una hipotética ley que impusiese el aturdimiento en todo caso entraría en contradicción con la normativa europea hoy en vigor, constituida por el Reglamento (CE) núm. 1099/2009, del Consejo, de 24 de septiembre de 2009 relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza, aplicable desde el 1 de enero de 2013. En su artículo 4, este reglamento dispone que: «1. Los animales se matarán únicamente previo aturdimiento, con arreglo a los métodos y requisitos específicos correspondientes a la aplicación de dichos métodos previstos en el anexo I. Se mantendrá la pérdida de consciencia y sensibilidad hasta la muerte del animal. (...) 4. En el caso de animales que sean objeto de métodos particulares de sacrificio prescritos por ritos religiosos, no serán de aplicación los requisitos del apartado 1, a condición de que el sacrificio se lleve a cabo en un matadero»²³⁷.

²³⁵ Concretamente se dice en la mencionada Sentencia: «el Tribunal señala que la medida enjuiciada, prevista por la ley, persigue un fin legítimo, el de la protección de la salud y del orden público, en la medida en que la organización por parte del Estado del ejercicio de un culto ayuda a la paz religiosa y a la tolerancia. Además, teniendo en cuenta el margen de apreciación de que disponen los Estados, concretamente en lo relativo al establecimiento de las delicadas relaciones entre el Estado y las religiones, no podría considerarse excesiva ni desproporcionada. En otras palabras, es compatible con el artículo 9.2 del Convenio». Como añade el profesor MARTÍN-RETORTILLO, «de ser una intromisión, sería legítima y estaría perfectamente justificada. Se supera positivamente el test de los tres criterios que exige habitualmente la jurisprudencia, en aplicación del Convenio: la previsión legal, el fin legítimo especialmente reconocido -y no es ocioso recordar que el artículo 9.2 se refiere, en efecto, al orden público y a la salud pública-, así como la proporcionalidad. La conclusión es obvia: se opte por una vía o por otra, no ha habido violación del artículo 9 del Convenio». En MARTÍN-RETORTILLO (2003), pp. 234-235.

²³⁶ Nos permitimos citar de nuevo al profesor MARTÍN-RETORTILLO en su comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de junio de 2000 en el caso *Cha'are Shalom Ve Tsedek / Francia*: «Porque aquí subyace una pregunta decisiva: ¿Cualquier cosa que *toque* o *roce* la libertad religiosa ya quedará bañada por el halo del *favor libertatis*? ¿Quedará ya así resuelto cualquier conflicto o litigio? ¿Cualquier previsión normativa -y pienso, por ejemplo, en el amplio alcance de la policía administrativa- deberá ceder ante la mayor fuerza de la libertad religiosa? El hecho religioso, el rico universo de las religiones, las de arraigo, las recientes, las nuevas, las futuras, puede deparar cientos de opciones. ¿Qué quedaría amparado por la amplia referencia a las prácticas, a los ritos, que nos ofrece el precepto? Por de pronto, la sentencia nos está diciendo por una vía indirecta que no todo cabe allí.» En MARTÍN-RETORTILLO (2003), pp. 235-236.

²³⁷ Han sido dirigidas diversas peticiones a la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo en relación con el artículo 4 del Reglamento núm. 1099/2009 del Consejo, relativo a la

Dicho precepto debe ser interpretado teniendo en consideración el conjunto de la norma y, en este sentido, el considerando 18 de la misma reconoce cierto nivel de subsidiariedad a cada Estado miembro²³⁸. Por tanto, ¿vulneraría el Reglamento, una ley estatal que impidiera la aplicación de las excepciones que prevé su artículo 4? Es la norma comunitaria la que establece la regla general que deberán observar todos los países miembros de la Unión Europea, es decir, el aturdimiento previo al sacrificio, pero a la vez, prevé determinados supuestos que podrán devenir excepciones a la norma general y serán los Estados miembros los que decidirán si se permiten o no. Este entendimiento del precepto se desprende de la interpretación conjunta del artículo 4 junto con los considerandos del Reglamento y se extrae, asimismo, del Dictamen emitido por el Comité Económico y Social Europeo de 25 de febrero de 2009, a propósito de la Propuesta del Reglamento concernido, donde consta la postura de la Comisión sobre el contenido de dicho artículo 4, en el siguiente sentido: «De conformidad con el artículo 4, apartado 1, los animales se matarán únicamente mediante un método que garantice la muerte instantánea o previo aturdimiento. No obstante, si así lo prescriben los ritos religiosos, los animales podrán matarse sin aturdimiento previo, a condición de que la matanza se lleve a cabo en un matadero. Los Estados miembros podrán decidir la no aplicación de esta excepción»²³⁹.

protección de los animales en el momento de la matanza, para que se eliminen del Reglamento las excepciones al aturdimiento previo que contempla. Son de interés, por ejemplo, las Peticiones núm. 1063/2014, 1085/2014 y 1349/2014. En todos los casos, la conclusión de la Comisión al respecto fue manifestar su no intención de abolir el artículo 4, apartado 4 del Reglamento por cuanto, a juicio de la Comisión, esta legislación refleja un equilibrio adecuado entre las exigencias en materia de bienestar de los animales y la necesidad de respetar la libertad religiosa de la Unión.

²³⁸ Dicho considerando establece lo siguiente: «La excepción respecto a la obligación de aturdimiento en caso de sacrificio religioso en mataderos fue concedida por la Directiva 93/119/CE. Dado que las disposiciones comunitarias aplicables a los sacrificios religiosos han sido transpuestas de manera distinta en función de los contextos nacionales y que las normas nacionales toman en consideración dimensiones que exceden de la finalidad del presente Reglamento, es importante mantener la excepción respecto a la obligación de aturdimiento de los animales antes del sacrificio dejando, no obstante, cierto nivel de subsidiariedad a cada Estado miembro. En consecuencia, el presente Reglamento respeta la libertad de religión y el derecho a manifestar la religión o las convicciones a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos, de acuerdo con el artículo 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea».

²³⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza" COM (2008) 553 final. DOUE 11.9.2009 C 218/65. Una de las conclusiones de dicho Dictamen fue que «la

Por tanto, creemos que una ley estatal interna que impusiese con carácter general el aturdimiento previo del animal, previo a su sacrificio, sin admitir excepciones por motivos religiosos, no conculcaría el artículo 16 CE, pues el objetivo de la norma sería perseguir el bienestar animal, en tanto que valor de nuestra sociedad, principio o valor comunitario consagrado en el TFUE y, en definitiva, fin constitucionalmente protegible, sea por formar parte de la Constitución por la vía indirecta de la integración de los tratados en que se reconoce, sea porque consideremos que forma parte del artículo 45 CE, en cuanto materia conexa con el medio ambiente²⁴⁰. Este límite impuesto

propuesta consistente en permitir excepciones en caso de sacrificio ritual de animales es totalmente incoherente con los objetivos en materia de bienestar animal durante el proceso de sacrificio contenidos en la propuesta de Reglamento». El Comité Económico y Social Europeo justificó dicha conclusión mediante la observación específica siguiente: «La propuesta contenida en el artículo 4, apartado 2, de permitir una excepción para la matanza ritual no es coherente con el objetivo general del Reglamento, que consiste en mejorar la protección de los animales en la matanza. La tecnología innovadora como el dispositivo de control para garantizar el aturdimiento permite a todos aquellos que deseen realizar la matanza con un aturdimiento eléctrico previo respetando las normas Halal controlar con precisión la carga eléctrica que recibe el animal. De esta manera se garantiza que el animal esté adecuadamente aturdido, pero todavía vivo antes de la matanza. Este dispositivo registra todos los aturdimientos efectuados y el voltaje a que ha sido sometido cada animal. Tiene una contribución real que prestar al bienestar animal. Además, la introducción de un sistema de etiquetado que indique el método de sacrificio incentivaría el uso del dispositivo de control para garantizar el aturdimiento. Es importante que la Comisión apoye activamente la investigación sobre sistemas que convengan a los grupos religiosos para recurrir al aturdimiento, y, por ende, protejan el bienestar animal en la matanza».

²⁴⁰ Que la libertad religiosa, como cualquier otro derecho fundamental, debe ser interpretada teniendo en cuenta otros objetivos constitucionales y no solamente otros derechos fundamentales, nos parece que está fuera de toda duda. En su día, el profesor Luciano PAREJO, al comentar el valor de los principios rectores consagrados en el capítulo III del título I de nuestra Constitución señaló: «Justamente esta cualidad de los principios rectores -ser encarnación de metas u objetivos sociales- pone de manifiesto la identidad última de su naturaleza y la de los principios generales. Porque forman parte del orden sustantivo de valores y bienes colectivamente asumidos y positivizados en la Constitución. La sentencia 64/1982, de 4 de noviembre (FJ2) dice, por ello, con gran propiedad, al estudiar el artículo 45 de la Constitución, que este precepto "recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión, que ha plasmado también en numerosos documentos internacionales", razón por la que no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la utilización racional de esos recursos con la protección de la naturaleza, concluyendo en la calificación del medio ambiente y del desarrollo económico como bienes constitucionales. De ahí asimismo la interacción entre los principios rectores y el resto de las normas constitucionales, incluso los principios generales.» En PAREJO ALFONSO op. cit. p. 957.

No está de más, tampoco, recordar que ya la STC 11/1981, de 8 de abril, señaló que «tampoco puede aceptarse la tesis del recurso de que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la Norma Fundamental. Una conclusión como ésta es demasiado estricta y carece de fundamento en una interpretación sistemática en la Constitución y en el Derecho Constitucional, sobre todo si al hablar de límites derivados de la Constitución, esta expresión se

legalmente²⁴¹ no haría irrecognoscible el derecho a la libertad religiosa de los creyentes de las comunidades musulmana y judía. Aunque el consumo de carne obtenido de una manera determinada -sin aturdimiento del animal- formase parte de la libertad religiosa, ello no comportaría que siempre y en todo caso debiese prevalecer la prescripción religiosa que así lo exigiera y que no fuese admisible ninguna injerencia del Estado.

4. La protección de los animales en la legislación ordinaria

4.1. Inexistencia de ley estatal en materia de protección animal

Como bien dice el profesor PÉREZ MONGUIÓ, la reivindicación de una ley estatal de protección animal ha sido una constante desde finales del siglo pasado²⁴². Distintos colectivos lograron llegar al Congreso de los Diputados con algunas proposiciones no de ley que, sin embargo, no fructificaron. El Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso presentó una proposición no de ley sobre protección de los derechos de los animales (162/000316), cuyo texto se había redactado en estos términos: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a presentar, ante esta Cámara, en el plazo de un año, un Proyecto de Ley básica de protección de derechos de los animales»²⁴³. También el Grupo

entiende como derivación directa. La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos». (FJ 7).

²⁴¹ Recordemos que uno de los argumentos utilizados por el Estado Francés ante el TEDH en el caso Cha'are Shalom VE Tsedek fue señalar que aunque se considerase que con la decisión de no permitir el sacrificio ritual en este caso, se estaba afectando a la libertad religiosa, se trataría de una restricción legítima puesto que perseguiría un fin legítimo; la defensa del orden público y de la salud pública. Se trataría de asegurar el valor de impedir los malos tratos a los animales y de velar por el cumplimiento de las condiciones sanitarias, siendo necesario recordar que el sacrificio ritual solo debe ser autorizado excepcionalmente. Véase MARTIN-RETORTILLO (2003), p. 232.

²⁴² En PÉREZ MONGUIÓ (2015), p. 37.

²⁴³ BOCG Congreso de los Diputados. Núm. D-186 de 15/04/2005, p. 37. El resultado de la tramitación de dicha proposición no de ley fue su caducidad (BOCG Congreso de los Diputados, Núm. D-675, de 13/02/2008, p. 125). Consideramos de interés reproducir una parte de la exposición de motivos de dicha proposición: «Los animales no son objetos ni cosas para nuestra libre disposición. Son seres sintientes que, en muchas ocasiones, comparten con nosotros la capacidad de sufrimiento. Y, en todo caso, son nuestros compañeros en el largo trayecto de la evolución de la comunidad biótica. El reconocimiento y la protección de un conjunto de derechos que impidan la explotación abusiva y cruel, el maltrato o el sufrimiento inútil de los animales, debe ser objetivo de toda legislación civilizada y democrática. Estos

Parlamentario Popular en el Congreso presentó ese mismo año una proposición no de ley relativa a la protección de los animales (162/000324), en la que se pedía al Congreso de los Diputados que instara al Gobierno para que, en colaboración con las Comunidades Autónomas, promoviese «la elaboración de un Proyecto de Ley de Bases de Protección de Animales de aplicación en todo el Estado que, distinga entre el animal de compañía y el resto de animales, así como se contemple el necesario respeto a las tradiciones y costumbres en las distintas partes de nuestro país»²⁴⁴.

Y, finalmente, también el Grupo Parlamentario Catalán presentó una proposición no de ley para la elaboración de una ley de protección de los animales (162/000350). El texto de dicha proposición era el siguiente: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a presentar en el plazo de un año, un proyecto de Ley de Bases de Protección de los Animales que integre las sensibilidades de los sectores sociales implicados, que sea consensuado por las Comunidades Autónomas, que resulte respetuoso con sus competencias y que incorpore los avances legislativos producidos en la materia de protección y bienestar de los animales en la Unión Europea»²⁴⁵.

Lo cierto es que, hasta el momento, no existe ley estatal en materia de protección o bienestar de los animales.

En el ámbito de los animales de compañía, el Estado únicamente ha dictado la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos, junto con su correspondiente reglamento, aprobado por Real Decreto 287/2002, de 22 de marzo. Sin embargo, en este caso, el bien jurídico que pretende protegerse no es la protección o el bienestar animal sino la seguridad de las personas y de los bienes. Tanto la ley como su reglamento se justificaron en la necesidad de regular normativamente las

derechos son el reflejo de una nueva ética sensocéntrica y una nueva fraternidad, que amplía los límites de nuestra comunidad moral».

²⁴⁴ BOCG Congreso de los Diputados. Núm. D-190 de 22/04/2005, p. 5. El resultado de la tramitación fue la caducidad de la iniciativa (BOCG Congreso de los Diputados. Núm. D-675 de 13-02-2008, p. 126).

²⁴⁵ BOCG Congreso de los Diputados. Núm. D-216 de 6/06/2005, p. 12. El resultado de la tramitación fue la caducidad de la iniciativa (BOCG Congreso de los Diputados. Núm. D-675 de 13/02/2008, p. 127).

condiciones y requisitos para la tenencia de animales que, por su potencial peligrosidad, podían causar daño a personas y bienes. En este sentido, el título competencial invocado fue el del artículo 149.1.29 CE, relativo a la seguridad pública.

Por otro lado, la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio, no puede merecer la consideración de ley de protección animal, aun cuando contiene determinadas disposiciones que pueden considerarse dictadas en dicha materia²⁴⁶. El objeto de esta norma es, tal y como proclama su artículo 1, establecer las normas básicas sobre explotación, transporte, experimentación y sacrificio para el cuidado de los animales y regular la potestad sancionadora de la Administración del Estado sobre exportación e importación de animales, desde o hacia Estados no miembros de la Unión Europea, en lo que respecta a su atención y cuidado y sobre los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos en procedimientos de su competencia. No se aplica ni a la caza ni a la pesca, ni a los animales pertenecientes a la fauna silvestre ni a los animales de compañía (excepto lo previsto en la disposición adicional primera, relativa al transporte de los mismos cuando se haga con fines económicos y al régimen sancionador). Tampoco se aplica a los espectáculos taurinos.

A pesar de que el ámbito de aplicación de esta norma no es el de los animales de compañía, interesa destacar que la Exposición de Motivos de la Ley

²⁴⁶ La entrada de España en la Comunidad Económica Europea tuvo como consecuencia la obligación de transposición de las Directivas que se habían aprobado -así como las que se aprobarían en lo sucesivo- que contenían determinadas disposiciones en materia de bienestar animal. Se dictaron así diferentes reglamentos - por ejemplo, Real Decreto 223/1988, de 14 de marzo, sobre protección de los animales utilizados para experimentación; Real Decreto 1048/1994, de 20 de mayo, sobre normas mínimas para la protección de cerdos; Real Decreto 1047/1994, de 20 de mayo, sobre normas mínimas para la protección de terneros; Real Decreto 1041/1997, de 27 de junio, por el que se establecen las normas relativas a la protección de los animales durante su transporte, etc.- que, sin embargo, carecían de régimen sancionador. El Estado había señalado que únicamente estaba obligado a transponer las directivas y que, en todo caso, el régimen sancionador recaería sobre las Comunidades Autónomas. Esta situación provocó diversas denuncias contra el Estado español motivadas en la incompleta transposición de las directivas, y así se puso de manifiesto en el Informe de inspección sobre los sistemas de control del bienestar animal llevado a cabo del 5 al 9 de marzo de 2007, lo que provocó la promulgación de la Ley 32/2007, de 7 de noviembre. En PÉREZ MONGUIÓ (2015), pp. 27. En particular, puede consultarse parte de dicho informe en la p. 39.

32/2007 dispone que su objeto es establecer las bases de un régimen de protección animal y de infracciones y sanciones para garantizar el cumplimiento de las normas sobre protección de los animales en la explotación, el transporte, la experimentación y el sacrificio²⁴⁷. Su disposición adicional primera establece que serán de aplicación a los animales de compañía y domésticos las obligaciones reguladas en el artículo 5 referidas al transporte de animales, en tanto se realice de forma colectiva y con fines económicos, así como el régimen de infracciones y sanciones tipificados en determinados preceptos de dicha Ley. En particular se pretenden sancionar conductas de malos tratos y de abandono de animales de compañía y domésticos²⁴⁸.

En desarrollo de la disposición final sexta de la Ley 32/2007 se ha dictado el Real Decreto 542/2016, de 25 de noviembre, sobre normas de sanidad y protección animal durante el transporte²⁴⁹. Este Real Decreto contiene disposiciones en materia de autorización y registro de transportistas, de medios de transporte y contenedores, documentos de transporte, formación del personal y obligaciones de transportistas y otros operadores sobre la protección de los animales durante el transporte y operaciones conexas. Además, designa los puntos de entrada por los que podrán introducirse

²⁴⁷ Sin embargo, el artículo 1 de la Ley 32/2007 difiere de lo señalado en la exposición de motivos, como hemos podido constatar a la vista del contenido del citado precepto.

²⁴⁸ Creemos interesante destacar que el legislador no ofrece ninguna pista sobre el concreto título competencial del artículo 149 CE en que se basaría para dictar esta norma. La única referencia que se hace es respecto al régimen sancionador en su conjunto considerado y, en este sentido, se señala que la Ley estipula las bases del régimen sancionador para establecer un común denominador normativo en el cual las Comunidades Autónomas ejerzan sus competencias, añadiendo que el carácter básico de las normas y de las infracciones y sanciones es consecuencia de la reserva establecida en los artículos 149.1.13 CE y 149.1.16 CE, referidos a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y bases y coordinación general de la sanidad. Pero resulta difícil de ver que el régimen sancionador aplicable en materia de malos tratos o de abandono de animales de compañía pueda residenciarse en la planificación de la actividad económica o en la coordinación general de la sanidad.

²⁴⁹ Según señala su disposición final primera, el título competencial al amparo del cual se dicta el Real Decreto 542/2016 es el del artículo 149.1.13 y 149.1.16 CE, esto es, se dicta en ejercicio de la competencia exclusiva del Estado en materia de bases y coordinación de la planificación de la actividad económica y bases y coordinación general de la sanidad. Solamente el capítulo III de la norma y la disposición transitoria segunda, dedicado a los puntos de entrada y salida de vehículos que transportan animales, y el régimen sancionador correspondiente, se dictan al amparo del artículo 149.1.20 y 149.1.16, primer inciso, de la CE, es decir, en ejercicio de la competencia exclusiva en materia de comercio y sanidad exteriores. Pero las disposiciones en materia de bienestar animal que se contienen en el Real Decreto examinado no encuentran título alguno que las ampare, o al menos, nada se dice al respecto en la norma.

vehículos de transporte por carretera, de animales vivos de las especies porcina, bovina, equina, ovina y caprina. También contiene algunas disposiciones de bienestar animal²⁵⁰.

Ha sido el legislador de las diferentes autonomías quien ha dictado normas en la materia y quien ha consagrado en los textos legales la sensibilidad que nuestras sociedades están empezando a reconocer hacia los animales. Esta nueva regulación se ha justificado en la necesidad de no causar a los animales sufrimientos o daños innecesarios, de protegerlos según sus necesidades etológicas o fisiológicas o conforme a los conocimientos científicos existentes. Este cambio en la sensibilidad jurídica ha tenido su traducción en el lenguaje pues se ha utilizado la expresión bienestar de los animales en lugar de la tradicional de protección que, como hemos tenido ocasión de advertir, supone un paso más allá en la defensa de los animales al incorporar la vertiente psicológica que, en cambio, no se halla presente en el caso de la protección.

La primera Comunidad Autónoma²⁵¹ que legisló en la materia fue Cataluña al aprobar la Ley 3/1988, de 4 de marzo, justamente, un año después de aprobarse el Convenio del Consejo de Europa sobre protección de los animales de compañía. La Ley catalana ha sido sucesivamente modificada hasta dar lugar al actual Texto refundido aprobado por Decreto legislativo 2/2008, de 15 de abril. Esta ley fue la primera en el ordenamiento jurídico español en definir a los animales como seres vivos dotados de sensibilidad física y psíquica y en señalar que deben recibir el trato que, atendiendo a sus necesidades etológicas, sea necesario para garantizar su bienestar. Supuso un avance en la concepción de los animales al considerarlos no ya como simples cosas sino como seres sensibles merecedores de protección jurídica. Esta nueva concepción de los animales tuvo acogida años después en el Derecho civil catalán a través de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código

²⁵⁰ Por ejemplo, se exige que las personas que manejen animales vertebrados vivos durante el transporte deban haber recibido formación en materia de protección de los animales (art.11). Se establece también que los transportistas deberán incluir en los planes de contingencia lo necesario para garantizar el bienestar de los animales ante cualquier imprevisto. Se añade que, cuando se inmovilice un vehículo dispondrán lo necesario para no dejarlo abandonado con los animales en su interior (art. 14.2).

²⁵¹ El profesor PÉREZ MONGUIÓ califica este período como la Edad de Oro en la configuración del nuevo estatuto de los animales. En PÉREZ MONGUIÓ (2015), p. 30.

Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, que incluyó en el artículo 511.1.3 la previsión siguiente: «Los animales, que no se consideran cosas, están bajo la protección especial de las leyes. Sólo se les aplican las reglas de los bienes en lo que permite su naturaleza».

Actualmente, todas las Comunidades Autónomas han legislado en esta materia, si bien el ámbito de aplicación de las normas dictadas difiere sensiblemente uno de otros. Sin embargo, contienen una serie significativa de coincidencias. En primer lugar, todas utilizan el término «protección de los animales». En segundo lugar, todas se aplican a los animales de compañía y contienen una regulación pormenorizada en este sentido. Asimismo, todas contienen unas mínimas disposiciones de aplicación general a todos los animales y, finalmente, como señala el profesor PÉREZ MONGUIÓ estas leyes tuvieron una gran importancia por cuanto introdujeron un régimen sancionador ante situaciones de malos tratos o crueldad que hasta el momento no habían tenido traducción en un cuerpo legal sino que quedaba en manos de las ordenanzas municipales²⁵².

Vamos a referirnos, a continuación, a algunos de los aspectos recogidos por estas normas que nos parecen de mayor interés.

4.2. La regulación autonómica: títulos competenciales invocados

4.2.1. Introducción

Como veremos seguidamente, los preámbulos y exposiciones de motivos de las diferentes normas autonómicas en materia de protección de los animales justifican su aprobación, no tanto en la existencia de un concreto título competencial, sino ante la ausencia de norma dictada por el Estado y en atención a la nueva sensibilidad de la sociedad hacia el trato dispensado a los animales.

La falta de invocación de un concreto título competencial no se ha debido –así lo creemos- a una falta de rigor en la técnica jurídica empleada, sino a las razonables dudas que pueden existir sobre el título en el que incardinar la

²⁵² Véanse las pp.30 a 33 de PÉREZ MONGUIÓ (2015).

materia, a la vista de la distribución actualmente existente en los artículos 149 y 148 CE.

Vamos a detenernos a continuación en las diferentes normas autonómicas dictadas, agrupándolas en función de su ámbito de aplicación²⁵³. Todas estas normas, independientemente de cuál sea este, incluyen una serie de disposiciones generales relativas a las condiciones de bienestar de todos los animales. Todas establecen medidas que pretenden evitar los malos tratos y condiciones relativas al mantenimiento y transporte de los animales, la circulación de los animales en el espacio público, el comercio y la cría, el sacrificio y la esterilización.

4.2.2. Ámbitos de aplicación de las distintas leyes dictadas

A) De aplicación al conjunto de los animales

Si comenzamos por Cataluña, la Ley 3/1988, de 4 de marzo, justificaba en su preámbulo que dicha norma era consecuencia de la voluntad política de poner fin a la inexistencia de una legislación global y actualizada sobre la protección de los animales. Esta Ley no se centraba solamente en los animales de compañía, sino que su alcance era mucho mayor puesto que se extendía también a los animales pertenecientes a la fauna autóctona y no autóctona. Ahora bien, ni en el preámbulo ni en las disposiciones finales el legislador catalán incluyó ninguna referencia al título competencial al amparo del cual actuaba. Después de sucesivas modificaciones, la más significativa la operada en el año 2003 para prohibir el sacrificio de los animales de compañía abandonados²⁵⁴, fue sustituida por el Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, que aprueba el Texto refundido de la Ley de protección de los animales, actualmente en vigor. Tampoco el Texto refundido contiene disposición alguna que arroje luz sobre el título constitucional o estatutario en que se ampara la intervención normativa.

²⁵³ Una regulación pormenorizada de los aspectos más destacados de las diferentes leyes autonómicas se encuentra en PÉREZ MONGUIÓ (2005), pp. 179-233.

²⁵⁴ Sobre la injusticia que supone matar a los perros abandonados, léase el artículo publicado por Marta TAFALLA en la Revista de Bioética y Derecho, unos meses antes de que entrara en vigor la prohibición de sacrificio en Cataluña. En TAFALLA (2006), pp. 1-5.

La Ley de protección de los animales de Cantabria, aprobada por Ley 3/1992, de 18 de marzo, extiende su ámbito de aplicación a los animales domésticos y a la fauna silvestre. Tras efectuar una genérica referencia a los convenios de Washington, Berna y Bonn, así como a las leyes de caza, montes, pesca fluvial y de conservación de los espacios naturales, justifica su aprobación en la transferencia de competencias estatales en materia de producción animal, sanidad animal y conservación de la naturaleza, operadas por el Real Decreto 3114/1982, de 24 de julio y el Real Decreto 1350/1984, de 8 de febrero. No invoca ningún precepto estatutario que, en desarrollo de las materias del artículo 148 CE, atribuya competencia a la Comunidad Autónoma en materia de protección animal.

La Ley 5/1995, de 22 de marzo, de protección de los animales de La Rioja, extiende su aplicación a los animales domésticos, los animales de compañía y los pertenecientes a la fauna silvestre y especies protegidas. Tampoco su aprobación se justifica en ningún título competencial concreto.

La Ley foral 7/1994, de 31 de mayo, aprueba la Ley de Protección de los Animales de Navarra que viene a completar el régimen jurídico de protección de los animales, iniciado ya con la Ley foral 2/1993, de 5 de marzo, de Protección y Gestión de la Fauna Silvestre y sus Hábitats. Se hace constar en su exposición de motivos que el espíritu de la norma se basa en la Declaración Universal de los derechos del animal adoptada en la sede de la Unesco y en las legislaciones europeas más avanzadas y se resume en el derecho a una vida digna de los animales. Al igual que sucede con el resto de leyes que hemos visto hasta ahora, no contiene tampoco ninguna referencia a precepto estatutario o constitucional alguno sobre la base del cual se dicte.

La Comunidad Autónoma de Aragón cuenta con la Ley 11/2003, de 19 de marzo, de Protección Animal, que se justifica en la competencia exclusiva atribuida por el artículo 35.1.12 del Estatuto de Autonomía, en materia de agricultura, ganadería e industrias agroalimentarias de acuerdo con la ordenación general de la economía. Se justifica, asimismo, en la competencia de desarrollo legislativo sobre protección del medio ambiente, normas adicionales de protección del medio ambiente y del paisaje, según el artículo

37.3 de dicho Estatuto. Además, se invoca la competencia exclusiva en materia de sanidad e higiene, espectáculos, protección y tutela de menores e investigación científica y técnica, de los apartados 40, 39, 28 y 29 del artículo 35.1 del referido Estatuto de Autonomía. El legislador autonómico completa dicha cita con la de la Declaración Universal de derechos del animal y con la de los Convenios de Washington, Berna y Bonn, para acabar con una referencia genérica a los reglamentos y directivas comunitarios. Se añade que la Ley tiene una clara voluntad codificadora en el sentido de que se pretende que consten en un solo instrumento legal las disposiciones fundamentales relativas a la protección de los animales, por ello su ámbito de aplicación se extiende a los animales domésticos, entendiendo por tales los llamados "productivos" y los de compañía, a los animales de experimentación y a los animales pertenecientes a la fauna silvestre.

En Asturias se aprobó en el año 2002 la Ley 13/2002, de 23 de diciembre, de Protección de los Animales. El legislador se apoyó, en este caso, en el artículo 10.1.10 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, aprobado por Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre. El artículo 10.1.10 atribuye a la Comunidad Autónoma como competencia exclusiva, la agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía. A continuación, el legislador autonómico invoca la Declaración Universal de los Derechos del Animal, proclamada (sic) el 15 de octubre de 1987 por la Unesco²⁵⁵, y los convenios de Washington, Berna y Bonn, firmados por España. A pesar de lo confuso de su redactado, creemos que el ámbito de aplicación de esta norma se extiende a la práctica totalidad de los animales. Por un lado, en el artículo 1 se dice que esta ley tiene como objeto establecer las normas que regirán la tenencia y protección de los animales domésticos, salvajes domesticados o en cautividad. Parece, por tanto, que su ámbito se circunscribe a estos animales entre los que, además, podría considerarse que no forman parte los de compañía, a no ser que se interpretase que en los domésticos se incluyen

²⁵⁵ Como hemos dicho en otro momento, la Declaración Universal de los Derechos del Animal se proclamó en la sede de la UNESCO, pero no por la UNESCO. Véase la nota a pie de página núm. 54, en el apartado 2 del Capítulo I de este trabajo.

éstos²⁵⁶. En todo caso, en el artículo 2 se añade que las especies de fauna silvestre en su medio natural y las cinegéticas «estarán sometidas a la legislación específica sobre estas materias, aplicándose esta Ley en todo lo demás». Se añade, a continuación, que sin perjuicio de lo establecido en la legislación vigente, esta Ley se aplicará en la utilización de animales para la experimentación y otros fines científicos; en la fiesta de los toros y los encierros; en las competiciones de tiro al pichón y en las fiestas que se hayan celebrado de forma ininterrumpida durante 100 años, siempre que no supongan tortura, lesiones o muerte del animal. Esta norma también incluye disposiciones aplicables específicamente a los perros potencialmente peligrosos.

Como hemos visto, todas estas leyes se aplican no solamente a los animales domésticos y de compañía sino también a los pertenecientes a la fauna salvaje en libertad. Ninguna de ellas -excepto la aragonesa- se apoya en ningún precepto estatutario que atribuya competencias en alguna de las materias del artículo 148 CE que pudieran guardar conexión con la protección animal. Es decir, si bien los Estatutos de Autonomía de dichas Comunidades han asumido competencias en materia de ganadería o de medio ambiente, por poner dos ejemplos, el legislador autonómico no ha invocado estos concretos títulos estatutarios para justificar una norma dictada en materia de protección de los animales. Y, en este sentido, nos parece significativo que en algunos casos se haya justificado la norma ante la falta de una ley estatal y en atención a los convenios internacionales en la materia, más que en el hecho de que desarrolle alguna concreta competencia estatutaria o constitucional.

B) De aplicación a los animales en cautividad

Galicia aprobó en el año 1993 una ley de protección de los animales, concretamente la Ley 1/1993, de 13 de abril, de Protección de los Animales Domésticos y Salvajes en Cautividad, modificada por Ley 1/2010, de 11 de febrero y por Ley 8/2014, de 26 de septiembre. Esta regulación ha sido actualmente sustituida por la Ley 4/2017, de 3 de octubre, de Protección y

²⁵⁶ Entendemos que el legislador autonómico pretende que se incluyan pues luego son objeto de definición en el artículo 3 y se dice que se entiende por animal de compañía los domésticos que se mantienen generalmente en el propio hogar con el objeto de obtener su compañía y, en todo caso, los perros y los gatos.

Bienestar de los Animales de Compañía en Galicia²⁵⁷. A diferencia de su antecesora, que no incluía ninguna mención al concreto título competencial que justificaba aquella regulación, la Ley 4/2017 hace expresa referencia a los artículos 45.1 CE y 149.1.23 CE, así como al artículo 27.30 del Estatuto de Autonomía de Galicia aprobado por Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, precepto este último que otorga competencia exclusiva a dicha comunidad para dictar normas adicionales de protección del medio ambiente y el paisaje en los términos del artículo 149.1.23 CE. En la Exposición de Motivos de la vigente ley se señala que la concienciación, oposición y reacción de la ciudadanía ante situaciones de maltrato, tortura o trato inadecuado a los animales y el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 1/1993, de 13 de abril, justifican su modificación. Se añade que es necesario combinar la disuasión que supone la imposición de sanciones administrativas con el ejercicio proactivo de la sensibilización y concienciación. En cuanto a su ámbito de aplicación, la norma se aplica a los animales de compañía, pero también a los animales silvestres mantenidos en cautividad. También contiene una serie de disposiciones sobre especies exóticas invasoras y especies protegidas²⁵⁸. Tal vez entre sus disposiciones más destacables debamos hacer referencia a la prohibición de mecanismos que limiten la movilidad de los animales y la prohibición de animales silvestres en circos.

Andalucía cuenta desde el año 2003 con una ley de protección de los animales. La Ley 11/2003, de 24 de noviembre, justifica en su preámbulo la necesidad de

²⁵⁷ BOE núm. 263, de 30 de octubre de 2018, en vigor desde el 11 de enero de 2018.

²⁵⁸ La ley gallega considera animales de compañía los animales de cualquier especie incluidos en el ámbito de aplicación de la ley, que tenga en su poder el ser humano, siempre que su tenencia no suponga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones o no se lleve a cabo con fines comerciales o lucrativos. En todo caso, son animales de compañía, perros, gatos y hurones así como los animales de las colecciones zoológicas de los parques o reservas zoológicas y los animales silvestres mantenidos en cautividad con fines distintos de los productivos (artículo 4).

La tramitación parlamentaria de esta norma estuvo sujeta a gran controversia en la opinión pública puesto que en su redacción inicial prohibía alimentar a animales vagabundos o extraviados en las vías públicas bajo sanción administrativa. Finalmente, el artículo 9 de la ley, que es donde se incluye dicha prohibición acabó incluyendo la excepción "salvo situaciones que pudieran comprometer el bienestar de los animales". Esto es, se prohíbe alimentar a animales extraviados salvo que ello pudiera comprometer su bienestar. Ley 4/2017, de 3 de octubre, de Protección y Bienestar de los Animales de Compañía de Galicia (DOG núm. 194, de 11/10/2017).

dotar a dicha Comunidad Autónoma de una norma en la materia invocando la Declaración Universal de los Derechos del Animal y la Resolución del Parlamento Europeo de 6 de junio de 1996, según añade el legislador andaluz *iniciativa materializada en el Protocolo anejo al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea núm. 33, sobre protección y bienestar de los animales, introducido por el Tratado de Ámsterdam*. A continuación, invoca las materias de sanidad e higiene, cultura, ocio y espectáculos recogidas en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad, para justificar competencialmente la norma aprobada. Concretamente, se trataba de los artículos 13.21, 13.26, 13.31 y 13.32 del Estatuto de Autonomía de 1982. Debe decirse que, a pesar de que el Estatuto de autonomía de Andalucía actualmente en vigor, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, contiene disposiciones expresas en materia de protección animal y atribuye dicha competencia a la Comunidad Autónoma²⁵⁹, la norma que ahora citamos, la Ley 11/2003, de 24 de noviembre, no ha sido modificada todavía. Aun cuando el legislador autonómico invoca determinadas materias del Estatuto de Autonomía, dicha invocación no se acompaña de ninguna concreta disposición que precise qué partes de la Ley se dictan en ejercicio de uno u otro de los títulos competenciales invocados. Excepto las disposiciones contenidas en el título primero, que serían de aplicación a todos los animales, el resto de la norma está dirigida a los

²⁵⁹ Concretamente, el artículo 48.3.a) del Estatuto de Autonomía andaluz dispone que «corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general, y en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1.11, 149.1.13, 149.1.16, 149.1.20 y 149.1.23 de la Constitución, sobre las siguientes materias:

a) Ordenación, planificación, reforma y desarrollo de los sectores agrario, ganadero y agroalimentario y, de forma especial, la mejora y ordenación de las explotaciones agrícolas, ganaderas y agroforestales. Regulación de los procesos de producción agrarios, con especial atención a la calidad agroalimentaria, la trazabilidad y las condiciones de los productos agroalimentarios destinados al comercio, así como la lucha contra los fraudes en el ámbito de la producción y comercialización agroalimentaria. La agricultura ecológica, la suficiencia alimentaria, y las innovaciones tecnológicas. Sociedades agrarias de transformación. Sanidad vegetal y animal sin efectos sobre la salud humana. Semillas. Organismos genéticamente modificados. Producción agraria, ganadera, protección y bienestar animal. Ferias y certámenes agrícolas, ganaderos y agroalimentarios. Investigación, desarrollo y transferencia tecnológica agrícola, ganadera y agroalimentaria. Innovación en las industrias agroalimentarias y explotaciones agrarias. Formación. Desarrollo rural integral y sostenible. Regulación y fomento de la producción y uso de la biomasa».

Asimismo, el artículo 205, que lleva por rúbrica *protección de los animales* dispone que «los poderes públicos velarán por la protección de los animales, en particular por aquellas especies en peligro de extinción. El Parlamento de Andalucía regulará por ley dicha protección».

animales de compañía (perros y gatos) y expresamente se excluyen de la misma los animales pertenecientes a la fauna salvaje y «las pruebas funcionales y entrenamientos a puerta cerrada con reses de lidia, los espectáculos y festejos debidamente autorizados con este tipo de animales y las clases prácticas con reses celebradas por escuelas taurinas autorizadas» (artículo 2). Así las cosas, no es posible conocer en virtud de qué concreta competencia de las enunciadas en el preámbulo de la norma encuentra amparo cada uno de los preceptos de esta ley.

La Ley 5/2002, de 23 de mayo, de Protección de los Animales de Extremadura, modificada por Ley 7/2005, de 27 de diciembre, y por Ley 14/2010, de 9 de diciembre, no contiene ninguna referencia a ningún precepto estatutario. Tampoco se apoya en ninguna declaración, convenio o norma internacional. Se justifica en la necesidad de dotar a la comunidad extremeña de una norma cuyo objeto sea la defensa y protección de los animales, en este caso, domésticos o salvajes en cautividad, excluyendo los pertenecientes a la fauna silvestre. La norma incluye una disposición (la adicional quinta) relativa a los perros potencialmente peligrosos.

El País Vasco aprobó la Ley 6/1993, de 29 de octubre, de Protección de los Animales, modificada por Ley 7/2012, de 23 de abril. En el preámbulo de esta norma se citan la Directiva 86/609/CEE, relativa a la protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos; la Directiva 90/18/CEE, sobre inspección y verificación de las buenas prácticas de laboratorio y la Directiva 91/628/CEE, sobre protección de los animales durante el transporte, así como la propuesta de reglamento (CEE) del Consejo relativo a la protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza. Se añade que la sociedad vasca no es ajena al movimiento de sensibilización en favor de la protección de los animales, lo que hace necesario dotar a dicha comunidad de un marco normativo que garantice y promueva los principios de respeto, defensa y protección de los animales. El ámbito de aplicación de esta ley comprende los animales domésticos o domesticados y los animales salvajes en cautividad. Tampoco se justifica esta norma en precepto estatutario alguno.

La Ley de Protección de los Animales Domésticos de las Islas Baleares, aprobada por Ley 1/1992, de 8 de abril, modificada por Ley 10/2003, de 22 de diciembre, señaló en su exposición de motivos que, entre las materias relacionadas en el artículo 148 CE, a su vez recogidas como de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, figuran la ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía, y la promoción de la adecuada utilización del ocio (artículos 10.8 y 10.10 del Estatuto de Autonomía). En desarrollo de estas competencias, se dictó pues, la Ley 1/1992, de 8 de abril que, además, se justificó en la inexistencia de una normativa exhaustiva y con vocación proteccionista y en la necesidad de responder a la demanda social que exigía que se acabase con las torturas, los malos tratos y las burlas que sufren los animales que conviven con nosotros. Su ámbito de aplicación se circunscribía a los animales domésticos, domesticados y salvajes en cautividad. Debe decirse que esta ley ha sido modificada recientemente a través de la Ley 9/2017, de 3 agosto, de Regulación de las Corridas de Toros y de Protección de los Animales en las Illes Balears²⁶⁰. Como se declara en su preámbulo, la Ley 9/2017 tiene por objeto la regulación de los espectáculos taurinos en plazas de toros de las islas Baleares, aunque también incluye la prohibición de celebración de circos con animales (sean silvestres o no) y peleas de cualesquiera animales. Se incluye en la prohibición, el tiro al pichón. El legislador autonómico dice en este caso ampararse en el artículo 30 de su Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears) que atribuye a dicha Comunidad Autónoma competencias exclusivas en materia de espectáculos y actividades recreativas (art. 30.31), en materia de agricultura y ganadería (art. 30.10), protección de menores (art. 30.39) y protección del medio ambiente (art. 30.46).

²⁶⁰ La norma se encuentra en vigor desde el 11 de agosto de 2017. Debe decirse que el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno, contra los siguientes artículos de esta ley: el artículo 1.2, el inciso del artículo 4 relativo a la ubicación de la ganadería suministradora de los toros, los apartados 1, 2, 6 y 7 del artículo 5 y los artículos 6, 7, 8, 9 y 15.3.b). Véase BOE núm. 294, de 4/12/2017. Se ha declarado el levantamiento de la suspensión de vigencia y aplicación de los preceptos impugnados por Auto de 22 de marzo de 2018 (BOE núm. 75, de 27/03/2018).

C) De aplicación a los animales de compañía y domésticos

El Parlamento madrileño aprobó la Ley 1/1990, de 1 de febrero, de Protección de Animales Domésticos cuya finalidad era dotar a dicha Comunidad de un instrumento legal ante la inexistencia de una legislación global en la materia que recogiese los principios de defensa y protección de los animales, como ya figuraban en los convenios internacionales y en las legislaciones de los países más avanzados. Esta norma ha sido sustituida recientemente por la Ley 4/2016, de 22 de julio, de Protección de los Animales de Compañía²⁶¹. El legislador de 2016 dice que Madrid figura en la vanguardia del movimiento de protección animal y añade que en la aprobación de esta nueva norma opera «indirectamente el principio de subsidiariedad entendido como principio organizador de competencias en Estados territorialmente descentralizados (...) y, por otro lado, se hace uso de las atribuciones que se confieren a la Comunidad de Madrid en su Estatuto de Autonomía en materia de protección del medio ambiente (artículo 27.7), sanidad e higiene (artículo 27.4) y ocio (artículo 26.1.22)». Nos interesa destacar que el ámbito de aplicación de esta norma es exclusivamente el de los animales de compañía y que aun así, el legislador autonómico ha citado como título en base al cual se legisla, entre otros, el del medio ambiente. La norma, a pesar de lo que proclama su preámbulo, no ha sido excesivamente ambiciosa. No prohíbe los festejos taurinos ni los circos con animales.

La Comunidad Valenciana aprobó la Ley 4/1994, de 8 de julio, de Protección de los Animales de Compañía²⁶². Su preámbulo justifica su promulgación en la firma por España de los Convenios de Washington, Berna y Bonn, sin incluir referencia alguna al Estatuto de Autonomía de dicha Comunidad ni, por ende, a ninguna de las materias del artículo 148 CE. La norma señala que en la Comunidad Valenciana existe una honda tradición de respeto hacia los animales de compañía y mediante dicha ley se pretende incrementar la

²⁶¹ BOE núm. 285, de 25 de noviembre de 2016. Se encuentra en vigor desde el 10 de febrero de 2017.

²⁶² Existe un anteproyecto de Ley de la Generalitat Valenciana sobre protección, bienestar y tenencia de animales de compañía, elaborado por la Conselleria de Agricultura, Medio Ambiente, Cambio Climático y Desarrollo Rural. Puede consultarse el texto en: <http://www.agroambient.gva.es/en/informacion-publica>. (Última consulta realizada: 21/08/2018).

sensibilidad colectiva hacia comportamientos más humanitarios y propios de una sociedad moderna.

La región murciana se dotó en el año 1990 de la llamada Ley de Protección y Defensa de Animales de Compañía, aprobada por Ley 10/1990, de 27 de agosto. Esta norma se justificó exclusivamente en la necesidad de dotar a la región de Murcia de una ley en esta materia, incluyendo junto al objetivo de proteger a los animales, el de respeto a la libertad de las personas no amantes de los animales²⁶³. Esta norma ha sido derogada por la Ley 6/2017, de 8 de noviembre, de Protección y Defensa de los Animales de Compañía²⁶⁴, con la excepción del artículo 9 de la Ley 10/1990 -relativo a la identificación de los perros- que pasa a tener carácter reglamentario. Su ámbito de aplicación se circunscribe únicamente a los animales de compañía. En su exposición de motivos se justifica su publicación ante la ausencia de regulación específica estatal sobre los animales de compañía y «en atención a las competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad e higiene y de medio ambiente, así como la competencia exclusiva en materia de agricultura y ganadería, que esta Comunidad Autónoma tiene atribuidas, de conformidad con su Estatuto de Autonomía». Prohíbe el sacrificio de animales²⁶⁵ y, a pesar de que, en principio la norma se aplica solamente a los animales de compañía,

²⁶³ No hemos encontrado en ninguna de las normas autonómicas analizadas una mención como esta. El legislador murciano quiso así *salvaguardar*, y dejar constancia de ello, la libertad de los no amantes de los animales. En la actual ley murciana, se ha prescindido de dicha mención.

²⁶⁴ BOE núm. 310, de 22 de diciembre de 2017, en vigor desde el 23 de diciembre de 2017.

²⁶⁵ Debe decirse que la ley no contiene ninguna excepción basada en razones humanitarias, sanitarias o de otro tipo. Sin embargo, el artículo 24.4 dispone lo siguiente: «El plazo de retención de un animal abandonado será como mínimo de diez días naturales, si bien en casos de alerta sanitaria dicho plazo será de quince días naturales. Si no fuese reclamado en dichos plazos, el animal podrá ser objeto de apropiación, cesión o eutanasia. Dicha eutanasia sólo se realizará si concurre alguno de los supuestos establecidos en el artículo 17». Y este último precepto señala: «1. La eutanasia de los animales será siempre prescrita y realizada por un veterinario, de forma rápida e indolora, previa sedación y mediante métodos que impliquen el mínimo sufrimiento y provoquen una pérdida de consciencia inmediata. 2. La consejería competente en materia de protección y sanidad animal podrá establecer excepciones en los métodos de eutanasia en situaciones de emergencia o peligrosidad. 3. Las consejerías competentes en protección y sanidad animal y salud pública, así como los ayuntamientos, podrán ordenar la eutanasia de los animales para evitar su sufrimiento o por motivos de sanidad animal, de seguridad de las personas o animales o de existencia de riesgo para la salud pública o el medio ambiente».

se incluye una disposición adicional cuarta donde se recoge la prohibición de espectáculos de circos con animales silvestres.

Canarias aprobó la Ley 8/1991, de 30 de abril, de Protección de los Animales. Contiene una referencia genérica a los convenios internacionales, a la legislación de los países más avanzados y a la Declaración Universal de los derechos del animal, proclamada el 15 de octubre de 1987. El ámbito de protección de la norma se extiende a los animales domésticos y a los de compañía y, como justificación para su promulgación, se alude a la necesidad de incrementar la sensibilidad colectiva hacia la defensa de los animales. En este sentido, tal vez deba destacarse la mención específica que se hace a las peleas de gallos, admitidas en esta Comunidad si se cumplen determinadas condiciones, pero con el interés del legislador -al menos así se expresa en el preámbulo de la norma- de que desaparezcan. Se señala expresamente que «algunas tradiciones arraigadas en zonas de las islas que involucran tales espectáculos, como son las peleas de gallos, si bien pueden argüirse en su defensa los aspectos tradicionales y aun culturales, es evidente que son tradiciones cruentas e impropias de una sociedad moderna y evolucionada. Por ello, esta Ley propicia su desaparición natural, mediante mecanismos normativos que impiden su expansión, prohibiendo el fomento de estos espectáculos por las Administraciones Públicas, no autorizando nuevas instalaciones, y, especialmente, no favoreciendo la transmisión de estas aficiones a las nuevas generaciones mediante la exigencia de que se desarrolle en locales cerrados y prohibiendo su acceso a los menores de dieciséis años».

Mediante Ley 7/1990, de 28 de diciembre, se aprobó la Ley de Protección de los Animales Domésticos de Castilla la Mancha. En su preámbulo se hace constar que la Ley pretende recoger el sentir de amplios sectores de la sociedad y, por tanto, dotar a la comunidad castellano-manchega de un instrumento para la defensa, respeto y protección real de los animales domésticos. A pesar de que el legislador pone énfasis en la necesidad de dotar a los ciudadanos de un instrumento que otorgue una protección «real» a los animales domésticos, incluye en la norma preceptos que más bien están pensando en la protección del ser humano: «los perros errantes asilvestrados podrán ser abatidos, cuando su captura no sea posible» (disposición adicional

cuarta); «los animales domésticos desmandados, cuando supongan peligro para las personas o sus bienes, podrán ser capturados o abatidos por los procedimientos de urgencia que el caso requiera y, a ser posible, bajo el control de la autoridad competente» (disposición adicional quinta).

Encontramos un redactado similar en la Ley de Protección de los Animales de la Comunidad Autónoma de Castilla-León, la Ley 5/1997, de 24 de abril, aplicable a los animales de compañía. Esta norma, que contiene una llamada expresa al reglamento para que regule los espectáculos taurinos, tampoco parece ser dictada en desarrollo de ningún precepto estatutario ni, en consecuencia, se justifica en desarrollo de ninguna de las materias del artículo 148 CE.

4.2.3. Breve anticipo de una conclusión

Después de examinar el conjunto de normas dictadas por las diferentes Comunidades Autónomas, creemos que el legislador autonómico ha actuado ante la necesidad de solventar determinados problemas que ha generado la convivencia entre seres humanos y algunos animales, ante la falta de instrumento normativo estatal.

Según parece, el legislador autonómico también ha actuado para dar respuesta a cierta sensibilidad de la ciudadanía ante el trato que debe dispensarse a los animales.

Nos interesa destacar esta última afirmación a la luz de lo que sosteníamos en otro momento, cuando nos referíamos a que el Derecho evoluciona y que las normas deben ser interpretadas de acuerdo con el momento en que han de ser aplicadas. El bienestar animal no está presente expresamente en nuestra Constitución -ya sí en algunos Estatutos de Autonomía- pero se están dictando normas que se justifican en la necesidad de proteger y de velar por el bienestar de los animales.

En este sentido, los títulos competenciales invocados por el legislador autonómico, cuando se han invocado, han sido de los más dispares. En las leyes aragonesa y madrileña, por ejemplo, consta expresamente que han sido

dictadas en ejercicio de la competencia estatutaria en materia de medio ambiente. Si se pretendiese justificar una ley de bienestar animal, con independencia de la función que el animal desarrolle con respecto al ser humano, tal vez este debería ser el título a invocar, al menos mientras no se reforme la Constitución y se haga referencia expresa al bienestar animal.

CAPÍTULO III. LA UTILIZACIÓN DE LOS ANIMALES POR CAUSA DE SEGURIDAD PÚBLICA Y SANITARIA

1. El papel de los animales en nuestra sociedad

La justicia ha sido siempre un privilegio humano. Considerados tradicionalmente los animales, privados de razón, ninguna injusticia cometían los hombres dispensándoles un trato inhumano y sirviéndose de ellos a su antojo. Privándoles de razón, de consciencia de sí mismos, el hombre se ha irrogado desde el principio de los tiempos, el derecho ilimitado a matar a los animales. En realidad, el Derecho se ha ocupado mucho más de regular la eliminación de los animales, por los más variados motivos, que su protección.

El estudio del régimen jurídico de los animales desde el punto de vista del Derecho público exige que examinemos cómo el ser humano dispone de los animales, para las finalidades más variadas. Dispone de ellos, en primer lugar, para eliminar aquellos que compiten con él por el espacio o la obtención del alimento. Dispone, también, con alcance y consecuencias diversas, cuando le asigna diferentes roles en la sociedad y en la economía.

Debemos dedicar pues, en este trabajo, un espacio para tratar aquellas normas que en nuestro ordenamiento regulan *la utilización* de los animales por los seres humanos²⁶⁶. Son las normas que, según palabras del profesor MARGUÉNAUD, integrarían lo que podría denominarse un Derecho contra los animales²⁶⁷. En muchos casos, dicha regulación contemplará la destrucción de *la cosa*, o sea, del animal²⁶⁸.

²⁶⁶ Llegando, incluso, en determinados supuestos, a su destrucción o eliminación.

²⁶⁷ Véase MARGUÉNAUD (2016), pp. 91 y ss.

²⁶⁸ Como gráficamente señala la profesora RÉMOND-GOUILLOUD, la facultad de destruir halaga ella misma un instinto y se pregunta «¿acaso el aniquilamiento de una cosa no representa la manifestación extrema del poder sobre la cosa aniquilada?», en RÉMOND-GOUILLOUD (1994), p. 107.

En este orden de cosas, debemos destacar el artículo escrito por la profesora Marta TAFALLA para la Revista de Bioética y Derecho titulado "La apreciación estética de los animales. Consideraciones estéticas y éticas", donde pretende llamar la atención sobre lo que la autora califica como la *costumbre* del ser humano de destruir la belleza. En palabras de la propia TAFALLA «algunos tipos de maltrato de animales no se deben a que los seres humanos despreciemos a los otros animales, sino todo lo contrario. Algunos maltratos sistemáticos de

Ya hemos visto que en nuestro ordenamiento jurídico común, los animales siguen teniendo la consideración de cosa. Los animales han sido utilizados con una finalidad productiva determinada y han jugado (juegan) un papel económico muy importante en todas las sociedades²⁶⁹. Los animales, desde tiempos inmemoriales han sido objeto de utilización por parte de los seres humanos, pero tal vez ha sido en las sociedades modernas cuando el rol de dominación y el nivel de sufrimiento de los animales ha llegado a límites insospechados. Y ello, a pesar de que paradójicamente, somos hoy conscientes de que son seres sensibles -esto es, ya no pensamos que son meras máquinas sin sentimientos ni emociones- y aun así, es ahora mismo cuando se han alcanzado unas cotas de sometimiento y de explotación de los animales, inimaginables hace un siglo²⁷⁰.

animales se deben a la fascinación profunda que los seres humanos sentimos hacia ellos. ¿En qué consiste esa fascinación? Yo creo que es, ante todo, una fascinación estética. La naturaleza, es, para cualquiera con una mínima sensibilidad, una fuente inagotable de goce estético, y el mundo animal se nos presenta como un magnífico espectáculo. (...) Para la mayoría de las personas, contemplar animales es, ante todo, un placer sensorial, estético. Creo que es por ello que las imágenes de animales llenan de tal modo nuestro mundo cotidiano. Las formas y los colores de los animales son fuente de inspiración para todo tipo de objetos como ropa, joyería, paraguas, cortinas, alfombras, juguetes para niños, cerámica, objetos de decoración, calendarios o fondos de escritorio para ordenadores. Basta con echar un vistazo alrededor y contar cuántos objetos poseemos inspirados en la imagen, en el aspecto de los animales.» En TAFALLA (2013), pp. 83-84.

²⁶⁹ Véase el artículo de Joaquín VALDIVIELSO y de Aina CAPELLÀ VIDAL sobre el papel económico de los animales no humanos donde se plantea la analogía entre el ser humano y el animal en el ámbito de la economía productiva y se analiza el papel de los animales en las economías capitalistas contemporáneas. En VALDIVIELSO y CAPELLÀ (2009), pp 50-57.

²⁷⁰ Tal vez el paradigma del nivel de explotación a que nos referimos sea la cría y reproducción de animales en granjas industriales, para el consumo humano. En el año 2009 salió a la venta en Estados Unidos un libro de Jonathan SAFRAN FOER titulado *Comer animales*, que suscitó debates interesantes en Estados Unidos pero también en otros países, sobre la forma en que se crían hoy los animales que consumimos los seres humanos. El autor realizó un exhaustivo trabajo de investigación sobre granjas industriales y mataderos de Estados Unidos. El 99,9 por ciento de los pollos, el 97 por ciento de las gallinas, el 99 por ciento de los pavos, el 95 por ciento de los cerdos y el 78 por ciento de reses (son datos de Estados Unidos), se crían en granjas industriales. Las condiciones en que viven y mueren estos animales, que pasan toda su vida confinados en reducidísimos espacios, sin ver el sol y en condiciones deplorables, son descritas minuciosamente por el autor. A título de ejemplo, al referirse a las cerdas reproductoras, encontramos el siguiente pasaje: «la cerda criada en una moderna granja industrial parirá, alimentará y criará a una media de nueve lechones: un número que los criadores han hecho crecer año tras año. Se la tiene preñada tantas veces como sea posible, es decir, la mayor parte de su vida. Cuando se acerca el día del parto, se le administran drogas para que el momento coincida con las conveniencias del granjero. Después del destete de los lechones, una inyección de hormonas provoca que la cerda entre rápidamente de nuevo en el ciclo, para que pueda inseminársela de nuevo al cabo de sólo tres semanas. Cuatro de cada cinco veces, la cerda pasará las dieciséis semanas de embarazo confinada en un "cajón de gestación" tan pequeño que el animal no puede ni darse la vuelta. La densidad de sus huesos se reducirá debido a la falta de movimiento. No se le ofrece lecho alguno y a menudo terminará

Pues bien, iniciamos con este, una serie de capítulos²⁷¹ que van a analizar las distintas normas de nuestro ordenamiento jurídico que regulan distintos aspectos de la utilización de los animales; utilización que se justifica o bien porque concurren determinadas razones sanitarias o de seguridad pública que pueden implicar incluso, la eliminación del animal si ello es necesario para el bienestar del ser humano o del medio ambiente, o bien porque los animales desempeñan determinados roles o funciones, en sus relaciones con los seres humanos, que también pueden conducir al mismo fin de eliminación, si también ello conviene al ser humano. En este último sentido, las funciones o categorías implicadas serán las relativas al ocio y entretenimiento humano (caza y espectáculos), las relativas a la obtención de conocimiento o información a través de la experimentación²⁷² y, finalmente, las relativas a la satisfacción de necesidades de los seres humanos como alimentación u obtención de productos para diferentes utilidades. El presente capítulo se ocupa del primer nivel de utilización señalado.

2. Los animales dañinos

2.1. Del concepto de *animal dañino* a la preservación de las especies

Las primeras normas que en nuestro ordenamiento jurídico tuvieron como objeto determinadas especies pertenecientes a la fauna silvestre, regularon no

con llagas de buen tamaño, ennegrecidas y llenas de pus, del roce contra las paredes del cajón. (En una investigación encubierta realizada en Nebraska, se grabaron imágenes de cerdos con llagas abiertas, algunas grandes como puños, en caras, cabezas, lomos y patas. Un trabajador de la granja comentó: "Todos tienen llagas... Apenas hay un cerdo aquí que no tenga alguna".)» En SAFRAN FOER (2011), pp. 228 y 335.

Sobre las condiciones de los animales criados para consumo humano en granjas industriales, véase también SINGER (2011), pp. 117-185.

²⁷¹ Nos referimos a los capítulos tercero, cuarto, quinto y sexto.

²⁷² En Joaquín VALDIVIELSO y Aina CAPELLÀ, en el análisis del papel de los animales en las actuales economías capitalistas contemporáneas, encontramos los siguientes roles económicos: a) Sustitución del trabajo (sobre todo en relación a algunas formas de agricultura ecológica donde se utilizan animales como fuerza de trabajo); b) Satisfacción de necesidades orgánicas (en tanto que suministradores de alimento, piel, tejidos, etc.); c) Experimentación biomédica (que abarcaría los test para fármacos o cosméticos, la experimentación científica o bioquímica y la investigación en transgenia); d) Terapia biomédica y soportes a discapacitados; e) Ocio y entretenimiento (uso en circos, peleas, cacerías, etc.); f) Coerción y violencia (investigación militar así como determinadas actuaciones de intimidación civil que se apoyan en distintas especies de mamíferos); y d) Uso doméstico funcional (utilización de los animales como compañía; eliminación de determinados animales en los espacios urbanos, como roedores, etc.). En VALDIVIELSO y CAPELLÀ (2009), pp. 53-54.

su preservación sino su persecución y captura. Pretendían el exterminio de ciertos animales que, o bien causaban daños al ganado o bien competían con el ser humano en la caza o en la pesca. Animales como el oso, el lobo, el zorro, el gato montés, el águila o el milano, han sido perseguidos sin tregua por el ser humano²⁷³.

En nuestro país ha sido conocida la figura del alimañero y su labor siempre ha sido legislada. Es a partir de la Edad Media cuando encontramos abundantes disposiciones encaminadas a premiar la captura de estos animales considerados perjudiciales para el ser humano. El emperador Carlos I otorgó en el año 1542, licencia a todas las ciudades y villas para que pudiesen dar orden de matar a lobos y premiar su caza. La Real Orden de 19 de julio de 1813, ante la necesidad de disminuir el número de lobos «y si posible fuere, extinguirlos» premiaba con ocho ducados la caza de cada lobo, dieciséis por cada loba, veinticuatro por la camada completa y cuatro por cada lobezno, premios éstos que podían ser incrementados por las diputaciones provinciales en caso de que los lobos constituyeran una amenaza para los habitantes²⁷⁴.

Fue el Real Decreto de 3 de mayo de 1834 quien acuñó el término de animales dañinos. Asignaba un premio de cuarenta reales por cada lobo, sesenta por cada loba, que se aumentaba a ochenta si estaba preñada, y veinte reales por cada lobezno. También se premiaba la entrega de zorros, garduñas y otros animales. Para cobrar, era preciso presentar la pieza ante las autoridades y

²⁷³ El profesor ESTEVE PARDO, a finales de los años 80 del siglo pasado, en un artículo dedicado a los animales dañinos, decía lo siguiente: «Parece que la conciencia social, ante la situación límite a la que se ha llegado, percibe ya todo lo que hay de irreversible y de irresponsable en la extinción de una especie, sin que quepa hacer excepciones con animales que, por seguir los imperativos que sus condicionantes biológicos imponen, sean potencialmente productores de daños en el ámbito, cada vez más amplio, del señorío humano. Una muestra o indicador evidente de la salud o riqueza del medio natural -y, según los casos, de la cultura o madurez del grupo humano que lo habita- es el mantenimiento en equilibrio de los ecosistemas con todos sus eslabones, incluidos los más poderosos predadores -como son, por ejemplo, en nuestra fauna el oso y el lobo-, que si llegan a tener la consideración de animales dañinos para el entorno del hombre es, con no poca frecuencia, porque éste ha dañado y degradado previamente el entorno de aquéllos.» En ESTEVE PARDO (1989), p. 370.

²⁷⁴ Véase SOSA WAGNER (1999), pp. 201 a 220.

éstas, tras acusar recepción de la pieza librada, entregaban la cantidad fijada al cazador²⁷⁵.

Posteriormente, la Ley de caza de 10 de enero de 1879 permitió a los Ayuntamientos organizar batidas responsabilizando a los alcaldes de estimular la persecución de los animales dañinos. Constituyó la primera norma que sometió al propietario del fundo a sus disposiciones y que estableció que la acción para denunciar las infracciones en materia de caza es pública. A esta Ley siguió la de 1902²⁷⁶, vigente hasta 1970, que permitía la eliminación de cualquier tipo de alimaña en cualquier época del año y por cualquier medio (excepto mediante armas de fuego en época de veda). El reglamento de dicha Ley, aprobado mediante Real Orden de 3 de julio de 1903, reguló las recompensas por cada pieza cobrada. Se consideraban alimañas, los lobos, zorros, gatos monteses, tejones, jabalíes, lince (este último, incluido en la Ley de caza de 1902).

Algunos años después, mediante el Decreto de 11 de agosto de 1953, conocido como Ley de alimañas, se reguló la posibilidad de que en cada provincia pudiesen constituirse Juntas de extinción de animales dañinos y protección a la caza, cuya finalidad era organizar planes de lucha contra estos animales y suministrar los venenos y demás medios necesarios para acabar con ellos²⁷⁷. Estas Juntas, dependientes de la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial, se financiaban fundamentalmente con los fondos que obligatoriamente debía aportar cada Ayuntamiento, así como a través de

²⁷⁵ Véase NIETO GARRIDO, op. cit., p. 47.

²⁷⁶ Como señala la profesora Blanca LOZANO, la Ley de caza de 16 de mayo de 1902 estableció algunas limitaciones al ejercicio de la caza «con el objeto de evitar el agotamiento de las especies cinegéticas por una excesiva depredación humana y para preservar especies útiles para el hombre, como es el caso de los pájaros insectívoros». En LOZANO CUTANDA (2010), p. 43.

²⁷⁷ En la edición de ABC del domingo 18 de octubre de 1953 se dio cuenta de las piezas capturadas y presentadas ante la Junta de Santander en los años 1944 a 1952: 493 lobos, 2.864 zorros, 183 gatos monteses, 47 jinetas, 195 turones, 998 milanos, 1.277 cuervos y 655 grajos. Puede consultarse en:

<http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1953/10/18/044.html> (última consulta: 28/04/2016).

De 1953 a 1961 se abatieron 989 buitres leonados y 2 búhos, en NIETO GARRIDO, op. cit., p. 49.

donativos de particulares, básicamente, terratenientes y ganaderos. Estaban presididas por el Ingeniero Jefe del Distrito Forestal y constituidas por un representante del Gobernador Civil de la provincia, otro de la Cámara Oficial Sindical Agraria, tres ganaderos y tres propietarios de cotos de caza nombrados por la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial. Aunque en principio debía constituirse una Junta en cada provincia, solo se constituyeron veintiuno. Actuaban sin planificación alguna lo que acababa afectando incluso a animales que no estaban catalogados como dañinos siendo así que estuvo a punto de desaparecer la nutria de Galicia²⁷⁸. Estas Juntas dejarían de existir en el año 1961 pero sus competencias fueron asumidas por las Comisiones Provinciales Delegadas de Asuntos Económicos²⁷⁹.

Es clara la total responsabilidad que ha tenido tanto el promotor de las disposiciones que promovían la captura y exterminio de determinadas especies, hoy en peligro de extinción, como los propios cazadores o alimañeros. Hoy, muchos de estos animales que antaño se perseguían, son especies protegidas.

En el caso de España, la preocupación por la preservación de las especies no se traducirá en normas concretas hasta la promulgación de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y la fauna silvestres. Su antecesora, la Ley 15/1975, de 2 de mayo, no respondía, en absoluto, a la idea de conservación de las especies a pesar de que su artículo 1 proclamaba que su finalidad era contribuir a la conservación de la naturaleza, a través del establecimiento de regímenes de protección especial. Se dispuso que el otorgamiento de estos regímenes era compatible con el ejercicio de las atribuciones que correspondían a la Administración sobre los bienes de dominio público y con el ejercicio de los derechos privados que pudiesen existir

²⁷⁸ Véase NIETO GARRIDO, op. cit, p. 49.

²⁷⁹ Es interesante el trabajo de JAVIER CALZADA, MANUELA MORA RUIZ, ROSA GILES CARNERO y CLARA MÁRQUEZ RUIZ en el libro publicado por SECEM (Sociedad Española para la Conservación y Estudio de los Mamíferos) y que lleva por título "Lince ibérico: aspectos jurídicos para la conservación de la especie". En particular, merece destacarse el breve pero interesante repaso que CALZADA realiza de la regulación jurídica de la fauna salvaje en nuestro país, en el capítulo de dicho libro dedicado a *El lince ibérico en el Ordenamiento Jurídico. de alimaña a exterminar a especie protegida*, en las pp. 21 a 48 del mismo.

en las zonas protegidas. Se añadía que, en los parques naturales, la caza y la pesca se ajustarían a las disposiciones vigentes. No se incluía ninguna disposición específica de protección de la fauna silvestre, al margen de la dispensada al área que sí se sometía a un régimen específico de protección.

Precisamente, la Ley 4/1989, de 27 de marzo, que transpuso al ordenamiento español la Directiva 79/409/CEE relativa a la conservación de las aves silvestres, enunciaba en su exposición de motivos como una de las razones por las que se hacía necesaria su promulgación, la necesidad de extender el régimen jurídico protector de los recursos naturales más allá de los meros espacios naturales protegidos. La Ley incluía una serie de medidas para garantizar la conservación de las especies de la fauna silvestre. Creaba el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas, dependiente del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y preveía los Catálogos de especies amenazadas a establecer por las Comunidades Autónomas²⁸⁰.

La Ley 4/1989, de 27 de marzo, fue sustituida por la vigente Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, cuyo objeto es, como se proclama en su primer artículo, establecer el régimen jurídico básico de la conservación, uso sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural y de la biodiversidad, como parte del deber de conservar y del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45.2 CE). En sus anexos se incluyen las especies animales para cuya protección es preciso designar zonas

²⁸⁰ La Ley 4/1989, de 27 de marzo, obligaba a las Administraciones a adoptar las medidas necesarias para garantizar la conservación de las especies pertenecientes a la flora y fauna silvestre, con especial atención a las autóctonas. Se prohibía alterar y destruir la vegetación, así como dar muerte, dañar, molestar o inquietar intencionadamente a los animales silvestres, sea cual fuere el método empleado. La prohibición incluía la retención y captura en vivo de los animales silvestres y la destrucción o daño, recolección y retención de sus nidos, crías o huevos. Se establecía que dichas prohibiciones serían de especial aplicación en el caso de los animales silvestres comprendidos en las categorías enunciadas en el artículo 29 de la norma, precepto relativo a las especies amenazadas.

El artículo 29 de esta norma distinguía cuatro categorías diferentes de catalogación: según la especie estuviese en peligro de extinción; según fuese sensible a la alteración de su hábitat por encontrarse éste amenazado, en grave regresión, fraccionado o muy limitado; según fuese vulnerable, esto es, susceptible de pasar a las categorías anteriores si los factores adversos que actuaban sobre ellas no eran corregidos; y, finalmente, de interés especial, categoría en la que se incluían las especies merecedoras de una atención particular en función de su valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad. La catalogación de una especie en la categoría "en peligro de extinción" suponía la aplicación de las prohibiciones a que se ha hecho referencia y, además, la obligación de un Plan de recuperación de la especie.

especiales de conservación, o que serán objeto de medidas de conservación especial en cuanto a su hábitat para garantizar su supervivencia o que deberán ser sujetas a protección estricta. Entre los aspectos que debemos destacar de esta ley figura la incorporación del principio de precaución en las intervenciones que puedan afectar a espacios naturales y/o especies silvestres.

Finalmente, nos interesa resaltar que la Ley 42/2007 introduce el término de especie «invasora». Concretamente en su artículo 3 se considera como especie exótica invasora la que se introduce o se establece en un ecosistema o hábitat natural o seminatural y que supone una amenaza para la diversidad biológica nativa, sea por su comportamiento invasor sea por el riesgo de contaminación genética. En este sentido, el Catálogo Español de Especies Exóticas Invasoras forma parte del Inventario Español del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. La inclusión de una especie en dicho Catálogo comporta la prohibición genérica de posesión, transporte, tráfico y comercio. Uno de los objetivos del Fondo para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad que se crea es apoyar las acciones de control y erradicación de las especies invasoras. A propósito de dicho concepto introduciremos algunas líneas en el siguiente apartado de este trabajo.

2.2. Algunas derivaciones modernas del concepto de animal dañino

2.2.1. Las especies invasoras

Está claro que hoy no puede hablarse de animales dañinos en los términos que hemos apuntado anteriormente. Tal vez, la expresión que podría guardar cierta semejanza con el sentido que tenía la expresión *animales dañinos*, sea el de especies invasoras. Desde luego, las diferencias son notables pues en el primer caso se trataba básicamente de proteger los intereses humanos en detrimento de la fauna, a veces por razones que hoy pondríamos en entredicho. En el segundo caso, la razón general que se esgrime para la adopción de medidas cuyo objeto es la destrucción de estas especies invasoras es la protección de la naturaleza, de los hábitats, del medio ambiente en general. La idea que subyace en las normas que tienen como objeto regular

y poner coto a la proliferación de especies invasoras es la de proteger la biodiversidad.

En la actualidad, uno de los problemas derivados de la gran movilidad de personas y mercancías es el establecimiento y proliferación de especies foráneas que pueden invadir el medio y afectar a especies autóctonas. La razón por la cual se ha producido esta proliferación de especies que se ven desplazadas de su medio, colonizando otro, es en buena medida por causa humana²⁸¹. Las normas que contienen medidas para hacer frente a dicha colonización se justifican en la necesidad de garantizar la biodiversidad, los ecosistemas e incluso los recursos económicos asociados al uso del patrimonio natural, por lo que nos parece coherente con la estructura del trabajo abordar en este momento el estudio de las mismas.

Estas normas encuentran su causa -no nos parece que exista ninguna duda- en el artículo 45.2 CE pues el concepto de biodiversidad y la protección de los hábitats y los ecosistemas es consustancial a la fauna silvestre, que integra a su vez el concepto de recursos naturales.

Tampoco cabe duda que, sobre la base del artículo 149.1.23 CE, el Estado tiene la competencia exclusiva para dictar las bases en la materia y que las Comunidades Autónomas podrán dictar normas adicionales de protección. Así se viene a reconocer en la exposición de motivos de la norma que actualmente regula esta cuestión, la ya mencionada Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, modificada por la Ley 33/2015, de 21 de septiembre²⁸² y por la Ley 7/2018, de 20 de julio²⁸³.

²⁸¹ En ocasiones esta introducción ha sido deliberada. Es el caso, por ejemplo, del arruí (*Ammotrogus lervia*), un bóvido de origen exótico, introducido por su interés cinegético en la Sierra Espuña (Murcia) en el año 1970 como trofeo debido a su gran cornamenta. La especie se adaptó perfectamente al nuevo hábitat y se ha convertido en un competidor de otros ungulados autóctonos, en particular de la cabra montés, y en una amenaza para la flora endémica. Véase al respecto, la STS de 16 de marzo de 2016, rec. cas. 396/2013, que contiene interesantes referencias probatorias en cuanto algunas de las especies incluidas en el Catálogo Español de Especies Exóticas e Invasoras.

²⁸² Entre otras cosas, la modificación introduce la referencia al Reglamento (UE) n.º 1143/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, sobre la prevención y la gestión de la introducción y propagación de especies exóticas invasoras. Véase, en particular, el artículo 64 bis de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre.

Así pues, el desarrollo del artículo 45.2 CE en lo que se refiere al control de las especies invasoras lo encontramos en la actualidad en algunos de los preceptos de la Ley 42/2007, concretamente, en el título tercero. Define la especie exótica invasora como la que se introduce en un ecosistema o hábitat natural o seminatural y que constituye un agente de cambio y amenaza para la diversidad biológica nativa, bien sea porque existe riesgo de contaminación genética bien sea, simplemente, por su comportamiento invasor.

Según la regulación que contiene esta norma, las Comunidades Autónomas están obligadas a adoptar las medidas necesarias para garantizar la conservación de la biodiversidad prohibiendo la introducción de especies alóctonas cuando puedan competir con las especies autóctonas o alterar el equilibrio ecológico. Por otro lado, prevé la creación de un catálogo de especies exóticas invasoras en el que se incluirán aquellas especies que constituyan o

²⁸³ BOE núm. 176, de 21 de julio de 2018. Esta modificación de la Ley 42/2007 trae causa de una iniciativa parlamentaria promovida por el Grupo Parlamentario Popular, cuyo objeto era compatibilizar la lucha contra las especies exóticas invasoras con su aprovechamiento para la caza y la pesca en determinadas áreas. En el preámbulo de la norma aprobada se hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo núm. 637/2016, de 16 de marzo, que supuso la modificación de la lista de especies catalogadas y anuló varias disposiciones del Real Decreto 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula el Catálogo español de especies exóticas invasoras. Se añade que esta sentencia había generado gran preocupación por sus efectos económicos y sociales al implicar la prohibición de posesión, transporte, tráfico y comercio de ejemplares vivos de varias especies que son objeto de aprovechamiento piscícola o cinegético y al prohibir la práctica de caza y pesca deportivas de las especies catalogadas, salvo en el marco de campañas de control y erradicación. Concretamente, se introduce la siguiente justificación para la modificación de la norma: « Es, por tanto, preciso encontrar una solución que compatibilice la protección del medio ambiente de conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo, con la actividad y el empleo de los sectores cinegético y piscícola, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Reglamento 1143/2014, de 22 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la prevención y la gestión de la introducción y propagación de especies exóticas invasoras en cuya aprobación participó activamente España, debiendo valorar, en las actuaciones a seguir, las especies que proporcionan beneficios sociales y económicos. (...) Esta modificación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, tiene por objeto compatibilizar la imprescindible lucha contra las especies exóticas invasoras con su aprovechamiento para la caza y la pesca en aquellas áreas que, al estar ocupadas desde antiguo, su presencia no suponga un problema ambiental. (...) En la modificación de la ley se seguirá considerando que las especies exóticas invasoras para las que exista suficiente información científica deberán ser catalogadas, pero se permitirá que, en aquellas áreas ocupadas antes de 2007, año en que se promulgó la primera regulación de esta materia, se podrán utilizar todas las modalidades de caza y pesca para su control o erradicación. Por el contrario, fuera de esas áreas queda prohibido el aprovechamiento de pesca o caza deportivas, como forma de desincentivar las sueltas ilegales que se han seguido produciendo».

De interés resulta el artículo que BRUFAO CURIEL elaboró a raíz de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, antes mencionada, donde analiza las causas de la presentación de la proposición de ley de reforma de la Ley del Patrimonio Natural y Biodiversidad. En BRUFAO (2017), pp. 1-21.

puedan llegar a serlo, una amenaza grave para las especies autóctonas o para los ecosistemas, la agronomía o los recursos económicos asociados al uso del patrimonio natural. El hecho de que determinadas especies estén incluidas en dicho catálogo supone la aplicación de determinadas medidas que comportan la prohibición de su posesión, transporte, tráfico o comercio, tanto de ejemplares vivos como muertos. Solamente cuando lo autorice la Administración y por razones de investigación, salud y seguridad de las personas, dicha prohibición quedará sin efecto²⁸⁴.

2.2.2. Los animales silvestres urbanos

Tal vez los animales silvestres urbanos cumplan, mejor que las especies invasoras, las características de lo que tradicionalmente se consideró animal dañino o alimañas. Nos referimos a aquellas especies de animales que viven en entornos urbanos pero que rehúyen el contacto humano y que ocasionan determinadas molestias a los seres humanos. Es el caso de las palomas, las gaviotas, las cotorras, los jabalís, incluso.

Este tipo de animales liminales no entran en la categoría de los animales domésticos ni de los animales salvajes²⁸⁵. Como sostienen los filósofos DONALDSON y KYMLICKA, este tipo de animales se encuentran, desde un punto de vista jurídico, entre los animales a los que se dispensa menor reconocimiento y protección. No se encuentran en peligro de extinción y tampoco se consideran animales domésticos. Por el contrario, nuestra

²⁸⁴ Es interesante la STS de 16 de marzo de 2016, dictada en el recurso contencioso administrativo 396/2013, que declaró la nulidad de algunos de los preceptos del Real Decreto 630/2013, de 2 de agosto, sobre el Catálogo Español de Especies Exóticas Invasoras. Esta norma venía a excluir de la catalogación determinadas especies hasta el momento consideradas invasoras, con el fin de permitir cierto aprovechamiento de las mismas o incluso su caza.

²⁸⁵ Véase, especialmente, DONALDSON y KYMLICKA (2018), pp. 369 a 440; (2011), pp. 210 a 251. Estos autores abogan por la construcción de un estatus de cuasi-ciudadanía para este tipo de animales. Estatus que se comprende mejor por comparación con el estatus de soberanía que los citados filósofos defienden para el caso de los animales salvajes y con el estatus de conciudadanía que mantienen para los animales domésticos. Los términos de este nuevo marco de relación para los animales liminales exigirían: respetar sus derechos básicos (a la vida y a la libertad); reconocer su derecho a residencia (debe reconocerse la legitimidad de los animales que ya residen con nosotros); y, debemos extender hacia ellos ciertas obligaciones positivas como tener en cuenta sus intereses, diseñando estrategias para la coexistencia con ellos.

percepción es que son animales que ocupan nuestro espacio humano, que ensucian y, por tanto, son invasores²⁸⁶.

Las molestias que este tipo de animales suelen ocasionar en nuestras sociedades encuentran la correspondiente respuesta por parte de los seres humanos a través de actuaciones más o menos contundentes. Tradicionalmente se optó directamente por su eliminación. Es, curiosamente, en las leyes de protección de los animales de las diferentes comunidades autónomas donde se encuentran disposiciones encaminadas a controlar este tipo de poblaciones de animales, donde se establecen métodos de control o caza²⁸⁷. Hoy día empiezan a estudiarse otras opciones menos drásticas como el establecimiento de barreras o la esterilización de los animales²⁸⁸.

²⁸⁶ En palabras de los citados DONALDSON y KYMLICKA, «surgen pocas voces que los defiendan ante nuestros estallidos periódicos de limpieza étnica y hay pocas leyes que les ofrezcan algún tipo de protección». No suelen alzarse voces contra campañas de exterminio de animales liminales. En DONALDSON y KYMLICKA, op. cit., p. 371; p. 211.

²⁸⁷ Por ejemplo, el artículo 9 del Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de protección de los animales de Cataluña, que lleva por título «Control de poblaciones de animales» establece que: «1. Se pueden efectuar controles específicos de poblaciones de animales considerados perjudiciales o nocivos, siempre que no se trate de ejemplares de especies protegidas. Las prácticas destinadas a la protección de las cosechas no deben implicar en caso alguno la destrucción en masa de animales no nocivos ni ejemplares de especies protegidas. No obstante, el departamento competente en materia de medio ambiente puede autorizar motivadamente y de manera excepcional la captura o el control de ejemplares de especies protegidas cuando no haya ningún otro método para evitar los daños. 2. Con respecto a los pájaros, los métodos de captura son los previstos en la normativa comunitaria y legislación básica estatal. Con respecto a los roedores, excepcionalmente, se pueden utilizar sustancias pegadizas para el control de plagas si por cuestiones sanitarias, de seguridad o de urgencia se justifica la necesidad y siempre que esta actividad no pueda afectar a ninguna especie protegida ni al medio natural. Esta actividad sólo puede ser llevada a cabo por personal profesional, en lugares cerrados y adoptando las medidas adecuadas para evitar al máximo el sufrimiento del animal.»

También debemos tener en cuenta el artículo 35 que bajo el título de «caza selectiva temporal» dispone: «1. Sólo si hay que reducir la población animal de una especie protegida, en interés de la protección de otras especies señaladas por el anexo o para prevenir daños importantes a cultivos, rebaños o montes, se puede autorizar la caza selectiva temporal de especies indicadas por el anexo. Esta autorización tiene carácter extraordinario y requiere un informe que demuestre que la operación de caza selectiva que se debe practicar no pone en peligro el nivel de población, la distribución geográfica o la tasa de reproducción de la especie protegida en el conjunto de Cataluña. 2. Durante el tiempo que dure la cacería, ésta debe ser controlada por representantes del departamento competente en materia de medio ambiente».

²⁸⁸ En algunas ciudades europeas como Basilea o Nottingham se han puesto en marcha programas que consisten en instalar palomares en distintos puntos de la ciudad, que son limpiados por voluntarios que además, llevan comida y agua. En dichos palomares se sustituye determinado porcentaje de huevos por imitaciones, lo que hace disminuir la tasa de reproducción. Este programa ha conseguido limitar el número de ejemplares y resituar las palomas. En DONALDSON y KYMLICKA, op. cit., pp. 431-432; p. 247.

2.2.3. Los animales potencialmente peligrosos

A) Origen de la regulación y alcance

Diferente del concepto de especies invasoras es el de animales potencialmente peligrosos que, sin embargo, tienen en común, ser también susceptibles de causar daño a otras especies o a los seres humanos, razón por la que incluimos también este supuesto como derivación del concepto de animal dañino. No obstante, en este caso, los daños se producirán sobre todo a las personas o a animales de compañía o domésticos, no a los hábitats ni a la biodiversidad como ocurre con las especies invasoras.

El origen de esta regulación hemos de situarlo a finales de los años 90 del siglo pasado, momento en que se produjeron una serie de ataques a personas protagonizados por perros de determinadas razas que tuvieron gran trascendencia en la prensa y que provocaron una importante alarma social. No existía en ese momento en nuestro país ninguna norma que pudiera aplicarse a estas situaciones²⁸⁹, por lo que el Gobierno español redactó un proyecto de ley que, previa la correspondiente tramitación parlamentaria, dio lugar a la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el Régimen Jurídico de Animales Potencialmente Peligrosos²⁹⁰. Esta ley considera animal potencialmente peligroso, aquél que, perteneciendo a la fauna salvaje, siendo utilizado como animal doméstico, o de compañía, con independencia de su agresividad, pertenece a una especie o raza con capacidad para causar la muerte o lesiones a personas y a otros animales o daños a las cosas. También serán considerados animales potencialmente peligrosos «los animales domésticos o de compañía que reglamentariamente se determinen, en particular, los

²⁸⁹ En Cataluña, prácticamente al mismo tiempo, se había dictado la Ley 10/1999, de 30 de julio y su correspondiente reglamento, aprobado por Decreto 170/2002, de 11 de junio.

²⁹⁰ El proyecto de ley se tramitó por el procedimiento de urgencia y, de hecho, en el debate de totalidad del proyecto de ley, el Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación resaltó que « En este proyecto de ley se recogen todos los aspectos que han sido demandados insistentemente por nuestra sociedad a lo largo de los últimos meses, es decir, el transporte, adiestramiento, comercio, importación, selección y tenencia de estos animales. (...) Desde un primer momento, el Gobierno se ha sensibilizado ante el clima de inquietud social originado a raíz de las agresiones protagonizadas por ciertas razas de perros, que han proliferado últimamente en nuestro país, agresiones que han sufrido y pueden sufrir sobre todo los niños y que, como todos conocemos, en unos casos han causado lesiones importantes y en otros, desgraciadamente, han llegado a provocar la muerte.» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 21/10/1999, núm. 256, p. 14223).

pertenecientes a la especie canina incluidos dentro de una determinada tipología racial que, por su carácter agresivo, tamaño o potencia de mandíbula tengan capacidad de causar la muerte o lesiones a las personas o a otros animales y daños a las cosas» (artículo 2 Ley 50/1999).

Esta ley, según su exposición de motivos y su disposición final primera, fue dictada en desarrollo del artículo 149.1.29 CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de seguridad pública. Parece correcta la invocación de este título pues el fin de la norma es proteger la seguridad de las personas y sus bienes, el mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadanos²⁹¹. La Ley 50/1999, de 23 de diciembre, se limita, sin embargo, a una serie de formulaciones genéricas e imprecisas que se revelaron de escasa utilidad práctica hasta que se promulgó el Real Decreto 287/2002, de 22 de marzo, que, entre otras cosas, establece el catálogo de los animales pertenecientes a la especie canina que deben ser considerados como especialmente peligrosos. En todo caso, las previsiones de la Ley 50/1999 y las de su reglamento pueden ser completadas por las que establezca el legislador autonómico puesto que la seguridad pública es una competencia concurrente, de modo que las Comunidades Autónomas con competencias en materia de protección de las personas y bienes podrán regular los aspectos no previstos en la norma estatal y proceder a su desarrollo reglamentario ²⁹².

En este sentido, algunas Comunidades Autónomas han dictado normas para regular la tenencia de este tipo de animales. La pionera fue Cataluña que, de hecho, se adelantó al Estado en unos meses al aprobar la Ley 10/1999, de 30 de julio, llamada de perros peligrosos. La anticipación del legislador autonómico catalán provocó algunas disfuncionalidades por cuanto en la ley catalana se definían como razas peligrosas, perros que hubieran tenido episodios de

²⁹¹ Debe destacarse que según la disposición final primera de la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, los artículos 4 y 9.1 (dedicados respectivamente al comercio de este tipo de animales y a la obligación de mantener los animales en las debidas condiciones higiénico-sanitarias) tienen carácter básico y se dictan al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.13 CE y 149.1.16 CE, que atribuyen al Estado competencia en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y bases y coordinación general de la sanidad.

²⁹² Así lo han hecho, Madrid, Cataluña y el País Vasco, con la aprobación de los Decretos 30/2003, de 13 de marzo, 170/2002, de 11 de junio y 101/2004, de 1 de junio, respectivamente.

agresiones a personas y los adiestrados para el ataque y la defensa, además de los pertenecientes a unas concretas razas que se enumeraban pero que no coincidían, exactamente, con las razas previstas en la legislación estatal. Además, la ley catalana tampoco exigía expresamente la obtención de previa licencia para la posesión de un animal potencialmente peligroso, requisito que, en cambio, sí era exigible para el legislador estatal, como luego veremos. Las disfuncionalidades producidas se intentaron corregir por el Gobierno catalán mediante el Decreto 170/2002, de 11 de junio, que desarrolló la Ley y que, por ejemplo, ya mencionó la necesidad de obtener licencia e intentó hacer coincidir las razas que se consideraban como potencialmente peligrosas con las establecidas en el anexo I del Real Decreto 287/2002, de 22 de marzo.

Otras Comunidades Autónomas se anticiparon también al legislador estatal si bien, a diferencia del caso de Cataluña, dictaron normas reglamentarias, no leyes. Es el caso del Decreto de la Comunidad de Madrid 19/1999, de 4 de febrero, sobre identificación y tenencia de los perros de guarda y defensa; la Orden valenciana de 8 de febrero de 1999 sobre controles suplementarios relativos a la tenencia de perros potencialmente peligrosos; o, el Decreto de Cantabria núm. 64/1999, de 11 de junio, sobre identificación y tenencia de perros de guarda y defensa²⁹³.

Finalmente, algunas Comunidades Autónomas lo que hicieron fue introducir alguna referencia a los animales peligrosos en sus leyes de protección de los animales -desde nuestro punto de vista, de forma totalmente desacertada pues está claro que la finalidad de estas últimas no coincide con la que justifica la regulación de las normas en materia de animales potencialmente peligrosos- y, posteriormente, a través de una norma reglamentaria acabaron de concretar algunos aspectos de la normativa estatal. Fue el caso, por ejemplo, de la comunidad andaluza a través del Decreto 42/2008, de 12 de febrero, o de la comunidad valenciana, mediante el Decreto 145/2000, de 25 de septiembre, o de Galicia, a través del Decreto 90/2002, de 28 de febrero.

²⁹³ Puede obtenerse más información al respecto en ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY (2012), pp. 223-224.

En general, la regulación de los animales potencialmente peligrosos, tanto la estatal como la contenida en las normas de las Comunidades Autónomas que han legislado, también incluye determinadas disposiciones en materia de bienestar de los animales, cuando, por ejemplo, se exige a los propietarios, criadores o poseedores que los mantengan en las adecuadas condiciones higiénico-sanitarias y les den los cuidados necesarios según sus necesidades fisiológicas (art. 9.1 de la Ley 50/1999). Las disposiciones de la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, que regulan estas cuestiones se justifican en la competencia del artículo 149.1.16 CE, que atribuye al Estado competencia en las bases y coordinación general de la sanidad. El resto de disposiciones de la Ley 50/1999 se dictan con el objeto de proteger la seguridad de las personas y sus bienes, como ya hemos dicho, lo que explica, por ejemplo, que se establezca como medida sancionadora accesoria, el decomiso e incluso sacrificio del animal potencialmente peligroso (artículo 13.3). Sin embargo, no se regula ni en la Ley ni en el reglamento el procedimiento o los requisitos que se deberían de cumplir en estos casos, por lo que parece quedar a criterio de la autoridad sancionadora competente el establecer como sanción el comiso o incluso ordenar el sacrificio del animal²⁹⁴.

Como acabamos de ver, la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, incluye en su ámbito de aplicación los animales pertenecientes a la fauna salvaje con capacidad para causar lesiones o la muerte a las personas o a otros animales y daños a las cosas. La terminología de la norma no es muy precisa. En primer lugar, porque en el ordenamiento jurídico español no existe un concepto jurídico de *fauna salvaje*. Si partimos de la clasificación del Derecho Romano que posteriormente pasó a las Partidas (Ley 17 y siguientes, Título 28, Partida

²⁹⁴ Aunque la norma no lo dice, como el comiso y el sacrificio deberán imponerse tras haberse tramitado el correspondiente expediente sancionador, parecerá obvio que en ningún caso podrán adoptarse tales medidas, sin la previa existencia de informes de facultativos que lo aconsejen y que justifiquen que es la única solución posible. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que algunas ordenanzas municipales regulan el comiso con carácter de medida provisional, es decir, antes de que se haya tramitado propiamente el correspondiente procedimiento sancionador. Por ejemplo, véase la Ordenanza reguladora de la tenencia y protección de los animales de Madrid de 26/07/2001, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 31/08/2001, núm. 207, pp. 42-48. El artículo 38 de la Ordenanza prevé la posibilidad de confiscar con carácter provisional a los animales en los casos de infracciones graves y muy graves; por ejemplo, es infracción muy grave la tenencia de un animal potencialmente peligroso sin licencia.

3ª)²⁹⁵, salvajes son los animales que vagan libremente por tierra, mar y aire, huyen de la presencia del ser humano y no pueden ser ocupados más que por la fuerza²⁹⁶. Difieren de los domesticados o amansados en que son salvajes por naturaleza pero que han sido acostumbrados a la compañía del ser humano y que mientras conservan la costumbre de volver a la morada del poseedor, se asimilan a los mansos o domésticos (art. 465 CC); por supuesto, difieren de los mansos o domésticos que han sido criados y se encuentran bajo el poder del ser humano.

En segundo lugar, porque parece que la Ley 50/1999 da por sentado que todos los animales pueden ser objeto de ocupación, pero debe tenerse en cuenta que ello no es así, en particular, en lo que se refiere a los pertenecientes a la fauna salvaje. No son susceptibles de ocupación aquellos animales que según las normas internacionales o comunitarias deben de ser objeto de protección y, de hecho, la misma Ley 50/1999 parece caer en la cuenta a tenor de lo que dispone el artículo 4 en su apartado séptimo, al señalar que cuando las operaciones de importación, compraventa, traspaso, donación, etc. que regula la norma, se refieran a animales incluidos en las clasificaciones de especies protegidas «les será, además, de aplicación la legislación específica correspondiente». En este sentido, las principales normas internacionales y de la Unión Europea a tener en cuenta serán el Convenio internacional de especies amenazadas de la fauna y flora silvestre (Convenio Cites), hecho en Washington el 3 de marzo de 1973; la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de noviembre relativa a la conservación de las aves silvestres; y la Directiva 92/43/CEE, del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, modificada por la Directiva 1997/62/CE, del Consejo, de 27 de

²⁹⁵ Tal y como sostiene la profesora ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS a quien seguimos en esta exposición. En ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS (2012), pp.236 y 237.

²⁹⁶ Estimamos oportuno mencionar que el profesor Enrique ALONSO GARCÍA no es partidario de la utilización del adjetivo «salvaje» para referirse a los animales no domésticos o amansados, sino que prefiere la utilización del término «silvestre». Así lo expuso en su brillante intervención en el Colegio de Abogados de Barcelona, con ocasión de la celebración del V Congreso sobre los derechos de los animales, celebrado los días 31 de mayo y 1 de junio de 2018. Lo cierto es que de las definiciones que tanto de «salvaje» como de «silvestre» hace la RAE podría considerarse que ambos vocablos pueden ser sinónimos. En efecto, en el Diccionario de la RAE que puede consultarse en línea, se define «salvaje» como «dicho de un animal no domesticado» y silvestre como «dicho de un animal no domesticado». En <http://www.rae.es/>. (Última consulta realizada: 2/06/2018).

octubre de 1997 y por el Reglamento (CE) núm. 1882/2003, de 29 de septiembre.

Pues bien, aquellos animales que reúnan las condiciones de peligrosidad a que se refiere la Ley 50/1999 pero que sean objeto de protección según los convenios internacionales y las directivas de la Unión Europea, no podrán ser ocupados o podrán serlo, pero solo en la medida en que estas normas lo permitan. La autoridad administrativa que constatare la posible peligrosidad de un animal perteneciente a la fauna salvaje e incluido, pongamos por caso, en el ámbito de aplicación del Convenio CITES, debería asegurarse, en primer lugar, que la tenencia de dicho animal no vulnera las disposiciones de dicho convenio, antes de aplicar estrictamente la Ley 50/1999. Solo en el caso de que se cumplieran los requisitos establecidos en la normativa internacional sería posible exigir, entonces, el cumplimiento de los requerimientos de la Ley 50/1999, el principal de los cuales sería estar en posesión de la preceptiva licencia administrativa²⁹⁷.

B) Requisitos para la posesión de un animal potencialmente peligroso

Según la ley estatal, la posesión de cualquier animal perteneciente a la fauna salvaje, susceptible de producir daños o lesiones a las personas o bienes, requerirá la previa obtención de una autorización administrativa, autorización que normalmente conceden los Ayuntamientos²⁹⁸. También, desde luego, la posesión de un perro de los pertenecientes a alguna de las razas descritas en el anexo I del Real Decreto 287/2002²⁹⁹, o que hubiera tenido un

²⁹⁷ El artículo 3 de la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, dispone que la tenencia de cualesquiera animales clasificados como potencialmente peligrosos requerirá la previa obtención de una licencia administrativa, otorgada por el Ayuntamiento del municipio de residencia del solicitante una vez que se haya verificado que el solicitante es mayor de edad y no está incapacitado para proporcionar los cuidados necesarios al animal; no ha sido condenado por los delitos que enumera el precepto; disponga de un certificado de aptitud psicológica y acredite haber formalizado un seguro de responsabilidad civil por daños a terceros por la cuantía que se determine reglamentariamente.

²⁹⁸ Sobre el procedimiento para la obtención de esta licencia puede consultarse GARCÍA VALDERREY, M.A. (2016), pp. 59-89.

²⁹⁹ En el anexo I de este reglamento se relacionan las razas de perros que deban considerarse peligrosas, tales como pitbull terrier, staffordshire bull terrier, american staffordshire terrier, rottweiler, dogo argentino, fila brasileiro, tosa inu y akita inu. No obstante, no solo los animales pertenecientes a alguna de estas razas deberán ser considerados peligrosos sino también aquellos cuyas características se correspondan con todas o con la mayoría de las que figuran

comportamiento agresivo que hubiera merecido la declaración de animal potencialmente peligroso. La obtención de dicha autorización está supeditada a la acreditación de una serie de requisitos y al cumplimiento de una serie de medidas de seguridad. Podría cuestionarse el hecho de que la Ley 50/1999 se refiera en general a "animales potencialmente peligrosos" y no se circunscriba, como sí hace, alguna ley autonómica, solamente a los perros peligrosos. En cualquier caso, la regulación estatal permite abarcar un mayor número de supuestos lo que nos parece más adecuado habida cuenta de las grandes posibilidades que existen en nuestra sociedad, de poder estar en posesión de un animal³⁰⁰ que muchas veces será más peligroso que muchos pertenecientes a las razas caninas que se califican como tales.

Finalmente, interesa destacar que la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, también exige el cumplimiento de otros requisitos por parte del propietario o poseedor del animal como, por ejemplo, la obligación de identificarlos en la forma reglamentariamente establecida (artículo 5), de inscribirlos en el Registro de animales potencialmente peligrosos (artículo 6), de mantenerlos en adecuadas condiciones higiénico-sanitarias y dispensarles los cuidados adecuados según

en el anexo II del Real Decreto 287/2002, salvo que se trate de perros-guía o de perros de asistencia acreditados y adiestrados. Estas características son las siguientes: a) fuerte musculatura, aspecto poderoso, robusto, configuración atlética, agilidad y resistencia; b) marcado carácter y gran valor; c) pelo corto; d) perímetro torácico comprendido entre 60 y 80 centímetros, altura a la cruz entre 50 y 70 cm y peso superior a 20kg; e) cabeza voluminosa, cuboide, robusta, con cráneo ancho y grande y mejillas musculosas y abombadas. Mandíbulas grandes y fuertes, boca robusta, ancha y profunda; f) cuello ancho, musculoso u corto; g) pecho macizo, ancho, grande, profundo, costillas arqueadas y lomo musculado y corto; h) extremidades anteriores paralelas, rectas y robustas y extremidades posteriores muy musculosas, con patas relativamente largas formando un ángulo moderado. Pero, además, aun cuando no se encuentren entre las razas descritas ni tenga las características a las que se ha hecho mención, también serán considerados perros potencialmente peligrosos aquellos animales de la especie canina que manifiesten un carácter marcadamente agresivo o que hubiesen protagonizado agresiones a personas o a otros animales. En este caso, la potencial peligrosidad deberá ser apreciada por la autoridad competente, atendiendo a criterios objetivos, bien de oficio, o bien tras haber sido objeto de denuncia, previo informe de un veterinario, designado o habilitado por la autoridad competente.

³⁰⁰ No es inusual leer en la prensa noticias sobre personas que poseen en sus domicilios o incluso pasean en los espacios públicos, animales peligrosos. Como ilustración de lo que decimos, hacemos referencia aquí a una de estas muchas noticias, en concreto la aparecida en La Vanguardia, el 21 de septiembre de 2012, cuando fue capturada por agentes rurales del Departamento de Agricultura, Ganadería, Pesca, Alimentación y Medio Natural de la Generalidad de Cataluña, una serpiente pitón de grandes dimensiones que se había escapado de *su domicilio* en Barcelona. Puede consultarse el texto íntegro de la noticia en: <http://www.lavanguardia.com/vida/20120921/54350668276/capturada-serpiente-dos-metros-domicilio-barcelona.html> (Última consulta realizada: 1/05/2018).

sus necesidades fisiológicas y las características de la especie y la raza (artículo 9.1) y de cumplir todas las normas de seguridad ciudadana para que puedan convivir con los seres humanos (artículo 9.2). Se mezclan así, disposiciones que tienen su razón de ser en proteger la seguridad ciudadana con otras más relacionadas con el bienestar animal.

En lo que se refiere a las concretas medidas de seguridad, el reglamento de la Ley 50/1999 exige que, cuando estos animales sean conducidos en lugares y espacios públicos, deberán ser controlados mediante cadenas o correas no extensibles de menos de 2m, sin que pueda llevarse más de un perro por persona y, cuando se encuentren en un chalet, casa de campo, patio, etc., habrán de estar atados a no ser que se disponga de habitáculo con altura y adecuado cerramiento para proteger a las personas o animales que transiten (artículo 8 Decreto 287/2002).

El carácter *dañino* de este tipo de animales explica que entre las disposiciones de la Ley 50/1999 encontremos una mención expresa a su sacrificio sobre la que nos interesa hacer un breve apunte. Concretamente, el artículo 13 dispone que la comisión de una infracción grave o muy grave podrá llevar aparejada como sanción accesoria el sacrificio del animal³⁰¹. La norma no introduce mayor precisión. La mayoría de estas infracciones no tienen como objeto el comportamiento agresivo del animal sino, por el contrario, la conducta irresponsable del dueño. Aun así, la norma prevé la posibilidad de aplicar el sacrificio sin distinguir entre el tipo concreto de la infracción. Esta medida y, en particular, su configuración de modo que deja un amplio margen de apreciación al operador llamado a aplicarla nos parece criticable. El legislador debería haber detallado qué concretos supuestos merecen una sanción tan grave e irreversible como el sacrificio del animal y no preverla en el modo general en que lo ha hecho.

³⁰¹ Según dicho precepto son infracciones muy graves las siguientes: abandonar a un app, no disponer de licencia, vender o transmitir un app por cualquier título a quien no tenga licencia, adiestrar animales para activar su agresividad, adiestrarlos si no se está en disposición del correspondiente certificado de capacitación, celebrar concursos o espectáculos de app destinados a demostrar la agresividad de los animales. Son infracciones graves: dejar suelto un app, no identificarlo, no inscribirlo en el Registro, hallarse el perro en lugares públicos sin bozal o no sujeto con correa, el transporte de app sin cumplir con los requisitos que exige la ley, no facilitar los datos requeridos por las autoridades competentes.

3. Daño producido a los animales por razones sanitarias

Se pretenden examinar en este apartado aquellas medidas previstas en el ordenamiento jurídico que se aplican sobre los animales por razones sanitarias. Haremos referencia, en particular, a los supuestos de enfermedades contagiosas o epizootias e introduciremos también, una referencia a la problemática que puede suponer la proliferación de determinados animales abandonados, sobre todo planteada en relación a la existencia de perros asilvestrados³⁰².

3.1. Epizootias y zoonosis

La libre circulación de mercancías se halla regulada en los artículos 28 a 37 del TFUE³⁰³. Este principio significa que se prohíben, entre los Estados miembros, las restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación, así como todas las medidas de efecto equivalente. El artículo 36 TFUE establece que se admitirán las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito de mercancías justificadas, entre otras, en razón de protección de la salud y vida de las personas y animales. Tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros. Afirma Thierry ERNIQUIN que los animales constituyen, a la luz del TFUE, unas mercancías particulares:

³⁰² Por el momento, no son muy frecuentes en nuestro país las noticias relativas a daños producidos por perros asilvestrados, aunque también las hay. El conflicto se ha suscitado sobre todo en determinados países de la Europa del Este y, dada su relación con el objeto de este trabajo, hemos creído oportuno introducir alguna reflexión al respecto.

³⁰³ En particular, el artículo 28 TFUE dispone que: «1. La Unión comprenderá una unión aduanera, que abarcará la totalidad de los intercambios de mercancías y que implicará la prohibición, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación y exportación y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente, así como la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros países. 2. Las disposiciones del artículo 30 y las del capítulo 3 del presente título se aplicarán a los productos originarios de los Estados miembros y a los productos procedentes de terceros países que se encuentren en libre práctica en los Estados miembros».

A su vez, el artículo 36 TFUE señala: «Las disposiciones de los artículos 34 y 35 (que imponen la prohibición de restricciones a la importación y a la exportación) no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros».

por un lado, los pertenecientes a especies domésticas entrarían en la categoría de productos agrícolas (artículo 38.1, en relación al Anexo I, TFUE) y les serían aplicables los principios de la política agrícola común (PAC), cuyo primer objetivo es incrementar la productividad. Por otro lado, los animales son seres vivos dotados de sensibilidad³⁰⁴. Desde el 1 de mayo de 1999, fecha de entrada en vigor del Protocolo núm. 33 anexo al TCE por el Tratado de Ámsterdam firmado el 2 de octubre de 1997, los animales no pueden ser considerados como meras mercancías sino como seres sensibles y, en los ámbitos concretos a que se refiere actualmente el artículo 13 TFUE, entre los cuales se encuentra la agricultura, los transportes y el mercado interior, el bienestar animal es uno de los elementos que debe ser tomado en consideración.

En nuestro país, la normativa a tener en cuenta es la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal³⁰⁵, norma de carácter básico y aplicable al conjunto del territorio nacional y a todos los animales, independientemente de su función y de su relación con el ser humano³⁰⁶. La Ley contiene disposiciones relativas a

³⁰⁴ Véanse, en particular, las pp. 49-51 de ERNIQUIN (2017).

³⁰⁵ Sobre el proceso de formación de la legislación sobre epizootias, véase QUINTANA LÓPEZ (2009), pp. 1-7.

³⁰⁶ Según el artículo 1.2 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, las finalidades de esta norma son las siguientes: «a) La prevención, lucha, control y erradicación de las enfermedades de los animales. b) La mejora sanitaria de los animales, de sus explotaciones, de sus productos y de la fauna de los ecosistemas naturales. c) La prevención de la introducción en el territorio nacional, y en el resto de la Unión Europea, de enfermedades de los animales, evitando asimismo la propagación de las ya existentes. d) La protección de la salud humana y animal mediante la prevención, lucha, control y, en su caso, erradicación de las enfermedades de los animales susceptibles de ser transmitidas a la especie humana o que impliquen riesgos sanitarios que comprometan la salud de los consumidores. e) La prevención de los riesgos para la salud humana derivados del consumo de productos alimenticios de origen animal que puedan ser portadores de sustancias o aditivos nocivos o fraudulentos, así como de residuos perjudiciales de productos zoonosarios o cualesquiera otros elementos de utilización en terapéutica veterinaria. f) La prevención de los riesgos para la sanidad animal derivados de la utilización incorrecta de productos zoonosarios, de la administración de productos nocivos y del consumo de productos para la alimentación animal que contengan sustancias capaces de desencadenar la aparición de enfermedades en los animales. g) La evaluación de los riesgos para la sanidad animal del territorio nacional, teniendo en cuenta los testimonios y evidencias científicas existentes, los procesos y métodos de producción pertinentes, la actividad económica subyacente, la pérdida de rentas, los métodos pertinentes de inspección, muestreo y prueba, la prevalencia de enfermedades concretas, la existencia de zonas libres de enfermedades y las condiciones ecológicas y ambientales. h) Lograr un nivel óptimo de protección de la sanidad animal contra sus riesgos potenciales, teniendo en cuenta los factores económicos de la actividad pecuaria y, entre ellos, el posible perjuicio por pérdida de producción o de ventas en caso de entrada, difusión o propagación de una enfermedad, los costos de control o erradicación y la relación coste-beneficio de otros posibles métodos para limitar los riesgos».

la prevención de las enfermedades y otras aplicables cuando la enfermedad ya se ha producido. No es una norma que tenga por finalidad, lógicamente, el bienestar animal, aun cuando podría decirse que en la medida que sus disposiciones tienen por objeto velar por la salud de los animales, tendrán como efecto -indirecto- aumentar su bienestar. Entre estas últimas, debe mencionarse el artículo 7 que contiene una serie de medidas preventivas para garantizar que no llegue a manifestarse ninguna enfermedad³⁰⁷, como la prohibición para los propietarios de animales, transportistas, comerciantes y todo tipo de profesionales que ejerzan actividades relacionadas con la sanidad animal, de abandonar a los animales (letra g) del apartado 1º) y la obligación de mantenerlos en buen estado sanitario (letra k) del apartado 1º).

Nos interesan, sin embargo, aquellas medidas que contempla la norma cuando la enfermedad se ha manifestado ya. Así, cuando la Administración toma conocimiento de ello, se ponen en marcha una serie de acciones para mitigar los efectos de la enfermedad, evitar su proliferación y eliminarla. Se establece la obligación de inmovilizar a los animales de la explotación afectada, su marcado especial, la prohibición temporal de entrada y salida de personas o vehículos, la suspensión temporal de transporte de animales e, incluso, el sacrificio obligatorio de los animales enfermos o que se sospeche que pueden estarlo (artículo 8). Una vez la autoridad competente tiene noticia de la existencia de un posible foco infeccioso, se personará en la explotación o instalación correspondiente, emitirá un diagnóstico clínico preliminar y se adoptarán las «medidas de precaución encaminadas a evitar la posible difusión del foco y a establecer la identificación de la enfermedad»; entre estas medidas figura el sacrificio obligatorio de los «animales enfermos y sospechosos» (artículo 17)³⁰⁸.

³⁰⁷ Según el artículo 3 de la Ley 8/2003, se considera epizootia, aquella «enfermedad infecto-contagiosa de los animales que determina un aumento notable y relativamente rápido del número de casos en una región o territorio determinados».

³⁰⁸ El artículo 20 de la Ley 8/2003, relativo al sacrificio de los animales, dispone: «1. Tanto en fase de sospecha, como una vez confirmado el diagnóstico de la enfermedad, por la autoridad competente de que se trate podrá establecerse el sacrificio obligatorio de los animales sospechosos, enfermos, que corran el riesgo de ser afectados, o respecto de los que así sea preciso como resultado de encuestas epidemiológicas, como medida para preservar de la enfermedad y cuando se trate de una enfermedad de alta difusión y de difícil control, o cuando así se estime necesario. 2. El sacrificio de animales deberá realizarse en mataderos o

El sacrificio de los animales, con el carácter preventivo que se recoge en la legislación española, no es exclusivo de ésta. El Derecho de la Unión lo impone no solo cuando el animal padezca una enfermedad transmisible, sino cuando pudiera contribuir a producirse la propagación de la misma, aunque aun no estuviera enfermo. Es lo que dispone el artículo 61 del Reglamento (UE) núm. 2016/429 del Parlamento europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativo a las enfermedades transmisibles a los animales y por el que se modifican o derogan algunos actos en materia de sanidad animal.³⁰⁹ Estas

instalaciones autorizados a tal efecto. Para la realización del sacrificio de los animales en mataderos será necesario el previo informe de la Administración sanitaria de la comunidad autónoma correspondiente. No obstante, podrá autorizarse el sacrificio in situ si existiera riesgo de difusión de la enfermedad o si las circunstancias sanitarias lo hicieran preciso. 3. Reglamentariamente se regulará la destrucción y traslado, cuando así sea preciso, de los cadáveres de los animales y, en su caso, de los materiales contaminados. 4. El sacrificio de animales silvestres se adaptará a las especiales circunstancias del medio en el que se encuentran. Esta intervención podrá limitarse a un control de la población hasta un grado suficiente que asegure el mínimo riesgo de difusión de la enfermedad. 5. No obstante, la autoridad competente podrá establecer determinadas excepciones al sacrificio obligatorio de animales para la preservación de recursos genéticos en peligro de extinción, siempre que se mantengan las adecuadas medidas sanitarias y ello no afecte a la sanidad de los animales, las personas o el medio ambiente».

³⁰⁹ El artículo 61 del Reglamento (UE) núm. 2016/429 establece lo siguiente: «1. En caso de que se declare un brote de alguna de las enfermedades de la lista a las que se hace referencia en el artículo 9, apartado 1, letra a), en animales en cautividad, la autoridad competente adoptará inmediatamente una o varias de las siguientes medidas de control de la enfermedad en cuestión, sin perjuicio de los requisitos nacionales para acceder a residencias particulares, en un establecimiento, una empresa alimentaria o de piensos, un establecimiento de subproductos animales o cualquier otro lugar a los que se hace referencia en el artículo 60, letra a), para impedir que continúe su propagación: a) imposición de restricciones al desplazamiento de personas, animales, productos, vehículos o cualquier otro material o sustancia que pueda estar contaminado y pueda contribuir a propagar la enfermedad de la lista; b) matanza y eliminación o sacrificio de animales que puedan estar contaminados o puedan contribuir a propagar la enfermedad de la lista; c) destrucción, procesamiento, transformación o tratamiento de productos, piensos o cualquier otra sustancia o tratamiento de equipos, medios de transporte, vegetales o productos vegetales, o agua que puedan estar contaminados, según corresponda para garantizar la destrucción de cualquier agente patógeno o vector del agente patógeno; d) vacunación o tratamiento con otros medicamentos veterinarios de animales en cautividad, de conformidad con el artículo 46, apartado 1 y el artículo 69, y con cualquier acto delegado adoptado con arreglo al artículo 47; e) aislamiento, cuarentena o tratamiento de animales y productos con probabilidades de resultar contaminados y de contribuir a propagar la enfermedad de la lista; f) limpieza, desinfección, control de insectos y roedores, o cualquier otra medida necesaria en materia de bioprotección que deba aplicarse al establecimiento, la empresa alimentaria o de piensos, el establecimiento de subproductos animales u otros lugares afectados para minimizar el riesgo de propagación de la enfermedad de la lista; g) obtención de un número suficiente de muestras adecuadas necesarias para completar la encuesta epidemiológica prevista en el artículo 57, apartado 1; h) examen de laboratorio de las muestras; i) cualesquiera otras medidas oportunas. 2. A la hora de determinar qué medidas de control de entre las previstas en el apartado 1 es adecuado adoptar, la autoridad competente tendrá en cuenta lo siguiente: a) el perfil de la enfermedad; b) el tipo de producción y las unidades epidemiológicas del establecimiento, la empresa alimentaria o de piensos, el establecimiento de subproductos u otros lugares afectados. 3. La autoridad competente solo autorizará la repoblación del establecimiento afectado, o de

medidas, en tanto que se aplican sin tener la seguridad de que el animal está enfermo o ha sido contagiado, se adoptan con carácter preventivo.³¹⁰

Nos encontramos aquí ante una manifestación del principio de precaución consagrado en Derecho comunitario europeo. Se decide adoptar una medida como el sacrificio preventivo, sin necesidad de que exista un conocimiento científico completo. Basta la mera sospecha de que puede existir un daño para la salud pública, para actuar. La precaución aquí actúa como un principio de acción y sirve de cobertura jurídica para la actuación de las autoridades que decidan adoptar determinadas medidas que afecten a los animales.

Pero, como ha señalado EMBID TELLO, uno de los principales problemas implicados en el funcionamiento del principio de precaución es el control de la arbitrariedad de quien adopta las medidas precautorias³¹¹. En nuestra opinión, el sacrificio preventivo en estos casos podría ser calificado de arbitrario si concurrieran dos circunstancias: en primer lugar, si no existiera certeza de que el animal está contagiado y, en segundo lugar, si fuera posible una solución efectiva para evitar la propagación o la eliminación de la enfermedad menos drástica que el sacrificio. No creemos que el posible coste económico fuera un factor decisivo³¹² en esta cuestión si tenemos en cuenta que en los casos en

cualquier otro lugar, cuando: a) se hayan completado con éxito todas las medidas de control de enfermedades adecuadas y los exámenes de laboratorio previstos en el apartado 1; b) haya transcurrido suficiente tiempo como para evitar que el establecimiento, la empresa alimentaria o de piensos, el establecimiento de subproductos animales u otro lugar afectado se contamine de nuevo con la enfermedad de la lista que causó el brote al que se refiere el apartado 1.» Reglamento (UE) núm. 2016/429, del Parlamento europeo y del Consejo, de 9 de marzo, de 2016, relativo a las enfermedades transmisibles de los animales y por el que se modifican o derogan algunos actos en materia de sanidad animal. DOUE L. 84, de 31 de marzo de 2016.

³¹⁰ Esto es, la salud pública y la economía imperan sobre la consideración de los animales como seres sensibles. Debe tenerse en cuenta que el párrafo 7 de la exposición de motivos del Reglamento europeo ya anticipa que el mismo no contiene disposiciones que regulen el bienestar animal. Añade, no obstante, que «cuando se lleven a cabo medidas de prevención y control de enfermedades de acuerdo con el presente Reglamento, deberá considerarse su efecto sobre el bienestar animal, entendido a la luz del artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), con objeto de evitar a los animales en cuestión, todo dolor, inquietud y sufrimientos evitables». Al respecto puede consultarse DUBOS (2017), p. 16.

³¹¹ El otro problema es el de la efectividad de las medidas precautorias. Al respecto, puede consultarse EMBID TELLO (2010), p. 134.

³¹² En todo caso, los intereses económicos no tendrían primacía en supuestos en los que cabe aplicar el principio de precaución, según cabe entender de la jurisprudencia comunitaria. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (TPI) de 26 de noviembre de 2002, *Artegodan*, donde se reconoció fuerza jurídica vinculante a dicho principio: «Un principio

que se aplican sacrificios preventivos, la legislación suele contemplar el resarcimiento del titular de la explotación que se ve afectada³¹³. Los recursos económicos destinados a indemnizar a los propietarios que se ven obligados a sacrificar a los animales tal vez podrían destinarse a la realización de diagnósticos más exhaustivos, a la aplicación de vacunas si fuera posible, a aplicar medidas de aislamiento, al menos hasta confirmar si la enfermedad se ha manifestado verdaderamente y si, efectivamente, no hay otra solución posible que la del sacrificio.

Cuanto se dice guarda relación con el principio de proporcionalidad, que también forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, y exigiría que los actos que se adopten no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para lograr determinado objetivo. Esto es, las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas en relación al objetivo perseguido. Podrían serlo si se aplica un sacrificio preventivo que implica la muerte de miles de animales pues, a la pérdida económica que supone la eliminación de toda una cabaña, se une el daño que se causa a los animales en tanto que seres con valor intrínseco. No ha sido esta, hasta la fecha, la opinión del Tribunal de Justicia cuando se ha pronunciado en un caso

general del Derecho Comunitario que impone a las autoridades competentes la obligación de adoptar las medidas apropiadas con vistas a prevenir ciertos riesgos potenciales para la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, otorgando a las exigencias ligadas a la protección de estos intereses primacía sobre los intereses económicos». Véase el comentario al respecto en EMBID TELLO, op. cit. p. 159.

³¹³ El artículo 21 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal, establece que: «1. El artículo 21 de la Ley 8/2003, 1. El sacrificio obligatorio de los animales y, en su caso, la destrucción de los medios de producción que se consideren contaminados dará lugar a la correspondiente indemnización por la autoridad competente, en función de los baremos aprobados oficialmente y en la forma y condiciones establecidos reglamentariamente. 2. Serán indemnizables los animales que mueran por causa directa tras haberlos sometido a tratamientos o manipulaciones preventivos o con fines de diagnóstico, o, en general, los que hayan muerto en el contexto de las medidas de prevención o lucha contra una enfermedad como consecuencia de la ejecución de actuaciones impuestas por la autoridad competente. Igualmente, serán indemnizables otros perjuicios graves que se produzcan, como abortos o incapacidades productivas permanentes, siempre y cuando se demuestre y acredite la relación causa-efecto con el tratamiento aplicado. 3. Para tener derecho a la indemnización, deberá haberse cumplido por el propietario de los animales o medios de producción la normativa de sanidad animal aplicable en cada caso».

A su vez, el artículo 25 de la misma norma, en su apartado segundo, dispone que: « Cuando el desarrollo de los programas (nacionales de prevención, control, lucha y erradicación de enfermedades de los animales) establezca el sacrificio obligatorio de los animales afectados, éstos, debidamente marcados e identificados, serán sacrificados de inmediato o, en su caso, en el plazo que determine la normativa aplicable. En estos supuestos, el sacrificio de los animales y la indemnización se registrarán por lo dispuesto en los artículos 20 y 21 ».

como el que planteamos, al considerar, atendidas las razones concurrentes, que el sacrificio impuesto al titular de una explotación en la que existía un animal que había dado positivo en el control de la enfermedad llamada de las vacas locas, no vulneraba el principio de proporcionalidad³¹⁴.

³¹⁴ Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de enero de 2006, dictada en el asunto C-504/04, *Agrarproduktion Staebelow GmbH y Landrat des Landkreises Bad Doberan*. El caso planteado fue el siguiente: el 29 de enero de 2001, una prueba de diagnóstico de la EEB practicada en un bovino perteneciente a determinada cabaña de Alemania, sacrificado, dio resultado positivo. Posteriormente se identificaron 2 descendientes directos del bovino infectado y 50 animales pertenecientes a su grupo de edad (esto es, animales que habían recibido la misma alimentación que el animal infectado). Mediante decisión de 5 de febrero de 2002, el *Landrat des Landkreises Bad Doberan* ordenó el sacrificio inmediato de los 52 bovinos, decisión que fue ejecutada. A pesar de que el sacrificio no pudo ser suspendido, el propietario de la cabaña siguió adelante con la reclamación que había iniciado alegando que era propietario de más animales y temía que la solución decretada pudiese volver a repetirse respecto de otros animales. Llegado el caso al *Verwaltungsgerichtshof Schwerin*, este decidió suspender el curso del procedimiento y plantear al TJUE la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Es inválido el artículo 13, apartado 1, primera frase, letra c), en relación con el anexo VII, punto 2, letra a), y punto 1, letra a), tercer guión, del Reglamento (CE) núm. 999/2001[...], según la versión que resulta del artículo 3, punto I, y del anexo II del Reglamento (CE) núm. 1326/2001, por violar el principio de proporcionalidad?» Esto es, básicamente, la petición de decisión prejudicial tenía por objeto plantear la validez, en relación con el principio de proporcionalidad, de la obligación de sacrificar el grupo de edad al que pertenecía un bovino infectado de la EEB.

La respuesta del TJUE (de interés son los apartados 37 y ss.) fue la siguiente:

« En lo que atañe al examen de los imperativos relacionados con las distintas posibles medidas debe comprobarse que, además del objetivo principal de protección de la salud pública, el legislador comunitario haya tenido plenamente en cuenta los intereses que concurren y, en particular, el derecho de propiedad, así como las exigencias del bienestar de los animales. (...) Por consiguiente, debe admitirse que, cuando surgen dudas sobre la existencia o el alcance de riesgos para la salud de las personas, aplicando el principio de cautela y de acción preventiva, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin esperar a que se demuestre plenamente la realidad y la gravedad de tales riesgos.

En cambio, cuando elementos nuevos modifican la percepción de un riesgo o muestran que ese riesgo puede limitarse mediante medidas menos rigurosas que las existentes, corresponde a las instituciones y, en particular, a la Comisión, que tiene el poder de iniciativa, velar por que se adapte la normativa a los nuevos datos. (...)

Como se deduce del cuarto considerando de dicho Reglamento, sus normas se basan en diversos dictámenes científicos que recomiendan evitar la exposición de los animales y de los seres humanos a productos procedentes de animales infectados. El estado de los conocimientos científicos a este respecto en el momento en que se adoptó el mismo Reglamento resulta, en particular, de la consulta técnica conjunta OMS/FAO/OIE sobre la EEB de 2001, antes citada, en la que se señala que «la comunidad científica reconoce unánimemente que los alimentos son la principal fuente de exposición» a la EEB. (...)

Teniendo en cuenta estos elementos, deben considerarse apropiadas para conseguir el objetivo de protección de la salud pública las medidas adoptadas por el legislador comunitario cuyo efecto consiste en reducir la exposición de los animales y de los seres humanos al agente de la EEB, tales como el sacrificio y la eliminación del grupo de edad al que pertenece un animal infectado. (...)

De las anteriores consideraciones se desprende que la norma que obliga a sacrificar y eliminar el grupo de edad al que pertenece un bovino infectado, tal como resulta del Reglamento núm. 999/2001, modificado por el Reglamento núm. 1326/2001, no viola el principio de

Otro caso -en esta ocasión, producido en nuestro país- de aplicación del principio de precaución lo observamos en la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de abril de 2017 (rec. 273/2015) en la que se resolvió la reclamación de responsabilidad patrimonial deducida por los propietarios de un perro que fue sacrificado preventivamente porque su dueña había contraído la enfermedad del ébola. El animal fue sacrificado en aplicación de las medidas preventivas adoptadas por la Comunidad de Madrid, aun cuando no se tenía constancia de que pudiera estar contagiado³¹⁵.

proporcionalidad dado que no supera los límites de lo que era apropiado y necesario para la protección de la salud animal y humana. (...)»

En consecuencia, el TJUE declaró que:

«El examen de la cuestión planteada no revela ningún elemento que, en virtud del principio de proporcionalidad, pueda afectar a la validez del artículo 13, apartado 1, primera frase, letra c), del Reglamento (CE) núm. 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, por el que se establecen disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiformes transmisibles, en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 1326/2001 de la Comisión, de 29 de junio de 2001, por el que se establecen medidas transitorias para permitir el paso al Reglamento (CE) núm. 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiformes transmisibles, y se modifican los anexos VII y XI de dicho Reglamento, en relación con el anexo VII, punto 2, letra a), y punto 1, letra a), tercer guión, de dicho Reglamento.»

³¹⁵ La Administración ordenó el sacrificio del animal ante el temor de que pudiera ser fuente de contagio de la enfermedad a los seres humanos. Los dueños del animal - o mejor dicho, quienes ostentaban su posesión, porque el propietario era una tercera persona- ejercitaron ante la Comunidad de Madrid una acción de responsabilidad patrimonial de acuerdo con lo establecido en el artículo 106 CE. Ya en vía judicial, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia en la que resolvió que la Comunidad de Madrid no estaba obligada a indemnizar a los poseedores del animal, los daños morales sufridos como consecuencia de su sacrificio. Coincidimos con CARRASCO PERERA en que la sentencia aplicó el principio de precaución «que impedía a la Administración una conducta razonable alternativa a la tomada y, por ende, concluye con la inexistencia de antijuridicidad de la actuación pública. Con todo, si no existe antijuridicidad, la actuación de la Administración habría causado un daño que sería cuando menos una resulta de un funcionamiento normal de los servicios públicos, por los que la Administración responde según ley, y por ello el principio de precaución no puede operar como exoneración en el régimen de la responsabilidad administrativa. ¿Quizá será entonces que, además de no ser antijurídico, ocurra que los dueños del animal tuvieran el "deber jurídico de soportar" ese daño (cfr. art. 32.1 Ley 40/2015)?». Según se afirma en la sentencia (FJ 7) «el citado principio (de precaución) permite que, en caso de duda sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud pública, la Administración pueda adoptar las medidas necesarias para protegerla sin necesidad de esperar a que se demuestren previamente la realidad y la gravedad de tales riesgos, lo que hace decaer los argumentos desarrollados en la demanda en orden a la exigencia de diagnosticar con certeza la infección del animal antes de proceder a su sacrificio».

CARRASCO PERERA señala que una posible razón para explicar la distinción que existiría entre sacrificar un animal de una granja afectado de un posible contagio y un animal doméstico -recuérdese que la normativa en materia de sanidad animal prevé el pago de indemnización por ganado sacrificado por causas de contagio- estribaría en la diferencia entre los respectivos costes de provisión y procuración del animal. «La compra de un cachorro de mascota es de precio asequible y su coste de mantenimiento no es considerado un gasto inútil en tanto que el

En todo caso, la aplicación del principio de precaución, tal y como hemos visto, constituiría un mecanismo para conseguir determinados fines: o bien, el cumplimiento de los objetivos de la política medioambiental o bien, fines sanitarios (salud pública y sanidad animal). Hasta el momento, no está funcionando como mecanismo para salvaguardar el bienestar animal y, como

animal vive. Mientras que el ganadero que compra una segunda vaca sustitutiva de la muerta, pierde en todo caso volumen de negocio (tiene una vaca en lugar de dos), el ciudadano que se procura una gratificación alternativa con otro perro ha restaurado todo lo que de gratificación animal podría esperar y necesitar, que no es acumulable. (...) Mientras el dueño de la vaca externaliza a la sociedad las consecuencias favorables de cuidar vacas, en forma de alimentos disponibles en el mercado, el dueño de la mascota urbana sólo externaliza a la sociedad las molestias y suciedad causadas por su perro. Nadie se gratifica del perro urbano sino su dueño...». Véase CARRASCO PERERA (2017), p. 6.

Coincidimos con este autor en que la sentencia citada constituye un claro ejemplo de aplicación del principio de precaución, pero no nos convencen los argumentos que explicarían por qué debe indemnizarse el sacrificio de un animal de granja y, en cambio, no, el de un animal de compañía. Para empezar porque no estamos seguros de que las granjas de cría de animales destinados al consumo humano solo externalicen beneficios a la sociedad. Los residuos que generan y el impacto medioambiental que comportan no constituyen ningún beneficio social. En nuestra opinión, el reconocimiento de una indemnización como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración no nos sitúa en el escenario del supuesto beneficio (directo o indirecto) para la sociedad. Si una persona ve destruida determinada cosa de su propiedad -un coche, pongamos por caso- como consecuencia del funcionamiento de la Administración, no cabe imaginar que fuese a denegarse la indemnización con el argumento de que el coche contamina y tiene efectos nocivos para la salud. Tampoco nos parece que las personas que conviven con un animal de compañía acepten el argumento de que un animal es sustituible sin problema por otro.

Por otro lado, la aplicación del principio de precaución que hace la sentencia del TSJ de Madrid nos parece excesivamente amplia. Este principio es definido por el artículo 3.d) de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en los siguientes términos: «La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurren». Con base en este artículo la sentencia considera que deben decaer los argumentos de la demanda en orden a la exigencia de diagnosticar con certeza la infección del animal. Nuestra opinión es que, si acaso, este principio hubiese servido para legitimar el sacrificio del animal en caso de que hubiera sido diagnosticado, pero no antes. Antes no podía existir incertidumbre alguna. No se sabía si el animal estaba infectado porque no se había realizado prueba alguna. (La incertidumbre debe ser entendida en el sentido de si es posible el contagio del animal al ser humano, no en cuanto a si el animal ha contraído la enfermedad). Con la interpretación que hace la sentencia comentada, siempre que no se realice un diagnóstico o unas pruebas previas existirá incertidumbre, lo cual nos parece dejar al albur de la Administración la realización del diagnóstico. No creemos que sea este el sentido que debe darse al artículo 3.d) de la Ley General de Salud Pública. Además, la posesión de un animal de compañía no constituye el ejercicio de actividad alguna. Cuando el precepto comentado habla de «cesación, prohibición o limitación de la actividad», ¿debemos entender que también engloba la posesión de un animal de compañía? Recordemos que el sacrificio del perro se adoptó sobre la base de que el animal había convivido con una persona infectada; no se había hecho ninguna prueba o diagnóstico, y a nuestro parecer, esa omisión convirtió el daño en antijurídico. Por tanto, la Administración sanitaria sí estaba obligada a indemnizar el daño moral causado.

³¹⁵ En PÉREZ MONGUIÓ (2005), p. 93.

ya se ha dicho en otro lugar de este trabajo, no es hoy día un principio de bienestar animal³¹⁶.

3.2. La problemática de los animales asilvestrados.

Desde hace ya algunos años, es frecuente ver aparecer en prensa noticias sobre daños causados por animales asilvestrados en espacios naturales, en cultivos o, incluso, a ganado. Los protagonistas de estos ataques son básicamente, animales de compañía o domésticos que en alguna ocasión vivieron con el ser humano pero se asilvestraron, probablemente al ser abandonados³¹⁷.

Ante las denuncias que llevan a cabo personas afectadas, las Administraciones suelen reaccionar adoptando medidas que, en ocasiones, pueden ser tildadas de drásticas. A finales del año 2017, diferentes medios de comunicación se hicieron eco de la tramitación que estaba llevando a cabo el Gobierno de Canarias para contribuir a paliar los daños que estos animales presumiblemente estaban causando en determinados espacios naturales³¹⁸. Se inició la tramitación de un proyecto de Decreto por el que se ampliaban las especies objeto de aprovechamiento cinegético, considerando a determinados

³¹⁶ Lo que no significa que no pueda considerarse como principio del Derecho Animal habida cuenta que determinadas normas que integran esta disciplina tienen su fundamento en dicho principio.

³¹⁷ No vamos a referirnos aquí a animales como lobos y osos, por ejemplo, que son objeto de reintroducción en determinados espacios de nuestra geografía y que, en ocasiones, han sido culpados de haber protagonizado ataques a ganado y que también generan otro tipo de polémica.

³¹⁸ Por ejemplo, véase la noticia que apareció en La Vanguardia el día 20 de diciembre de 2017, cuyo texto puede consultarse en el siguiente enlace:
<http://www.lavanguardia.com/politica/20171220/433779028365/gobierno-canario-defiende-la-caza-con-rifle-y-arco-de-animales-asilvestrados.html>.

La noticia consiguió poner de acuerdo a cazadores y defensores de los animales, dado que los primeros se negaban a abatir ovejas y cabras asilvestradas:

<https://diariodeavisos.elespanol.com/2017/11/los-cazadores-no-quieren-abatir-las-cabras-ovejas-asilvestradas/>. Los cazadores eran partidarios, en estos casos, de recurrir a las llamadas «apañadas», consistentes en reunir el ganado que pasta libremente en estado semisalvaje, para castrar algunos machos, seleccionar a algunos ejemplares para el consumo, marcar a las crías, etc. Al respecto, puede consultarse la información que publica el Gobierno de Canarias:

<http://www3.gobiernodecanarias.org/medusa/ecoblog/rherbau/2011/02/14/538/>
(Última consulta realizada: 5/05/2018).

En la fecha en que se realiza esta consulta no se tiene conocimiento de que haya prosperado la iniciativa del Gobierno de Canarias de permitir la caza con rifle y arco de estos animales.

animales asilvestrados como caballos y cabras, por ejemplo, piezas de caza mayor, a los efectos de hacer posible su caza mediante rifle e incluso con arco³¹⁹.

Parecida consecuencia parece sufrir la proliferación de perros asilvestrados que provocan ataques al ganado que pastorea libremente o aves de corral, ya que en estos casos, las Administraciones autonómicas acostumbran a permitir la caza de estos animales, incluso con escopetas³²⁰.

El problema no es exclusivo de nuestro país, como es de suponer. El Parlamento europeo ha intervenido a raíz de los medios que algunos Estados miembros utilizaban para resolver el problema del exceso de animales asilvestrados, básicamente, perros, en las calles de ciudades y pueblos. En este sentido, es conocida la declaración que formuló el Parlamento europeo hace ya algunos años, concretamente, el 13 de octubre de 2011, sobre la gestión de la población canina en la Unión Europea. Este texto fue la reacción ante la tramitación de una ley rumana que imponía el sacrificio sin anestesia de perros vagabundos sin contemplar otro tipo de soluciones como por ejemplo, la adopción de dichos animales. La posición de la Comisión respecto a este asunto fue la de interpretar que en este caso no debía invocarse el artículo 13 del TFUE puesto que no existía ninguna relación entre el caso concernido y los llamados campos relevantes a que hace referencia el citado precepto. Esto es, ni se trataba del ámbito de la agricultura, ni de la pesca, ni de los transportes, ni del mercado interior, la investigación tecnológica ni del espacio. Ninguna conexión parecía existir entre el sacrificio de perros vagabundos y las políticas citadas en el artículo 13 del TFUE, lo que significaba que esta cuestión quedaría constreñida a la competencia de los diferentes Estados.

³¹⁹ Véase el anuncio en el Boletín Oficial de Canarias núm. 203, de 20 de octubre de 2017. (Última consulta realizada: 5/05/2018).

³²⁰ Véase la noticia aparecida en El Faro de Ceuta, en octubre de 2017: <https://elfarodeceuta.es/los-cazadores-podran-abatir-perros-asilvestrados-zonas-caza-desde-este-domingo/>
O, en El Heraldo de Aragón, en relación a una noticia publicada en abril de 2017. <https://www.heraldo.es/noticias/aragon/2017/04/20/el-inaga-autorizo-ocasiones-caza-perros-asilvestrados-entre-2015-2016-1170797-300.html>
(Última consulta realizada: 5/05/2018).

En la Resolución de 4 de julio de 2012, sobre la creación de un marco jurídico de la Unión Europea para la protección de los animales de compañía y los animales vagabundos³²¹, el Parlamento Europeo invocó expresamente el artículo 13 del TFUE y, considerando que no existe legislación en la UE en materia de protección de los animales vagabundos y que estos son víctimas de maltrato y actos crueles en muchos Estados miembros, pidió a la Comisión que propusiera un marco jurídico de la UE para la protección de los animales de compañía y los animales vagabundos que incluyera normas relativas a identificación y registro de animales; estrategias que incluyeran programas de vacunación y esterilización; medidas para promover la tenencia responsable; la prohibición de refugios no autorizados; la prohibición del sacrificio de animales vagabundos sin prescripción médica; programas informativos y educativos en las escuelas sobre el bienestar de los animales y sanciones rigurosas a los Estados miembros que no cumplieren las normas.

Sostiene el profesor MEUNIER que en el estado actual del Derecho positivo de la Unión Europea³²², la problemática de los perros vagabundos puede ser tomada en consideración a partir de la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, el TEDH ha analizado esta cuestión a la vista del artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada) y del artículo 10 (libertad de expresión) del citado Convenio. En la sentencia del caso *Stoicescu c/ Rumania*, el TEDH señaló en la sentencia dictada el 26 de julio de 2011 que las insuficientes medidas adoptadas por las autoridades rumanas para abordar el problema de los perros vagabundos comportó la violación del artículo 8 del Convenio³²³. Así también en el caso *Guseva c/ Bulgaria*, el TEDH señaló en la sentencia de 17 de febrero de 2015 que constituye una violación del derecho a recibir y difundir informaciones de interés público, el rechazo persistente de un

³²¹ Puede consultarse el texto en español en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0291+0+DOC+XML+V0//ES>

³²² Véase MEUNIER (2015), pp. 791-794.

³²³ Según el TEDH, las autoridades fallaron en su obligación de proteger la integridad física y psíquica de la demandante (que había sufrido el ataque de varios perros abandonados) puesto que tenían datos suficientes sobre el problema que representan estos animales errantes. Las autoridades incumplieron, pues, su obligación positiva de asegurar el respeto de la vida privada de la demandante. Véase un resumen de dicha sentencia en BOUAZZA (2011), pp. 314-315.

alcalde a proporcionar los datos que habían sido requeridos por una asociación protectora de animales, sobre cómo se llevaba a cabo la recogida de animales abandonados, desoyendo, incluso, instancias judiciales. El TEDH señaló que el derecho a recibir este tipo de información entra de lleno en el ámbito de aplicación del artículo 10 del Convenio. El profesor Jean-Pierre MARGUÉNAUD cita estas dos sentencias junto con la recaída en el asunto *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) c/ Suiza* para destacar cómo la protección de los animales ha influido también en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos³²⁴.

Coincidimos con el profesor MEUNIER en que la problemática de los perros vagabundos no es un tema que concierna únicamente a las competencias internas de los Estados. Podría considerarse que existen ciertos elementos que van más allá de dichas competencias e inciden en el mercado interior y en el ejercicio de las libertades fundamentales de los ciudadanos de los Estados miembros. La presencia masiva de perros vagabundos puede disuadir del ejercicio de determinadas libertades y de las facilidades que ofrece el Derecho de la Unión a los ciudadanos pero también a las empresas y a los trabajadores³²⁵.

³²⁴ En un artículo publicado en 2017, el profesor MARGUÉNAU distingue, por un lado, entre lo que los animales han aportado al Convenio Europeo de Derechos Humanos y lo que el Convenio ha aportado a los animales. En el primer caso incluye las sentencias de los asuntos a que nos acabamos de referir, el caso *Stoicescu* y el caso *Guseva*, junto con la recaída en el asunto *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) c. Suiza*. En este último, se trataba de una asociación protectora de animales que había recurrido contra la decisión de las autoridades suizas de difundir un anuncio de televisión en el que se denunciaban los métodos de crianza del ganado. El TEDH declaró en una sentencia de 28 de junio de 2001 la violación del artículo 10 del Convenio. Cuando la asociación se dirigió al Tribunal federal suizo pidiendo la revisión de la decisión de las autoridades suizas y, por tanto, la difusión del anuncio, vio rechazada su pretensión por lo que volvió a acudir al TEDH. La Gran Sala del TEDH, en sentencia de 30 de junio de 2009, consideró que el rechazo de la demanda de revisión ante el Tribunal federal constituía una nueva violación del Convenio. Véase al respecto MARGUÉNAUD (2017), pp. 77 y ss. Asimismo, puede encontrarse un sucinto comentario de la sentencia dictada en el caso *VGT* en MENGUAL (2009), pp. 318-319.

³²⁵ Véase, especialmente, la p. 792 de MEUNIER, op. cit.

CAPÍTULO IV. LA UTILIZACIÓN DE LOS ANIMALES PARA ENTRETENIMIENTO HUMANO

1. En la caza y la pesca

1.1. Cuestiones preliminares

Nos referiremos a continuación a la actividad de caza y pesca, ejemplo claro de una actividad humana que comporta la utilización -deberíamos decir, la destrucción- de los animales y cuyo ejercicio ha sido regulado desde tiempos inmemoriales por el ordenamiento jurídico. Para ser exactos, no siempre esta actividad implica la destrucción del animal, en especial, cierta modalidad de la pesca que cada vez cobra mayor auge, la llamada pesca sin muerte³²⁶, pero indudablemente es así en el caso de la caza. Y aun cuando es cierto que en las leyes que regulan la caza se han introducido determinadas medidas de bienestar animal -en algunos casos, para evitar el sufrimiento cruel del animal y, en otros, para evitar la desaparición de las especies cinegéticas-, ello no obsta para que nos encontremos ante una regulación que, en definitiva, ordena el derecho a matar, derecho³²⁷ que se atribuye a los individuos de la especie humana sobre otras especies animales³²⁸.

³²⁶ En el año 1979 la asociación Ríos con Vida propuso la creación del primer coto sin muerte en Peralejos de las Truchas, Guadalajara. Esta referencia la encontramos en BRUFAU CURIEL (2014), p. 4.

³²⁷ Según recordó el juez del TEDH, Pinto de Albuquerque, en la STEDH de 26 de junio de 2012, a la que ya nos hemos referido en otro momento de este trabajo -véase, el apartado 3.2.2.E del Capítulo I- el TEDH ha dicho, sin ambigüedad, que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no protege el derecho a cazar. La sentencia del TEDH consideró vulnerado el artículo 1 del Protocolo adicional del Convenio, al entender que una norma que imponía la carga de ser miembro de una asociación de caza y de tener que permitir la caza en terrenos propios cuando ello chocaba con las propias convicciones personales- era contraria al derecho de propiedad. Sin embargo, el juez Pinto de Albuquerque expresó su opinión, en parte coincidente con la mayoría de los jueces, pero en parte disidente y señaló que, tal y como había reconocido ya el TEDH, la oposición a la caza era digna de respeto en una sociedad democrática y que el derecho a oponerse a la caza por razones de conciencia estaría protegido por el artículo 9 del Convenio, relativo a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Teniendo en cuenta que el Convenio no garantiza el derecho a cazar, pero, por el contrario, protege la libertad de conciencia, toda restricción a dicha libertad debe estar justificada por un imperativo indiscutible. En este caso concreto, la posición filosófica del Sr. Herrmann, que consiste en proteger a los animales, se encuentra en perfecta armonía con la protección derivada de los animales a partir del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Y finaliza el juez su alegato, en relación a la objeción de conciencia, diciendo: «Comme Antigone, qui enterra son frère Polynice dans le respecte des lois des dieux mais en violation des lois de la cité de Thèbes qui interdisaient de pleurer un traître, le requérant est confronté à un conflit de conscience entre une règle de droite et une valeur éthique supérieure. Il est temps

Decía LEV TOLSTOI: «la caza no es hoy una forma natural de la lucha por la vida, sino un retroceso voluntario al estado salvaje, con la diferencia de que la caza era una ocupación natural del hombre primitivo y esta ocupación en el hombre civilizado no hace más que desarrollar en él los instintos bestiales que la conciencia reprueba. Basta imaginar la conducta del hombre mientras caza, para convencerse de que, dando libre impulso a sus peores instintos, realiza actos cuya sola idea le avergonzaría en otras ocasiones»³²⁹.

Efectivamente, la caza, también la pesca, en sus orígenes constituía un modo de supervivencia para la obtención de alimentos. Actualmente, no constituyen una actividad humana que tenga como objetivo ser fuente de alimentación. Especialmente la caza es una actividad ligada a la industria del ocio y de la diversión³³⁰, excepto en el caso de la caza destinada a la obtención de

de le libérer de ce conflit en affirmant que sa demande est légitime et que la règle de droit litigieuse est illégitime. En bref, je considère que l'Etat défendeur a violé l'article 9 en obligeant le requérant à être membre d'une association de chasse et à tolérer la pratique de la chasse sur ses terres par des tiers». Sentencia del TEDH, Gran Sala, de 26 de junio de 2012, Herrmann/Alemania, req. núm. 9300/07.

³²⁸ Según datos ofrecidos por el MAGRAMA en sus estadísticas relativas a la caza en España del año 2013, aproximadamente 21,6 millones de animales son abatidos por los diferentes métodos autorizados de caza mayor (490.432) y menor (21.162.916). Debemos remarcar que nos referimos a métodos autorizados y no cabe duda de que hay capturas a través de métodos ilegales por lo que estas cifras son, en realidad, mucho mayor. Pueden encontrarse estos datos en OLIVEROS y HERNÁNDEZ SORIA (2017), p. 18, siendo estremecedores los datos y detalles que se contienen en esta publicación sobre capturas de animales a través de métodos ilegales.

³²⁹ Esta cita puede encontrarse en las páginas 73 a 87 de "Placeres crueles", en la edición de 2014 de la Editorial Trasantier.

Sobre la caza, dice MOSTERÍN: «Matar gratuitamente a un animal salvaje, es decir, cazarlo, es una inmoralidad sin justificación posible, una completa falta de respeto y consideración al animal matado, a su vida y sus intereses. Me refiero a la caza "deportiva", no a la caza de subsistencia con arco y flechas por parte de tribus primitivas. Desde un punto de vista legal, solo la caza furtiva es criminal. Pero desde un punto de vista moral, toda caza "deportiva" es deplorable y merecería estar prohibida. De hecho, Costa Rica la prohibió en 2012». En MOSTERÍN (2014), pp. 263-264

³³⁰ En una entrevista que se realizó en el año 2013 a la ex ministra Cristina Narbona, y que se emitió en un programa de televisión de La Sexta, ésta admitió haber sufrido la *presión* del lobby de los cazadores como la más explícita, refiriéndose, en particular, a la Federación Española de Caza. En OLIVEROS y HERNÁNDEZ SORIA (2017), pp. 12. En esta referencia bibliográfica encontramos también la siguiente opinión de los autores: «Los gestores de la caza y propietarios de fincas cinegéticas (especialmente aquellas dedicadas a la caza mayor y a la perdiz roja), quienes obtienen los grandes beneficios directos o indirectos que genera la actividad, se encuadran entre los sectores más pudientes de la sociedad española. Ganaderos, banqueros, empresarios, políticos, aristócratas y hasta jueces son los que disfrutan y se reparten la parte más suculenta del pastel de la caza en España. Y resulta difícilmente controvertible el hecho de que las invitaciones y los sistemas de relaciones de negocio que se derivan de los encuentros de los oligarcas en estos espacios de recreo son el lubricante perfecto para mover el engranaje de la macroeconomía estatal y transnacional y las relaciones

productos de peletería y de la pesca marítima, fuertemente mercantilizada. Justamente porque en ningún caso se contemplan como actividades de subsistencia³³¹, sino como actividades claramente lucrativas³³², cada vez ha ido cobrando más peso en su regulación la necesaria consideración de la protección de los animales lo que se ha traducido en la aparición de disposiciones que pretenden acabar con prácticas crueles en la caza y en el establecimiento de determinados límites.

Vamos a examinar en este apartado del trabajo aquellos aspectos de la regulación de la caza y la pesca que tienen que ver con la eliminación del animal. El régimen jurídico de dichas actividades es muy extenso y aquí no abordaremos cuestiones como la comercialización de la caza, la manipulación y transporte u otros aspectos que aun formando parte de la regulación de la caza no tienen por objeto la ordenación de su estricto ejercicio que es lo que aquí interesa. Tampoco nos detendremos en el estudio de la pesca marítima³³³ pues, aun cuando hay aspectos de la ordenación de la política pesquera que guardan relación con el objeto de este trabajo, creemos que la profundización en su estudio tendría mayor justificación desde el punto de vista de

entre los empresarios de alto nivel, políticos y financieros que detentan su manejo. El grueso del negocio de la caza, sigue encontrándose, mayoritariamente, en manos de unos pocos, grandes terratenientes, que ya en pleno siglo XXI pretenden dar a la actividad una estructura y un funcionamiento básicamente mercantilista e industrializado, con los impactos ambientales y sociales que de ello se deriva. Por todo lo anterior, no es de extrañar que el lobby cinegético, en defensa de sus intereses particulares, se constituya como una oligarquía que presiona a los diferentes estamentos que controlan el funcionamiento de la maquinaria estatal llegando a influir —o al menos pretendiéndolo— en todos los poderes (legislativo, ejecutivo e incluso en el poder judicial) del Estado.» Puede leerse en la p. 13.

³³¹ Siguiendo a BRUFAO CURIEL, apenas quedan casos en nuestro país de cazadores profesionales dedicados a la obtención de alimentos o pieles y la pesca profesional en agua dulce, dada la destrucción de nuestros ecosistemas fluviales, ha sido prácticamente borrada del mapa como actividad económica aunque sobrevive en algunos tramos bajos del Ebro, el Miño y el Guadalquivir y en humedales como la Albufera de Valencia o las marismas de Doñaña. Véase BRUFAO CURIEL (2014), p. 20.

³³² En España fueron cazados en 2013, 139.205 ciervos y 268.655 jabalíes, con unos valores económicos aproximados de 24,5 y 15,31 millones de euros respectivamente, así como unos 6,2 millones de conejos, los cuales supusieron un valor económico aproximado de unos 13.965.000 euros. En OLIVEROS y HERNÁNDEZ SORIA (2017), pp. 32 y 36.

³³³ El marco regulatorio de la pesca marítima, de acuerdo con el título del artículo 149.1.19 CE, parte de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado, que regula la pesca marítima y contiene la normativa básica de ordenación del sector pesquero. Su objeto no es el establecimiento de normas de protección de las especies acuícolas si bien, tal y como se señala en su Exposición de Motivos, la gestión de la pesca marítima se basa en la protección de los recursos y en la explotación racional y responsable.

conservación de las especies y no tanto desde el enfoque -de bienestar animal- que pretendemos dar a este trabajo.

1.2. La caza y la pesca en su perspectiva histórica

Podemos decir que los principios fundamentales que regulan actualmente la caza han sido adoptados directamente del Derecho romano³³⁴. Desde la época romana hasta la actualidad, los animales han sido considerados cosas y, en general, su captura o caza -tratándose de animales salvajes- determinaba su inmediata adquisición.

La libertad absoluta de cazar y pescar se recogió ya en Las Partidas. En la Alta Edad Media se impuso un modelo regaliano de la disciplina de la caza, esto es, el rey y luego los nobles y los eclesiásticos por concesión del primero, se reservaron el poder cazar o pescar en determinados territorios y determinadas especies³³⁵. En relación exclusivamente a la pesca, una de las primeras referencias históricas –que, además, se hacía eco de un cierto criterio conservacionista- fue la Ley 29, título IV, libro 8º del Fuero Juzgo que prohibía poner obstáculos en los cauces de los ríos que impidiesen el tránsito de los peces. Será en época de Alfonso X el Sabio, concretamente en 1258, cuando aparecerá la primera norma que establece un período de veda.

Desde finales del siglo XIV hasta principios del siglo XIX el derecho de caza está marcado en nuestro país, por el privilegio y la desigualdad. Esta situación cambia en el siglo XIX cuando las Cortes de Cádiz intentan importar los principios democráticos inspiradores de la revolución francesa, con la aprobación del Decreto sobre incorporación de los señoríos jurisdiccionales a la Nación, de 6 de agosto de 1811. En virtud de esta disposición, se abolieron los privilegios señoriales de pesca y caza y se declaró el ejercicio de estas

³³⁴ Así lo dijo el siglo pasado el célebre juez Holmes, figura ilustre del Derecho norteamericano. En WISE (2016), p.63.

³³⁵ El profesor LÓPEZ RAMÓN sostiene que existen tres modelos históricos en la regulación de la caza y la pesca: el de libertad, que se sitúa en el Derecho Romano; el de vinculación a la propiedad y el regaliano según el cual correspondía solamente al rey la reserva de caza y pesca y por concesión de éste, en todo caso, a otros estamentos. A estos tres modelos debería añadirse en la actualidad, un cuarto, el proteccionista, que el autor sitúa a inicios del siglo XX, que nace ante el temor de desaparición de determinadas especies animales y que estaría presente en nuestras leyes de caza y pesca. Véase LÓPEZ RAMÓN (1980), pp. 23 a 26.

actividades del libre uso de los pueblos de acuerdo con las normas municipales de cada pueblo³³⁶. El Decreto de las Cortes de Cádiz de 14 de enero de 1812, sobre abolición de las ordenanzas de montes y plantíos, dispuso en su artículo 3 que los terrenos destinados a plantío, cuyo suelo y arbolado fueren de dominio particular, se declaraban cerrados y acotados perpetuamente y sus dueños podían cercarlos aunque dejando libre el disfrute de la caza y la pesca. Un año después, mediante el Decreto de 8 de junio de 1813 se declararon cerradas y acotadas todas las dehesas, heredades y demás tierras de cualquier clase de propiedad particular. Posteriormente, el Decreto de las Cortes de 17 de junio de 1821 estableció que el uso y disfrute de la caza sería libre en todo terreno. Se decía que incluso en los de dominio particular, a no ser que el dueño, estando presente, u otro en su nombre y con su autorización, impidiese entrar a cazar o seguir cazando. La Ordenanza de caza y pesca de 1834 únicamente permitió cazar libremente en las tierras abiertas que no estuviesen labradas o que estuviesen en rastrojo. Esta Ordenanza, aprobada por el Decreto de 3 de mayo de 1834, configuró la caza y la pesca como *fructus fundi*. El dueño podía cazar en su propiedad libremente durante cualquier época del año sin sujeción a regla alguna. Un tercero podía cazar siempre que contase con permiso del dueño, por escrito. Asimismo, la pesca era libre en los estanques, lagunas y charcas que no se hallasen en tierras cercadas. Los dueños de dichas tierras podían también pescar libremente sin sujeción a ninguna traba o regla³³⁷.

El Decreto de las Cortes de 13 de septiembre de 1837 dispuso que en los terrenos destinados a plantío cuyo suelo y arbolado fuesen de dominio particular – que ya hemos visto que según el Decreto de 14 de enero de 1812 se declararon cerrados- y en todos aquellos que estuviesen cerrados o acotados³³⁸, correspondía privativamente a los dueños, el disfrute de la caza y

³³⁶ Seguimos a la profesora NIETO GARRIDO quien realiza un interesante resumen sobre la evolución histórica de las normas relativas a la caza, en nuestro país. Véase NIETO GARRIDO (2001), pp. 36 a 47.

³³⁷ Véanse las pp. 65 y 66 de LÓPEZ RAMON (1980).

³³⁸ Por «acotar» debía entenderse «poner coto o mojones, esto es, cualquier señal material y visible que indique el hecho de la propiedad y la voluntad del dueño de disfrutarla exclusivamente», según estableció la Real Orden de 25 de noviembre de 1847. Véase LÓPEZ RAMÓN (1980), p. 69.

la pesca. Sólo podía cazarse o pescarse en dichos terrenos con el permiso del dueño.

La Ley de 10 de enero de 1879 declaró que el derecho de cazar correspondía a todo el que se hallare provisto de licencia de uso de escopeta y caza. Esta norma declaró lícito cazar en los terrenos del Estado o de los pueblos que no se hallasen vedados y estableció que en los terrenos de propiedad particular sólo podría cazar el dueño y quien éste autorizase por escrito.

Por su parte, la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866 proclamó la libertad de pesca en las aguas públicas y, en las aguas de dominio privado, el derecho de pesca se reconoció solamente en favor del propietario de la finca³³⁹.

Puede decirse, en definitiva, que durante el siglo XIX no se llegó a vincular por completo la caza y la pesca con el derecho de propiedad pero progresivamente se fueron consolidando los derechos de caza y pesca como contenido normal del derecho de propiedad.

Ya en el siglo XX, la Ley de 16 de mayo de 1902 proclamó que el derecho de cazar correspondía a toda persona mayor de quince años que se hallase provista de las correspondientes licencias de uso de escopeta y de caza o de galgos. Esta será la línea que recogerá la Ley de caza de 4 de abril de 1970. Fue, pues, la Ley de 1902 la norma que consagraría un derecho subjetivo a cazar, que habría perdurado hasta nuestros días. Posteriormente volveremos sobre esta idea al abordar el estudio de la vigente ley de caza.

En el año 1907 se aprobó la Ley de Pesca Fluvial, a través de la cual se inició la regulación especial del derecho de pesca. Reconoció el derecho general de pesca en aguas de dominio público y recogió una cierta tendencia conservacionista al incluir en el objeto de la norma, la conservación y

³³⁹ Los trabajos de elaboración de la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866 pusieron de manifiesto la tensión entre dos posturas enfrentadas: la de quienes sostenían que el derecho de pesca debía reconocerse a los ribereños (por ejemplo, CIRILO FRANQUET) y la de quienes sostenían que debía reconocerse un derecho de pesca en beneficio de todos los ciudadanos (por ejemplo, RODRIGUEZ DE CEPEDA). Al final, el artículo 169 de la Ley, se decantó hacia esta segunda posición. Las normas posteriores, la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 (art. 129), la Ley de Pesca Fluvial de 27 de diciembre de 1907 (art. 1) y la de Pesca Fluvial de 20 de febrero de 1942 (art. 1) partirían de este mismo principio. En las pp. 29 a 31 de LÓPEZ RAMÓN (1980).

propagación de los peces y cangrejos que vivían en agua dulce. Algunos años después se aprobó la Ley de 20 de febrero de 1942, de Fomento y Conservación de la Pesca Fluvial, y su Reglamento de 6 de abril de 1943, normas inspiradas ya en el principio de conservación de los recursos acuícolas. Estas normas todavía están vigentes si bien deben ser interpretadas de acuerdo con la distribución territorial de competencias que ha realizado la Constitución. Así, constituyen el marco legislativo legal estatal junto a las diferentes normas que en la materia han ido dictando las Comunidades Autónomas pues todas han asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía, la competencia exclusiva en materia de pesca fluvial al amparo del artículo 148.1.11 CE³⁴⁰ y al amparo del mismo, muchas de ellas han ido dictando normas en materia de pesca fluvial desplazando, en consecuencia, la norma estatal.

El artículo 1 de la Ley de 1942 establece que el derecho de pesca tiene por objeto la conservación, fomento y el aprovechamiento de los peces y otros «seres útiles» que, de modo permanente o transitorio, habitan todas las aguas continentales, públicas y privadas. Se regula la licencia de pesca que no autoriza a ejercer la pesca libremente, sino que sujeta esta actividad a una serie de limitaciones de tiempo, de lugar y de medios utilizables. Dicha ley contiene una serie de medidas destinadas a la conservación de la fauna íctica entre las que destaca la obligación de restituir a las aguas los ejemplares de fauna acuática que no superen determinada longitud, el establecimiento de un cierto régimen de caudales mínimos o la utilización de determinados instrumentos de pesca como venenos o barreras.

El artículo 59 del Reglamento de 6 de abril de 1943, en la redacción dada por el Decreto de 16 de junio de 1950, define la licencia como el documento administrativo nominal, individual e intransferible, cuya tenencia es necesaria

³⁴⁰ Sin embargo, existen otros títulos en la Constitución que inciden en la ordenación del sector, como el artículo 149.1.22 CE que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma; y el artículo 149.1.23 CE, según el cual corresponde al Estado la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección.

para practicar legalmente la pesca dentro del territorio nacional, también en aguas de dominio privado³⁴¹.

En este momento histórico, la construcción de embalses para favorecer el proceso industrializador y de crecimiento de nuestro país contribuyó a diezmar considerablemente los recursos acuícolas, al constituir barreras que impedían la migración de las especies aguas arriba y abajo, necesarias para su reproducción. A este problema se sumó el aumento de licencias deportivas de pesca concedidas. El siguiente dato es revelador del problema pues estas licencias pasaron de 26.000 en el año 1950 a más de 700.000 en 1980. Para satisfacer esta demanda, se introdujeron especies depredadoras foráneas que ha tenido a su vez una incidencia nefasta sobre las autóctonas³⁴².

A las medidas intervencionistas adoptadas por las normas de los años 40 del siglo XX se sumará, años después, la declaración de dominio público de la práctica totalidad de las aguas continentales realizada por la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas. Si bien los propietarios de los fondos podían reservarse la práctica de la caza, en el caso de los recursos acuícolas no sucede lo mismo puesto que es la Administración quien decide dónde se puede pescar y por quién.

Esta tendencia conservacionista se amplía notablemente con la aprobación de la Ley 4/1989 que regula los aprovechamientos cinegéticos y acuícolas en régimen de acotado, condicionándolos a la aprobación del plan técnico justificativo que determine las cuantías y modalidades de las capturas a realizar.

³⁴¹ Dicha licencia tenía naturaleza constitutiva por cuanto no se otorgaba para siempre sino con el periodo de validez de un año. Para obtenerla era necesario un informe de la Guardia Civil y, cuando la Administración lo estimara conveniente, un informe suplementario de una asociación, sindicato o agrupación de carácter piscícola, con la finalidad de comprobar si el solicitante carecía de las condiciones de peligrosidad para preservar la riqueza piscícola. Además, aun disponiendo de licencia, la actividad de la pesca se sujetaba a una serie de limitaciones de tiempo, de lugar y en cuanto a los medios a emplear. Finalmente, en relación con la pesca de determinadas especies, en ciertos lugares o con algunos medios, se exigían requisitos especiales. Por ejemplo, la pesca en embarcaciones o aparatos flotantes requería de la previa matriculación del vehículo.

³⁴² Véase NIETO GARRIDO (2001), p. 54.

En la actualidad, la Ley 4/1989 ha sido sustituida por la Ley 42/2007, de patrimonio natural y biodiversidad. Esta norma regula ciertos aspectos de la caza y a ella nos referiremos más adelante. En cualquier caso, dicha regulación parte de la consideración de los animales como cosas, cuestión ésta permanentemente disociada del hecho de que puedan ser objeto de caza, que en ningún momento ha sido puesta en tela de juicio o exigida su revisión.

1.3. Principales aspectos de la ordenación de la caza y la pesca

1.3.1. La ordenación de la caza y la pesca en el Derecho Internacional: visión general

Las normas a las que a continuación nos vamos a referir llevan por título o enuncian como objetivo la protección o conservación de determinadas especies de animales. Contienen una serie de disposiciones cuya finalidad es la protección o conservación de los animales, pero seguidamente, prevén un régimen de excepciones que, por su alcance, pueden poner en cuestión dicha finalidad conservacionista.

El Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, conocido como Convenio CITES (Convention on International Trade in Endangered Species), hecho en Washington el 3 de marzo de 1973, entró en vigor en 1975 y fue ratificado por España el 16 de mayo de 1986³⁴³. Este convenio tiene como finalidad velar por que el comercio

³⁴³ Los antecedentes de dicha Convención se remontan a la VII Asamblea General de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales -hoy denominada UICN - Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza- celebrada en Varsovia en 1960. Los delegados de dicha Asamblea instaron a los gobiernos para que limitaran la importación de fauna conforme a la reglamentación de exportación de los países de origen ante el daño que causaba el comercio internacional de especies silvestres. Sin embargo, esta medida no fue efectiva, básicamente, porque las reglamentaciones de los distintos países no eran uniformes. Se sucedieron distintas reuniones de la Asamblea General de la UICN y se redactaron varios borradores de convenio que reglamentara la exportación, la importación y el tránsito de especies amenazadas hasta que la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano celebrada en Estocolmo, Suecia, en junio de 1972 dio el impulso final a la redacción y aprobación de una convención sobre la exportación, la importación y el tránsito de ciertas especies de animales salvajes y plantas silvestres. La Conferencia de Plenipotenciarios aprobó realizar la Convención Internacional sobre el Comercio de Ciertas Especies de Fauna y Flora Silvestres, organizada por Estados Unidos en Washington entre febrero y marzo de 1973. El Convenio CITES, en aquel momento denominado Carta Magna de la Vida Silvestre, entró en vigor el 1 de julio de 1975 tras la ratificación de diez Estados: Canadá, Chile, Chipre, Ecuador, Estados Unidos, Nigeria, Suecia, Suiza, Túnez y Uruguay. En FRANCO (2016), pp 5-6.

internacional de especies pertenecientes a la flora o la fauna silvestres no suponga una amenaza para su supervivencia³⁴⁴. El convenio establece una red de controles a escala mundial del comercio internacional de especies amenazadas que ha tenido un impacto positivo en la limitación de captura de especies en peligro de extinción. Se aplica a unas 5.000 especies de animales que se dividen en 3 anexos en función de si se encuentran en peligro de extinción (apéndice I) cuyo comercio internacional está prohibido; que podrían estarlo si no se controla su comercio (apéndice II) y aquellos animales que se encuentran sujetos a regulación en algún Estado parte de la Convención y para los cuales el comercio no se puede controlar sin la cooperación de otras partes (apéndice III)³⁴⁵. El destino de los animales que son objeto de comercio internacional puede ser de lo más variado, desde su uso como animales de compañía, para la experimentación científica, para la industria química, farmacéutica, para la medicina tradicional, la llamada caza enlatada, para prendas de vestir, alimentación, para parques zoológicos, etc. También es

³⁴⁴ En la actualidad la Convención CITES ha sido firmada por 180 Estados. Todos los Estados que integran la Unión Europea son Partes de la Convención. España se adhirió por Instrumento de 16 de mayo de 1986 (BOE de 30/07/1986 y de 10/08/1991). Además, también la Unión Europea se ha adherido a la Convención mediante la Decisión (UE) 2015/451 del Consejo de 6 de marzo de 2015, relativa a la adhesión de la Unión Europea a CITES. La Convención ha sido implementada en su conjunto en todo el territorio de la Unión Europea en lugar de por cada Estado miembro y desde 1984, aplica la Convención CITES a través de la normativa europea conocida como «Reglamentos de la UE sobre Comercio de Fauna y Flora Silvestre». La Convención CITES se circunscribe a la conservación de la diversidad biológica y su objetivo es que ninguna especie se someta a una explotación insostenible como consecuencia del comercio internacional. Para lograr este fin, contiene muchas disposiciones sobre bienestar animal pero limitadas estrictamente a las operaciones comerciales; por ejemplo, CITES no entra en el modo cómo se han capturado los animales. Pese a ello, se ha afirmado que es el primer convenio internacional que incorpora de forma expresa en su texto fundacional la materia del bienestar animal. La abogada y activista en defensa de los derechos de los animales, Anna Mulà, realiza un interesante estudio sobre las medidas de protección contenidas en este Convenio y sobre sus lagunas y medidas para integrarlas. En MULÀ, op. cit. pp. 135-168.

³⁴⁵ Los apéndices pueden ser modificados sin que deba modificarse la Convención. En particular, el artículo XVI del Convenio faculta a las Partes a retirar cualquier especie incluida en el Apéndice III, previa comunicación de dicha retirada a la Secretaría respectiva. (El Apéndice III incluye todas las especies que cualquiera de las Partes manifieste que se hallan sometidas a reglamentación dentro de su jurisdicción con el objeto de prevenir o restringir su explotación, y que necesiten la cooperación de otras Partes en el control de su comercio). Al respecto, la profesora AMAYA ARIAS sostiene que la retirada de una especie de dicho Apéndice constituiría claramente una medida regresiva respecto del nivel de protección alcanzado pero no podría considerarse un campo de actuación del Principio de No Regresión, al estar justificada la medida en lo previsto en el régimen normativo correspondiente y cumpliendo los requisitos exigibles (por el propio convenio). Dicho de otro modo, es la propia norma la que prevé el régimen de protección y la posibilidad de levantar la prohibición en ciertos casos. En AMAYA ARIAS (2016), p. 328.

diversa la procedencia de estos animales, desde animales que han sido capturados en el medio silvestre, criados en granjas, animales confiscados o decomisados o de origen desconocido.

La principal medida que incluye el Convenio CITES consiste en someter a controles la importación, exportación o introducción de especies a través de un sistema de permisos y certificados. Cada Parte en la Convención debe designar una Autoridad Administrativa que conceda dichos permisos y certificados, que será asistida por una Autoridad Científica. Cada Estado debe presentar a la Secretaría de la Convención un informe anual y un informe bienal que constituyen una de las principales herramientas de información sobre el cumplimiento del convenio.

Aunque pudiese parecer que esta convención sigue un enfoque global, aplicable a todas las especies pertenecientes a la fauna salvaje, lo cierto es que solamente se aplica a determinadas especies de la fauna y flora silvestres y no tiene en cuenta su ecosistema natural. Se ha afirmado que esta convención es el primer acuerdo internacional que contiene disposiciones en materia de bienestar animal, afirmación que exige ser matizada. En primer lugar, porque su marco de actuación es muy limitado ya que únicamente se aplica a determinados ámbitos y siempre respecto de operaciones comerciales. Sirviéndome de las palabras del profesor BOU FRANCH, el convenio solo contiene una protección indirecta de las especies, resultante de una estricta regulación de su comercio internacional³⁴⁶. En segundo lugar, porque, la forma de captura o caza de los animales que van a ser objeto de comercio no entra dentro del ámbito de la convención y algunos de los destinos de los animales que admite, supone no tener en cuenta las condiciones contrarias a su naturaleza en que van a permanecer los animales, en algunos casos, hasta su muerte, o no tener en cuenta que el animal acabará siendo abatido. Por ejemplo, se permite el comercio de animales que vivían en estado salvaje para derivarlos hacia parques zoológicos u otros lugares de entretenimiento o exhibición; o se admite la cría de animales en granja para destinarlos a la caza;

³⁴⁶ En BOU FRANCH, V., (2011), p.60.

o se permite el comercio de trofeos de caza que provienen de la llamada caza enlatada³⁴⁷.

Finalmente, debe decirse que, en la actualidad, mediante el Reglamento (CE) 338/1997, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la Protección de Especies de la Fauna y Flora Silvestres Mediante el Control de su Comercio, se aplica el Convenio CITES en el ámbito territorial de la Unión Europea³⁴⁸.

La Convención de Bonn de 1979 sobre Conservación de las Especies Migratorias de la Fauna Silvestre³⁴⁹ tiene como objetivo dispensar cierta protección a las especies que, en su actividad migratoria, atraviesan diversas jurisdicciones. Cada Estado debe proteger las especies migratorias que viven en él o que lo franquean. El convenio contiene determinadas prohibiciones de captura, en función de si se trata de una especie amenazada (las incluidas en el apéndice I) o no, aunque se contemplan importantes excepciones y, por ejemplo, se permite la captura de especies amenazadas en los siguientes casos: si se realiza por una finalidad científica; si la captura está destinada a mejorar la supervivencia de la especie; cuando se realice en el marco de una actividad tradicional de subsistencia o cuando circunstancias excepcionales,

³⁴⁷ El carácter antropocéntrico que subyace al articulado del Convenio está fuera de toda duda. Así, el artículo VII, apartado 4, dispone que los especímenes de una especie animal incluida en el Apéndice I y criados en cautividad para fines comerciales, o de una especie vegetal incluida en el Apéndice I y reproducidos artificialmente para fines comerciales, serán considerados especímenes de las especies incluidas en el Apéndice II. Es decir, es posible la cría en cautividad de animales pertenecientes a especies en peligro de extinción, para fines de exclusivo interés humano. Véase FRANCO, op. cit., pp. 10 a 14.

La caza enlatada (canned hunting, en inglés) es un fenómeno turístico que se desarrolla sobre todo en ciertos países de África, donde se asegura a los *turistas* la posibilidad de abatir piezas ya que la cacería tiene lugar en espacios reducidos y los animales utilizados normalmente han sido criados en cautividad para esta finalidad. Así, los cachorros son alejados de sus madres a las pocas horas de nacer y criados con biberón por seres humanos. Eso asegura que se acostumbren a los seres humanos y, a la vez, que las hembras puedan volver a entrar en celo y criar de nuevo. Véase al respecto, la información que publica la entidad FAADA sobre este tipo de caza, donde se incluye información sobre los precios que pagan los *turistas* y la forma en que se disponen a los animales para facilitar su caza: <http://turismo-responsable.com/s104>. (Última consulta: 1/06/2018).

³⁴⁸ El Reglamento (CEE) núm. 3626/82 supuso la aplicación en la Comunidad Europea, a partir del 1 de enero de 1984, del Convenio Cites. En España, debe tenerse en cuenta el RD 1333/2006, de 21 de noviembre, que regula el destino de los especímenes decomisados de las especies amenazadas de fauna y flora silvestres protegidas mediante el control de su comercio. Este Real Decreto adopta medidas de aplicación del vigente Reglamento (CE) núm. 338/1997, del Consejo, de 9 de diciembre de 1996.

³⁴⁹ Su Instrumento de ratificación fue publicado en el BOE núm. 259, de 29 de octubre de 1985.

que deberán ser delimitadas en su contenido, tiempo y espacio, lo hagan indispensable.

El Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Bahía Montego, 10 de diciembre de 1982) proclama como objetivo el establecimiento de un orden jurídico para los mares y océanos que facilite la comunicación internacional y promueva los usos con fines pacíficos de los mares y océanos, la utilización equitativa de sus recursos y la preservación del medio marino y la conservación de los recursos vivos. A continuación, añade que el logro de estos objetivos contribuirá a la realización de un orden económico internacional justo y equitativo que tenga en cuenta los intereses y necesidades de toda la humanidad. Las disposiciones de esta convención dedicadas a la protección de las especies se refieren a su explotación y conservación. El régimen de capturas regulado para la zona económica exclusiva y para la alta mar se basa en el criterio del máximo rendimiento sostenible. Así, el artículo 61 dispone que el Estado ribereño determinará la captura permisible de los recursos vivos en su zona económica exclusiva y adoptará las medidas necesarias para que la preservación de los recursos vivos no se vea amenazada por un exceso de explotación. En todo caso, estas medidas tendrán también la finalidad de preservar o restablecer las poblaciones de las especies capturadas a niveles que puedan producir el máximo rendimiento sostenible con arreglo a los factores ambientales y económicos pertinentes, incluidas las necesidades económicas de las comunidades pesqueras ribereñas y las necesidades especiales de los Estados en desarrollo. Estas disposiciones, según los ecologistas, han llevado a la sobreexplotación de las especies en lugar de a su conservación³⁵⁰.

El Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica (CDB) fruto de la Cumbre de Río de Janeiro en junio de 1992 y que entró en vigor el 29 de diciembre de 1993³⁵¹ tiene como objetivos la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y

³⁵⁰ En BOU FRANCH (2011), p.67.

³⁵¹ La Unión Europea y sus Estados miembros son partes del Convenio. En total, cuenta con más de 190 partes contratantes. España firmó el convenio el 13 de junio de 1992 y lo ratificó el 21 de diciembre de 1993.

equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos. Los Estados tienen el derecho de explotar sus propios recursos pero deben de asegurar que las actividades que se realizan dentro de su jurisdicción no perjudican al medio de otros Estados y deberán, además, promover la recuperación de las especies amenazadas.

Una de las obligaciones interesantes que establece dicho convenio es la obligación de respetar las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica (art. 8.j). Justamente la permisibilidad de estas prácticas tradicionales es uno de los aspectos clave del derecho de la caza y de la pesca y constituyen claras excepciones al régimen de protección de las especies³⁵².

En cuanto al Derecho internacional regional europeo, el Convenio relativo a la conservación de la vida silvestre y del medio natural³⁵³, hecho en Berna en 1979³⁵⁴, tiene por objeto garantizar la conservación de la flora y de la fauna silvestres, así como sus hábitats, y proteger las especies migratorias amenazadas. Contempla también un sistema de listas o anexos a la hora de establecer determinadas medidas de protección y, así, prohíbe la captura o muerte de las especies animales incluidas en el anexo II; la destrucción de sus lugares de reproducción y de reposo; la perturbación intencionada de la fauna silvestre especialmente durante el periodo de reproducción, crianza e hibernación; la destrucción o la recolección intencionadas de huevos y la posesión y el comercio interior de los animales, vivos o muertos, incluida cualquier parte o producto obtenido a partir del animal. En cuanto a las especies incluidas en el Anexo III de la Convención, deberán ser objeto de reglamentación con la finalidad de que se mantengan en la situación de fuera de peligro y, en este sentido, los Estados deberán prohibir la utilización de métodos no selectivos de captura que puedan perturbar dichas especies. El

³⁵² En BRUFAO CURIEL (2014), p. 4.

³⁵³ Aunque el área a que se refiere el convenio es el espacio europeo, como buena parte de la fauna migratoria europea inverna en África, se ha promovido su ratificación por algunos estados de dicho continente. El primer país africano en suscribir dicho convenio fue Senegal, seguido de Burkina-Faso, Marruecos y Túnez.

³⁵⁴ Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 235, de 1 de octubre de 1986.

Convenio de Berna pretende evitar que los métodos no selectivos de captura y caza pueda comportar la muerte indiscriminada de especies protegidas. Contempla, además, importantes excepciones a las prohibiciones que se establecen con carácter general y, así, se permite la captura o muerte de las especies incluidas en el Anexo II por razones cuya apreciación puede tener carácter subjetivo. Las excepciones son las siguientes: en interés de la protección de la flora y la fauna; para prevenir daños importantes en los cultivos, ganado, bosques, pesquerías, aguas u otras formas de propiedad; por razones de seguridad y de salud pública, seguridad aérea y otros intereses públicos prioritarios; para permitir, en determinadas condiciones estrictamente controladas, la captura, la posesión o cualquier forma razonable de explotación de determinados animales y plantas silvestres en pequeñas cantidades; o, finalmente, para fines de investigación y educación, repoblación, reintroducción y cría.

1.3.2. La ordenación de la caza y la pesca en el Derecho de la Unión Europea a partir de las normas en materia de protección de los animales

A) Regulación general

La Directiva del Consejo 79/409/CEE de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres y la Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats y de la fauna y flora silvestres, han constituido, en esencia, el marco jurídico de protección de la fauna salvaje en Derecho Comunitario. A ellas debe unirse el Reglamento del Consejo 338/97/CEE, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio, antes citado. La finalidad del Reglamento es proteger a las especies de fauna y flora silvestre y asegurar su conservación controlando su comercio. El régimen de protección no es igual para todas las especies enumeradas en los anexos, donde se establece una graduación que va desde un régimen más estricto para proteger las especies amenazadas de extinción. Incluye el Anexo D que enumera especies sujetas a control que no están recogidas en el convenio internacional.

La Directiva 79/409/CEE, modificada en varias ocasiones, ha sido finalmente derogada por la Directiva 2009/147/CE de 30 de noviembre. Esta, parte de la Decisión núm. 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2002, por la que se establecía el Sexto Programa de acción comunitaria en materia de medio ambiente³⁵⁵, y prevé unas acciones específicas para la protección de las aves y sus hábitats.

La Directiva 2009/147/CE, de 30 de noviembre, de conservación de aves silvestres, establece el marco jurídico de protección de todas las aves que viven normalmente en estado salvaje en el territorio europeo de los Estados miembros y aquellas que, siendo migratorias, su llegada a Europa sea regular. En sus considerandos, la Directiva señala que, debido a su nivel de población, a su distribución geográfica y a su tasa de reproducción en el conjunto de la Comunidad, determinadas especies suelen ser objeto de caza, lo que constituye, añade, una explotación admisible. Siempre que se establezcan y respeten determinados límites, dicha caza debe ser compatible con el mantenimiento de la población de estas especies en un nivel satisfactorio.

En primer lugar, la Directiva dispone que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para establecer un régimen general de protección de todas las especies de aves que viven en estado salvaje en el territorio de los Estados en los que es aplicable el Tratado, que incluirá, en particular, la prohibición de: a) matarlas o capturarlas de forma intencionada, sea cual fuera el método empleado; b) destruir o dañar de forma intencionada sus nidos y sus huevos; c) recoger sus huevos en la naturaleza y retenerlos; d) perturbarlos de forma intencionada, en particular durante el período de reproducción y de crianza; e) retener aves de especies cuya caza y captura no estén permitidas (artículo 5). La Directiva permite únicamente la caza de aquellas especies que así se determine expresamente (las previstas en el Anexo II) y establece que los Estados deberán velar porque las especies no sean cazadas en época de anidar, ni de reproducción ni durante su trayecto de regreso hacia su lugar de nidificación (artículo 7). No estará prohibida la venta o el transporte de aves

³⁵⁵ La Decisión núm. 1386/2013/UE, del Parlamento y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta», adopta el VII Programa de Medio Ambiente.

vivas o muertas o los productos obtenidos de ellas, si se trata de las especies incluidas en la parte A del Anexo III siempre que se las hubiere matado o capturado de modo lícito o se las hubiere adquirido lícitamente (artículo 6). Los Estados miembros podrán autorizar la venta o transporte de aves vivas o muertas pertenecientes a especies incluidas en la parte B del referido Anexo III, si bien, para ello deberán consultar previamente a la Comisión (artículo 6). Ésta podrá dirigir una recomendación motivada, que se publicará en el DOCE, desaprobando la comercialización de la especie propuesta. Y, en cualquier caso, es obligación del Estado realizar una evaluación periódica para comprobar si se cumplen las condiciones para que pueda mantenerse dicha autorización. La Directiva de Aves prohíbe utilizar determinados métodos de caza sobre todo aquellos que puedan comportar la muerte masiva o no selectiva de ejemplares y, en particular, los que se enumeran en la letra a) del Anexo IV (artículo 8)³⁵⁶.

Aun cuando pudiera parecer que el régimen de esta Directiva es restrictivo y protector de las especies, lo cierto es que contempla un importante régimen de excepciones. El artículo 9 dispone que los Estados podrán establecer excepciones a las prohibiciones establecidas en los artículos 5 a 8 «si no

³⁵⁶ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia dictada el 9 de diciembre de 2004 (asunto C-79/03) señaló que el Anexo IV de la Directiva de aves silvestres enumeraba la caza con liga entre aquellos métodos masivos y no selectivos y que la caza de tordos con liga, tal como se organizaba en el Decreto 135/2000 de la Comunidad Valenciana, no permitía evitar la captura de aves de otras especies. Dicho Decreto establecía un régimen de concesión de autorizaciones excepcionales para la caza de tordos (también llamados zorzales) con *parany* y regulaba varios aspectos: a) los requisitos que debía cumplir el *parany*, en especial la distancia mínima entre las varetas y las características de las ligas que debían usarse; b) las especies de aves cuya caza se autorizaba, y c) la temporada cinegética y el horario hábil para la caza; y d) el número máximo de capturas por *parany*. (El *parany* es una trampa para pájaros que consiste en podar ramas de determinados árboles donde se colocan unas varas de madera de las que parten varillas con una sustancia adhesiva). Pues bien, para el TJCE la caza con *parany* se fundamentaba en un método de captura no selectivo y el hecho de que los cazadores estuviesen obligados a limpiar y a liberar aves de especies distintas de las contempladas en el Decreto 135/2000, cuando éstas resultaban atrapadas, no tenía relevancia ni ponía en duda el carácter no selectivo de dicho método de captura. El Anexo IV de la Directiva prohíbe los métodos en sí mismos, con independencia de que los Estados miembros establezcan medidas para intentar evitar el carácter indiscriminado de aquellos. Esta sentencia sirvió para que el Tribunal Supremo cambiase de criterio sobre el carácter no selectivo de esta modalidad de caza, cambio que se plasma en la sentencia de 22 de junio de 2005 (rec. cas. 7370/2002), que confirmó la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 26 de septiembre de 2002 que había anulado el Decreto del Gobierno Valenciano 135/2000, de 12 de septiembre. Véase GARCÍA URETA, A., (2013), pp.2-3.

hubiere otra solución satisfactoria»³⁵⁷, para proteger la salud y la seguridad públicas (para proteger la seguridad aérea, para prevenir perjuicios importantes a los cultivos, el ganado, los bosques, la pesca y las aguas, y para proteger la flora y la fauna); para fines de investigación o de enseñanza, de repoblación, de reintroducción de especies; para permitir -se dice, en condiciones estrictamente controladas y de un modo selectivo- la captura, la retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas aves en pequeñas cantidades.

Es decir, se pueden introducir excepciones a todas las prohibiciones contenidas en los artículos 5 a 8 de la Directiva. Las excepciones deberán identificar las especies concernidas, los métodos de captura, las condiciones en las que podrá practicarse la actividad cinegética, así como la autoridad competente para declarar que se reúnen dichas condiciones y para decidir qué medios, instalaciones o métodos podrán aplicarse y por parte de qué personas. Además, los Estados miembros deberán remitir cada año un informe a la Comisión sobre la aplicación de la Directiva, la cual velará, en todo caso, porque las consecuencias de estas excepciones no sean incompatibles con la Directiva.

En resumidas cuentas, la Directiva permite que entre en juego el régimen de las excepciones a las prohibiciones de cazar (artículo 9) siempre que no exista otra solución satisfactoria alternativa al levantamiento de la prohibición, que la actividad pueda justificarse en alguno de los supuestos de excepción que contempla el precepto y que se cumplan determinados requisitos formales

³⁵⁷ La STUE de 9 de junio de 2005 (asunto C-135/04) condenó al Reino de España por permitir la caza de la paloma torcaz en contrapasa, en Guipúzcoa, al considerar que infringía los artículos 7.4 y 9 de la Directiva y al no haber justificado que no exista otra solución más satisfactoria. El Tribunal Supremo había reputado legal dicha caza en sentencia de 2003. La contrapasa es una modalidad de caza que se realiza durante el trayecto de regreso de las aves migratorias a sus territorios de cría. Es una modalidad de caza que goza de gran arraigo en algunas zonas de España, en concreto, en el País Vasco y Navarra. Las Ordenes Forales que habían venido autorizando la caza en contrapasa simplemente mencionaban que se trataba de una modalidad de caza tradicional, que la paloma torcaz no se encontraba amenazada y que la incidencia sobre el estado de conservación de la paloma torcaz sería escasa. Ninguna de estas razones fue considerada válida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Los cazadores podían practicar su afición a cazar la paloma migratoria en periodo normal de caza, sin necesidad de cazarla en periodo prohibido expresamente por la Directiva

como publicar las especies a las que son aplicables las excepciones e informar anualmente a la Comisión³⁵⁸.

La Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, conocida como Directiva de Hábitats, proclama que los hábitats y las especies son patrimonio común de la Comunidad por lo que esta tiene una especial responsabilidad en su conservación. Esta Directiva crea la mayor red mundial de espacios naturales protegidos, la llamada Red Natura 2000. Ha sido modificada por la Directiva 1997/62/CE de 27 de octubre que modifica los Anexos I y II y por el Reglamento (CE) núm. 1882/2003, de 29 de septiembre, que modifica los artículos 20 y 21. Su objeto es contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres en el territorio europeo de los Estados miembros a los que se aplica el Tratado.

La Directiva contiene una serie de disposiciones dirigidas a la conservación de los hábitats naturales y de los hábitats de especies (arts. 3 a 11), otras relativas a la protección de las especies (arts. 12 a 16) y disposiciones cuyo objeto es verificar el cumplimiento de la Directiva por los Estados miembros (arts. 17 a 18). La red ecológica que crea, Red Natura 2000, está compuesta por los lugares que albergan tipos de hábitats naturales que figuran en el Anexo I y de hábitats de especies que figuran en el Anexo II. También incluye las zonas de protección especiales designadas por los Estados miembros con arreglo a la Directiva 79/409/CEE. La Directiva de hábitats solamente protege las especies que se encuentren en estado salvaje enumeradas en el Anexo IV. El sistema de protección para estas especies se aplica a todo el ciclo biológico de la especie y no se restringe al ámbito territorial de las ZEC (zona especial de

³⁵⁸ Como vemos, esta Directiva contiene numerosos conceptos jurídicos indeterminados que exigen cierta actividad interpretativa por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Un ejemplo de esta labor realizada lo constituye la STJUE (Sala Tercera) de 21 de junio de 2018, dictada en el asunto C-557/15 (Comisión Europea/República de Malta), que resuelve un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de acuerdo con el artículo 258 TFUE. En esta sentencia, el TJUE se pronuncia en cuanto a qué debe considerarse "pequeña cantidad" (apartados 62 y ss de la Sentencia) o captura prudente (apartados 88 y ss), conceptos que aparecen en el artículo 9 de la referida Directiva que regula los motivos que justificarían unas posibles excepciones al régimen de los artículos 5 a 8 de la norma. El Tribunal declara que la República de Malta ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de lo dispuesto en los arts. 5 a) y e) y 8 de la Directiva, en relación con el art. 9.1, al haber adoptado un régimen de excepciones que permite la captura de ejemplares vivos de siete especies de fringílidos silvestres.

conservación) o ZEPA (zona de especial protección para las aves) sino que abarca el área de distribución de la especie según la definición del Convenio de Bonn.

Esta Directiva también prohíbe los métodos no selectivos de caza, pero para las especies contenidas en la letra a) del anexo IV, métodos que se recogen en la letra a) del anexo VI, que ya se citaban también en la Directiva de aves. Para que se aprecie incumplimiento de esta prohibición -la de no utilizar métodos no selectivos- el Tribunal de Justicia viene exigiendo que la afectación a estas especies sea clara y demostrada³⁵⁹.

Al igual que la Directiva de aves, la de hábitats contempla un sistema de excepciones a las prohibiciones que establece, excepciones que se recogen en el artículo 16 y se admiten siempre que no exista ninguna otra solución satisfactoria y que ello no suponga perjudicar el mantenimiento de determinadas poblaciones de especies. Los supuestos en los que podrán aplicarse dichas excepciones son los siguientes: para la protección de la fauna y la flora silvestre y la conservación de los hábitats naturales; para evitar daños graves a los cultivos, al ganado, a los bosques, a las pesquerías y a las aguas así como a otras formas de propiedad; en beneficio de la salud y seguridad públicas o por razones imperativas de interés público de primer orden, incluidas las de carácter socioeconómico y consecuencias beneficiosas de importancia

³⁵⁹ Véase por ejemplo, la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), en fecha 18 de mayo de 2005, en el asunto C-221/04, Comisión de las Comunidades Europeas c/ Reino de España. Esta sentencia se dictó en el marco de un recurso por incumplimiento que interpuso la Comisión a raíz de diversas denuncias presentadas de las que se derivaba que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 12 y del anexo VI de la Directiva de Hábitats, al haber concedido determinadas autorizaciones que permitían la caza del zorro con lazos de freno en un coto de caza en donde estaban presentes determinadas especies animales mencionadas en los anexos II y IV de la Directiva (en particular, nutrias). El Tribunal de Justicia declaró la inadmisibilidad del recurso respecto de algunas autorizaciones por motivos formales y, respecto de la autorización cuya admisión fue declarada procedente, dictaminó que no podía invocarse contra las autoridades españolas ningún incumplimiento de la Directiva por cuanto la referida autorización no afectaba a las especies protegidas pues el zorro no figuraba en el anexo IV, letra a) ni en el anexo V, letra a), de la Directiva. Además, respecto de la posible afectación a la especie que sí estaba protegida (la nutria), el Tribunal consideró "poco probable" la existencia de ejemplares de dicha especie en la zona de caza y, en todo caso, que la Comisión no había aportado pruebas suficientes de la presencia de nutrias en la zona sino que solamente demostró la posibilidad de tal presencia. Tampoco se cumplía, a juicio del Tribunal, el carácter deliberado de la captura de especies protegidas por cuanto la autorización concedida lo era para la caza del zorro y no se había demostrado que, al expedir la autorización controvertida para la caza del zorro, las autoridades españolas eran conscientes del riesgo de poner en peligro a las nutrias.

primordial para el medio ambiente; para favorecer la investigación y educación, la repoblación, la reintroducción de las especies y, finalmente, para permitir, en condiciones de riguroso control, con criterio selectivo y de forma limitada, la toma o posesión de un número limitado y especificado por las autoridades nacionales de determinados individuos de las especies contenidas en el Anexo IV.

B) Regulación en materia de capturas

Podemos referirnos, en primer lugar, a la Decisión 98/142/CE, de 26 de enero, del Consejo, relativa a la celebración de un acuerdo entre la Comunidad Europea, Canadá y la Federación de Rusia sobre normas internacionales de captura no cruel, así como el Acta aprobada por Canadá y la Unión Europea relativa a la firma del mencionado Acuerdo (DOCE 14.02.1998 L42/46)³⁶⁰. Dicho acuerdo tenía como objetivo establecer unas normas a las que debían ajustarse la producción y utilización de trampas, para conseguir un cierto nivel de protección del bienestar de los animales y así, posibilitar los intercambios comerciales entre la Unión Europea y estos otros países. Se contemplaban un régimen de excepciones a las obligaciones que se establecían en relación con el tipo de trampas a utilizar, en los siguientes casos: en interés de la seguridad y la salud públicas; para la protección de la propiedad pública y privada; con fines de investigación, educación, repoblación, reintroducción, reproducción o de protección de la fauna y la flora y para el uso de trampas tradicionales de madera necesarias para la preservación del patrimonio cultural de las comunidades indígenas.

En cuanto a la protección de determinadas especies de animales, hemos de citar el Reglamento (CE) núm. 1007/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre, sobre el comercio de productos derivados de la foca (DOUE núm. 286, de 31 de octubre de 2009), que estableció, como norma general la prohibición de comercialización de productos derivados de la foca,

³⁶⁰ Véase la Decisión 98/487/CE, del Consejo, con la misma finalidad que la Decisión 98/142/CE, pero referida a los Estados Unidos de América. Estas normas exigen la certificación de los métodos de captura para que estos terceros Estados puedan exportar determinados productos manufacturados de determinadas especies, a la Comunidad Europea.

con algunas excepciones³⁶¹. Entre estas excepciones figuraba la posibilidad de comercializar productos derivados de la foca cuando la caza se practicase con el objetivo de gestionar los recursos marinos de manera sostenible. Esta excepción -no así, otras dos a las que seguidamente nos referiremos- ha sido suprimida por el Reglamento (UE) 2015/1775, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015, dado que, en la práctica, dicha caza era difícil de distinguir de la caza a gran escala practicada con fines comerciales y podía dar lugar a una discriminación injustificada. A pesar de su supresión, el Reglamento (UE) 2015/1775 señala que la misma se entiende sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de seguir regulándola. También en esta materia hemos de tener en cuenta el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 2015/1850 de la Comisión, de 13 de octubre de 2015, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 1007/2009.

Según esta normativa, se prohíbe la comercialización en la Unión Europea de productos derivados de la foca, como respuesta a la preocupación de la sociedad por la crueldad con que se capturaba y mataban a estos animales. Se prevén, sin embargo, dos excepciones a la prohibición indicada, que subsisten en la actualidad como venimos de anunciar líneas arriba. Se autoriza la comercialización de productos derivados de la foca si la caza ha sido llevada a cabo por los inuit y otras comunidades indígenas o si se trata de viajeros que importan los productos para uso personal. La primera excepción se justifica porque se argumenta que la caza de focas por dichas comunidades indígenas contribuye a la subsistencia de dichas comunidades³⁶². La segunda excepción exige cumplir una serie de requisitos: los productos han de formar parte de la

³⁶¹ Este Reglamento fue la reacción de la Unión Europea ante la polémica generada al trascender a la opinión pública la crueldad con que son cazados estos animales, fundamentalmente en Canadá y en Groenlandia. Solo en Canadá, se calcula que cada año se sacrifican unas 300.000 focas. Véase RIERA DÍAZ (2014), pp. 183-184.

³⁶² La introducción en cualquier país de la Unión Europea de un producto derivado de la foca obtenido por dichas comunidades indígenas exige que dicho producto vaya acompañado del certificado original que acredite el cumplimiento de las condiciones necesarias para acogerse a la excepción: que procede de la caza tradicional practicada por los inuits u otras comunidades indígenas; que la caza se ha practicado para la subsistencia de la comunidad y no para fines comerciales; y que se ha practicado con métodos que toman en consideración el bienestar animal teniendo en cuenta la forma de vida de la comunidad y la finalidad de subsistencia de la caza. Dichos certificados solamente pueden ser expedidos por organismos reconocidos por la Comisión Europea. Los organismos reconocidos por la Comisión aparecen en el sitio siguiente: http://ec.europa.eu/environment/biodiversity/animal_welfare/seals/seal_hunting.htm.

indumentaria de los viajeros o han de ser llevados en su equipaje personal; han de formar parte de los objetos personales de una persona que cambie su lugar de residencia de un tercer país a la Unión Europea; o los productos han de ser adquiridos por los viajeros en un tercer país e importados por ellos en una fecha posterior siempre que al llegar a territorio de la Unión Europea, esos viajeros presenten a las autoridades aduaneras una notificación escrita de importación y un documento justificativo que demuestre que los productos han sido adquiridos en el tercer país referido.

También hemos de mencionar el Reglamento (CE) núm. 1185/2003, del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre el cercenamiento de las aletas de tiburones en los buques. Esta norma, de aplicación a todos los buques comunitarios con independencia de la territorialidad de las aguas por las que naveguen, pretende evitar que se capturen tiburones, se les corten en vivo las aletas y se les devuelva al mar. La Unión Europea prohíbe como medida general el cercenar las aletas de los tiburones en los buques y mantener a bordo, transbordar o desembarcar aletas de tiburón, así como comprar, poner a la venta o vender las aletas de tiburón que se hayan cercenado a bordo, mantenido a bordo, transbordado o desembarcado en los buques dedicados a la captura de los tiburones. Señala el Reglamento en su Preámbulo, que la práctica consistente en cercenar las aletas de los tiburones y arrojar el resto del animal al mar puede contribuir a que la mortalidad de los tiburones sea de tal amplitud que muchas de estas poblaciones se agoten y se ponga en peligro su sostenibilidad futura. El régimen de excepciones que se establece en este Reglamento permitiría concluir que, en realidad, el interés del Reglamento es prohibir una práctica que supone mutilar a un animal vivo y arrojar su cuerpo al mar, aún vivo, provocándole una muerte segura tras una larga agonía. El artículo 4 del Reglamento dispone que se podrá permitir que los buques que dispongan de un permiso de pesca especial cercenen a bordo las aletas de los tiburones muertos y mantengan a bordo o desembarquen aletas de tiburón. Los permisos de pesca especiales solo se expedirán si los buques pesqueros demuestran que pueden utilizar todas las partes de los tiburones y han justificado la necesidad de transformar a bordo las aletas y las demás partes del cuerpo de los tiburones. Se prohíbe arrojar al mar las partes restantes de

los tiburones tras el cercenamiento, excepto las partes que resulten de operaciones básicas de transformación, como la decapitación, evisceración y desollamiento.

Creemos oportuno traer a colación que en el año 2004 se tramitó una "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se introducen normas de captura no cruel para algunas especies animales"³⁶³ que, sin embargo, fue rechazada por el Parlamento³⁶⁴. La iniciativa pretendía aplicar los compromisos pactados en el acuerdo celebrado con Canadá y la Federación de Rusia, adoptado mediante la Decisión 98/142/CE del Consejo de 26 de enero de 1998, así como el acuerdo celebrado con los Estados Unidos de América, en forma de Acta acordada, aprobado mediante la Decisión 98/487/CE del Consejo de 13 de julio de 1998. La propuesta incluía unos anexos donde figuraban como objetivos, mejorar el bienestar de los animales capturados con trampas de retención durante el tiempo que ésta durase o provocar rápidamente la inconsciencia e insensibilidad de los animales capturados con trampas mortíferas. Se incluían una serie de indicadores del bienestar de los animales en función de si se regulaba un método de captura y retención o un método de captura mortífera, así como las disposiciones técnicas para el ensayo de los métodos de captura, es decir, para comprobar el funcionamiento de los mecanismos de captura. Se establecía que la eficacia de las trampas mortíferas para causar la inconsciencia y matar al animal seleccionado tenía que ensayarse con animales conscientes y móviles, y sanos, mediante mediciones realizadas en un laboratorio o en un recinto y en el campo.

³⁶³ Disponible en:<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52004PC0532>.

³⁶⁴ En el dictamen emitido al respecto por el Comité Económico y Social se propuso sustituir la expresión «no cruel» por otro término más adecuado, dado que el tiempo máximo permitido para provocar la insensibilidad al dolor superaba los niveles aceptables; propuso la supresión de las trampas por ahogamiento, dado que el Comité Científico y Veterinario de la Comisión había llegado a la conclusión de que constituían un método cruel de sacrificio; y, entre otras medidas, propuso que no se utilizasen animales vivos en los ensayos sino que se recurriese a la simulación por ordenador. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se introducen normas de captura no cruel para algunas especies animales" (COM (2004) 532 final-2004/0183 (COD)). DOUE C-157/70, de 28/06/2005.

En lo que se refiere específicamente a la pesca, la Unión Europea ha establecido medidas para impedir una disminución alarmante de las especies y evitar su desaparición. Estas medidas se encuadran bajo el concepto de Política Pesquera Común siendo su principal consecuencia práctica la limitación del número de capturas de determinadas especies a través de planes plurianuales, según se regula en el Reglamento (UE) núm. 1380/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, sobre la Política Pesquera Común.

1.3.3. En el Derecho español

A) La caza en la Ley de 1970

Señala ESTEVE PARDO que en nuestro ordenamiento, ha sido tradicionalmente la normativa sobre caza la que ha contemplado la totalidad de la fauna y se ha ocupado de su regulación³⁶⁵. En la actualidad, la normativa de caza parte de la Ley de 4 de abril de 1970, que derogó la anterior de 1902. Se aprobó, según proclama su primer artículo, con la finalidad de regular la protección, conservación y fomento de la riqueza cinegética nacional y su aprovechamiento en armonía con los distintos intereses afectados. Sin embargo, aprobada en un momento donde la conciencia ambiental prácticamente no existía, su objeto no era la conservación o protección de la fauna, por más que así lo proclamase su artículo primero, ni tampoco la regulación de su estatuto jurídico, sino la ordenación del ejercicio de la caza³⁶⁶.

³⁶⁵ Véase ESTEVE PARDO (1989), p. 373.

³⁶⁶ Según ESTEVE PARDO, en la Ley de caza de 1970, todos los animales se agrupan necesariamente en dos categorías, los animales domésticos y los animales salvajes, siendo el criterio general que estos últimos son, por principio, objeto de caza. Dice el citado profesor que las previsiones proteccionistas que se marca la propia Ley «aparecen, sin embargo, lastradas - y los efectos se han hecho sentir en su aplicación-, por su encuadre en una legislación presidida por consideraciones cinegéticas que parte, como ya se ha hecho notar, del principio de la plena posibilidad de caza de los animales no domésticos. (...) las técnicas protectoras (de la ley) dan lugar a una situación bastante incierta, puesto que en la propia Ley no hay afirmación proteccionista en favor de especie alguna. Es más, el principio general de caza sobre toda la fauna salvaje que en ella se establece conlleva la inmediata derogación de la escasa normativa protectora anterior, toda ella de rango reglamentario. Este es el significativo caso del lince, cuya caza había quedado prohibida por tiempo indeterminado en virtud de la Orden del Ministerio de Agricultura de 2 de marzo de 1966.». En ESTEVE PARDO (1989), pp. 373-374. En definitiva, los supuestos principios conservacionistas que parecen estar presentes en el artículo 1 de la Ley de 1970 pierden toda fuerza.

Las Comunidades Autónomas que han legislado en materia de caza -no todas lo han hecho, como veremos- han seguido el esquema de esta norma.

El artículo tercero de la Ley de caza de 1970, que lleva por título «del cazador», reconoce el derecho a cazar³⁶⁷. Dicho precepto señala que «el derecho a cazar corresponde a toda persona mayor de catorce años que esté en posesión de la licencia de caza y cumpla los demás requisitos establecidos en la presente Ley». El precepto añade que el menor no emancipado precisará de la autorización de quien lo represente legalmente y si quiere manejar armas de fuego deberá ir acompañado de personas mayores de edad; para utilizar armas o medios que precisen de una autorización especial será necesario obtener los pertinentes permisos. Por tanto, para tener derecho a cazar es preciso ser mayor de 14 años y disponer de la correspondiente licencia.

Se reconoce el derecho a cazar y se define la caza como una actividad. Es decir, la ley reconoce a quien reúna determinados requisitos, el derecho a ejercer una determinada actividad.

Vamos a detenernos, a continuación, en analizar algunos aspectos de esta norma que creemos que merecen nuestra atención, que nos permitirán distinguir los rasgos esenciales del régimen jurídico de la caza.

a) *Especies cinegéticas*

No todos los animales pueden ser objeto de caza. No lo pueden ser aquellos que gozan de protección en el ordenamiento jurídico bien sea porque están en peligro de extinción o son susceptibles de estarlo, bien sea porque son utilizados por los seres humanos para otras finalidades, por ejemplo, para la ganadería o como animales de compañía. Así, las leyes de caza distinguen entre especies cinegéticas y no cinegéticas, siendo solamente las primeras objeto de la caza. Y, en este sentido, la Ley de caza de 1970 exige que se cacen las piezas que expresamente se señalan como cinegéticas. Los animales que son objeto de la caza son considerados por nuestro Código Civil

³⁶⁷ España es, después de Francia, el país europeo con mayor número de cazadores. Tenemos un cazador por cada cuarenta y cuatro habitantes. Datos obtenidos de BERNAD DANZBERGER (2009), p. 10.

(artículo 610) como *res nullius*, esto es, bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño³⁶⁸.

Las especies cinegéticas se clasifican en caza mayor y caza menor, clasificación que obedece no al tipo de caza realizado o a los medios empleados sino al tamaño de los animales³⁶⁹. Son piezas de caza, los animales salvajes y los domésticos que pierdan esta condición, que figuren en la relación incluida en el reglamento de desarrollo de la Ley³⁷⁰.

Las especies que han sido consideradas cinegéticas han ido variando a lo largo del tiempo. Durante los años 70 y 80 del siglo XX, todas las especies eran susceptibles de ser cazadas o pescadas salvo aquellas que se encontraban expresamente protegidas en sucesivos Órdenes y Decretos dictados con posterioridad a la Ley de caza de 1970. Especies que en un primer momento podían ser objeto de la caza, en ocasiones han devenido especies protegidas. Por ejemplo, mediante Orden de 22 de junio de 1973 se declararon protegidas determinadas especies como el oso y el lince pero se catalogaron como piezas de caza el gato montés o la nutria. Por Decreto 2573/1973, de 5 de octubre³⁷¹,

³⁶⁸ Tal y como afirma RÈMOND-GOUILLOUD, el concepto de *res nullius* está ligado tradicionalmente a la abundancia y si no pertenece a nadie, cada cual puede usarla a su antojo, sin limitaciones, dado que no se teme que pueda escasear, p. 105.

Cabe que nos preguntemos si también son *res nullius* los animales criados en granjas cinegéticas que posteriormente son soltados en montería y batidas. Cuando son cazados, ¿de quién es la propiedad de la pieza? Debe decirse que esta cuestión es abordada, normalmente, por las leyes autonómicas que han regulado la caza, las cuales acostumbran a dedicar algún precepto a establecer reglas sobre quién debe entenderse que es el propietario de la pieza abatida, según diferentes supuestos. Por ejemplo, la Ley 1/2015, de 12 de marzo, de Caza de Aragón (BOE núm. 114, de 13/05/2015) dispone en su artículo 7 que cuando la acción de cazar se ajuste a dicha ley, el cazador adquirirá la propiedad de las piezas de caza mediante la ocupación. Y se añade: «la liberación al medio de una pieza de caza viva, tanto capturada previamente como procedente de una granja cinegética, supondrá que su propietario renuncia a su dominio, de manera tal que cualquier otra persona podrá adquirirla por ocupación». Otro ejemplo es el artículo 61 de la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Caza, de Extremadura (BOE núm. 314, de 27/12/2010); o el artículo 5 de la Ley 13/2013, de 23 de diciembre, de Caza de Galicia (BOE núm. 25, de 29/01/2014).

³⁶⁹ Según la profesora LAFUENTE, junto a la caza mayor y menor, se incluirían también otro grupo de animales susceptibles de aprovechamiento cinegético: las aves zancudas y palmípedas; y también las especies depredadoras. Véase LAFUENTE, M. (2007), p. 24.

³⁷⁰ La Ley de caza de 1970 fue objeto de desarrollo mediante el Decreto 506/1971, de 25 de marzo, del cual todavía están vigentes algunas de sus disposiciones. Este Decreto relacionaba los animales que podían ser objeto de caza en su artículo 4. Este artículo fue derogado por el Real Decreto 1095/1989, de 8 de septiembre.

³⁷¹ La Ley de caza de 1970 consagró como instrumento de planificación de las actividades cinegéticas en todo el territorio nacional, la aprobación anual de una orden general de vedas.

se prohibió, en todo el territorio nacional, la captura y comercio del oso, lince, cabra montés pirenaica, gato montés, armiño, meloncillo y nutria. Este Decreto fue derogado y sustituido por el Real Decreto 3181/1980, de 30 de diciembre, que protegía determinadas especies de fauna silvestre y que contenía ya una referencia al Convenio de Berna sobre la conservación de la vida silvestre y el modelo natural de Europa, hecho en 19 de septiembre de 1979, ratificado por España el 13 mayo 1986. Posteriormente, la lista de especies protegidas fue ampliada por el Real Decreto 1497/1986, de 6 de junio, de transposición de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril, sobre conservación de las aves en libertad y sus modificaciones. Actualmente, para conocer qué especies podrán ser cazadas, será necesario acudir al Anexo I del Real Decreto 1095/1989, de 8 de septiembre, relativo a la declaración de especies que pueden ser objeto de caza y pesca y normas para su protección, en la redacción dada por el Real Decreto 1015/2013, de 20 de diciembre, de modificación de los Anexos I, II y V de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

b) Lugares de aprovechamiento cinegético

La acción de la caza debe llevarse a cabo en los lugares y en los momentos que expresamente se permiten. Los terrenos en los que se podrá cazar son los que se denominan de aprovechamiento cinegético común o los que están sometidos a un régimen especial.

En función del lugar donde se pretenda ejercer la actividad cinegética, la Ley de caza de 1970 distingue entre terrenos de aprovechamiento común y terrenos sometidos a régimen especial³⁷². Esta es también la clasificación que han seguido las Comunidades Autónomas a la hora de delimitar los espacios

Debía fijarse anualmente, en función de los criterios del Ministerio de Agricultura, las especies que podían ser cazadas y las épocas hábiles para hacerlo. Mediante el Decreto 2573/1973, de 5 de octubre, con aplicación en todo el territorio nacional y sin el carácter de la temporalidad que inspiraba la referida Orden, se prohibió la caza de 54 especies de animales. Véase LÓPEZ RAMÓN (1080), p. 119.

³⁷² Estos terrenos sometidos a régimen cinegético especial no constituyen, como su nombre podría dar a entender, un régimen excepcional o limitado. Al contrario, durante los cuatro años siguientes a la aparición del reglamento de la Ley de caza, aprobado por Decreto 506/1971, de 25 de marzo, se adscribieron a los regímenes cinegéticos especiales terrenos con una superficie conjunta algo superior a la mitad del territorio nacional. En LÓPEZ RAMÓN (1980), p.72.

dónde puede llevarse a cabo la caza. Y este es pues, el esquema del que vamos a partir al abordar la regulación de los espacios cinegéticos.

En los terrenos de aprovechamiento común, la caza puede llevarse a cabo sin más limitaciones que las previstas en las leyes de caza. Se trata de terrenos que son gestionados por la Administración. La Ley de caza de 1970 establece que son terrenos sometidos a régimen de caza controlada en los que el aprovechamiento cinegético debe llevarse a cabo de acuerdo con los planes aprobados por el Ministerio de Agricultura.

Los terrenos sometidos a régimen especial se sujetan a la elaboración de unos planes de uso y gestión particularizados para el tipo de aprovechamiento que el titular cinegético lleve a cabo. Según la Ley de caza, se incluyen en este tipo de terrenos los parques nacionales, los refugios de caza, las reservas nacionales de caza, las zonas de seguridad, los cotos de caza y los cercados.

Algunas Comunidades Autónomas han excluido la existencia de terrenos de aprovechamiento común y han clasificado todo el territorio en terrenos de aprovechamiento especial. En este tipo de terrenos, la Administración puede controlar más de cerca el aprovechamiento que se lleva a cabo, a través de autorizaciones y redacción de planes y memorias anuales.

Los cotos de caza son superficies continuas de terrenos susceptibles de aprovechamiento cinegético declaradas y reconocidas como tales por la autoridad administrativa competente y que deberán reunir una superficie mínima. Los propietarios de terrenos pueden constituir cotos privados de caza, que podrán pertenecer a uno o varios propietarios libremente asociados. Si la finca es de un solo propietario, deberá tener una superficie mínima de 250 hectáreas si se pretende practicar la caza menor y de 500 hectáreas si se pretende destinar a caza mayor. Si la finca es de más de un propietario, las superficies mínimas serán de 500 hectáreas si se trata de caza menor y de 1000 hectáreas si se trata de caza mayor. Los cotos privados de caza de más de un titular deben ser aprobados por el Ministerio de Agricultura. Dentro de los cotos de titularidad pública podemos distinguir los cotos municipales o locales y

los cotos sociales. En el primer caso, la entidad local³⁷³ que solicite su constitución deberá acreditar estar en posesión de la superficie de terrenos que sea necesaria según la normativa para poder constituir un coto. Podrán ser gestionados directamente por la entidad local o de forma indirecta, a través de su adjudicación mediante concesión a una sociedad o asociación de cazadores. En el segundo caso, su establecimiento responde a la idea de intentar facilitar la caza a cualquier persona que tenga licencia para cazar. Las diversas leyes autonómicas obligan a reservar un cupo de permisos a los cazadores de la zona.

Dentro de los cotos de titularidad privada podemos distinguir entre cotos deportivos y cotos comerciales. La creación del coto, a instancia del titular del aprovechamiento cinegético, precisa de la correspondiente resolución de la autoridad administrativa, normalmente, la Consejería competente. El titular del coto está obligado a redactar un plan técnico cinegético que también deberá aprobar la autoridad competente y está obligado a señalarlo convenientemente. La diferencia entre el coto deportivo y el comercial radica que en el primer caso la caza se practica con carácter lúdico, sin ánimo de lucro por lo que queda prohibido cualquier negocio jurídico sobre el aprovechamiento cinegético, es decir, que las piezas de caza no se podrán comercializar; en el caso del coto comercial, la finalidad del mismo es llevar a cabo una actividad de explotación o comercialización de la caza. La resolución administrativa que declara la constitución del acotado comporta la reserva del derecho de caza sobre todas las piezas cinegéticas que se encuentren dentro del coto siempre que no hayan sido atraídas o espantadas fraudulentamente.

Las zonas de caza controlada son normalmente terrenos de titularidad pública. A diferencia de otros terrenos de régimen especial, que necesitan ser declarados como tales por una resolución administrativa con el fin de poder practicar en ellos la caza, las zonas de caza controlada precisan de un acto de afectación. La afectación, sin embargo, implica la titularidad pública de los bienes y su destino a una finalidad pública pero no siempre los terrenos que pasan a constituir zonas de caza controlada son de titularidad pública. Además,

³⁷³ El artículo 17 de la Ley de caza de 1970 también menciona junto a los Ayuntamientos a las entidades locales menores y las Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos.

la afectación de un bien implica la demanialidad del bien, circunstancia ésta que tampoco se precisa en la legislación autonómica de caza. Ello supondría, en el caso de terrenos privados, una acción expropiatoria. Parecería que el legislador pretende preservar la riqueza cinegética en estos terrenos a través de un acto de vinculación, sin más consecuencias, a favor de la Administración³⁷⁴. Otra diferencia de estos terrenos es que no tienen una base de carácter voluntario, sino que su constitución obedece a una decisión de la Administración. El aprovechamiento cinegético de estas zonas se realiza de conformidad con planes cinegéticos. Estos planes deberán contener un calendario de los posibles periodos de caza y de otras normas que condicionan el ejercicio de la caza. El control y regulación del disfrute de la caza corresponderá a la Administración por sí misma o a través de concesión a una sociedad de cazadores. El procedimiento habitual de adjudicación de la concesión será el del concurso. Los propietarios de los terrenos sometidos a régimen de caza controlada tendrán la consideración de socios y tendrán derecho al ejercicio de la caza si hubieren obtenido permiso para ello, teniendo preferencia para su obtención.

En los parques nacionales, según el artículo 10 de la Ley de 4 de abril de 1970, de Caza, la caza se llevará de acuerdo con lo que establezca las disposiciones que reglamenten su uso y disfrute en cada parque. Actualmente, debe tenerse en cuenta la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales. Los parques nacionales se definen hoy como espacios naturales, de alto valor ecológico y cultural, poco transformados por la actividad humana que debido a la belleza de sus paisajes, la representatividad de sus ecosistemas o la singularidad de su flora, fauna, geología o formaciones geomorfológicas, poseen unos valores ecológicos, estéticos, culturales, educativos y científicos que requieren su conservación por parte del Estado. La declaración de estos espacios como parques nacionales supone, según el artículo 7.3 de la Ley 30/2014, la inmediata incompatibilidad para el ejercicio de la pesca deportiva y recreativa y la caza deportiva y comercial. Si se ejerciesen estas actividades con anterioridad a la declaración como parque nacional, las administraciones

³⁷⁴ Véase el artículo 16 del Decreto 506/1971, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970.

competentes adoptarán las medidas precisas para su eliminación en el plazo correspondiente. No obstante, la administración gestora del parque podrá programar y organizar actividades de control de poblaciones y de restauración de hábitats de acuerdo con los objetivos establecidos en el plan director y el plan rector de uso y gestión.

Los refugios de caza podrán ser creados por los Gobiernos autonómicos cuando por razones biológicas, científicas o educativas sea preciso asegurar la conservación de determinadas especies de fauna cinegética. En estos terrenos la caza está prohibida salvo que concurran razones de orden biológico, técnico o científico que lo hagan aconsejable.

Las reservas nacionales de caza deberán ser constituidas por ley y será ésta la que determine las condiciones en que pueda llevarse a cabo el aprovechamiento cinegético.

En cuanto a las llamadas zonas de seguridad, son tales, las vías y los caminos públicos, las vías pecuarias, las vías férreas, las aguas públicas, los canales navegables, los núcleos urbanos y rurales, las zonas habitadas y sus proximidades, los jardines y parques públicos, los recintos deportivos y el resto de zonas que puedan ser declaradas como tal. En estas zonas se prohíbe o condiciona el uso de armas de fuego³⁷⁵.

³⁷⁵ A pesar de que pudiera parecer que en estas zonas está prohibida la caza con armas de fuego, en la realidad no sucede así. Como consecuencia, fundamentalmente, de las quejas de agricultores que se consideran perjudicados por los daños que producen en los cultivos determinadas especies, los servicios competentes de las comunidades autónomas conceden autorizaciones excepcionales para cazar en dichas zonas de seguridad. Debe decirse que, en ocasiones, son municipios enteros los que están declarados como zonas de seguridad, a petición de los propios Ayuntamientos.

En este sentido, nos parece paradigmático el caso de Cataluña y, en particular, las comarcas de Barcelona. La Resolución de 2 de abril de 2001 de modificación de las resoluciones de declaración de zonas de seguridad, a los efectos de la Ley de caza, del ámbito territorial de las comarcas de Barcelona (DOGC núm. 3370, de 18 de abril de 2001), prohíbe la utilización de armas de fuego, armas y ballestas dentro de la zona de seguridad, excepto cuando la elevada densidad o abundancia de una especie de caza ocasione daños a los cultivos agrícolas, a instalaciones o accidentes de tráfico. En estos casos, el Departamento competente de la Generalitat podrá autorizar la realización de cacerías.

Esta Resolución debe ponerse en relación con la disposición adicional vigésimo tercera de la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público de Cataluña, modificada por el artículo 102.3 de la Ley 3/2015, de 11 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas, que establece lo siguiente:

Finalmente, en cuanto a los titulares de los espacios cinegéticos, debemos decir que pueden serlo los particulares y la Administración. El artículo 6 del

«1. Si en una determinada comarca o ámbito territorial se produce una abundancia de individuos de una especie cinegética o no protegida de modo que resulte peligrosa o nociva para las personas o perjudicial para la agricultura, la ganadería, los terrenos forestales, las especies protegidas o la caza, siempre y cuando se superen los umbrales establecidos por la resolución anual de vedas, los directores de los servicios territoriales del departamento competente en materia de caza deben declarar la emergencia cinegética para la comarca o el ámbito territorial afectados. Esta declaración habilita a la Administración para acordar la ejecución subsidiaria de medidas excepcionales de gestión cinegética en caso de falta de actuación de las personas que, según la legislación en materia de caza, son responsables de los daños causados por las especies cinegéticas.

2. En las zonas de seguridad son responsables de los daños causados por las especies cinegéticas las personas o las entidades promotoras de su declaración.»

Esta última medida fue establecida por el legislador catalán como consecuencia de la presión de grupos de cazadores y de la Unió de Pagesos (sindicato mayoritario del sector agrario en Cataluña) y está llevando a que muchos Ayuntamientos no intenten la declaración de estas zonas, por temor a tener que asumir los costes de los posibles daños denunciados por los agricultores por daños a sus cultivos causados por especies cinegéticas.

Lo cierto es que no existen datos reales y fiables sobre los daños que la fauna silvestre ocasiona a los cultivos puesto que los datos que existen provienen de las solicitudes de autorización excepcional de captura, esto es, de las personas directamente interesadas en que se autoricen las capturas.

El procedimiento que se sigue en el caso de la Comunidad Autónoma catalana es el siguiente: para paliar los daños de fauna a la agricultura en las zonas de seguridad, los Servicios Territoriales del Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalitat de Cataluña otorgan una autorización excepcional a los agricultores (o sus representantes, por ejemplo, Unió de Pagesos) por la cual se autoriza la captura de un conjunto de especies. Cuando un agricultor detecta daños en sus campos, o la probabilidad de que se produzcan, el titular que ha tramitado la autorización excepcional de captura debe solicitar al Cuerpo de Agentes Rurales una inspección. El acta resultado de dicha inspección relaciona las especies causantes de los daños, la técnica de captura a utilizar, la zona autorizada y el periodo concreto para llevarla a cabo. El acta es suficiente para proceder a la captura de las especies, aunque con posterioridad debe darse cuenta al Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de los resultados producidos. Este procedimiento es sumamente ágil puesto que el tiempo transcurrido entre la solicitud y la autorización en ocasiones es inferior a 24 horas.

Este proceso nos parece sumamente criticable. La principal objeción que se nos ocurre es la relativa a los graves riesgos que para la seguridad de las personas se producen. No deja de ser paradójico que se permita la caza con armas de fuego en unas zonas que fueron declaradas como zonas de seguridad, justamente para evitar riesgos a las personas. La segunda objeción que debemos de formular es la de que existen métodos menos invasivos que los de permitir la captura -casi indiscriminada- de especies. Se autorizan actuaciones sobre un número muy elevado de especies, a veces, hasta nueve. Resulta sospechoso que animales de hasta 9 especies diferentes causen daños en un mismo lugar y un mismo momento. La tercera objeción es la que han planteado algunas organizaciones que hacen evaluaciones sobre el censo de animales pues en estos casos se ha observado un descenso significativo de los ejemplares de algunas especies.

(Algunos de los datos a que acabamos de hacer referencia los hemos extraído del *Plan de gestión para la reducción de los daños causados por fauna a los cultivos de las zonas de seguridad del Baix Llobregat para 2016-2019*, facilitado por el Ayuntamiento de El Prat de Llobregat, uno de los municipios de la comarca del Baix Llobregat, en Barcelona, declarado zona de seguridad. Dicho plan fue redactado por una consultora ambiental. En el mismo se proponen, justamente, una serie de medidas alternativas a la captura de especies mediante autorizaciones excepcionales con armas de fuego. <https://minuartia.com/es/>).

Reglamento para la ejecución de la ley de caza de 4 de abril de 1971, aprobado por Decreto 506/1971, de 25 de marzo, dispone que los derechos y obligaciones que reconoce la Ley de caza corresponderán al propietario de los terrenos cinegéticos o a los titulares de otros derechos que comporten el uso y disfrute de los predios y de su aprovechamiento. El precepto añade que por titulares se entiende toda persona física o jurídica a la que corresponde en virtud de la ley o de algún negocio jurídico, el aprovechamiento cinegético de los terrenos o la facultad de goce o disposición sobre los mismos.

En todo caso, la caza no adquiere la condición de bien de dominio público por encontrarse en unos terrenos³⁷⁶ que puedan tener esta calificación.

B) La caza en la Ley de Patrimonio Natural y Biodiversidad de 2007

El estudio de la regulación de la caza y la pesca en nuestro ordenamiento jurídico actual quedaría incompleto si no tuviéramos en cuenta la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, modificada por la Ley 33/2015, de 21 de septiembre. Esta Ley pretende ordenar aquellos aspectos del ejercicio de estas actividades que habían quedado afectados como consecuencia de la distribución territorial del poder que realiza la CE. Asimismo, pretende introducir la vertiente de protección de las especies que no está presente en la Ley de Caza de 1970.

Básicamente, la regulación de la Ley 42/2007 en lo que aquí nos interesa afecta a la determinación de las especies que podrán ser objeto de caza y pesca, cuáles son las administraciones competentes para determinar las especies cinegéticas y los períodos hábiles para llevar a cabo la caza y la pesca. Además, incluye una serie de prohibiciones y limitaciones al ejercicio de la caza y la pesca que, anticipamos ya, no nos parece que se caracterice por una impronta restrictiva. Dicha regulación se completa con un precepto dedicado a la caza de perdiz con reclamo y al Inventario español de caza y pesca.

³⁷⁶ Véase la pág. 69 de LAFUENTE, M. (2007).

a) Especies cinegéticas

La regulación que de la Ley 42/2007 especialmente nos interesa nos lleva al Título III que lleva por rúbrica «Conservación de la biodiversidad». El Título III se inicia con el artículo 54 dedicado a la conservación de las especies autóctonas silvestres y establece en el párrafo quinto, la prohibición de darles muerte o dañarlas, sea cual fuere el método empleado o la fase de su ciclo biológico. Esta prohibición general se matiza seguidamente pues se añade que estas prohibiciones no se aplicarán respecto de los animales que no se encuentren incluidos en el Listado de Especies Silvestre en Régimen de Protección Especial (art. 56) ni en el Catálogo de Especies Amenazadas (art. 58) si existe legislación específica, entendiéndose por tal la establecida en la legislación de montes, caza, agricultura, sanidad y salud públicas, pesca continental y pesca marítima, o en los supuestos regulados por la Administración General del Estado o por las Comunidades Autónomas. Por tanto, respecto de las especies no protegidas encontramos en esta norma, una remisión a la legislación de caza.

La Ley 42/2007 no enumera las especies cinegéticas, sino que se remite a lo que al respecto establezcan las Comunidades Autónomas. Estas únicamente tendrán como límite las especies incluidas en el Listado de Especies en régimen de protección especial o las especies cuya caza esté expresamente prohibida por la Unión Europea. También deberán ser las Comunidades Autónomas las que determinen los terrenos o las aguas donde podrá practicarse la caza y la pesca, así como los períodos hábiles para hacerlo.

b) Métodos de captura

El artículo 65 de la Ley, incluido en el capítulo IV³⁷⁷ del Título III, capítulo que lleva como rúbrica «De la protección de las especies en relación con la caza y la pesca continental», contiene, en el apartado 3.a.), una limitación al tipo de procedimientos que podrá utilizarse para la captura y muerte de los animales.

³⁷⁷ Según reza la Exposición de Motivos de la Ley 42/2007, el capítulo IV del Título III «regula la protección de las especies en relación con la caza y con la pesca que, en su condición de aprovechamiento de recursos naturales, deben garantizarse, pero limitando su aplicación a los espacios, fechas, métodos de captura y especies que determinen las Comunidades Autónomas». Esto es, deben garantizarse la caza y la pesca por cuanto constituyen una forma de aprovechamiento de los recursos naturales.

Por un lado, se dice que se prohíbe la tenencia, utilización y comercialización de los procedimientos masivos o no selectivos para la captura o muerte de animales, y se señala que «en particular» los enumerados en su Anexo VII. Se nos plantea aquí la primera duda porque parece que la norma está estableciendo una prohibición genérica de utilización de cualquier procedimiento de captura de animales que no sea selectivo y no solo los del Anexo VII. Debería entenderse que, efectivamente, están prohibidos todos los procedimientos no selectivos, estén o no previstos en el Anexo VII. A continuación, el mismo artículo 65, y en el mismo párrafo, añade una nueva prohibición al impedir todos aquellos procedimientos que puedan causar la desaparición o puedan turbar gravemente la tranquilidad de las poblaciones de una especie. Hasta aquí parecería que este concreto precepto contiene una regulación limitativa del ejercicio de la caza. Pero, seguidamente, se introduce un nuevo párrafo para señalar que, «en particular» quedan incluidas en el párrafo anterior, esto es, en el párrafo relativo a las prohibiciones de los procedimientos que puedan causar la desaparición o puedan perturbar la tranquilidad de las especies, la tenencia, utilización y comercialización de los procedimientos para la captura o muerte de animales y modos de transporte prohibidos por la Unión Europea que se enumeran en las letras a) y b) del anexo VII. Si ya se prohibían los procedimientos del anexo VII, el legislador es redundante al prohibir los procedimientos de las letras a) y b) del anexo VII, anexo que no tiene más letras que las mencionadas.

Pues bien, esta prohibición no es ni mucho menos absoluta porque a continuación el mismo apartado 3 del artículo 65 dispone que «siempre y cuando no exista otra solución satisfactoria alternativa esta prohibición podrá no ser de aplicación si se cumplen estos dos requisitos: 1º. Que concurren las circunstancias y condiciones enumeradas en el artículo 58.1 (debe entenderse que la remisión es al artículo 61.1); 2º. Que se trate de especies de animales de interés comunitario no consideradas de protección estricta en la normativa de la Unión Europea»".

Esto quiere decir que, previa autorización administrativa de la Comunidad Autónoma o, en su caso, de la Administración General del Estado, en los casos que seguidamente se indicarán, podrá dejar de tener efectos la prohibición

antes reseñada: si pudiesen derivarse efectos perjudiciales para la salud y seguridad de las personas; cuando se trate de prevenir perjuicios importantes a los cultivos, al ganado, a los bosques, a la pesca, a la calidad de las aguas, o a otras formas de propiedad; por razones imperiosas de interés público de primer orden (incluidas como tal las de carácter socioeconómico); por razones de investigación, educación o repoblación; o, en el caso de las aves, para prevenir accidentes aéreos; o para permitir «en condiciones estrictamente controladas y mediante métodos selectivos, la captura, retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas especies no incluidas en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial, en pequeñas cantidades y con las limitaciones precisas para garantizar su conservación»; o para proteger la flora y la fauna silvestres y los hábitats naturales. Asimismo, si se trata de especies de animales de interés comunitario no consideradas de protección estricta en la normativa de la Unión Europea, no será necesario que concurra ninguno de los supuestos del artículo 61.1 de la Ley 42/2007, esto es, no será aplicable la prohibición reseñada.

Otra prohibición que merece ser destacada del mencionado artículo 65 de la Ley 42/2007 es la que se contiene en la letra 3.b.), que prohíbe con carácter general el ejercicio de la caza de aves durante la época de celo, reproducción y crianza y la caza durante el trayecto de regreso hacia los lugares de cría si se trata de especies migratorias. No se establecen excepciones en este caso. Igualmente es de interés la limitación prevista en la letra f), según la cual, el establecimiento de cercados y vallados de terrenos estará sujeto a autorización administrativa y deberán construirse de tal forma que, en la totalidad de su perímetro, no impidan la circulación de la fauna silvestre no cinegética y eviten los riesgos de endogamia en las especies cinegéticas. Las Administraciones Públicas competentes establecerán la superficie mínima que deban tener las unidades de gestión para permitir la instalación de estos cercados y así garantizar la libre circulación de la fauna silvestre no cinegética y evitar los riesgos de endogamia.

La letra g) del artículo 65 se refiere a los métodos de captura de predadores. Solo podrán utilizarse aquellos que sean autorizados por las Comunidades Autónomas debidamente homologados en base a los criterios de selectividad y

bienestar animal fijados por los acuerdos internacionales. Nunca podrán tener la condición de predador las especies incluidas en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial.

El apartado 3.h) del referido artículo 65, reserva en poder de la Administración una importante actividad interventora al permitirle suspender total o parcialmente la vigencia de los derechos de caza otorgados cuando se compruebe que la gestión cinegética desarrollada en una finca, afecte negativamente a la renovación o sostenibilidad de los recursos.

Este precepto, en el apartado 2, también incluye determinadas disposiciones relativas específicamente a la pesca. Así, solo podrá realizarse sobre las especies que determinen las Comunidades Autónomas sin que en ningún caso pueda afectar a las especies incluidas en el Listado de Especies en Régimen de Protección Especial o a las prohibidas por la Unión Europea. El ejercicio de la pesca continental se regulará de modo que queden garantizadas la conservación y el fomento de las especies autorizadas para este ejercicio. Las Comunidades Autónomas determinarán las aguas donde puedan realizarse tales actividades, así como las fechas hábiles para cada especie.

Finalmente, debe decirse que la regulación en materia de caza se completa con las resoluciones y órdenes que fijan las especies objeto de aprovechamiento cinegético, los períodos hábiles de caza y las vedas especiales³⁷⁸.

C) Regulación sectorial a tener en cuenta en materia de caza

Consideramos de interés completar el análisis realizado de la regulación del ejercicio de la caza según la Ley de 1970 y la Ley 42/2007, con una referencia

³⁷⁸ Véase, por ejemplo, la Orden de 5 de julio de 2018 por la que se fijan las vedas y períodos hábiles de caza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 134, de 12 de julio de 2018); o la Orden DRS/1070/2018, de 18 de junio, por la que se aprueba el Plan General de Caza para la temporada 2018-2019 (Boletín Oficial de Aragón núm. 121, de 25 de junio de 2018); o la Resolución de 1 de marzo de 2018, de la Consejería de Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, por la que se aprueba la Disposición General de vedas para la temporada 2018-2019 en el territorio del Principado de Asturias (Boletín Oficial del Principado de Asturias núm. 53, de 5 de marzo de 2018). De hecho, existen varias páginas web con información actualizada sobre las órdenes de veda de las respectivas Comunidades Autónomas, por temporadas. Un ejemplo de ellas es www.tuslances.com.

a algunas normas sectoriales que inciden en dicho ejercicio. Nos referimos, en particular, a las que establecen o regulan la responsabilidad por daños producidos por especies cinegéticas³⁷⁹.

La Ley 6/2014, de 7 de abril, modificó el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial aprobada por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, concretamente su disposición adicional novena, para reformar el régimen de la responsabilidad en caso de accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas. Dicha disposición es hoy la disposición adicional séptima del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, que establece que en accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas en las vías públicas, será responsable de los daños producidos, el conductor del vehículo. Se añade, además, que no podrá reclamarse el valor de los animales que irruman en las vías. Será responsable el titular del aprovechamiento cinegético o, en su defecto, el propietario del terreno, cuando el accidente sea consecuencia de una acción de caza colectiva de una especie de caza mayor llevada a cabo el mismo día o cuando hubiese concluido doce horas antes del accidente. El titular de la vía será responsable si no ha reparado la valla de cerramiento en plazo o si la vía no dispone de la señalización específica de animales sueltos en tramos con alta accidentalidad por colisión de vehículos con los mismos.

Por tanto, si no es una acción de caza colectiva y si no se trata de caza mayor, parece que no se le podrá exigir responsabilidad al titular del aprovechamiento cinegético o, en su defecto, al propietario del terreno. Además, esa exigencia de responsabilidad está sometida a plazo. Fuera del plazo de doce horas y si el titular de la vía ha señalado debidamente que puede haber animales sueltos, la responsabilidad es del conductor.

³⁷⁹ Ya hemos introducido alguna alusión al respecto al tratar sobre las zonas en que puede practicarse la caza y, en especial, al referirnos a las llamadas zonas de seguridad. Véase el apartado 1.3.3.A) *in fine* del Capítulo IV de este trabajo.

La disposición adicional novena del Real Decreto 339/1990, de 2 de marzo, en su redacción original, establecía que en accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas, era responsable el conductor del vehículo solamente si se le podía imputar una infracción de tráfico. Se añadía que los daños personales y patrimoniales en estos siniestros, solo eran exigibles a los titulares de aprovechamientos cinegéticos o, en su defecto, a los propietarios de terrenos, cuando el accidente hubiere sido consecuencia directa de la caza o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado. El titular de la vía pública en que se produjera el accidente era responsable si había sido deficiente su estado de conservación o su señalización. Con la reforma introducida por la Ley 6/2014, en el Real Decreto 339/1990, se ha reducido considerablemente la responsabilidad de los titulares del aprovechamiento cinegético y de los propietarios de los terrenos.

Finalmente, en lo que se refiere a la responsabilidad de la Administración, al margen de la que pudiera corresponderle como titular de la vía pública conforme acabamos de ver, debe tenerse en cuenta que el artículo 54.6 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, en la redacción dada por la Ley 33/2015, de 21 de septiembre, establece que las Administraciones Públicas no serán responsables de los daños ocasionados por las especies de fauna silvestre, excepto en los casos que la normativa sectorial establezca.

D) La regulación de la caza y la pesca por las Comunidades Autónomas

Casi todas las Comunidades Autónomas, con la excepción de Madrid y de Cataluña, se han dotado de leyes de caza. Lo han hecho asumiendo competencias estatutariamente³⁸⁰ de acuerdo con el artículo 148.1.11 CE,

³⁸⁰ Por poner algunos ejemplos, podemos citar el Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, que establece en su artículo 57 que lleva por rúbrica «Medio ambiente, espacios protegidos y biodiversidad» que «corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de caza y pesca fluvial y lacustre que incluye en todo caso la planificación y la regulación de estas materias; y la regulación del régimen de intervención administrativa de la caza y la pesca, de la vigilancia y de los aprovechamientos cinegéticos y piscícolas».

El Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, en su artículo 119 dedicado a la «Caza, pesca, actividades marítimas y ordenación del sector pesquero», dispone que corresponde a la Generalitat «la competencia exclusiva en materia de caza y pesca fluvial, que incluye en todo caso: a) La planificación y la regulación. b) La

competencia que, en todo caso, debe ejercerse teniendo en cuenta la competencia estatal prevista en el artículo 149.1.8 CE en materia de legislación civil del Estado y en el artículo 149.1.23 CE sobre legislación básica en materia de medio ambiente. En todo caso, las Comunidades Autónomas que han legislado, lo han hecho partiendo de la base de la Ley de Caza de 1970 y siguiendo un común denominador: regulan cuestiones de derecho de propiedad de las piezas de caza, las condiciones que deben reunirse para ser cazador y los métodos de caza³⁸¹.

Las exposiciones de motivos o preámbulos de las normas autonómicas que han regulado la materia, han configurado la caza como actividad ligada al ocio y al deporte. Junto a esta dimensión de la caza aparece la de su consideración como instrumento necesario para garantizar la biodiversidad y la conservación de las especies. Por ejemplo, en Canarias, la Ley 7/1998, de 6 de julio, señala en su exposición de motivos que la caza es un instrumento que contribuye a la renovación y mejora de las poblaciones animales y al mantenimiento del equilibrio entre estos. Sostiene LAFUENTE que esta afirmación es de gran importancia por cuanto transforma la concepción de la caza de mera actividad de utilidad o disfrute para el hombre «a un importantísimo instrumento al servicio de la sostenibilidad de la riqueza cinegética»³⁸². Estas afirmaciones,

regulación del régimen de intervención administrativa de la caza y la pesca, de la vigilancia y de los aprovechamientos cinegéticos y piscícolas.» El párrafo segundo de este mismo precepto atribuye también competencia exclusiva a la Generalitat «en materia de pesca marítima y recreativa en aguas interiores, así como la regulación y la gestión de los recursos pesqueros y la delimitación de espacios protegidos».

A su vez, la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, atribuye en su artículo 71, a la comunidad autónoma, la competencia exclusiva en materia de «caza, pesca fluvial y lacustre y acuicultura, así como la protección de los ecosistemas en los que se desarrollen estas actividades, promoviendo reversiones económicas en la mejora de las condiciones ambientales del medio natural aragonés».

³⁸¹ La regulación de la caza en Andalucía exige tener en cuenta la Ley 8/2003, de 28 de octubre, de la Flora y la Fauna Silvestres, junto con el Reglamento de ordenación de la caza, aprobado por el Decreto 126/2017, 25 de julio. En Aragón, la Ley 1/2015, de 12 de marzo. En Asturias, la Ley 2/1989, de 6 de junio junto con el Decreto 32/1990, de 8 de marzo. En Baleares, la Ley 6/2006, de 12 de abril. En Canarias, la Ley 7/1998, de 6 de julio. En Cantabria, la Ley 12/2006, de 17 de julio. En Castilla y León, la Ley 4/1996, de 12 de julio. En Castilla-La Mancha, la Ley 3/2015, de 5 de marzo. En Extremadura, la Ley 14/2010, de 9 de diciembre. En Galicia, la Ley 13/2013, de 23 de diciembre. En Murcia, la Ley 7/2003, de 12 de noviembre. En Navarra, la Ley Foral 17/2005, de 22 de diciembre. En La Rioja, la Ley 9/1998, de 2 de julio. En la Comunidad Valenciana, la Ley 13/2004, de 27 de diciembre. En el País Vasco, la Ley 2/2011, de 17 de marzo. En Ceuta y Melilla así como en Madrid y Cataluña se aplica la ley estatal.

³⁸² Véase LAFUENTE BENACHES (2007), p. 16

sin embargo, deberían ir acompañadas de datos constatables que demostrasen su veracidad. Si fueran ciertas, no sería preciso regular la existencia de granjas cinegéticas cuyo solo objeto es producir piezas de caza, es decir, animales para que los cazadores tengan piezas que abatir. Además, entre los grupos de impacto de origen antrópico que han sido identificados como amenazas para la biodiversidad, según diversos estudios, figura el relativo a la sobreexplotación de las especies silvestres a través de la caza y la recolección³⁸³.

Algunas de las exposiciones de motivos de las leyes autonómicas mencionan también la dimensión social de la caza, al permitir dicha actividad la generación de puestos de trabajo (ojeadores, batidores, perreros, guardas, etc.) o al permitir la creación de industrias o negocios relacionados con la caza³⁸⁴. Es el caso de la Ley 13/2013, de 23 de diciembre, de Caza, de Galicia -comunidad en que la superficie cinegética abarca el 80% de su territorio-, que señala en su preámbulo que «la caza se muestra como un instrumento de gran interés para el desarrollo económico de amplias zonas de nuestro territorio, no solo por la entidad de los recursos que promueve, que pueden ser muy elevados, sino porque lo hace en un medio social en el cual resulta especialmente interesante crear riqueza, dadas las pocas alternativas productivas de que dispone, y puede poner freno así al despoblamiento del medio rural»³⁸⁵. Se define la caza, además, como derecho originario que corresponde a todos los administrados si bien sometido a limitaciones administrativas que puede practicarse en todos los lugares donde no se encuentre expresamente prohibida.

En lo que respecta a la pesca, la mayoría de Comunidades Autónomas han dictado normas en materia de pesca fluvial, desarrollando sus propios Estatutos de Autonomía, de acuerdo con el artículo 148.1.11 CE, con una

³⁸³ En TELLERÍA (2013), p. 14.

³⁸⁴ Algunos sectores y actividades relacionados con el mundo de la caza que aportan rentas y empleo son las granjas cinegéticas, fábricas de piensos, criaderos de perros de caza, armerías, tiendas de deporte, seguros, veterinarios, comercialización de productos cinegéticos, alojamientos, publicaciones (revistas...), etc. Véase BERNAD DANZBERGER (2009), pp. 7 y 8.

³⁸⁵ La caza se ha convertido en una actividad económica del medio rural, pasando incluso a ser una alternativa o un complemento a los aprovechamientos agrícolas, ganaderos, forestales y otros que ya se encuentran en desuso. Véase, de nuevo, BERNAD DANZBERGER, op. cit., p. 3.

estructura interna similar³⁸⁶. En lo que aquí nos interesa, su objeto y ámbito de aplicación se circunscribe a la protección, conservación, fomento y aprovechamiento ordenado de los recursos de pesca comunitarios y la regulación del ejercicio de la pesca para hacerlo compatible con la conservación de las especies y la protección de los ecosistemas³⁸⁷. Estas normas regulan, por un lado, los requisitos para ser pescador, que básicamente pasan por estar en posesión de la correspondiente licencia de pesca y, por otro, las especies que pueden ser objeto de pesca, que son definidas por la Comunidad Autónoma en el marco de lo que establezca la normativa estatal y europea y, en particular, teniendo en cuenta aquellas especies catalogadas como amenazadas. Es en las órdenes anuales de pesca donde se determinan las especies que pueden ser objeto de pesca, las tallas o dimensiones mínimas, los periodos hábiles o de veda, los cupos de captura por pescador y día, etc. Algunas normas como, por ejemplo, la Ley de la Región de Murcia establece una zonificación de las aguas al objeto de regular las distintas modalidades de pesca y distingue, así, entre aguas libres para la pesca, vedados de pesca, cotos de pesca fluvial, cotos sociales de pesca fluvial, cotos

³⁸⁶ Citamos a continuación las siguientes normas autonómicas en la materia: Ley 1/1992, de 7 de mayo, de Pesca Fluvial de Castilla-La Mancha; Ley 7/1992, de 24 de julio, de Pesca Fluvial de Galicia, completada por la Ley 5/2006, de 30 de junio para la Protección, Conservación y Mejora de los Ríos Gallegos; Ley 4/2015, de 24 de marzo, de Patrimonio Natural de Castilla y León; Ley Foral 2/1993, de 5 de marzo, de Protección y Gestión de la Fauna Silvestre y de sus Hábitats, de Navarra; Ley 11/2010, de 16 de noviembre, de Pesca Fluvial de Extremadura; Ley 7/1995, de 21 de abril, de la Fauna Silvestre, Caza y Pesca Fluvial de la Región de Murcia derogada en lo que se refiere a caza y pesca fluvial por Ley 7/2003, de 12 de noviembre, de Caza y Pesca Fluvial de la Región de Murcia; Ley 6/2002, de 18 de junio, de protección de los ecosistemas acuáticos y pesca en aguas continentales de Asturias; Ley 2/1999, de 24 de febrero, de Pesca Fluvial de Aragón; Ley 6/2006, de 12 de abril, de Caza y Pesca Fluvial de las Illes Balears; Ley 2/2006, de 28 de febrero, de Pesca de la Rioja; Ley 22/2009, de 23 de diciembre, de Ordenación Sostenible de la Pesca en Aguas Continentales de Cataluña.

Existen una serie de Comunidades Autónomas que no cuentan con leyes específicas de pesca fluvial sino que su regulación se encuentra en leyes generales sobre protección de la naturaleza. Es el caso de Andalucía y del País Vasco. En el primer caso, mediante la Ley 8/2003, de 28 de octubre, de la Flora y la Fauna Silvestres y, en el segundo, el Decreto Legislativo 1/2014, de 15 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Conservación de la Naturaleza, del País Vasco. Finalmente, alguna Comunidad Autónoma ha seguido aplicando la normativa estatal y ha reglamentado anualmente el establecimiento de sus vedas. Es el caso de la Comunidad de Madrid. Véase, por ejemplo, la ORDEN 270/2018, de 12 de febrero, de la Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, sobre establecimiento de vedas y regulación especial de la actividad piscícola en los ríos, arroyos y embalses de la Comunidad de Madrid, para el ejercicio de 2018 (BOCM núm. 44, de 21 de febrero de 2018).

³⁸⁷ Para un comentario más exhaustivo, léase GARRIDO CUENCA (2007), pp. 760 y ss.

deportivos, cotos privados, cotos intensivos, especiales y de pesca fluvial sin muerte.

1.4. Necesidad de reinterpretar la caza y la pesca desde una perspectiva proteccionista

Partiendo de la Ley de 4 de abril de 1970, interpretada a la luz de la vigente Constitución, interesa que nos preguntemos sobre si cabe hablar de la existencia de un derecho subjetivo a cazar. La principal consecuencia práctica de una respuesta afirmativa a dicha cuestión significaría que las licencias de caza y pesca serían actos de autorización reglada. La licencia de caza significaría el reconocimiento de un derecho preexistente o, de otro modo dicho, la simple remoción de obstáculos para el ejercicio de un derecho que ya se hallaría en el patrimonio o en el haber de la persona.

Antes de avanzar en esta cuestión, interesa apuntar, siguiendo al profesor LÓPEZ RAMÓN, que si pudiera hablarse de la existencia de un derecho subjetivo de cazar y pescar³⁸⁸, ello no traería causa de ningún derecho natural anterior, al margen del propio ordenamiento jurídico. Desde la construcción de Gerber, la afirmación de unos derechos del ciudadano frente a las Administraciones Públicas deriva de lo que la Ley reconozca o atribuya expresamente, esto es, de lo que las asambleas parlamentarias decidan que son los derechos de que han de disfrutar los ciudadanos. Los cimientos del Estado de Derecho descansan en el principio de libertad, pero es de las concretas normas que en ejercicio de dicho principio emanan de las asambleas parlamentarias, de las que derivan los derechos subjetivos y no de ningún hipotético derecho natural innato o esencial de la persona. Esas normas, en virtud del principio de jerarquía normativa, dependerán de los principios recogidos en la norma de normas, esto es, en la Constitución.

La Constitución española no contiene ningún precepto que reconozca un hipotético derecho a cazar o pescar, ni como derecho fundamental, ni como derecho subjetivo, ni siquiera como principio rector. Solamente se ocupa de esta cuestión en la distribución material de competencias en favor de las

³⁸⁸ Véase a LÓPEZ RAMÓN (1980), pp. 43-44.

Comunidades Autónomas que efectúa el artículo 148.1.11 CE, al delimitar la caza junto a la pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura y la pesca fluvial, como materia en la que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias. Y, de hecho, todas las Comunidades Autónomas han incluido en sus Estatutos de Autonomía, la caza y la pesca, como materias de su competencia exclusiva³⁸⁹.

Esta omisión en la Constitución, según el profesor LÓPEZ RAMÓN, no impediría, por si misma, defender que existe un derecho subjetivo a cazar, si la Constitución silenciase toda referencia al tema. Pero lo cierto es que nuestra norma magna no guarda silencio. Se pronuncia en el artículo 45 al reconocer una serie de principios que, interpretados en sus justos términos y a la luz del momento histórico en que han de ser aplicados, impedirían defender, a nuestro

³⁸⁹ Véase, por ejemplo, el Estatuto de Autonomía de Galicia, aprobado por la Ley orgánica 1/1981, de 6 de abril y, concretamente, el artículo 27.15 que reconoce como competencia exclusiva autonómica, la pesca en las rías y demás aguas interiores, el marisqueo, la acuicultura, la caza, la pesca fluvial y lacustre. El Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por la Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, regula en su artículo 57, que lleva por título «medio ambiente, espacios protegidos y sostenibilidad», que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de caza y pesca fluvial y lacustre, incluida la regulación del régimen de intervención administrativa de la caza y la pesca. El Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por la Ley orgánica 5/2007, de 20 de abril, regula en el artículo 71.23 que corresponde a dicha Comunidad Autónoma la competencia exclusiva «en materia de caza, pesca fluvial y lacustre y acuicultura, así como la protección de los ecosistemas en los que se desarrollen estas actividades». En el País Vasco, la Ley orgánica 3/1979, de 18 de diciembre atribuye como competencia exclusiva la «pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura, caza y pesca fluvial y lacustre». El Estatuto de Autonomía de Madrid aprobado por la Ley orgánica 3/1983, de 25 de febrero, regula como competencia exclusiva en el artículo 26.1.9 la «pesca fluvial y lacustre, acuicultura y caza». El artículo 27 añade que corresponde a la Comunidad Autónoma, el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria la ejecución en materia de protección de los ecosistemas en los que se desarrollen la pesca, la acuicultura y la caza. El Estatuto de Autonomía de Asturias, aprobado por la Ley orgánica 7/1981, de 30 de diciembre atribuye como competencia exclusiva del Principado, en el artículo 10, la caza y la protección de los ecosistemas en los que se desarrollen dichas actividades; también la pesca en aguas interiores, fluviales y lacustres, el marisqueo, la acuicultura y la alguicultura. El Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado mediante Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, dispone en su artículo 119 que lleva por título «Caza, pesca, actividades marítimas y ordenación del sector pesquero», que corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de caza y pesca fluvial que comprende la planificación y la regulación del régimen de intervención administrativa de la caza y de la pesca, de la vigilancia y de los aprovechamientos cinegéticos y piscícolas. Le corresponde también la competencia exclusiva en materia de pesca marítima y recreativa en aguas interiores y la regulación y la gestión de los recursos pesqueros así como la delimitación de espacios protegidos; también la regulación y gestión del marisquero y la acuicultura así como la regulación de las instalaciones destinadas a estas actividades. Configura como competencia compartida la ordenación del sector pesquero. Esta competencia incluye, en todo caso, la ordenación y las medidas administrativas de ejecución relativas a las condiciones profesionales para el ejercicio de la pesca, la construcción, la seguridad y el registro oficial de barcos, cofradías de pescadores y lonjas de contratación.

parecer, que existe un derecho a cazar y pescar. Vamos a intentar razonar dicha conclusión.

En primer lugar, tal y como deriva del artículo 45 CE, nadie tiene derecho a utilizar la fauna de la manera que considere conveniente sino solamente de la manera que resulte racional. Lo que deba entenderse por utilización racional corresponde ser determinado por los poderes públicos. El ejercicio de la caza y la pesca nace de la ley con el contenido y alcance que la ley le da, sin que frente a dicha regulación, un ciudadano pueda invocar ante el Estado un hipotético *ius hominis* preexistente³⁹⁰. En este sentido, la Ley de 1970 no reconoce el derecho a cazar a cualquier individuo, ni sobre cualquier especie de animal, ni en cualquier lugar, ni de cualquier manera.

En segundo lugar, el ejercicio de la caza se supedita a la obtención de una previa licencia, licencia que solamente será otorgada en el caso de que se cumplan la totalidad de condicionantes o requisitos que establece la normativa de caza, algunos de los cuales exigen demostrar que el individuo que pretende la obtención de dicho permiso, observa una conducta que permita presuponer que el ejercicio de la caza no se hará de forma abusiva o irracional. Por tanto, para cazar, el cazador deberá poseer la correspondiente licencia. Se trata de un documento nominal e intransferible de renovación periódica (entre 1 a 5 años, dependiendo de la Comunidad Autónoma). Existen diversos tipos de licencia en función del tipo de actividad cinegética que desee llevarse a cabo u otras circunstancias como la edad del cazador, por ejemplo, según determina cada Comunidad Autónoma. La expedición de la licencia va acompañada de una tasa cuyo importe determina también la Comunidad Autónoma³⁹¹.

Pero, además, resulta que el ejercicio de dicha actividad se va a ver afectado por diversa regulación que lo va a condicionar en grado sumo al establecer limitaciones al tipo de especies que pueden ser objeto de caza y en qué lugares. Ya la Ley 4/1989, de 27 de marzo, declaró protegidas todas las

³⁹⁰ Véase LÓPEZ RAMÓN (1980), p. 45.

³⁹¹ En Cataluña, la tasa para la expedición de licencias de caza con armas de fuego se sitúa en 24,55 euros, por un año, y en 12,30 euros si se trata de caza con otro tipo de procedimientos. Es gratuita si se trata de mayores de 65 años. (Última consulta realizada: 14/08/2016 en www.gencat.cat/agricultura).

especies de fauna salvaje y dispuso que la caza y la pesca en aguas continentales sólo podría realizarse sobre las especies que se declarasen piezas de caza o de pesca por las Comunidades Autónomas³⁹². El ejercicio de la caza y la pesca continental debían regularse de modo que quedasen garantizados la conservación y el fomento de las especies autorizadas para este ejercicio. A tal fin, la Administración competente debía determinar los terrenos y las aguas donde pudieran realizarse tales actividades así como las fechas hábiles para cada especie³⁹³. Son las Comunidades Autónomas las que, normalmente con periodicidad anual, disponen cuál es el momento hábil para cazar en todo el territorio de la comunidad así como las vedas especiales en cada temporada, como ya hemos visto.

Como sabemos, la Ley 4/1989, de 27 de marzo, fue sustituida por la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, que se pronuncia en parecidos términos. Por tanto, el cazador no tiene libertad para elegir las piezas que desea cobrar ni tampoco los lugares ni la época en qué quiere hacerlo ni el modo de llevarlo a cabo.

En tercer lugar, resulta que el ejercicio de la caza requiere, normalmente, de la utilización de armas de fuego. Y no existe un derecho a la obtención de armas de fuego. El solicitante de una licencia para la tenencia de armas de fuego debe someterse a un trámite de valoración global de las circunstancias personales que en él concurren sin que en ningún caso, lo establecido en el

³⁹² Dicha norma dedicaba el capítulo tercero del título cuarto, artículos 33 a 35, a la regulación de la caza y la pesca.

³⁹³ El aprovechamiento cinegético y acuícola debía realizarse conforme al plan técnico justificativo de la cuantía y modalidades de las capturas a realizar. El contenido y aprobación de estos planes técnicos debían ajustarse a las normas y requisitos establecidos por las Comunidades Autónomas y a los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales. Salvo en las circunstancias y condiciones excepcionales enumeradas en su artículo 28.2 quedaban prohibidas la tenencia, utilización y comercialización de todos los procedimientos masivos o no selectivos para la captura o muerte de animales, en particular venenos o trampas, así como aquellos que pudieran causar localmente la desaparición, o turbar gravemente la tranquilidad de las poblaciones de una especie. Se prohibía, igualmente, el ejercicio de la caza de aves durante la época de celo, reproducción y crianza, así como durante su trayecto de regreso hacia los lugares de cría en el caso de especies migratorias. Se establecía que sólo podrían ser objeto de comercialización, en vivo o en muerto, las especies que reglamentariamente se determinasen. Se sometía al régimen de autorización administrativa la introducción de especies alóctonas o autóctonas, así como la reintroducción de las extinguidas y los cercados y vallados de terrenos cinegéticos deberían construirse de forma tal que no impidiesen la circulación de la fauna silvestre no cinegética.

artículo 3 de la Ley de caza de 1970 obste a dichas conclusiones³⁹⁴. Además, en la expedición de este tipo de licencias, la Administración dispone de un amplio margen de discrecionalidad que el legislador quiere que oriente en sentido restrictivo³⁹⁵.

³⁹⁴ El artículo 3 de la Ley de Caza establece lo siguiente: «1.El derecho a cazar corresponde a toda persona mayor de catorce años que esté en posesión de la licencia de caza y cumpla los demás requisitos establecidos en la presente Ley. 2. Para obtener la licencia de caza, el menor de edad no emancipado necesitará autorización escrita de la persona que legalmente le represente. 3. Para cazar con armas de fuego o accionadas por aire u otros gases comprimidos será necesario haber alcanzado la mayoría de edad penal o ir acompañado por otro y otros cazadores mayores de edad. 4. Para utilizar armas o medios que precisen de autorización especial será necesario estar en posesión del correspondiente permiso».

³⁹⁵ En la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2011, rec. cas. 4929/2007, el Alto Tribunal declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia dictada por la Sección Primera del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26.06.2007, que había reconocido el derecho del actor a la concesión de una licencia de armas tipo "D" (caza mayor), al considerar que la conducta del solicitante, por haber sido denunciado por unas amenazas, no implicaba el incumplimiento de los requisitos y de las condiciones a que la vigencia de las licencias de armas está condicionada. El tribunal de instancia tuvo en cuenta que cuando se produjeron esas amenazas, el solicitante ya era titular de licencias y no se consideró procedente incoar un expediente de revocación. El Tribunal Supremo, como hemos dicho, confirmó la sentencia de la instancia pero vertió la siguiente argumentación que ahora nos interesa: «Resulta obligado recordar nuevamente el carácter restrictivo de la concesión de permisos o licencias para la tenencia de armas de fuego. En nuestra sentencia de 8 de abril de 2008 (RJ 2008, 1891) (RC 1564/2004), con cita de sentencias anteriores, hemos destacado el carácter restrictivo que rige esta materia debido al cambio normativo operado por la promulgación del nuevo Reglamento de Armas (aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero), en comparación con el antiguo Reglamento (aprobado por Real Decreto 2179/1981 (RCL 1981, 2275)). Dijimos en esa y en anteriores sentencias que " una cosa es que el procedimiento no haya cambiado y otra cosa es que haya identidad en los preceptos citados. No la hay. Porque claramente se advierte la introducción de un punto de rigor en la nueva reglamentación que no se limita a hablar de discrecionalidades sino que se añade... que la expedición de la licencia tendrá carácter restrictivo limitándose a supuestos de existencia de riesgo especial o de necesidad ". Añadiéndose que " es claro, pues, que bajo la normativa anterior la libertad estimativa que contiene toda potestad discrecional ha sido reducida, pues el otorgamiento queda sujeto a un mandato imperativo muy preciso: la citada potestad de otorgamiento ha de ejercerse de manera restrictiva. Así pues, la jurisprudencia ya ha declarado con reiteración, y en lo que aquí importa: 1º) que no existe en nuestro Ordenamiento Jurídico un derecho a obtener licencias de armas, cuya expedición tiene carácter restrictivo; 2º) que hay que realizar una valoración global de las circunstancias personales del solicitante. Tampoco la existencia del derecho a cazar a que se refiere el artículo 3º de la Ley 1/1970, de 4 de abril (RCL 1970, 579) ,desvirtúa las anteriores conclusiones, puesto que, como se desprende del apartado 4 de dicho precepto, la efectividad de aquel derecho requiere la previa obtención del correspondiente permiso, cuando se pretenda utilizar armas u otros medios que precisen de autorización especial.» (FJ 3º). En similar sentido, véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2010 (rec. 459/2006), de 27 de noviembre de 2009 (rec. 6374/2005) o de 28 de enero de 2008 (rec. 1059/2004), entre otras muchas.

Debe decirse que el carácter restrictivo deriva de la jurisprudencia y no tanto de la ley. La ley impone dicho carácter restrictivo a las armas de defensa personal, pero no a la totalidad de supuestos. Actualmente, el artículo 29.1.b) de la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, establece que la expedición de licencias de armas de fuego tendrá carácter restrictivo cuando se trate de armas de defensa personal, en relación con las cuales, la concesión de las licencias se limitará a supuestos de estricta necesidad. En

En cuarto lugar, debe hacerse referencia a las amplias potestades de la Administración para revocar las licencias o autorizaciones concedidas. Dicha revocación no solo tiene lugar en los casos en que se ejercite la potestad punitiva del Estado sino por razones de seguridad pública sin necesidad de tramitar ningún procedimiento sancionador y, por tanto, sin necesidad de que el titular de la licencia haya incurrido en infracción penal o administrativa³⁹⁶. Y, de hecho, como ha apuntado algún autor³⁹⁷, cada vez es más frecuente que la Administración revoque los permisos de armas tras la comisión por parte de su titular de ilícitos penales o infracciones en materia de caza por hechos que no tienen conexión con el uso y manejo de las armas.

Por tanto, si resulta que no existe un derecho subjetivo a la obtención de una licencia de armas, si resulta que, además, la licencia es fruto no de una potestad reglada sino discrecional³⁹⁸, que además debe ser interpretada en

similar sentido se pronunciaba el artículo 7.2.b) de la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

En cambio, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Madrid de 6 de mayo de 2002, rec. 1626/1997, se señala: «Hemos de tener en cuenta que así como respecto de las armas de defensa personal no existe un derecho subjetivo a su posesión y la tenencia se rige por criterios de gran rigor restrictivo (art. 99-2), tratándose de la caza pudiera hablarse de que se ha de reconocer un derecho al ejercicio del deporte y este ejercicio precisa del manejo de armas si bien con todas las prevenciones que sean necesarias, de manera que privar al ciudadano responsable de la facultad de practicar un deporte lícito y reglamentado por la vía de impedirle el acceso a los medios también lícitos de desarrollarlo, merece una motivación razonable que forzosamente ha de pasar por una valoración de los parámetros de conducta personal...» (FJ 4º).

Nos parece interesante, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictada el 20 de abril de 1998 (rec. 930/1995) que señaló que deben diferenciarse: «las situaciones donde las licencias y permisos son esenciales para el desenvolvimiento de nuestra vida cotidiana (vgr. permisos de conducir) donde la discrecionalidad de la Administración debe ser muy limitada y perfectamente reglada, de aquellas otras licencias o permisos que no son esenciales para el desenvolvimiento de nuestra vida cotidiana (permisos y licencias de armas), en estos casos, se debe reconocer a la Administración un margen amplio de discrecionalidad que precisamente el legislador quiere que oriente en sentido restrictivo» (FJ 4º).

³⁹⁶ El Tribunal Supremo, en la sentencia de 14.11.2000 (rec.cas. 7494/1996) señaló: «Esta Sala tiene declarado que la denegación o revocación de un permiso o licencia de armas no es una manifestación del derecho punitivo del Estado, sino un acto de control administrativo sobre la existencia o subsistencia de las circunstancias, aptitudes o condiciones exigibles para ser titular de aquéllos (sentencias, entre otras, de 20 de enero de 1996 {recurso de apelación 9074/1991} 27 de enero de 1996 {recurso de apelación 640/1992}, 20 de enero de 1997 {recurso de apelación 2689/1992} y 22 de septiembre de 1997 {recurso de apelación 2896/1992}, 13.7.2011 (rec.1280/2008)».

³⁹⁷ Véase ALVAREZ-QUIÑONES SANZ, A. (2012), pp. 213-234, en particular, p. 216.

³⁹⁸ Algún autor ha sostenido que no nos hallamos en presencia de una potestad discrecional sino de un concepto jurídico indeterminado. Esto es, la potestad de otorgamiento y revocación

sentido restrictivo, vemos que el supuesto derecho de caza queda seriamente condicionado.

Las limitaciones o condicionantes a que hemos hecho referencia –en cuanto que no puede cazarse cualquier animal, ni en cualquier época del año, ni por cualquier persona, ni con cualquier procedimiento, siendo necesaria además la obtención de una licencia- conducen necesariamente a la afirmación que la licencia de caza constituye un ejemplo de las autorizaciones de naturaleza constitutiva. La naturaleza constitutiva de la licencia de caza está presente ya en una sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1970, Aranzadi 3104, ponente José de Olives y Feluá, referida a un supuesto en que le había sido retirada a un ciudadano, por el Gobierno Civil de Guadalajara, un permiso de armas. El motivo de la retirada se fundó en un comportamiento incorrecto y perturbador del ejercicio de la caza. En dicha sentencia (considerando cuarto) se dijo que la facultad legal de retirar la licencia era indiscutiblemente inherente a la de concederla «pues si para esto se requiere previa solicitud debidamente acompañada de buena documentación y de buenos informes personales que luego la realidad demuestra todo lo contrario, es patente que quien puede conceder o denegar, puede igualmente retirar cuando los hechos posteriores lo aconsejan. La licencia crea el derecho de cazar o lo constituye, por un tiempo determinado, el cual requiere que se ejerza de modo correcto, en las condiciones que determina la ley».

Seguimos al profesor LÓPEZ RAMÓN cuando sostiene que nos hallaríamos en este caso, ante una técnica similar a la de la concesión, que se distinguiría de ésta, por la ausencia de una *publicatio* o reserva formal a la Administración. En el caso de la sentencia antes citada de 1970, el permiso de caza aparece como

de licencias de armas sería una potestad reglada cuya aplicación al caso concreto incluiría algunos conceptos jurídicos indeterminados, como «seguridad pública», «riesgo propio o ajeno» o «conducta» entendida ésta última como buena conducta a la hora de obtener la licencia. Dado que la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados supone subsumir en una categoría legal unas concretas circunstancias reales, es un proceso reglado. Es lo que ocurriría en este caso si para conceder la licencia la Administración debe limitarse a verificar si concurre la condición de buena conducta en la persona del solicitante o si existe una situación de riesgo o no. La apreciación de buena conducta no supondría una apreciación discrecional de la Administración sino la aplicación de un concepto jurídico indeterminado cuyo alcance habría de fijarse a la vista de hechos plenamente acreditados de manera que la licencia deberá otorgarse o denegarse según estén probados dichos hechos o no. Esta sería la opinión de ALVAREZ-QUIÑONES, A. (2012), pp 213 a 234.

una de las denominadas autorizaciones operativas en las que la tutela del interés público no se limita simplemente al acto de autorización, sino que se extiende al ejercicio que de la autorización haga el interesado. La retirada de la licencia de caza puede llevarse a cabo a través de la vía sancionatoria en los casos previstos en la ley, pero también si se constata por la Administración el mal uso de la misma, sin que en este caso nos encontremos propiamente ante el ejercicio de la potestad sancionadora. Se trataría de una especie de declaración de caducidad por incumplimiento de las condiciones a que se sometería el ejercicio de la caza. De interpretarse que la licencia lo único que hace es declarar un derecho ya preexistente, lo que hubiera procedido en el caso comentado en la sentencia, hubiera sido instruir el correspondiente procedimiento para revisar el acto de otorgamiento de la licencia. Como sostiene el profesor LOPEZ RAMON, esta conclusión sería totalmente acorde con el modo en que históricamente surge la licencia de caza, esto es, ligada a una concepción nobiliaria de la caza, como un acto de concesión regia³⁹⁹.

Finalmente, la promulgación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, no ha venido a modificar el estado de las cosas puesto que concibe la caza como una mera actividad sin que se desprenda, de su articulado, que su ejercicio (ni el de la pesca) constituyan un derecho directamente exigible.

A la luz del artículo 45 CE, la perspectiva proteccionista es la que debe imperar en la consideración de la caza y la pesca y, por tanto, podría mantenerse que se habría producido una inconstitucionalidad sobrevenida de la Ley de 4 de abril de 1970. Diversas razones podrían avalar esta conclusión. En primer lugar, la vigente ley de caza contiene una especie de principio general de que todo animal perteneciente a la fauna salvaje es susceptible de ser cazado. Así lo dice claramente el primer párrafo del artículo 4. Esto es, la Ley de caza no contiene ninguna disposición expresa en su articulado que proteja a determinadas especies. Sostuvo en su momento el profesor ESTEVE PARDO⁴⁰⁰ que el sistema de excepciones al hecho de que toda la fauna

³⁹⁹ En LÓPEZ RAMÓN (1980), pp. 54-55.

⁴⁰⁰ Véase ESTEVE PARDO (1989), pp. 376-377. A pesar de que este autor reconocía que la perspectiva proteccionista que, según el art. 45 CE, es la que debe primar, se podía ver

salvaje es en esta ley, objetivo de la actividad cinegética, se contiene en normas reglamentarias. Bien, debe precisarse que esto fue así hasta la aparición de la Ley 4/1989, aunque el objeto de dicha ley no era la regulación de la caza. Según el sistema de la Ley de caza, la derogación de las normas reglamentarias que contienen la mención de las especies que deberán ser protegidas, conduciría a la conclusión de que todos los animales en estado salvaje serían piezas de caza. Y esta conclusión no parece muy acorde con los postulados del artículo 45 CE.

En segundo lugar, si la fauna silvestre es un recurso natural, ¿cómo puede compadecerse lo que establece el artículo 45.2 CE con el derecho a cazar? ¿Puede entenderse por utilización racional de un recurso, su destrucción? Podrá argumentarse que la destrucción de un concreto individuo de una especie puede no suponer la destrucción de la especie y, por tanto, del recurso en la expresión del artículo 45.2 CE. Pero si esto fuera así, sería necesario ordenar la destrucción -que de hecho, es lo que ya se hace en nuestros ordenamientos- es decir, ordenar el ejercicio de la caza para impedir que con la destrucción de individuo a individuo se acabe eliminando la totalidad de los recursos.

En relación con lo anterior, debe recordarse que la Ley de caza de 1970 no tiene en cuenta la necesidad de conservar los hábitats y los ecosistemas,

afectada por el modelo que deriva de la Ley de caza de 1970 y que la regulación de dicha norma no parecía acomodarse a los objetivos proteccionistas del precepto constitucional, manifestó expresamente que no podía cuestionarse la constitucionalidad de la Ley de caza, si bien, reconocía, «no parece que sea éste el régimen jurídico de la fauna salvaje que la Constitución y la conciencia social (...) postulan». Pero, a continuación, señalaba: «En descargo de las apreciaciones precedentes hay que constatar la evidencia de que ha sido el interés venatorio y sus portadores –los cazadores- los que más han contribuido –sobre todo en momentos en que el interés social por el medio ambiente era nulo- al mantenimiento, en algunos casos en abundancia, de muchas especies de la fauna salvaje que, de lo contrario, casi con absoluta seguridad, se habrían extinguido o al menos habrían desaparecido en muchos de los enclaves que hoy ocupan». En realidad, esta afirmación es un oxímoron puesto que no pueden proteger la fauna salvaje quienes disparan contra ella. Además, no proporciona datos que permitan evidenciar en qué medida han contribuido los cazadores al mantenimiento de dichas especies de la fauna salvaje. Tampoco se acierta a comprender qué tiene que ver el medio ambiente con la caza, por mucho que los cazadores se hayan empeñado, para justificar su actividad, en razones supuestamente medioambientales. Deberíamos preguntarnos, bien contrariamente a lo que, en un exceso de prudencia sostiene ESTEVE PARDO, en qué beneficia a la sociedad y al medio ambiente, el mantenimiento, en cuanto ocio, de una actividad como la caza. Solamente los intereses económicos de quienes surgen beneficiados apoyarían su preservación.

absolutamente necesarios para la supervivencia y conservación de las especies.

Y, finalmente, no está de más recordar que tampoco a nivel internacional parece que exista un derecho a la caza. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no reconoce ningún derecho a la caza⁴⁰¹. Es más, como subraya el profesor Jean-Pierre MARGUÉNAUD, desde el punto de vista del derecho europeo de los derechos humanos, la moral está de parte de quienes defienden a los animales frente a los cazadores⁴⁰².

Vamos un poco más allá y nos preguntamos si cabría una regulación de la caza que no reconociese el derecho a la caza o que la prohibiese. Dicha solución sería posible si previamente se modificase el Código Civil para sustraer a los animales de su condición de cosa. Actualmente, los animales objeto de la caza tienen la condición de *res nullius*. No son propiedad de los dueños de los terrenos por los que pasan, son *res nullius* y como tal, se adquieren por la ocupación. Ciertamente, la ocupación no exige su muerte, pero vemos difícil mantener la prohibición de la caza si resulta que tienen la condición de cosa y, concretamente, de *res nullius*.

La regulación de la caza hasta ahora, y ello se ve claramente en la filosofía que inspira la Ley de 1970, se halla intrínsecamente relacionada con la configuración de los animales como cosas. El artículo 610 CC dispone que se adquieren por la ocupación, los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y de la pesca, el tesoro oculto y las cosas abandonadas. Señala la profesora GIMÉNEZ-CANDELA⁴⁰³ que la teoría de la ocupación de los animales es hoy día de difícil justificación aunque en el momento de la codificación, la disposición del artículo

⁴⁰¹ Véase, por ejemplo, la STEDH, Gran Sala, de 26 de junio de 2012, asunto Herrmann/Alemania, req. 9300/07.

⁴⁰² El profesor MARGUÉNAUD esto dice con ocasión del comentario que realiza de la sentencia dictada por el TEDH de 24 noviembre de 2009, en el caso *Friend et Countryside Alliance/Reino Unido*, req. núm. 16072/06. El TEDH señaló que la abolición de la caza del zorro perseguía el fin legítimo de proteger la moral en la medida que pueden oponerse objeciones éticas y morales a una actividad deportiva dirigida a cazar y matar animales de manera que les provoca sufrimiento. Véase MARGUÉNAUD (2017), p. 86.

⁴⁰³ Véase GIMÉNEZ-CANDELA (2015), pp. 158-159.

610 del CC era coherente con el tipo de sociedad existente en la época, no muy diferente de la sociedad romana que creó esta categoría dogmática. Las crías de los animales, así como los demás productos que de los animales se obtienen, se consideran frutos naturales (artículo 355 CC) y son propiedad del dueño de la cosa principal, el animal, por accesión (artículo 353 CC). Sin embargo, aunque el Código Civil asimila las crías a los productos obtenidos de los animales, existe una diferencia en lo que respecta al momento de su adquisición pues si bien dichos productos se adquieren cuando se separan de la cosa principal, en el caso de las crías, el propietario de la cosa principal las adquiere incluso antes de dicha separación, esto es, antes de que nazcan (artículo 357 CC).

Aunque de escasa significación, existe algún matiz en el CC en cuanto al trato de los animales que los diferencia de las cosas. Pero lo que resulta relevante en relación con la cuestión que ahora nos interesa es que ya hay Comunidades Autónomas que han reformado sus normas de Derecho civil para reconocer a los animales la condición de seres sentientes. Es el caso de Cataluña que modificó la compilación catalana a través de la Ley 5/2006 para establecer que los animales no son cosas. Sólo se les aplicaría el régimen de las cosas en aquello que permita su naturaleza.

Si la legislación de caza partía de la condición de la fauna salvaje como *res nullius* y por tanto, se permitía su caza y ocupación en tanto que se trataba de una cosa sin dueño, puede afirmarse que en el momento en que dicho animal deja de ser definido como una cosa, no puede admitirse como compatible a su naturaleza, una norma que reglamenta su destrucción con el único propósito que el ciudadano que lo destruye experimente placer. La destrucción gratuita del animal no puede ser en modo alguno compatible con el artículo 45 CE.

Nos preguntamos si, prescindiendo de la modificación del Código Civil, sería posible actualmente una regulación de una Comunidad Autónoma en la que se prohibiese cazar animales en su territorio. Dicha norma, dictada a partir del título del artículo 148.1.11 CE, desplazaría, pues, los postulados de la Ley de 1970. ¿Podría sostenerse que esta regulación podría incurrir en vulneración del principio de igualdad al prohibir la caza solo en el ámbito de la Comunidad

Autónoma correspondiente? ¿Qué título podría invocar el Estado, como lesionado por dicha prohibición, para pretender una eventual declaración de inconstitucionalidad de dicha hipotética norma?⁴⁰⁴. ¿Podría contemplarse la caza, únicamente, como un servicio de interés público en los supuestos en que por razones científicas o técnicas fuera imprescindible y, en ningún caso, como actividad de ocio o deportiva?

Creemos que no puede considerarse actividad de ocio o deportiva, y ampararse en una invocación al derecho al ocio para llevarla a cabo, la actividad consistente en matar seres vivos dotados de sensibilidad física y psíquica, por el simple placer que algunos seres humanos sienten al hacerlo.

2. En espectáculos públicos

2.1. Cuestiones preliminares

La utilización de animales en espectáculos públicos, para diversión del ser humano, es antigua en el tiempo. Un primer ejemplo lo hallamos en los juegos que se desarrollaban en el Coliseo durante el Imperio romano en los que para despertar el interés en un público ya cansado de los combates entre gladiadores, se decidió introducir animales⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Observamos que la tendencia del Tribunal Constitucional en los últimos pronunciamientos, es la de considerar inconstitucional la norma autonómica si se produce un menoscabo o vulneración de las competencias estatales, al margen de que la norma autonómica pueda encontrar amparo en alguna competencia autonómica exclusiva. Dichos pronunciamientos, del que es claro ejemplo la sentencia dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad promovido por cincuenta senadores del Grupo Parlamentario del Partido Popular contra la prohibición de la celebración de corridas de toros en Cataluña, viene a suponer reconocer una especie de cláusula de prevalencia del derecho estatal en caso de conflicto con el derecho autonómico que no aparece expresamente en la Constitución.

⁴⁰⁵ El historiador del siglo XIX, W.E.H. Lecky describió así el desarrollo de los juegos romanos: «El combate simple finalmente se hizo insípido, y se concibieron todas las variantes posibles de atrocidades para estimular el interés decaído. A veces un oso y un toro, encadenados juntos, rodaban por la arena en una lucha feroz; otras, criminales vestidos con pieles de animales salvajes eran arrojados a los toros, enloquecidos debido a hierros candentes o a dardos con puntas untadas de pez ardiendo. Cuatrocientos osos fueron sacrificados en un solo día con Calígula (...). Con Nerón, 400 tigres lucharon contra toros y elefantes. En un solo día, en la consagración del Coliseo por Tito, perecieron 5.000 animales. Con Trajano, los juegos se prolongaron durante 123 días sucesivos. Leones, tigres, elefantes, rinocerontes, hipopótamos, jirafas, toros, venados, incluso cocodrilos y serpientes, eran utilizados para dar novedad al espectáculo. Tampoco se escatimaba ninguna forma de sufrimiento humano». Puede leerse en SINGER, op. cit. p. 221.

En la actualidad, el paradigma de espectáculo público en el que se utilizan animales son las corridas de toros o las fiestas tradicionales con toros, de consolidada tradición en nuestro país. Pero además de este tipo de espectáculos, también se llevan a cabo otro tipo de prácticas deportivas o actividades en las que se utilizan animales (carreras de galgos, competiciones equinas, tiro al pichón y espectáculos circenses, por ejemplo).

Si nos preguntamos dónde se encuentra, en nuestro ordenamiento, la regulación de los espectáculos públicos diremos que, dejando al margen las corridas de toros, que cuentan con normativa específica, las leyes autonómicas de protección animal suelen incluir alguna disposición general sobre el trato que debe dispensarse a los animales y, en algunos casos, incluso la prohibición de determinadas prácticas susceptibles de causarles sufrimiento⁴⁰⁶.

También podemos encontrar alguna disposición de protección o bienestar animal en las leyes reguladoras de espectáculos públicos⁴⁰⁷, dictadas por las

⁴⁰⁶ Por poner algunos ejemplos en la materia, podemos citar la Ley 4/2017, de 3 de octubre, de protección y bienestar de los animales de compañía en Galicia, que establece en su artículo 9, letra j), la prohibición de utilizar los animales incluidos en el ámbito de aplicación de la ley, en peleas, fiestas, espectáculos o cualesquiera otras actividades que conlleven malos tratos, crueldad o sufrimiento.

El artículo 6 del Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Protección de los Animales de Cataluña, prohíbe el uso de animales en peleas y en espectáculos u otras actividades si se les puede ocasionar sufrimiento o pueden ser objeto de burlas o tratamientos antinaturales, como peleas de perros, de gallos, matanzas públicas de animales, atracciones feriales giratorias con animales vivos atados y otras asimilables, tiro al pichón y circo con animales salvajes. Quedan excluidas, en cambio, de esta prohibición, los llamados *correbous*.

La Ley 11/2003, de 19 de marzo, de protección animal en la Comunidad Autónoma de Aragón, dedica el título IV de la misma a la regulación de los espectáculos con animales. En el artículo 32 se prohíbe la utilización de animales en espectáculos, peleas, fiestas populares y otras actividades que impliquen crueldad, maltrato, sufrimiento, tratar de modo antinatural o contrario a sus necesidades fisiológicas y etológicas, la muerte de los mismos o la realización de actos que puedan herir la sensibilidad de los espectadores. De esta prohibición se exceptúan los espectáculos taurinos. Y se dedican preceptos específicos a los circos, espectáculos ecuestres y canódromos.

⁴⁰⁷ Todas las Comunidades Autónomas han asumido competencias exclusivas en materia de espectáculos públicos, en cuyo ejercicio han dictado leyes que los regulan. Algunas Comunidades Autónomas, al legislar en la materia, no han incluido ninguna mención relativa a los espectáculos con animales. Es el caso de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas de Andalucía (BOE núm. 15 de 18 enero 2000) o de la Ley 7/2011, de 5 de abril, de actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas administrativas complementarias de Canarias (BOE núm. 109, de 7 mayo de 2011). En cambio, la mayor parte de Comunidades Autónomas, han incluido alguna referencia a los espectáculos con animales, a veces mediante una referencia genérica a la prohibición de maltrato animal en espectáculos y, en ocasiones, estableciendo determinado régimen

Comunidades Autónomas en ejercicio de las competencias exclusivas asumidas en esta materia, aunque también existe una norma de interés a nivel estatal, el Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto, por el que se aprueba el

administrativo para la celebración de ciertos tipos de espectáculos. Entre las primeras, podemos citar, por ejemplo, la Ley 10/2015, de 23 de diciembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas del País Vasco (BOE núm. 23, de 27 enero 2016), que sitúa como principio orientador de la norma el de «garantizar las condiciones de protección y bienestar de los animales que participen en los espectáculos y actividades recreativas» (artículo 5); y prohíbe los espectáculos que supongan incumplimiento de la normativa de protección de los animales (artículo 6).

En esta línea se sitúa también la Ley 11/2005, de 28 de diciembre, de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOE núm. 23, de 27 enero 2006), si bien algo más precisa que la anterior. Prohíbe los espectáculos públicos y actividades recreativas que utilicen «animales en espectáculos, peleas, fiestas populares y otras actividades, aunque el local o recinto se encuentre cerrado al público en general, que impliquen crueldad, maltrato, sufrimiento, tratar de modo antinatural o contrario a sus necesidades fisiológicas y etológicas, la muerte de los mismos o la realización de actos que puedan herir la sensibilidad de los espectadores, de conformidad con la legislación específica de protección de los animales. En todo caso, se prohíben en el territorio de Aragón las peleas de perros, de gallos o de cualesquiera animales entre sí, con ejemplares de otra especie o con el hombre» (artículo 5). Se prohíben también los festejos taurinos que no se realicen de acuerdo con su normativa reguladora (artículo 5).

La Ley 8/2002, de 21 de octubre, de espectáculos públicos y actividades recreativas de Asturias (BOE núm. 278, de 20 noviembre 2002) prohíbe aquellos espectáculos que «impliquen crueldad o maltrato para los animales, puedan ocasionarles sufrimientos o hacerles objeto de tratamientos antinaturales, no estando incluidos en esta prohibición los espectáculos taurinos, que se regirán por su normativa específica» (artículo 20).

Entre las Comunidades Autónomas que incluyen un régimen de autorización o de licencia para la celebración de determinados espectáculos públicos con animales, podemos mencionar el caso de la Ley 14/2010, de 3 de diciembre, de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Valenciana (BOE núm. 316, de 29 diciembre 2010) prohíbe los espectáculos públicos que «impliquen crueldad o maltrato para los animales, puedan ocasionarles sufrimiento o hacerles objeto de tratamientos antinaturales» (artículo 3). Además, establece que estarán sometidos a autorización autonómica, los espectáculos con animales y señala que «se entenderán por tales aquellos en los que los mismos sean parte esencial o indispensable para su realización, salvo que para su celebración se requiera la utilización de la vía pública o se realicen en espacios abiertos» (artículo 7). Si se realizan en la vía pública, entonces precisan autorización del Ayuntamiento (artículo 8).

También, la Ley 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y actividades recreativas de Cataluña (BOE núm. 186, de 3 agosto 2009), que establece que estarán sujetos a licencia municipal los espectáculos de circo que se realicen con animales (artículo 41). La celebración de espectáculos circenses con animales pertenecientes a la fauna salvaje está prohibida en Cataluña según el artículo 6.1.g) del Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de protección de los animales.

La Ley 7/2006, de 2 de octubre, de espectáculos públicos y actividades recreativas de Castilla y León (BOE núm. 272, de 14 noviembre 2006), prohíbe los espectáculos que impliquen crueldad, sufrimiento o maltrato para los animales (artículo 5). Además, establece que será preceptiva autorización de la Administración autonómica para la celebración de espectáculos públicos y actividades recreativas consistentes en la utilización o exhibición de animales salvajes en espacios abiertos (artículo 14).

Reglamento General de Policía de Espectáculos y Actividades Recreativas⁴⁰⁸, que establece en su artículo 71 que, sin perjuicio de lo que se disponga en normativa específica, podrán ser prohibidos los espectáculos o actividades que impliquen o puedan implicar crueldad o maltrato animal.

En ocasiones, existe normativa específica para regular un concreto tipo de espectáculo en el que se utilizan animales. Es el caso, por ejemplo, de la Ley catalana 34/2010, de 1 de octubre, de regulación de las fiestas tradicionales con toros⁴⁰⁹, que regula los conocidos como «*correbaus*»⁴¹⁰. Esta ley describe las diferentes modalidades de festejo taurino y las condiciones y lugares en que podrán llevarse a cabo.

Otras veces, la regulación del espectáculo o de la práctica que comporta la utilización de los animales se regula por la iniciativa privada, que es lo que sucede en el caso de las disposiciones que aprueban las federaciones deportivas para regular determinadas prácticas.

⁴⁰⁸ El artículo 1 de este reglamento dispone que los requisitos que en él se regulan serán exigidos sin perjuicio de los que establezcan las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales. (BOE núm. 267, de 6 de noviembre de 1982).

⁴⁰⁹ BOE núm. 257, de 23 de octubre de 2010.

⁴¹⁰ El artículo 2 de la ley define los *correbaus*. Señala el precepto lo siguiente: «Son fiestas tradicionales con toros los espectáculos populares en que se sueltan, se exhiben, se llevan, se torear o corren toros, sin muerte del animal, y que adoptan tradicionalmente las modalidades de toros en la plaza o toros en la playa, toros en la calle, toro enmaromado, toro embolado y toro cerril, así como las exhibiciones de habilidades». El artículo 4 define las modalidades: «Las fiestas tradicionales con toros pueden adoptar cualquiera de las modalidades que tradicionalmente se celebran en Cataluña, como: a) Toros en la plaza: consiste en soltar los animales en un recinto cerrado, una plaza o lugar similar, construido con barreras de protección y gradas para el público, a fin de evitar que salgan del recinto. Esta modalidad incluye la variante de toros en la playa. b) Toros en la calle: consiste en soltar los animales por las calles de una población, debidamente cerradas con vallas y barreras. Esta modalidad incluye los populares *correbaus*. c) Toro enmaromado: consiste en soltar un toro por las calles de una población, atado por los cuernos con una maroma, con el objetivo de controlar su paso a lo largo del recorrido. d) Toro embolado: consiste en soltar un toro en una plaza o en calles cerradas. A este animal, le ha sido colocada una estructura metálica en cada cuerno, con dos bolas de estopa encendidas en su parte superior. e) Toro cerril: consiste en soltar un toro, por primera vez, en un recinto, en una plaza de toros o en un recorrido de calles debidamente cerradas, desde un cajón de transporte o desde los chiqueros habilitados a tal fin. f) Exhibiciones de habilidades: son exhibiciones en que los participantes muestran su destreza y sus habilidades con los animales». Para poder celebrar este tipo de fiestas es preciso contar con autorización de la correspondiente delegación territorial del Gobierno de la Generalitat. Sólo podrán llevarse a cabo en los municipios en que tradicionalmente se han celebrado. La norma contiene una serie de prescripciones que deberán respetarse, relativas, por ejemplo, a la duración de la celebración, las condiciones en que deben estar los animales, etc.

Antes de entrar de lleno en la regulación de los espectáculos taurinos, creemos oportuno introducir alguna referencia a este otro tipo de espectáculos en los que también se utilizan animales, con el objeto de comentar algunos aspectos que nos parecen relevantes.

2.2. Prácticas deportivas con animales y espectáculos circenses

Algunas prácticas deportivas se llevan a cabo mediante la utilización de animales. Es el caso de la hípica, el polo, la colombicultura, las carreras de galgos, el tiro al pichón o los trineos tirados por perros. Llama la atención, en primer lugar, que aun cuando están consideradas como actividades deportivas, la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, no contiene ninguna mención a los animales que se utilizan en ellas. Tampoco las normas autonómicas dictadas en la materia⁴¹¹. La regulación de la utilización de los animales queda al arbitrio de lo que deciden las diferentes federaciones deportivas, en cada una de estas modalidades. Son estas entidades las que incluyen pautas o prescripciones que deberán salvaguardarse para la realización de este tipo de actividades⁴¹². Ello no significa que la utilización de animales en estos casos no esté sujeta a normas dictadas por las Administraciones en el ejercicio de sus respectivas competencias ya que se les deberán aplicar a estos animales las normas que contengan las respectivas leyes autonómicas en materia de protección o bienestar animal⁴¹³.

Debe añadirse, además, que algunas concretas prácticas, como el tiro al pichón, están prohibidas en alguna Comunidad Autónoma. Es el caso, por

⁴¹¹ Con la excepción de la ley murciana. La Ley 8/2015, de 24 de marzo, de la Actividad Física y el Deporte de la Región de Murcia (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2015), en su artículo 1.4 dispone que «cuando la modalidad o especialidad deportiva implique la presencia de animales, se deberá cumplir en todo momento la normativa vigente en materia de salud y bienestar animal». La Ley catalana 3/2008, de 23 de abril, del ejercicio de las profesiones del deporte (BOE núm. 131, de 30 de mayo de 2008) incluye en su artículo 9, entre los principios y deberes en el ejercicio profesional, el de garantizar el buen trato y cuidado de los animales. En cambio, el Texto refundido de la Ley del Deporte de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 31 de julio, no contiene ninguna mención a prácticas deportivas en que se utilicen animales.

⁴¹² Al respecto, puede consultarse el trabajo de TEROL GÓMEZ (2015), pp. 131-167.

⁴¹³ En particular, las leyes autonómicas de protección animal, aun cuando -tal y como hemos visto- tienen diferente ámbito de aplicación en función de la región que las ha aprobado, todas incluyen algún artículo o disposición relativa al buen trato que debe dispensarse a los animales, en general.

ejemplo, de Cataluña⁴¹⁴ o de Baleares⁴¹⁵, que prohíben esta actividad, situándola al mismo nivel que las peleas de perros. Otras Comunidades Autónomas la permiten en sus respectivas leyes de protección de los animales e incluso establecen que estas normas serán de aplicación a las competiciones de tiro al pichón que sean controladas por la respectiva federación y autorizadas por la Administración⁴¹⁶.

Entre las modalidades de espectáculos en que se utilizan animales, merecen mención especial, los circos. En nuestro país no existe regulación específica sobre el circo y, por supuesto, tampoco en el caso del circo con animales. No obstante, sí que existe normativa que deberá tenerse en cuenta. En particular, en la medida en que en los circos se empleen animales salvajes, deberá tenerse en cuenta el Convenio CITES⁴¹⁷, así como también el Reglamento (CE) núm. 1739/2005, de la Comisión, de 21 de octubre de 2005, por el que se establecen los requisitos zoonosanitarios para el desplazamiento de animales de circo entre Estados miembros⁴¹⁸. En cuanto a la legislación estatal, y con el objeto de evitar también la propagación de enfermedades transmisibles por los animales, deberá tenerse en cuenta la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal. En esta norma no se mencionan expresamente a los animales

⁴¹⁴ Véase el artículo 6.e del Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de protección de los animales de Cataluña.

⁴¹⁵ Dicha prohibición ha sido introducida en el artículo 4 de la Ley 1/1992, de 8 de abril, de protección de los animales que viven en el entorno urbano, por la Ley 9/2017, de 3 de agosto, de regulación de las corridas de toros y de protección de los animales en las Illes Balears (BOE núm. 223, de 15 de septiembre de 2017).

⁴¹⁶ Es el caso de las Comunidades Autónomas de Asturias, Castilla y León, Extremadura, La Rioja, Navarra y El País Vasco. Debe decirse que las reformas llevadas a cabo en las leyes autonómicas de protección animal que, en una redacción anterior, permitían la práctica de competiciones de tiro al pichón, han eliminado esta posibilidad. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 1/1990, de 1 de febrero, de Protección de los Animales Domésticos, de la Comunidad de Madrid, que permitía dicha práctica. En cambio, ha desaparecido toda referencia al respecto, en la Ley 4/2016, de 22 de julio, que deroga a la anterior. Es el mismo caso de la legislación gallega. La Ley 1/1993, de 13 de abril, de protección de los animales domésticos y salvajes en cautividad, permitía las competiciones de tiro al pichón. Concretamente, el artículo 5 establecía que la Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes podía autorizar, bajo el control de la federación correspondiente, la celebración de competiciones de tiro al pichón. Esta previsión ha desaparecido en la Ley 4/2017, de 3 de octubre, de protección y bienestar de los animales de compañía en Galicia.

⁴¹⁷ Con el objeto de controlar el origen legal de los animales utilizados en este tipo de espectáculos.

⁴¹⁸ Este reglamento contiene una serie de medidas de aplicación para ferias y circos con animales itinerantes y de requisitos que deberá controlar la Administración para permitir los desplazamientos de estos animales, puesto que pueden ser transmisores de zoonosis.

utilizados en circo pero no nos parece que existan dudas de la aplicación de esta norma por cuanto los circos entran de lleno en el concepto de explotación animal que maneja esta norma⁴¹⁹. Las obligaciones que se derivan de esta ley se circunscriben al deber de mantener a los animales en buen estado sanitario.

Sí se mencionan expresamente los circos en la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio. El artículo 3 de esta norma define la «explotación» como «cualquier instalación, construcción o, en el caso de cría al aire libre, cualquier lugar en los que se tengan, críen o manejen animales de producción, o se utilicen animales para experimentación u otros fines científicos. A estos efectos, se entenderán incluidos los mataderos y otros lugares en que se realice el sacrificio de animales, los centros de concentración, los puestos de control, los centros o establecimientos destinados a la utilización de animales para experimentación u otros fines científicos y los circos». Luego si los circos son explotaciones, están sujetos al régimen del artículo 4 de la misma norma que establece que las Administraciones adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los animales no sufran, en las explotaciones, «dolores, sufrimientos o daños inútiles». El precepto añade a continuación: «Para ello, se tendrán en cuenta su especie y grado de desarrollo, adaptación y domesticación, así como sus necesidades fisiológicas y etológicas de acuerdo con la experiencia adquirida, los conocimientos científicos y la normativa comunitaria y nacional de aplicación en cada caso».

La normativa de espectáculos públicos y la normativa dictada en materia de protección de los animales incluyen también alguna disposición relativa a los circos con animales. El Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, no menciona expresamente los circos con animales, pero sí incluye al circo en su ámbito de aplicación y, por otro lado, dispone que podrán prohibirse los espectáculos o actividades que impliquen crueldad o maltrato para los animales (artículo 71) y establece que las instalaciones

⁴¹⁹ Según el artículo 3, son explotaciones de animales cualquier instalación, construcción o lugar en que se tengan, críen o manejen animales o se expongan al público, con o sin fines lucrativos.

desmontables o portátiles en que se expongan animales feroces estarán sujetas a licencia municipal (artículo 48).

También las leyes autonómicas en materia de protección de los animales han incluido en ocasiones referencias a la posibilidad de utilizar animales en circos, en algunos casos, para prohibirlo tratándose de animales salvajes. Podemos poner el ejemplo de la Ley 4/2017, de 3 de octubre, de protección y bienestar de los animales de compañía de Galicia, que prohíbe en su artículo 9.l) el empleo y tenencia de animales de especies silvestres en los circos. También el Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, que aprueba el Texto refundido de la Ley de protección de los animales de Cataluña, prohíbe los espectáculos de circos con animales pertenecientes a la fauna salvaje, en su artículo 6.1.g)⁴²⁰.

No parece justificable, de acuerdo con los conocimientos científicos de que disponemos hoy día, que sean compatibles las necesidades fisiológicas y etológicas de los animales -especialmente, de los animales silvestres- con su permanencia en unas instalaciones como los circos. Es por eso que, a falta de

⁴²⁰ En la actualidad, algunas Comunidades Autónomas que se encuentran en proceso de modificación de sus leyes de protección animal, están incluyendo disposiciones en las que se prohíbe la utilización de animales pertenecientes a la fauna salvaje, en circos. Es el caso, por poner un ejemplo, de la Comunidad de Castilla-La Mancha que está tramitando un anteproyecto de Ley de Bienestar, protección y defensa de los animales en el que se incluye en uno de sus preceptos este tipo de prohibición.

A propósito de esta Comunidad Autónoma, podemos hacer referencia a la Sentencia núm. 118/2012, de 7 de mayo de 2018, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, que estimó el recurso interpuesto por la Asociación de Circos Reunidos contra el artículo de la Ordenanza municipal de Talavera de la Reina sobre protección de los animales domésticos y espectáculos públicos y para su tenencia, que prohibía la instalación de circos con animales dentro del término municipal. El Tribunal Superior de Justicia consideró nulo dicho precepto al entender que dicha prohibición incidía en la libertad de circulación y protección del medio ambiente y que, en todo caso, era competencia de la comunidad autónoma. Razona la citada sentencia lo siguiente: «No cabe duda que la competencia para prohibir este tipo de espectáculos de manera general es de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la posibilidad del Ayuntamiento de regular e impedir la celebración en casos muy concretos si se dan los condicionantes legales previos mencionados y que básicamente se reducen a la crueldad de animales. El hecho de que actualmente se regule en el ámbito de la Comunidad Autónoma el anteproyecto de la ley de Bienestar, protección y defensa de los animales de Castilla La Mancha en cuyo artículo 5 se prohíbe la utilización de animales de especies pertenecientes a la fauna silvestre y salvaje en circos itinerantes no legitima el texto de la ordenanza, pues dicha norma aún no está en vigor. Por el contrario, dicha ley evidencia que un Ayuntamiento no puede pretender a "motu proprio" incluir una prohibición de tal magnitud por las repercusiones que ello supone en la libertad de circulación y protección del medio ambiente. Además, obsérvese que la regulación del Ayuntamiento iría en cualquier caso, mucho más allá que la posible futura norma de la Comunidad Autónoma en su caso, pues en este último supuesto sólo se prohibiría la utilización de especies de la fauna silvestre y salvaje, cuando el Ayuntamiento se refiere a todos los animales». (FJ 3).

regulación estatal e incluso autonómica en la materia, muchos municipios en nuestro país empezaron a dotarse de ordenanzas o, simplemente, de declaraciones institucionales que proclamaban la prohibición de instalación de circos con animales⁴²¹.

2.3. Los espectáculos con toros: en especial, las corridas de toros

2.3.1. Los espectáculos taurinos en su perspectiva histórica

Como dijo TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, «los juegos del toro son (...) muy antiguos»⁴²². Nos parece oportuno introducir este apartado con esta frase porque los *juegos* en los que el protagonista es el toro -por ejemplo, las corridas de toros- son, en nuestro país, el ejemplo paradigmático de espectáculo público protagonizado por animales. Una de las razones más poderosas en que se apoyan los defensores del mantenimiento de estos espectáculos en contra de los que abogan por su supresión es el hecho de que se trataría de tradiciones o costumbres enraizadas en el territorio y consustanciales a la identidad de algunos pueblos. Antes de abordar los aspectos que nos parecen más interesantes de la regulación de este tipo de espectáculos vamos a realizar un pequeño repaso a su historia.

En primer lugar, debe decirse que los festejos taurinos no han contado desde siempre con la autorización o el beneplácito de las autoridades, incluidas las religiosas. El papa Pío V promulgó en 1567 una bula que excomulgaba a los príncipes cristianos y a las autoridades civiles o eclesiásticas que permitieran los espectáculos taurinos y a los clérigos que participasen en ellas y negaba la sepultura cristiana a quienes murieran habiendo participado en esos espectáculos que calificaba de cruentos y vergonzosos. El rey Felipe V prohibió en 1704 las corridas de toros en Madrid y en 1723 el toreo a caballo, aunque la prohibición se levantó en 1725. Fernando VI prohibió los festejos de toros entre 1754 y 1759, salvo licencia del presidente del Consejo de Castilla. Carlos III

⁴²¹ Puede consultarse la relación de municipios españoles que se han declarado libres de animales salvajes en:

<http://www.infocircos.org/lista-de-ciudades-libres-de-circos-con-animales-en-espana/>

(Última consulta realizada: 17/01/2018).

⁴²² En FERNÁNDEZ, T-R. (1999), p. 123.

prohibió en 1785 todas las corridas de toros. El siglo XIX vino a acabar, en cierta medida, con ese periodo de prohibiciones y levantamiento de las mismas puesto que la última disposición al respecto sería la Real Cédula de 10 de febrero de 1805, mediante la cual Carlos IV prohibió en todo el reino las fiestas de los toros. No obstante, parece ser que no se respetó la prohibición que imponía y, así, por ejemplo, una Sentencia del Tribunal de lo Contencioso-administrativo del Consejo de Estado de 27 de mayo de 1892 señaló que las leyes que prohibían en España la celebración de corridas de toros, aun cuando no se habían derogado expresamente por una ley especial, lo habían sido por la costumbre y por disposiciones posteriores que reglamentaban el espectáculo. Las Cortes de Cádiz autorizaron en 1813 la celebración de festejos taurinos en dicha ciudad y también José Bonaparte las permitió en Madrid en 1808. A partir de Fernando VII ya no se aprobaron más disposiciones de abolición de las corridas de toros⁴²³.

De esta época, la Instrucción para el gobierno de los subdelegados de Fomento dictada por Javier de Burgos el 30 de noviembre de 1833 se pronunciaba en estos términos: «De los espectáculos mencionados hay uno en que se arriesgan hombres, se destruyen animales útiles, se endurecen los corazones, y que los progresos de la razón pública desterrarán más tarde o más temprano. La autoridad administrativa debe indirectamente acelerar este beneficio, rehusando a esta clase de espectáculos otra protección que una simple tolerancia, y aplicándola entera a aquellos en cuya mejora se interese más o menos la civilización y la prosperidad»⁴²⁴.

La idea de tolerancia o resignación ante el deseo de las masas se halla presente también en la Real Orden de 31 de octubre de 1882: «Las corridas de toros constituyen un espectáculo tan arraigado en las costumbres populares, que sería temerario empeño el intentar suprimirlo, cediendo irreflexivamente a las excitaciones de los que le califican de bárbaro y opuesto a la cultura. Pero si el Gobierno, por el respeto que le merece la opinión, no puede menos de

⁴²³ Véase un resumen detallado del devenir de las distintas disposiciones dictadas desde la Edad Media hasta el siglo XIX en materia de prohibiciones de corridas de toros en IZU BELLOSO (2016), pp. 284-285.

⁴²⁴ En la p. 285 de IZU BELLOSO, op. cit.

autorizarlo, tiene asimismo el deber de preparar meditadas reformas en su reglamentación para que desaparezca en lo posible el carácter cruento que suele revestir, especialmente en las pequeñas localidades»⁴²⁵. Al mismo tiempo se ordenó a los gobernadores civiles que no autorizaran la construcción de nuevas plazas de toros y que fueran restrictivos en las autorizaciones que emitían para que tuvieran lugar espectáculos públicos de estas características.

Debe decirse que durante los siglos XIX y XX hubo un claro intento por evitar la celebración de espectáculos taurinos fuera de las plazas de toros. Basándonos en el estudio de IZU BELLOSO⁴²⁶, podemos decir que algunas de las órdenes y reglamentos dictados introdujeron ciertos elementos de protección de los animales -en especial, de los caballos de los picadores- pero la mayoría tenían como objeto prohibir la celebración de este tipo de espectáculos fuera de las plazas. Durante el siglo XIX los reglamentos que regulan los festejos taurinos tuvieron carácter local, es decir, regían solamente para una concreta plaza de toros y se elaboraban por los Ayuntamientos que acostumbraban a ser los titulares de las plazas y se aprobaban por los gobernadores civiles. Podría decirse que no existirá un reglamento general hasta el siglo XX pues las únicas normas con carácter general que se aplicaron hasta ese momento eran las que prohibían la celebración de corridas o las que levantaban la prohibición.

Merece la pena que destaquemos la Real Orden Circular de 13 de noviembre de 1900 que, a la par que calificaba los espectáculos taurinos como contrarios a la cultura y al buen gusto y como inculta, este tipo de diversión, conminaba a los gobernadores civiles y a los alcaldes a que hiciesen lo posible por evitar que «se corran por las calles de las poblaciones vaquillas en libertad o toros encordelados y alquitranados»⁴²⁷. En similar sentido, el Reglamento de Policía de Espectáculos de 1913 que prohibía correr toros, novillos y vaquillas, ensogados o en libertad, por las calles y plazas de las poblaciones, disposición que luego pasó al Reglamento de Policía de Espectáculos Públicos aprobado por Orden Ministerial de 3 de mayo de 1935.

⁴²⁵ También IZU BELLOSO, op. cit., p. 286.

⁴²⁶ En particular, véanse las pp. 283 a 323 de IZU BELLOSO, op. cit.

⁴²⁷ En la p. 286 de IZU BELLOSO, op. cit.

Mediante la Real Orden de 28 de febrero de 1917 se aprobó el primer Reglamento para corridas de toros, novillos y becerros, que fue de aplicación a todas las plazas de toros en cuanto a las condiciones que habían de reunir las enfermerías y las puyas que se utilizaban en la suerte de varas; el resto de sus disposiciones solamente se aplicaron en Madrid, Barcelona, Bilbao, San Sebastián, Sevilla, Valencia y Zaragoza. En las demás plazas, eran los gobernadores civiles quienes decidían si se aplicaban o no. Este reglamento regulaba todas las cuestiones relacionadas con el desarrollo de los festejos si bien las condiciones de las plazas de toros se regulaban en el Reglamento de Policía de Espectáculos.

La Real Orden de 20 de agosto de 1923 constituyó un intento de aprobación de disposición con vocación de aplicación a todas las plazas de toros que, sin embargo no pasará de ser eso, un intento, puesto que un año después, mediante la Real Orden de 9 de febrero de 1924 se dictó un nuevo reglamento de aplicación parcial, sólo a las diez plazas de primera categoría (Madrid, Carabanchel Bajo -Vista Alegre-, Sevilla, Valencia, San Sebastián, Bilbao, Zaragoza y Barcelona -Monumental, Arenas y Barceloneta-). En el resto de plazas se aplicaban las disposiciones sobre enfermerías y puyas y quedaba a la discrecionalidad de los gobernadores civiles la aplicación del resto de sus disposiciones.

Mediante las Reales Órdenes de 7 de febrero y de 13 de junio de 1928 se hizo obligatorio, en un principio solo en las plazas de primera categoría y posteriormente, en el resto, el peto protector para los caballos de los picadores y se suprimió el uso de las banderillas de fuego⁴²⁸. Un Real Decreto de 21 de diciembre de 1929 prohibió a los menores de 14 años la asistencia a las corridas de toros.

Mediante la Real Orden de 12 de julio de 1930 se aprobó el Reglamento oficial para la celebración de espectáculos taurinos y de cuanto se relaciona con los mismos que fue objeto de diversas modificaciones hasta que se dictó la Orden

⁴²⁸ Según leemos en IZU Belloso, antes de instalarse la protección del peto, algunos de los reglamentos dictados a lo largo del siglo XIX exigían la presencia de entre 30 y 40 caballos para "reponer" a los caballos que iban siendo descuartizados; p. 322.

Ministerial de 15 de marzo de 1962 que aprobó el Texto refundido del nuevo Reglamento de Espectáculos Taurinos. Sin embargo, esta norma no constituía sólo una refundición de textos ya existentes, sino que incorporó algunas novedades como, por ejemplo, la regulación de las condiciones constructivas de las plazas de toros y aunque se reiteraba la prohibición de correr toros o vaquillas por las calles, por primera vez se hizo mención a la autorización de los encierros. Este texto normativo fue derogado por el Real Decreto 176/1992, de 28 de febrero - que también derogó la Real Orden núm. 9 de 2 de enero de 1930 y el Real Decreto 2641/1929, de 21 de diciembre-, dictado en desarrollo de la vigente Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos.

Hoy, la normativa estatal en materia de espectáculos taurinos está constituida por la citada Ley 10/1991 y por el Real Decreto 145/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica y se da nueva redacción al Reglamento de Espectáculos Taurinos, modificado por Real Decreto 1034/2001, de 21 de septiembre.

Según la disposición adicional de la Ley 10/1991 «lo establecido en la presente Ley será de aplicación general en defecto de las disposiciones específicas que puedan dictar las Comunidades Autónomas con competencia normativa en la materia, correspondiendo su ejecución a los órganos competentes de aquéllas, sin perjuicio de las facultades atribuidas al Estado en relación a los espectáculos taurinos».

2.3.2. La regulación de los espectáculos taurinos en la actualidad

A) Título competencial que ampara la regulación y materias conexas

Nuestra Constitución nada dice sobre los espectáculos taurinos. Tampoco menciona el resto de espectáculos y, ello no obstante, nos hallamos ante una materia -la de los espectáculos- sobre la cual las Comunidades Autónomas han asumido competencias en sus respectivos Estatutos de Autonomía. Debe decirse que tampoco los Estatutos de Autonomía incluyen ninguna materia denominada espectáculos taurinos o similar.

Si bien los espectáculos públicos constituyen una materia de competencia fundamentalmente autonómica, en ella van a incidir otros títulos competenciales del Estado, por ejemplo, el de seguridad pública. Ya la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de Transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 CE, les atribuyó competencia exclusiva en materia de espectáculos públicos, pero sin perjuicio de la competencia estatal sobre seguridad pública y sin perjuicio, asimismo, de la reserva al Estado de la facultad de dictar normas para regular los espectáculos taurinos (artículo 8). Actualmente, todos los Estatutos de Autonomía consideran los espectáculos públicos, materia de la exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas.

Los espectáculos taurinos se regulan hoy en normas estatales y autonómicas⁴²⁹. Por un lado, nos encontramos con la Ley 10/1991, de 4 de abril, de Potestades Administrativas sobre Espectáculos Taurinos, que justifica la intervención estatal en los títulos de seguridad pública y defensa del patrimonio cultural y artístico; y con el reglamento que la desarrolla, aprobado por Real Decreto 145/1996, de 2 de febrero. La disposición adicional de la Ley 10/1991 establece en su apartado primero que esta norma será de aplicación general en defecto de disposiciones específicas que puedan dictar las Comunidades Autónomas con competencia en la materia y añade

⁴²⁹ Comunidades Autónomas que cuentan con reglamentos taurinos propios son Navarra (Decreto foral 249/1992, de 29 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de espectáculos taurinos, BO Navarra núm. 80 bis de 4 de julio de 1992), Andalucía (Decreto 68/2006, de 21 de marzo, que aprueba el Reglamento taurino de Andalucía, BO Junta de Andalucía núm. 63, de 3 de abril de 2006; modificado por Decreto 278/2011, de 20 de septiembre), Aragón (Decreto 223/2004, de 19 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de espectáculos taurinos, BO Aragón núm. 129, de 3 de noviembre de 2004, modificado en varias ocasiones, la última mediante Decreto 344/2011, de 14 de octubre), Castilla y León (Decreto 57/2008, de 21 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento general taurino de la Comunidad de Castilla y León, BO Castilla y León núm. 165, de 27 de agosto de 2008) y el País Vasco (Decreto 183/2008, de 11 de noviembre, que aprueba el Reglamento de espectáculos taurinos, BO País Vasco núm. 243, de 19 de diciembre de 2008; modificado por Decreto 124/2010, de 27 de abril, BO País Vasco núm. 84, de 7 de mayo de 2010).

Otras Comunidades Autónomas cuentan con normas que regulan los festejos taurinos. Es el caso, por ejemplo, de Extremadura que cuenta con el Decreto 187/2010, de 24 de septiembre, que aprueba el Reglamento de festejos taurinos populares de Extremadura (DO Extremadura núm. 189, de 30 de septiembre de 2010) modificado por Decreto 35/2017, de 28 de marzo (DO Extremadura núm. 64, de 3 de abril de 2017); o Castilla-La Mancha que cuenta con el Decreto 38/2013, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los festejos taurinos populares de Castilla-La Mancha (DO Castilla-La Mancha núm. 139, de 19 de julio de 2013), modificado por Decreto 60/2016, de 11 de octubre de 2016 (DO Castilla-La Mancha núm. 64, de 3 de abril de 2017).

«correspondiendo su ejecución a los órganos competentes de aquéllas, sin perjuicio de las facultades atribuidas al Estado en relación con los espectáculos taurinos». En su apartado segundo, establece que «la obligación de comunicar a los Gobernadores Civiles la celebración de espectáculos taurinos y la facultad de suspensión o prohibición de los mismos por razón de posibles alteraciones del orden público o seguridad ciudadana, previstas en el artículo 2, serán de aplicación directa en todo el territorio nacional al amparo del artículo 149.1.29 de la Constitución».

No deja de resultar curioso que en materia de espectáculos públicos se justifique la intervención del Estado por razones de seguridad pública. ¿Por qué no, por ejemplo, en la regulación de las actividades artísticas y culturales que se lleven a cabo en el territorio de una Comunidad Autónoma? El profesor Tomás RAMÓN-FERNÁNDEZ, gran aficionado a los toros como él mismo ha reconocido, ya manifestó su sorpresa al considerar que el riesgo de alteración del orden público, en el momento histórico en que se elaboró la Ley 10/1991, de 4 de abril, era prácticamente inexistente por lo que, sin obviar que existían otros títulos que justificaban la intervención del Estado, no era el de seguridad pública el principal⁴³⁰. Lo cierto es que no han faltado sentencias que han reconocido competencias concurrentes entre el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia, siendo el título competencial del Estado esgrimido, el de la seguridad pública. Una de las más claras es la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2003⁴³¹ en la que se afirma que los espectáculos taurinos es una materia de competencia concurrente entre el Estado y la Comunidad Autónoma⁴³² y que la legislación estatal relativa al orden público y la seguridad es de aplicación directa, en virtud del artículo 149.1.29 CE y de la disposición adicional de la Ley 10/1991.

⁴³⁰ En FERNÁNDEZ, T.R. (1988), p. 39.

⁴³¹ STS de 17 de marzo de 2003, rec. cas. 10761/1998, ponente González Navarro.

⁴³² El Tribunal Supremo justificó dicha afirmación apoyándose en el artículo 13.32 del entonces vigente Estatuto de Autonomía de Andalucía (LO 6/1981, de 30 de diciembre) y en la propia Ley 10/1991, de 4 de abril. El artículo 13.32 del EAA establecía que la Comunidad Autónoma de Andalucía tenía competencia exclusiva en materia de publicidad y espectáculos, sin perjuicio de las normas del Estado.

Sostiene IZU BELLOSO que a la vista de la asunción competencial que han realizado los Estatutos de Autonomía, solamente en los territorios de Galicia, Ceuta y Melilla, el Estado tendría competencia para regular los espectáculos taurinos⁴³³. En las demás Comunidades, la normativa estatal sería de aplicación en ausencia de normas autonómicas, conforme señala la disposición adicional de la Ley 10/1991, de 4 de abril. Como señaló la citada STS de 17 de marzo de 2003: «en todo lo demás que hace referencia a espectáculos taurinos, y como regla general -pues también en esto es necesario hacer matizaciones (...), la legislación del Estado tiene carácter supletorio respecto de la normativa autonómica, si la hubiere».⁴³⁴

Por otro lado, el artículo 44.1 CE establece que «los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho». Este precepto, que debe ponerse en relación con el artículo 46 CE, se encuentra ubicado en el capítulo tercero del título primero de la CE, por lo que forma parte de los llamados principios rectores de la política social y económica. El fomento de la cultura se encuentra también entre la relación de materias en las que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias (artículo 148.1.17 CE). También se menciona en el artículo 149.2 CE, precepto que señala que «sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas». El Tribunal Constitucional viene interpretando que existe una concurrencia de competencias estatales y autonómicas en materia de cultura⁴³⁵. Lo cierto es que, si tenemos en cuenta el

⁴³³ Véase IZU BELLOSO, op. cit. p. 294.

⁴³⁴ En el FJ 3 de la STS de 17 de marzo de 2003, rec. cas. 10761/1998.

⁴³⁵ Por ejemplo, la STC 89/2012, de 7 de mayo, señaló lo siguiente: «La actuación del Estado (y sus organismos vinculados o dependientes) en materia de subvenciones a la cultura tiene su encaje, aparte de los títulos específicos mencionados, en el art. 149.2 CE que establece que "el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas". Existe, pues, una concurrencia no excluyente de competencias estatales y autonómicas en materia de cultura (STC 106/1987, de 25 de junio, F.2) pues, como concluimos en la STC 49/1984, de 5 de abril, F.6, la lectura del art. 149.2 CE y una reflexión sobre la vida cultural, "lleva a la conclusión de que la cultura es algo de la competencia propia e institucional tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas". En este sentido "más que un reparto competencial vertical, lo que se produce es una concurrencia de competencias ordenada a la preservación y estímulo de los valores culturales propios del cuerpo social desde la instancia pública correspondiente. Que en

tenor literal de los artículos 148 CE y 149 CE, la cultura no está incluida entre las materias sobre las que el Estado pudiese ostentar competencias⁴³⁶.

En cualquier caso, el Estado dictó recientemente la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como Patrimonio Cultural⁴³⁷. Esta ley no contiene una disposición que haga referencia al título competencial en virtud del cual se dicta. En su Preámbulo⁴³⁸ se afirma que la Tauromaquia es cultura y, además, tiene una indudable trascendencia como actividad económica y empresarial. En consecuencia «corresponde al Estado ordenar y fijar las directrices y criterios globales de ordenación del sector taurino, en su doble e inseparable aspecto de patrimonio cultural de carácter nacional y de

materia cultural es destacada la acción autonómica es algo inherente a la Comunidad (art. 2 CE). Que a su vez al Estado compete también una competencia que tendrá, ante todo, un área de preferente atención en la preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que hagan menester esa acción pública cuando los bienes culturales pudieran no lograrse desde otras instancias, es algo que está en la línea de la proclamación que se hace en el indicado precepto constitucional". Doctrina esta que, en lo esencial, hemos reiterado, entre otras, en las SSTC 17/1991, de 31 de enero, F.3 (referida al patrimonio histórico-artístico); 71/1997, de 10 de abril, F.3 (relativa al sector del libro) y, recientemente, la STC 31/2010, de 30 de junio, F. 73 (que examinó la conformidad del art. 127 EAC 2006 con el orden constitucional de distribución de competencias) en la que subrayamos que el mandato al Estado contenido en el art. 149.2 CE se realizará "de acuerdo" con las Comunidades Autónomas, "lo que implica antes una invocación genérica y de principio a la colaboración entre Administraciones que son titulares de competencias concurrentes en un ámbito material compartido, que el sometimiento del ejercicio de las competencias del Estado a la condición del consentimiento de las Comunidades Autónomas.

En definitiva, el Estado por la vía del art. 149.2 CE puede establecer acciones de fomento en materias culturales, bien de manera especialmente intensa en relación con aquellas cuestiones que requieran de tratamientos generales o que exijan de una acción pública supraordenada a la de una o varias Comunidades Autónoma, bien, como suele ser más habitual, en ejercicio de un título genérico de intervención, anclado en el deber que la Constitución le impone en el servicio de la cultura». (FJ 3).

⁴³⁶ Podrá llevar a cabo actuaciones de fomento en los términos del artículo 149.2 CE pero, en puridad, no ostentaría potestad normativa en materia de cultura.

⁴³⁷ Canarias amenazó con interponer recurso de inconstitucionalidad contra dicha Ley, sin embargo, parece ser que se llegó a un acuerdo una vez reunida la Comisión Bilateral (BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2014, pág. 27648) puesto que nunca llegó a interponerse el recurso.

⁴³⁸ La lectura de este preámbulo es un ejercicio interesante, demostrativo del probado esfuerzo del legislador en justificar la promulgación de una norma que, en absoluto, suscita consensos. Véase, por ejemplo, la siguiente definición de tauromaquia que se contiene en el párrafo cuarto del mencionado preámbulo: «es una manifestación artística en sí misma desvinculada de ideologías en la que se resaltan valores profundamente humanos como puedan ser la inteligencia, el valor, la estética, la solidaridad, o el raciocinio como forma de control de la fuerza bruta. A ello hay que añadir que forma parte de la cultura tradicional y popular, como conjunto de las manifestaciones, conocimientos, actividades y creencias pasados y presentes de la memoria colectiva, siendo uno de los puntos de referencia a partir del cual las iniciativas de la sociedad se enmarcan en un contexto configurador de la identidad nacional propia, arraigada en una pluralidad de formas de expresión popular».

sector económico y sistema productivo propio y bien delimitado en su contenido». Y añade: «la Tauromaquia es un conjunto de actividades que se conecta directamente con el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas amparados por nuestra Constitución, como son las de pensamiento y expresión, de producción y creación literaria, artística, científica y técnica. Y resulta evidente que la Tauromaquia, como actividad cultural y artística, requiere de protección y fomento por parte del Estado y las Comunidades Autónomas»⁴³⁹. A continuación, se citan los artículos 44, 46 y 149.2 de la CE para justificar la actuación del Estado. En todo caso, esta Ley no delimita hasta dónde llegan las potestades normativas del Estado y hasta dónde las de las Comunidades Autónomas en esta materia.

La Ley 18/2013 debe ponerse en relación con la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial⁴⁴⁰. Esta atribuye al

⁴³⁹ Desde la STC 25/1981, de 14 de julio, se viene vinculando las competencias del art. 149.1.1 CE con los derechos fundamentales⁴³⁹, pero el derecho de acceso a la cultura se encuentra entre los principios rectores de la política social y económica. La STC 61/1997, de 20 de marzo, al referirse a las notas que delimitan la competencia estatal sobre la base del art. 149.1.1 dice lo siguiente: «Así, en lo que hace a su ámbito material o alcance horizontal (el del art. 149.1.1 CE), es de advertir que la "materia" sobre la que recae o proyecta son los derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos. Ahora bien, las condiciones básicas que garanticen la igualdad se predicen de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados, no de los sectores materiales en los que estos se insertan y, en consecuencia, el art. 149.1.1 CE solo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario, dada la fuerza expansiva de los derechos y la función fundadora de todo el ordenamiento jurídico que estos tienen atribuida (art. 10.1 CE), quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1 CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional». (FJ 7). No nos parece pues, acertada la motivación del legislador estatal en el caso de la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural. Cualquier sector material o actividad puede tener conexión con derechos y libertades fundamentales, pero eso no puede servir para justificar una regulación estatal aplicable en todo el Estado, sin tener en cuenta las competencias autonómicas.

⁴⁴⁰ El nacimiento de esta norma no estuvo ausente de polémica, fundamentalmente, por la opción del Gobierno de crear una ley específica desoyendo otras opciones como la de modificar Ley del Patrimonio Histórico de 1985. Por otro lado, también resultaba dudoso el título competencial esgrimido por el Estado para dictar la ley. Véase al respecto GABARDÓN DE LA BANDA (2016), pp. 284-285.

Algunos autores han calificado dicha Ley como una norma controvertida e innecesaria, haciendo referencia, entre otros aspectos, a la controversia suscitada en algunos sectores que veían en la misma un intento de proteger las corridas de toros. No obstante, la Ley no alude expresamente a la tauromaquia, excepto en su disposición final sexta: «Lo establecido en la presente ley se entiende, en todo caso, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural». Véase CASTRO LÓPEZ y ÁVILA RODRÍGUEZ (2015), pp. 111-113.

Estado importantes funciones, en particular, en el título III, la más controvertida de las cuales es la competencia ejecutiva de declarar algunas manifestaciones culturales como *Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial*, separándose de la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en la STC núm. 17/1991 que había considerado la competencia de ejecución para la declaración de bienes culturales materiales como competencia autonómica⁴⁴¹.

Nos parece significativa la exposición de motivos de esta norma, por su extensión, que se explica por el denuedo del legislador en justificar la competencia del Estado en materia de cultura. Dicha norma, aunque solo menciona la tauromaquia en su disposición final sexta, junto con la mencionada Ley 18/2013, de 12 de noviembre, ha servido de apoyo al Tribunal Constitucional para declarar en la STC núm. 177/2016, de 20 de octubre, la inconstitucionalidad del artículo 6.1.f) del Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, del texto refundido de protección de los animales de Cataluña, en la redacción dada por el artículo 1 de la Ley 28/2010, de 3 de agosto, al considerar que el precepto invadía las competencias estatales en materia de cultura⁴⁴².

No solo contamos con regulación estatal en materia de tauromaquia. La Comunidad Autónoma de La Rioja ha aprobado la Ley 3/2018, de 16 de febrero, para la protección, difusión y promoción de la tauromaquia⁴⁴³. Esta norma consta de tres únicos artículos y de dos disposiciones finales. No se incluye ninguna disposición que haga referencia al título competencial en virtud del cual se dicta. Por el contrario, se incluye un extenso preámbulo⁴⁴⁴ donde se

⁴⁴¹ Así lo afirman CASTRO LÓPEZ y ÁVILA RODRÍGUEZ, op. cit. p. 122.

⁴⁴² Véase en particular el FJ 6 de la sentencia. Nos remitimos, asimismo, a lo expuesto en el apartado 2.3.2.B) del Capítulo II de este trabajo, donde se comenta la citada sentencia.

⁴⁴³ BOE núm. 55, de 3 de marzo de 2018, en vigor desde el 22 de febrero de 2018.

⁴⁴⁴ Se dice, por ejemplo, lo siguiente: «La Rioja es conocida por conservar el primer texto escrito en lengua castellana, las Glosas Emilianenses, pero tampoco debemos olvidar que una de las primeras corridas de toros documentadas se celebró en el barrio de Varea, municipio de Logroño. Fue en el siglo XII, año 1135, con ocasión de la coronación del rey Alfonso VII de Castilla, y contó con la asistencia del propio monarca.

Es incuestionable el carácter cultural de la tauromaquia. Engloba desde los denominados festejos mayores, corridas de toros, novilladas, con y sin picadores, a los llamados festejos populares y tradicionales, entre los que cabe destacar la saca de vacas en Cervera, el toro de

pretende justificar la necesidad de una norma como esta, básicamente, por razones de tradición y cultura. La Ley riojana contiene su propia definición de tauromaquia, entendiéndose como tal «toda manifestación cultural, artística o popular ligada al toro bravo» (artículo 1). Se añade que «la tauromaquia debe ser protegida en el marco de la legislación vigente» (artículo 2) y se concluye que «el Gobierno de La Rioja, en el desarrollo de sus funciones, deberá proteger, promover y difundir la tauromaquia, debido a su carácter cultural» (artículo 3).

B) Algunas contradicciones en la regulación de los espectáculos taurinos

En el debate entre partidarios de las corridas de toros y detractores, con frecuencia se ha partido de la consideración de las corridas como arte y su ejercicio como manifestación de la libertad artística e incluso personal del individuo. Sin embargo, nuestra opinión es que debería revisarse el concepto de libertad artística si su ejercicio implica la producción de sufrimiento a cualquier ser vivo. El mensaje que cualquier obra o manifestación artística pretenda transmitir puede conseguirse fingiendo el sufrimiento del animal, no siendo necesario que el mismo sea real, de igual manera que no sería justificable infligir sufrimiento real a una persona para conseguir imprimir a la obra mayor realidad o dramatismo. LAFONT NICUESA sostiene que en el caso del toreo, más que tratarse de un conflicto entre bienestar animal y libertad artística, de lo que se trata es de una tradición histórica, hasta ahora aceptada

San Miguel en Rincón o el toro ensogado de Cenicero y en el barrio de Cabretón de Cervera del Río Alhama. Los espectáculos taurinos se extienden por toda la geografía riojana. La presencia del toro es algo natural en nuestras fiestas y celebraciones populares. Prueba de ello es la plaza de toros de Cervera del Río Alhama, la más antigua de La Rioja y una de las más antiguas de España, cuya construcción se remonta a 1870.

La tauromaquia no solo es una expresión cultural. Debemos destacar su sistema de valores basado en el esfuerzo, el trabajo y la superación. su repercusión económica contribuye al erario público, además de crear numerosos puestos de trabajo. Tampoco hay que ignorar su trascendencia ecológica al garantizar la supervivencia del toro bravo como especie.

Los riojanos siempre hemos mostrado interés por el mundo del toro. Hemos sido y somos una tierra de grandes profesionales a todos los niveles. La afición taurina riojana es una realidad (...). BOE núm. 55, de 3 de marzo de 2018.

socialmente, que ha impedido que se apliquen las normas sobre protección animal⁴⁴⁵.

Creemos que asiste la razón a LAFONT y añadimos nosotros que, en realidad, la supuesta colisión entre libertad artística o cualquier otro tipo de libertad personal frente a la protección de los animales no es más que un intento desesperado de justificar un mal llamado *arte* que está condenado a desaparecer. Este intento de encontrar justificación al mantenimiento de esta tradición casa mal con la regulación legislativa que se desarrolla en otros ámbitos, en los que expresamente se prohíbe causar sufrimiento o maltratar a un animal. Así, las leyes cuyo objeto es la regulación de espectáculos públicos o las leyes de protección animal, prohíben la celebración de espectáculos en los que se causa sufrimiento a los animales. Pero, por otro lado, contamos con legislación que específicamente regula un tipo de espectáculo donde el protagonista por excelencia es el maltrato animal. Así sucede en el ámbito de la Administración del Estado si tenemos en cuenta las diferentes normas que regulan los espectáculos taurinos y, sin ir más lejos, la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, cuando, en cambio, existe también la Orden ITC/1763/2006, de 3 de mayo, por la que se regula la declaración de fiestas de interés turístico nacional e internacional, cuyo artículo 2.5 establece que serán desestimadas las solicitudes de declaración de interés turístico nacional que se refieran a fiestas con concurrencia de actos en los que directa o indirectamente se maltraten animales o personas.

A nivel autonómico, sucede algo similar. Encontramos ejemplo de esta esquizofrenia legislativa en la Comunidad Autónoma de Cataluña. Es esta una de las Comunidades Autónomas pionera a nivel estatal en la protección de los animales; sin embargo, cuenta también con la Ley 34/2010, de 1 de octubre, de

⁴⁴⁵ En palabras de LAFONT NICUESA «si como hemos visto, el bienestar del animal deriva de una convicción social, si tal opinión pública está dividida o no expresa una opinión mayoritaria de rechazo hacia el sufrimiento del toro en una plaza, la protección del mismo en dicho espectáculo presenta un déficit de fundamentación sobre el que se fundaría una excepción legal. Si la opinión de quienes consideramos que la corrida es puramente un maltrato del animal al imponerle al mismo un sufrimiento prolongado que hay que evitar, pasara a ser la convicción mayoritaria, entiendo que el espectáculo taurino entraría en colisión directa con el bienestar animal y la invocación del derecho de libertad artística o, incluso la libertad profesional, no serían suficientes para excepcionar dicho bienestar». En LAFONT NICUESA (2006), p. 361.

regulación de las fiestas tradicionales con toros, cuyo objeto es regular las condiciones de celebración de determinados espectáculos con este tipo de animales, regulando las diferentes modalidades y requisitos para llevarlos a cabo. A pesar de que su artículo primero menciona como uno de los objetivos de la norma la protección de los animales, constituye un oxímoron permitir un espectáculo en el que se prende fuego a las astas de un animal o se lo ata y se lo deja a merced de individuos enfervorecidos y proclamar a la vez que se persigue con la norma que esto permite, la protección animal.

No creemos que pueda oponerse al martirio de un animal frente a la diversión de ciertas personas, el argumento de la libertad de estas para llevar a cabo dichos actos. Arguyen estas personas que en uso de la libertad, de su libertad de presenciar corridas de toros y de participar en ellas, debe preservarse este tipo de espectáculo. La utilización del término *libertad*, frecuente en estos tiempos para reivindicar cualquier tipo de provecho en beneficio propio sin tener en cuenta los posibles daños ajenos, trae al recuerdo las palabras que pronunciara en su día Abraham Lincoln en el último año de la Guerra de Secesión americana. Dijo el presidente americano en otro contexto, que todos apelamos a la libertad pero empleando la misma palabra no todos queremos decir lo mismo. Así, mientras que para algunos, la palabra libertad puede significar que cada hombre puede disponer como él considere del producto de su trabajo, para otros, la misma palabra puede significar que ciertos hombres pueden disponer a su antojo, de otros hombres y del producto de su trabajo⁴⁴⁶.

El que una persona manifieste que tiene la libertad de torear o de asistir a una corrida no significa más que su deseo, pero no se traduce automáticamente -o no debe traducirse- en la obligación de los demás de respetar esa libertad. Tal vez no está lejos el día en que el Estado, de una vez por todas, decida prohibir cualquier actuación que se lleve a cabo contra la integridad física y psíquica de un animal, justificada en el mero divertimento del observador humano que la presencia o que la lleva a cabo.

⁴⁴⁶ Véase WISE (2016), p. 74.

CAPÍTULO V. LA UTILIZACIÓN DE LOS ANIMALES PARA EXPERIMENTACIÓN

1. Cuestiones preliminares

El profesor MOSTERÍN sostenía que la experimentación con animales planteaba un claro conflicto entre conocimiento y sufrimiento. Como decía este filósofo, «el conocimiento es un bien y el sufrimiento es un mal. Por ello la curiosidad, que tiende a incrementar el primero, y la compasión, que tiende a reducir el segundo, son pasiones admirables. En las raras ocasiones en que entran en conflicto, tenemos un problema que no se puede esconder debajo de la alfombra»⁴⁴⁷.

La experimentación con animales ha sido desde hace ya tiempo un tema controvertido. Muchos experimentos llevados a cabo en animales han revelado resultados satisfactorios para evitar enfermedades a humanos y a propios animales, pero muchos han sido y son innecesarios y crueles⁴⁴⁸. De hecho, la experimentación animal descansa en la siguiente paradoja: el animal es lo suficientemente parecido al ser humano como para que sea sujeto de experimento (incluidos aspectos neurológicos y psiquiátricos) pero a la vez se le da un papel meramente instrumental, se prescinde de su sensibilidad y de su integridad⁴⁴⁹ y se le somete a experimentos y pruebas que serían inadmisibles en el caso de que se practicasen sobre seres humanos⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ En MOSTERÍN (2014), p. 244.

⁴⁴⁸ Por ejemplo, los experimentos llevados a cabo en animales, que les han llevado a la ceguera, para probar productos cosméticos no tienen justificación moral ni ética posible. Citamos de nuevo a MOSTERÍN: «Diversos fabricantes de productos cosméticos y de limpieza, como pintalabios o detergentes, someten sus productos a pruebas y experimentos dolorosos, de los que son víctimas inocentes millones de conejos, cobayas y otros mamíferos sensibles, sometidos a torturas y mutilaciones rutinarias. Uno de los experimentos más frecuentes era la prueba o test de Draize. Consiste en aplicar dosis exageradas del producto (por ejemplo, champú) a uno de los ojos de un conejo inmovilizado por el cuello hasta producir úlceras, llagas, hemorragias y ceguera, mientras el otro ojo sirve de control comparativo. El conejo, enloquecido de dolor, a veces se rompe la columna vertebral tratando de liberarse y escapar. En otras pruebas (las de dosis letal) se obliga a los animales a ingerir detergentes y otros productos nocivos y se observan sus reacciones (convulsiones, erupciones cutáneas, diarreas, etc.)». En MOSTERÍN, op. cit., p. 245.

⁴⁴⁹ Véase DESMOULIN-CANSELIER (2017), p. 63.

⁴⁵⁰ Nos parece oportuno hacer referencia a las siguientes palabras de la primatóloga Goodall: «Aunque es ilegal realizar experimentos en un ser humano que ha sufrido muerte cerebral y que no puede ni hablar ni sentir, se acepta legalmente que se realicen en un chimpancé,

Algunos autores sostienen que el conocimiento médico obtenido haciendo daño y matando animales es un tipo de conocimiento al que no tenemos derecho. Un mundo que sacrificase a unos cuantos humanos para mejorar la calidad de vida del resto no sería un mundo ideal; en cambio, cuando este sacrificio masivo es de animales, no le damos ninguna importancia⁴⁵¹.

Tratar la utilización de los animales para experimentación o para fines científicos supone hacer referencia a los experimentos que se llevan a cabo sobre animales vivos en diferentes campos, básicamente, en las áreas de la ciencia (fisiología, genoma, toxicología, etc.), de la experimentación médico-farmacológica (test de nuevos medicamentos, en la enseñanza, etc.), de la experimentación en el ámbito de la cosmética y en el militar⁴⁵². A pesar de que

perfectamente consciente, que siente y que es sumamente inteligente. Mientras que se permite legalmente encerrar a un chimpancé inocente, de por vida, en una celda de laboratorio vacía, con barrotes de acero, de unas dimensiones de 1,5 x 2 metros, a un asesino múltiple psicópata hay que confinarle en un lugar más espacioso. Y esta duplicidad existe únicamente porque el paciente con muerte cerebral y el asesino múltiple son humanos». La cita la encontramos en ESCARTÍN (2009), p. 166.

⁴⁵¹ DONALDSON y KYMLICKA manifiestan que «hay infinidad de tecnologías y avances médicos que hoy no existen porque nos negamos a usar sujetos humanos para experimentos invasivos. Seguramente nos quedaríamos cortos al estimar los avances que podría llevar la ciencia médica a estas alturas si los investigadores hubieran podido usar sujetos humanos en lugar de sustitutos animales imperfectos. Sin embargo, esto no lo consideramos un sacrificio. No nos despertamos todos los días lamentando todo ese conocimiento sin explotar; no nos amarga que la oposición a usar sujetos humanos haya obstaculizado tanto el avance médico(...). Entendemos al cien por cien, en el contexto humano, que el conocimiento médico debe avanzar dentro de límites éticos o, sencillamente, no es un conocimiento al que tengamos derecho. (...) Hará falta un ajuste gigantesco para que las sociedades acepten que el conocimiento médico obtenido haciendo daño y matando a animales no es un conocimiento al que tengamos derecho. Pero los costes de ese ajuste serían temporales. Tras unas cuantas décadas para que se asentaran las nuevas prácticas y se formara una nueva generación de investigadores, la experimentación en animales se percibiría casi igual que se percibe hoy la experimentación en humanos. Su prohibición no se consideraría un coste, igual que la ausencia de experimentación en humanos no se considera un coste. Nadie pensaría que renunciar a la experimentación en animales constituye un sacrificio por parte de los humanos.». En DONALDSON y KYMLICKA (2018), pp. 85-86; (2011) pp. 43-44.

⁴⁵² Los datos sobre los animales que se usan en laboratorio varían según las fuentes. KEMELMAJER hace referencia a una horquilla que varía entre los 50 y los 250 millones de animales anualmente. De estos experimentos, tan solo el 10 % correspondería a la investigación científica en salud, el 30 % estaría destinado a la cosmética y el 60 % sería empleado en experimentos militares. Conforme los considerandos de la Directiva 86/609/CEE, en los años ochenta, se utilizaban en Europa anualmente unos 12 millones de animales en procedimientos científicos. Puede consultarse en KEMELMAJER (2009), p. 6. También en VIAL y PICOD (2017), p. 9

Señala MOSTERÍN que la mayoría de experimentos biomédicos son llevados a cabo en ratones. Según este autor, en Gran Bretaña, durante 2012 se realizaron más de 4 millones de experimentos con animales de los cuales, el 76%, en ratones. En MOSTERÍN (2014), p. 244.

estos experimentos se llevan a cabo hoy día en todos los países, la sensibilización cada vez mayor de la sociedad hacia los animales ha motivado

También encontramos datos al respecto en LEYTON. Dice lo siguiente: «Respecto a las cantidades de animales no humanos utilizados en procedimientos experimentales, en Estados Unidos se usan entre 20 a 25 millones de animales, en toda Europa se usan cerca de 13 millones, en Reino Unido casi 4 millones de animales y en América Latina unos 5 millones de animales no humanos. Existen diferentes criterios para establecer las cifras de animales usados en la investigación: mientras las estadísticas de Reino Unido cuentan a peces y anfibios, en Estados Unidos se excluye expresamente a aves, ratas y ratones, peces y reptiles, los que suman más del 90% de los animales usados en los laboratorios norteamericanos. En estas estadísticas tampoco aparecen los animales criados en laboratorios que nunca son usados para la experimentación y que son sacrificados como "excedente"; ni los animales muertos para extraer sus fluidos o tejidos biológicos, ni los que son usados en experimentos de largo plazo cuando duran más de un año. Como explican Taylor et al. (2008) muchos países fuera de la Unión Europea no recogen estadísticas de animales usados en experimentos, pues no existe una sistematización ni una obligación legal de disponer públicamente de estadísticas oficiales; o sólo hacen una recogida parcial de estos datos, lo que hace difícil estimar un total de animales usados a nivel global. A pesar de esta diferencia de criterios, en su estudio "Estimates for Worldwide Laboratory Animal Use in 2005" estimaron el uso anual de 115.3 millones de animales en los laboratorios de todo el mundo». En LEYTON (2015-I), pp. 312-313.

En nuestro país, el Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente publica anualmente un informe sobre uso de animales en experimentación y otros fines científicos. Este informe no refleja el número de animales usados sino el número de usos de animales. Concretamente, el tipo de información que contiene es la siguiente: número de usos en cada especie o grupo de especies animales utilizadas; número de usos de acuerdo al dolor, estrés o angustia ocasionada a los animales; número de usos de animales según su estatus genético; número de usos según si se realizan en animales utilizados por primera vez o reutilizados; número de usos de los animales según el origen de los mismos; y, número de usos de animales según la finalidad de los procedimientos. Según los datos que constan en el informe de 2016 (último informe publicado en el momento en que se realiza la consulta que ahora se detalla) el número de usos de animales que en el curso de un procedimiento experimentaron dolor, sufrimiento o angustia severos o moderados de larga duración o cuyo bienestar o estado general sufrió un deterioro importante, fue en ese año, de 74.548. El número de usos -en este caso, coincide con el número de animales- que no fue posible recuperar, esto es, que no recobraron la conciencia, fue de 50.237. Estos datos representan algo más del 13% respecto del total de usos realizados.

Las finalidades para las que se usan los animales son, según el informe de 2016, las siguientes: el 48% para investigación básica (estudios que tienen por objeto conocer la estructura, funcionamiento, comportamiento, etc. de organismos vivos); el 29% para investigación traslacional y aplicada (básicamente, prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades en seres humanos, animales y plantas; fabricación de productos farmacéuticos, alimentos, piensos; realización de pruebas para comprobar la calidad, eficacia y seguridad del producto); el 17% en utilización reglamentaria y producción rutinaria (esto es, uso de animales para cumplir exigencias legales en procedimientos que tienen como objeto evaluar la seguridad y riesgos de productos o sustancias, independientemente de que lleguen a comercializarse); el 4% en mantenimiento de colonias de animales genéticamente alterados, no utilizados en otros procedimientos; el 1% en enseñanza superior o formación para la adquisición, mantenimiento o mejora de las competencias profesionales; el 1% protección del medio ambiente natural en interés de la salud o el bienestar de los seres humanos o de los animales; y, finalmente, el 0.02% para la preservación de especies.

Pueden consultarse estos y otros datos que constan en los informes anuales publicados en la siguiente dirección electrónica:

http://www.mapama.gob.es/es/ganaderia/temas/produccion-y-mercados-ganaderos/bienestanimal/en-la-investigacion/Informes_y_publicaciones.aspx

(Última consulta: 1/02/2018).

que en muchos casos se haya legislado en la materia para limitar el tipo de animales que pueden ser utilizados y para evitar los experimentos dolorosos prescindibles.

Algunos autores han estudiado los problemas bioéticos que entraña la experimentación con animales, entre ellos, la profesora F. LEYTON. Esta autora confiere relevancia a dos elementos: en primer lugar, que se reconoce que los procedimientos científico-técnicos que se llevan a cabo sobre los animales, producen dolor, sufrimiento, angustia y daño, en diferentes grados de intensidad y de duración; luego se está reconociendo la capacidad de sintiencia de los animales. En segundo lugar, en la base de estos experimentos se halla el concepto "especismo" definido por Ryder como la discriminación que practica el ser humano en contra de estas especies, discriminación que se halla en la creencia de que la especie humana es inherentemente superior al resto, de lo que derivan derechos y privilegios para la misma que no se reconocen al resto de animales. Reconocemos la capacidad de sentir de los animales pero la subordinamos claramente a nuestros intereses⁴⁵³. Por supuesto, actuamos en contra de los intereses de los animales, de su dignidad y de su deseo de vivir y permanecer en libertad⁴⁵⁴.

⁴⁵³ Puede leerse en LEYTON (2015-I), pp. 315-316.

⁴⁵⁴ En el análisis que realiza sobre la necesidad de replantear el trato que se da a los animales de experimentación, que debe abarcar tanto la forma como el fondo, Fabiola LEYTON da relevancia al consentimiento de los participantes en una investigación. Y dice: «Si, desde que se establecieron los protocolos de investigación en humanos es necesario requerir el consentimiento de un participante en un experimento, cuando se trata de animales no humanos no hablamos de consentimiento: simplemente los obligamos, apropiándonos de ellos o modificándolos a nivel genético para servir como modelos experimentales. Pareciera absurdo hablar de "consentimiento de los animales" porque éstos carecen de lenguaje inteligible al ser humano o de un aparato racional que les permita entender el experimento, evaluar la situación y manifestar de manera inteligible su interés (o desinterés) por participar en el experimento. Sin embargo, Sapontzis considera que en el caso de los animales existe un interés y una intención que puede reemplazar la verbalidad y la racionalidad del consentimiento en los humanos: "no es obvio que (todos) los animales carezcan de las habilidades intelectuales necesarias para expresar el consentimiento de participar en una investigación. En muchos casos, ellos claramente indican su consentimiento o negativa a participar en experimentos que cualquiera podría interpretar (...) Cuando el profesor Jacobs viene a buscar al gato para el experimento, éste se arrastra panza gacha hasta un extremo de la jaula. Cuando el profesor abre la jaula, el gato bufá y lanza zarpazos, por lo que el profesor usa largos guantes protectores. Camino del laboratorio, el gato intenta escapar varias veces de sus manos (...) Es claro que el gato, con su comportamiento, indica su deseo de no participar en una situación en que recibirá una dolorosa descarga eléctrica cada vez que comience a dormirse (...) Entender un experimento no es una condición de todo o nada; una vez más, hay diferentes variedades y grados de entendimiento (...) Si el gato no entiende en absoluto el experimento, no haría nada cuando el experimentador

Pues bien, vamos a ocuparnos de los aspectos que nos parecen más relevantes de la regulación hoy existente en materia de experimentación animal. Y esta tarea nos exige tomar en consideración, en primer lugar, el artículo 13 del TFUE que incluye la obligación para los Estados miembros de tener plenamente en cuenta el bienestar animal cuando formulen y apliquen algunas políticas como la de investigación, desarrollo tecnológico y mercado interior, que son las que aquí nos atañen⁴⁵⁵.

2. Principales aspectos de la regulación de la utilización de los animales para la experimentación

2.1. En el Derecho de la Unión Europea

2.1.1. En experimentos científicos

A) El valor bienestar animal como base de la regulación

El punto de partida en el estudio de los principales aspectos que nos parecen de interés en la regulación de la experimentación animal, lo situamos en la Directiva 86/609/CEE, del Consejo, de 24 de noviembre, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros respecto de los animales utilizados para la experimentación. Esta norma parte del principio llamado de las tres erres, esto es, reducir, refinar y reemplazar⁴⁵⁶, principios que, sin embargo, según algunos

entra en la sala y abre su jaula, no trataría de escapar ni expresaría miedo ni agresividad frente a su llegada". Para Sapontzis, lo importante es que los animales comúnmente expresan una voluntad, ya sea vocalizando, tratando de escapar de la fuente de dolor o sufrimiento, gimiendo, deprimiéndose, automutilándose, expresando comportamientos autodestructivos, etc. Si los animales no humanos son capaces de manifestarse, y esa voluntad está de acuerdo con sus intereses básicos de no sufrir dolor ni situaciones incómodas para su vida, estamos frente a una evidente capacidad evaluativa de la situación y la expresión de una decisión de participar -o no- en el experimento. El problema que la ciencia, la técnica y nosotros mismos como sociedad especista tenemos para aceptar esta idea moral, es claro: no queremos frustrar nuestras expectativas considerando moralmente a los animales, porque muchos de ellos (por no decir la totalidad) se negarían a participar de experimentos invasivos, incómodos o dolorosos, y, por lo tanto, reñidos con sus intereses, pero que tantos beneficios prometen al ser humano. Hoy existe una marcada tendencia antropocéntrica especista desde el lado de las regulaciones jurídicas y de la práctica científico-técnica, pues parte del escenario es la aceptación, sin cuestionamiento, de la utilidad que la investigación con animales tiene, en sus diferentes ámbitos, para el ser humano». En LEYTON (2015-I), pp. 320-322.

⁴⁵⁵ Sobre el artículo 13 del TFUE, véase el apartado 3 del Capítulo II de este trabajo.

⁴⁵⁶ El conocido como concepto o principio de las Tres R (reemplazo, reducción y refinamiento) fue obra de los investigadores Russell y Burch, plasmado en la obra *The Principles of Humane*

autores, traducen una visión utilitarista y jerárquica -antropocéntrica, por tanto- de la relación entre el ser humano y los animales⁴⁵⁷. Esta Directiva estableció normas comunes para la utilización de los animales con fines experimentales en la Comunidad y fijó las condiciones en las cuales dichos experimentos debían de realizarse en los Estados miembros. Estableció, por ejemplo, que los experimentos con animales se sustituyesen por métodos alternativos, si fuesen científicamente satisfactorios (artículo 7).

La Directiva 86/609/CEE fue reemplazada por la Directiva 2010/63/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2010, relativa a la protección de los animales utilizados con fines científicos⁴⁵⁸. Su aprobación se justificó en razón que desde la Directiva 86/609/CEE habían surgido disparidades en la normativa de los Estados miembros ya que algunos países habían elevado el nivel de protección de los animales utilizados en experimentación mientras que otros se habían limitado a aplicar las condiciones mínimas de la Directiva 86/609/CEE. Estas diferencias podían suponer obstáculos al comercio interior y, por ello, se consideraba necesario modificar esta Directiva y regular con mayor detalle algunas medidas, de forma que se eliminasen las disparidades entre normativas de los Estados. En

Experimental Technique (1959). Esta obra, junto con *Animal Machines* de Ruth Harrison (1964), tuvo gran influencia en la opinión pública y ambas motivaron el inicio del cambio, tanto en la percepción de la sociedad, como en la propia legislación, del trato dispensado a los animales utilizados en experimentación. Reemplazo, supone sustituir, cuando sea posible, el uso de animales vivos en experimentación por otras alternativas viables o por animales menos "sintientes". Reducción, supone intentar usar el número mínimo de animales que permita la obtención de resultados significativos. Refinamiento supone adecuar el protocolo de trabajo para minimizar el stress, dolor, sufrimiento o daño permanente que los animales puedan llegar a experimentar; se trata de mejorar el bienestar animal durante el procedimiento y en el manejo diario. Puede leerse al respecto en GIMPEL (2009), pp. 25 y 30-31.

⁴⁵⁷ Véase DUBOS (2017), p. 18.

⁴⁵⁸ La Directiva 86/609/CEE se aplicaba a todo «vertebrado vivo no humano» mientras que la Directiva 2010/63/UE se aplica a los «animales vertebrados no humanos vivos». El cambio se aprecia tal vez de manera más notoria en la versión inglesa pues de la redacción inicial de «*animal unless otherwise qualified, means any live non-human vertebrate*» se pasa a «*live non-human vertebrate animals*». Mientras que en 1986 los animales y los humanos estaban claramente separados, en la versión de 2010, los humanos son considerados como una categoría de animales vertebrados. Así lo destaca el profesor DUBOS, para quien el cambio producido supone una muestra de abandono del Naturalismo. El Naturalismo, según este autor, había incurrido en la paradoja de haber permitido al ser humano un dominio incomparable de la naturaleza que habría conducido a unas consecuencias nefastas no anticipadas. En el marco de la política agrícola de la Unión, este autor propone una verdadera política de protección de los animales y no solamente desde el punto de vista del bienestar animal. En DUBOS, op. cit., pp. 19-20.

particular, uno de los campos donde se comprobó que existían mayores disparidades era en la regulación de los requisitos en materia de alojamiento y cuidado de los animales, cuestiones que cuentan, en la nueva Directiva, con una regulación más detallada al efecto de evitar las dispersiones denunciadas.

En cualquier caso, esto no significa que los Estados no vayan a poder adoptar normas con un mayor nivel de protección que el que establece la Directiva 2010/63/UE. Pueden adoptarlas pero esto no deberá afectar al funcionamiento del mercado interior⁴⁵⁹. Lo que supone que el bienestar animal ciertamente, ocupa un papel importante en la norma, pero siempre por detrás del verdadero objetivo de las normas de la Unión, que es el buen funcionamiento del mercado interior.

En este sentido, la Directiva 2010/63/UE cita frecuentemente el concepto de bienestar animal. Se señala en sus considerandos que el bienestar de los animales es un valor de la Unión Europea consagrado en el artículo 13 TFUE. No solo se dice esto sino que se señala expresamente que los animales tienen valor intrínseco que debe ser respetado⁴⁶⁰.

Otra de las razones que justificaron la aprobación de esta Directiva fueron los nuevos conocimientos científicos sobre los factores que influyen en el bienestar de los animales y su capacidad de sentir y expresar dolor, sufrimiento, angustia y daño. Dado que las evidencias científicas de que se disponen así lo reconocen, es preciso aumentar el bienestar de los animales que se utilizan en experimentos elevando los niveles mínimos de protección.

⁴⁵⁹ El artículo 2 de la Directiva 2010/63/UE establece que: «1. Los Estados miembros podrán, dentro del respeto de las normas generales del TFUE, mantener aquellas disposiciones que, estando ya vigentes el 9 de noviembre de 2010, estén dirigidas a asegurar una protección más extensa a los animales incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva que las recogidas en ella. Antes del 1 de enero de 2013, los Estados miembros informarán a la Comisión de dichas disposiciones nacionales. La Comisión las pondrá en conocimiento de los demás Estados miembros.

2. Cuando actúen conforme a lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros no prohibirán ni impedirán el suministro o el uso de animales criados o mantenidos en otro Estado miembro de conformidad con la presente Directiva, ni prohibirán ni impedirán la comercialización de productos elaborados con la utilización de dichos animales conforme a la presente Directiva».

⁴⁶⁰ Nos parece significativo que se reconozca valor intrínseco a los animales porque ello supone su consideración con independencia del valor que tiene para el ser humano. Véase el considerando 12 de la Directiva 2010/63/UE donde se reconoce dicho valor.

Este nuevo conocimiento científico ha servido, también, para extender el ámbito de aplicación de la Directiva. En efecto, en la regulación de los límites a la experimentación animal, que hasta el momento afectaba solamente a los animales vertebrados, se incluye ahora también los cefalópodos, inclusión que se justifica porque pruebas científicas han revelado que tienen capacidad para experimentar dolor, sufrimiento, angustia y daño duradero. No solo se incluyen los cefalópodos sino también los fetos de los mamíferos, por las mismas razones.

B) Sobre los animales que pueden ser utilizados y requisitos de los procedimientos

La Directiva 2010/63/UE parte del principio internacionalmente reconocido «de las tres erres», el reemplazo, la reducción y el refinamiento de los procedimientos, recogido expresamente en su artículo 4⁴⁶¹, y enfatiza la necesidad de fomentar el uso de métodos alternativos a la experimentación con animales. Se señala en los considerandos de la Directiva que tan pronto como sea científicamente posible, deberán reemplazarse animales vivos utilizados para fines científicos o educativos, por enfoques alternativos⁴⁶².

Establece la prohibición de utilización de animales salvajes para su utilización en experimentación. No obstante, la prohibición que formula la Directiva es solo aparente puesto que se permite el uso de animales capturados en la naturaleza cuando el objetivo del procedimiento no pueda alcanzarse con otros animales⁴⁶³. Tampoco podrán utilizarse en procedimientos, animales

⁴⁶¹ El contenido de este precepto es el siguiente: «1. Los Estados miembros velarán, cuando sea posible, por que se utilice un método o estrategia de ensayo científicamente satisfactorio que no conlleve la utilización de animales vivos, en lugar de un procedimiento. 2. Los Estados miembros velarán por que el número de animales utilizados en proyectos se reduzca al mínimo sin comprometer los objetivos del proyecto. 3. Los Estados miembros velarán por el refinamiento de la cría, el alojamiento y los cuidados, así como de los métodos utilizados en procedimientos, eliminando o reduciendo al mínimo cualquier posible dolor, sufrimiento, angustia o daño duradero a los animales. 4. Respecto a la elección de los métodos, el presente artículo se aplicará de conformidad con el artículo 13.»

⁴⁶² Véanse, en particular, los considerandos 10, 42, 46 y 47, así como el artículo 47 de la Directiva 2010/63/UE.

⁴⁶³ El artículo 9 de la Directiva 2010/63/UE establece lo siguiente: «1. No se utilizarán en procedimientos animales capturados en la naturaleza. 2. Las autoridades competentes podrán conceder exenciones a lo dispuesto en el apartado 1 si está justificado científicamente que la finalidad del procedimiento no puede alcanzarse utilizando un animal criado para utilizarlo en procedimientos. 3. La captura de animales en la naturaleza únicamente se efectuará por

asilvestrados y vagabundos de especies domésticas. Nótese que ésta es la regla general, lo que no impide que sea posible la utilización de este tipo de animales para experimentación⁴⁶⁴.

La Directiva prohíbe la captura de primates no humanos en la naturaleza, de modo que solo deben utilizarse en procedimientos científicos animales que sean descendientes de animales criados en cautividad o procedentes de colonias autosostenibles. Permite la utilización de primates no humanos⁴⁶⁵ en procedimientos científicos de investigación biomédica. Sin embargo, añade que ello podrá hacerse en aquellos ámbitos biomédicos esenciales para el beneficio del ser humano en los que aún no se disponga de otros métodos alternativos de reemplazo. Se podrá utilizar primates no humanos para la investigación fundamental, la conservación de la especie o cuando el objeto de la investigación esté relacionado con afecciones que puedan poner en peligro la vida de seres humanos o su capacidad⁴⁶⁶.

personas competentes con métodos que no causen a los animales dolor, sufrimiento, angustia o daño duradero que pueda evitarse. Cualquier animal que se encuentre, durante o después de la captura, herido o enfermo será examinado por un veterinario u otra persona competente y se adoptarán medidas destinadas a minimizar el sufrimiento del animal. Las autoridades competentes podrán conceder exenciones al requisito de actuar para minimizar el sufrimiento del animal si hay una justificación científica».

⁴⁶⁴ Esto dice el artículo 11 de la Directiva 2010/63/UE: «1. No se utilizarán en procedimientos animales asilvestrados y vagabundos de especies domésticas. 2. Las autoridades competentes podrán conceder exenciones a lo dispuesto en el apartado 1, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) existe una necesidad esencial de estudios relativos a la salud y al bienestar de estos animales o se plantean amenazas graves para el medio ambiente o para la salud humana o animal, y b) se ha justificado científicamente que la finalidad del procedimiento únicamente puede conseguirse utilizando un animal vagabundo o asilvestrado».

⁴⁶⁵ Destaca DESMOULIN-CANSELIER el léxico empleado por esta Directiva, al utilizar la expresión «primates no humanos» lo que permitiría afirmar que dicha norma ha de ocupar una plaza simbólica importante en materia de protección animal. En DESMOULIN-CANSELIER (2017), p. 67. En todo caso, la acepción es absolutamente precisa por cuanto los seres humanos también pertenecen al orden de los primates. En particular, compartimos el 99,4% de nuestro ADN con los chimpancés, según las investigaciones del biólogo Morris Goodman de la Universidad estatal de Wayne, en Detroit, Estados Unidos, publicadas en la Revista *Proceedings of the National Academy of Sciences* (<http://www.pnas.org/content/100/10/5873>).

Información extraída de https://www.tendencias21.net/Una-nueva-investigacion-concluye-que-los-chimpances-tambien-son-humanos_a166.html. (Última consulta: 16/04/2018).

⁴⁶⁶ El artículo 8 de la Directiva 2010/63/UE, con una técnica y redactado de difícil comprensión por su remisión continua a otros preceptos y apartados de la Directiva, establece:

«1. A reserva de lo dispuesto en el apartado 2, los ejemplares de primates no humanos no se utilizarán en procedimientos, salvo si se cumplen las condiciones siguientes: a) el procedimiento tiene una de las finalidades indicadas en: i) la letra b), inciso i), o la letra c), del artículo 5 de la presente Directiva, y se realiza con fines de prevención, profilaxis, diagnóstico o

También es posible la utilización en procedimientos científicos de simios antropoides, una de las especies más cercanas al ser humano y con grandes habilidades sociales y conductuales, cuando se trate de investigaciones dirigidas a la conservación de la especie y cuando se justifique una actuación en relación con una enfermedad discapacitante o que pueda poner en peligro la vida del ser humano, siempre que no exista otra especie u otro método alternativo que permita cumplir los requisitos del procedimiento. En este caso, los Estados miembros deberán proporcionar a la Comisión la información necesaria para que pueda adoptar la decisión que proceda⁴⁶⁷.

tratamiento de enfermedades discapacitantes o que puedan poner en peligro la vida de seres humanos, o ii) las letras a) o e) del artículo 5, y b) se ha justificado científicamente que la finalidad del procedimiento no puede conseguirse utilizando especies diferentes de los primates no humanos. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por enfermedad discapacitante una reducción de la capacidad física o psicológica normal de una persona.

2. Los ejemplares de primates no humanos mencionados en el anexo A del Reglamento (CE) no 338/97, que no se incluyan en el ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 1, de dicho Reglamento, no se utilizarán en procedimientos, salvo si se cumplen las condiciones siguientes: a) el procedimiento tiene una de las finalidades indicadas en i) la letra b), inciso i), o la letra c), del artículo 5 de la presente Directiva, y se realiza con fines de prevención, profilaxis, diagnóstico o tratamiento de enfermedades discapacitantes o que puedan poner en peligro la vida de seres humanos, o ii) la letra e) del artículo 5, y b) se ha justificado científicamente que la finalidad del procedimiento no puede conseguirse utilizando otras especies diferentes de primates no humanos ni utilizando especies no incluidas en dicho anexo.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, no se utilizarán simios antropoides en procedimientos, a reserva de la utilización de la cláusula de salvaguardia del artículo 55, apartado 2».

⁴⁶⁷ Véase el apartado 3 del artículo 8, en relación con el artículo 55.2, de la Directiva 2010/63/UE. El artículo 55, que regula la llamada cláusula de salvaguardia, dispone:

«1. Cuando un Estado miembro tenga razones científicamente fundadas para creer que es esencial servirse de primates no humanos para los fines contemplados en el artículo 8, apartado 1, letra a), inciso i), en relación con seres humanos, pero no se realice con fines de prevención, profilaxis, diagnóstico o tratamiento de enfermedades discapacitantes o que puedan poner en peligro la vida, podrá adoptar una medida provisional que lo permita, siempre que no pueda alcanzarse dicha finalidad utilizando otras especies distintas de los primates no humanos.

2. En los casos en que un Estado miembro tenga razones fundadas para considerar que es fundamental actuar para la conservación de la especie o en relación con un brote imprevisto de una enfermedad discapacitante o que ponga en peligro la vida de seres humanos, podrá adoptar una medida provisional que permita la utilización de simios antropoides en procedimientos que tengan una de las finalidades indicadas en el artículo 5, letra b), inciso i), letra c) o letra e), siempre que la finalidad del procedimiento no pueda alcanzarse utilizando otras especies que no sean simios antropoides o utilizando métodos alternativos. No obstante, la referencia al artículo 5, letra b), inciso i), no se entenderá en el sentido de que incluye a los animales y las plantas.

3. Cuando un Estado, por razones excepcionales y científicamente fundadas, considere necesario permitir el uso de un procedimiento que suponga infligir dolor severo, sufrimiento o angustia que puedan ser duraderos y no puedan ir en mejoría tal y como se menciona en el artículo 15, apartado 2, podrá adoptar una medida provisional para permitir dicho

En principio, la Directiva prohíbe la experimentación con especies amenazadas pero decimos en principio, porque se contemplan una serie de excepciones⁴⁶⁸.

En definitiva, la técnica de la Directiva es establecer una prohibición aparentemente absoluta, sea en cuanto a la utilización de primates, sea en cuanto a la captura de animales salvajes para utilizarlos en experimentación, sea en lo que se refiere a la utilización de animales abandonados pero, a continuación, formula una relación de supuestos que permiten exceptuar la regla general e invertir la regla o matizarla sustancialmente.

La realización de cualquier proyecto⁴⁶⁹ exige que la autoridad competente emita una evaluación favorable⁴⁷⁰. Debe garantizarse sobre una base científica y ética que cada utilización de un animal está sujeta a una evaluación detenida respecto a la validez científica o educativa, la utilidad y la relevancia del resultado previsto de dicha utilización. El daño probable causado al animal

procedimiento. Los Estados miembros podrán decidir no permitir el uso de de primates no humanos en tales procedimientos.

4. El Estado miembro que haya adoptado una medida provisional de conformidad con el apartado 1, 2 o 3, informará de ello inmediatamente a la Comisión y a los demás Estados miembros, justificando su decisión y presentando pruebas de la situación, descrita en los apartados 1, 2 y 3, sobre la que se basa la medida provisional. La Comisión presentará el asunto ante el Comité a que se refiere el artículo 56, apartado 1, en un plazo de 30 días a partir de la recepción de la información del Estado miembro y, con arreglo al procedimiento mencionado en el artículo 56, apartado 3: a) autorizará la medida provisional durante un período fijado en la decisión, o b) exigirá al Estado miembro que anule la medida provisional».

⁴⁶⁸ Esto señala el artículo 7 de la Directiva 2010/63/UE:

«1. Los ejemplares de las especies amenazadas incluidas en el anexo A del Reglamento (CE) núm. 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio, que no se incluyan en el ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 1, de dicho Reglamento, no se utilizarán en procedimientos, salvo si se cumplen las condiciones siguientes: a) el procedimiento tiene una de las finalidades indicadas en el artículo 5, letra b), inciso i), letra c) o letra e), de la presente Directiva, y b) se ha justificado científicamente que la finalidad del procedimiento no puede conseguirse utilizando especies que no sean las enumeradas en ese anexo.

2. El apartado 1 no se aplicará a ninguna especie de primates no humanos».

⁴⁶⁹ Por proyecto se entiende, según el artículo 3 de la Directiva, un programa de trabajo con un objetivo científico establecido y en el que se realicen uno o varios procedimientos de experimentación.

⁴⁷⁰ Las condiciones en que podrán realizarse dichos proyectos se encuentran reguladas en los artículos 37 y ss. de la Directiva 2010/63/UE.

debe contrapesarse con los beneficios esperados del proyecto. Esta evaluación debe ser independiente de quienes participan en el estudio o proyecto⁴⁷¹.

En la medida de lo posible, los procedimientos y los métodos utilizados deberán evitar la muerte del animal como punto final. En todo caso, si deben ser sacrificados, deberán serlo por una persona competente y utilizando un método adecuado según la especie.

C) Transparencia sobre los procedimientos

Una de las cuestiones que nos parecen de interés en la regulación de la experimentación animal son las disposiciones relativas a la publicación de información sobre los tipos de experimentos que se llevan a cabo y sus resultados. La Directiva 2010/63/UE aborda esta cuestión y establece la obligación de publicar información objetiva sobre los proyectos que utilizan animales vivos. Se establece una cautela, sin embargo, y es que dicha publicación no podrá violar derechos de propiedad ni revelar información

⁴⁷¹ Según consta en el Documento de trabajo sobre la evaluación de los proyectos y la evaluación retrospectiva, hecho en Bruselas el 18 y 19 de septiembre de 2013, y que fue fruto de la labor realizada en la reunión del Grupo de Trabajo de Expertos creado por la Comisión con el objeto de facilitar la aplicación de la Directiva 2010/63/UE, los principales problemas advertidos en las solicitudes de autorización de proyectos acostumbra a ser los siguientes (pp. 8 y ss.):

- Inadecuada explicación de los beneficios; afirmaciones infundadas o irrealistas sobre los beneficios potenciales, - indicación de beneficios no vinculados a los objetivos indicados en la solicitud, - ausencia de indicaciones sobre los plazos en los que cabe esperar que se realicen los beneficios (si es factible).
- Ausencia de información sobre el historial del grupo o establecimiento (experiencia previa, publicaciones relevantes y disponibilidad de recursos, incluidas las instalaciones para animales y la financiación, para evaluar la probabilidad de éxito), - justificación del trabajo mal estructurada, falta de indicadores clave del éxito, insuficiente concreción y pertinencia, - insuficientes detalles para poder evaluar la probabilidad de éxito.
- Insuficiente información sobre la aplicación de las tres R - insuficiente información necesaria para valorar si se han abordado las tres R, por ejemplo, falta de información sobre cómo se han reducido los daños al mínimo, pero de forma que permita alcanzar los objetivos científicos, o ausencia de justificación de las circunstancias en las que no se empleen buenas prácticas reconocidas, por ejemplo, analgesia o alojamientos colectivos.
- Falta de información sobre la naturaleza y el nivel de los daños o sobre la evaluación del bienestar o el uso de puntos finales incruentos.

Dicho Documento puede consultarse en la página web del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y Medio Ambiente:

http://www.mapama.gob.es/es/ganaderia/temas/produccion-y-mercados-ganaderos/Evaluaci%C3%B3n_de_proyectos_y_evaluaci%C3%B3n_retrospectiva_tcm7-362708.pdf. (Última consulta realizada: 15/03/2018).

confidencial. Deberán proporcionarse resúmenes anónimos que los Estados miembros deberán publicar y deberá garantizarse el anonimato de las personas físicas o jurídicas que utilizan animales en experimentación, *usuarios*, en la terminología de la Directiva.

Volveremos sobre esta cuestión más adelante, al analizar la regulación de la experimentación animal en nuestro ordenamiento interno.

D) Otras cuestiones de interés en la regulación sectorial

No solamente la Directiva 2010/63/UE tiene interés en la materia que ahora tratamos. Merece también alguna referencia el Reglamento (UE) nº 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH), por el que se crea la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos, se modifica la Directiva 1999/45/CE y se derogan el Reglamento (CEE) nº 793/93 del Consejo y el Reglamento (CE) nº 1488/94 de la Comisión así como la Directiva 76/769/CEE del Consejo y las Directivas 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CE y 2000/21/CE de la Comisión. Decimos que tiene interés porque este Reglamento crea un marco general para el registro, evaluación y autorización de sustancias. Según dispone su artículo 1, tiene por objeto garantizar un alto nivel de protección de la salud humana y del medio ambiente, incluido el fomento de métodos alternativos para evaluar los riesgos que plantean las sustancias, así como la libre circulación de sustancias en el mercado interior. Su artículo 13, dedicado a los requisitos generales para la obtención de información relativa a las propiedades intrínsecas de las sustancias, establece que dicha información se podrá obtener por medios distintos de los ensayos y que, en lo que a toxicidad humana se refiere, la información se obtendrá, en la medida de lo posible, por medios distintos de los ensayos con animales vertebrados. El objetivo de esta norma es reducir los ensayos con animales vertebrados, así como el número de animales afectados. En su artículo 25 se dispone que se realizarán ensayos con animales vertebrados solo como último recurso y será necesario tomar medidas para limitar la duplicación de otros ensayos.

En esta línea se sitúa también el Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativo a los nuevos alimentos, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan el Reglamento (CE) núm. 258/97 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 1852/2001 de la Comisión. Este Reglamento establece en su considerando 32 que, con arreglo a la Directiva 2010/63/UE, deben sustituirse, reducirse o perfeccionarse los ensayos con animales y, por tanto, en el ámbito de aplicación del Reglamento, deberán evitarse, siempre que sea posible, las duplicidades en los ensayos, y se añade que: «Perseguir este objetivo podría reducir posibles motivos de inquietud por el bienestar de los animales y éticos en relación con solicitudes de nuevos alimentos».

2.1.2. En ensayos de productos cosméticos

Además de la regulación general en materia de utilización de animales vivos para fines científicos, nos parece de interés introducir alguna referencia a la normativa relativa a las condiciones y requisitos aplicables en el caso de los ensayos de productos cosméticos en animales⁴⁷².

La primera Directiva en la materia fue la Directiva 76/768/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1976, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de productos cosméticos, modificada en diversas ocasiones⁴⁷³. Mediante el Reglamento (CE) núm. 1223/2009 del Parlamento europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativo a los productos cosméticos, se refunde la Directiva 76/768/CEE y sus posteriores

⁴⁷² Ejemplos de Estados en los que está prohibida la experimentación de productos cosméticos en animales son los siguientes: Guatemala, India, Islandia, Israel, Noruega, Nueva Zelanda, Serbia, Suiza y Turquía.

⁴⁷³ Como recuerda MARTÍNEZ PÉREZ, en principio, la comercialización de productos cosméticos con ingredientes experimentados en animales debería haberse prohibido a partir de 1998, sin embargo, esta prohibición fue aplazada en diversas ocasiones. Finalmente, en virtud de lo previsto en la Directiva 2003/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de febrero de 2003, que modificó la Directiva 76/768/CEE, la experimentación animal para productos cosméticos se prohibió desde septiembre de 2004; desde marzo de 2009 en el caso de ingredientes de productos cosméticos y su comercialización. En lo que respecta a experimentos en materia de toxicidad por administración repetida, toxicidad para la función reproductora y toxicocinética, el plazo máximo para la prohibición de comercialización se demora hasta 2013. En MARTÍNEZ PÉREZ (2012), pp. 5-6.

modificaciones⁴⁷⁴. Dicho Reglamento establece los requisitos para la comercialización de productos e ingredientes cosméticos en la Unión Europea. Su objeto es «lograr un mercado interior para los productos cosméticos, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud humana» (artículo 1). Es una norma sectorial específica del mercado interior que establece las condiciones conforme a las cuales la Unión Europea permitirá la entrada en el mercado interior de productos e ingredientes cosméticos. Su base jurídica se encuentra en el artículo 114 TFUE. El principal requisito para que sea posible la entrada de estos productos es que sean seguros para los seres humanos. El bienestar animal, aun cuando está presente, no es el principal objetivo de esta norma y la prueba evidente de ello es que el Reglamento no prohíbe completamente los ensayos en animales o la comercialización de cosméticos objeto de ensayos en animales⁴⁷⁵.

Con el objeto de garantizar la seguridad de los productos cosméticos, el Reglamento exige una evaluación de la seguridad y la elaboración de un informe (artículo 10) así como la elaboración de un expediente de información sobre el producto que deberá incluir el informe sobre seguridad y también información sobre los experimentos en animales que hayan realizado el fabricante, sus agentes o sus proveedores (artículo 11). Debe incluirse también

⁴⁷⁴ Se deroga la Directiva con efectos del 1 de diciembre de 2010. En principio, la comercialización de productos cosméticos acabados e ingredientes cosméticos que hayan sido experimentados en animales queda prohibida en la Unión Europea desde marzo de 2009 y desde marzo de 2013, para los ensayos en materia de toxicidad por administración repetida, toxicidad para la función reproductora y toxicocinética.

⁴⁷⁵ Véanse, al respecto, las conclusiones del Abogado General, Sr. Michal Bobek, presentadas el 17 de marzo de 2016 en el asunto C-592/14 *European Federation for Cosmetic Ingredients* contra *Secretary of State for Business, Innovation and Skills*, así como la STJUE (Sala Primera) de 21 de septiembre de 2016. Entre los aspectos que nos parecen de interés de las conclusiones del Abogado General, en lo que se refiere al bienestar animal, figuran los siguientes (puntos 20 y 21): «en cuanto atañe a la política de la Unión en materia de ensayos en animales, la Unión reconoce la importancia del bienestar animal. Han de establecerse límites a los ensayos en animales. Esta posición está claramente reflejada en el propio Tratado (artículo 13 TFUE) y en el Derecho secundario (por ejemplo, la Directiva sobre ensayos en animales y el Reglamento sobre cosméticos). (...) Por consiguiente, la Unión ha efectuado una clara declaración de valor, a nivel primario y secundario del Derecho de la Unión, que puede entenderse como una orientación interpretativa. Ahora bien, como ocurre con otros valores, el del bienestar animal no es absoluto. El legislador no ha optado por prohibir por completo los ensayos de animales en la Unión. En cambio, pondera el bienestar animal con otros objetivos, en particular el de protección de la salud humana. La prohibición de comercialización no es más que un ejemplo de esa ponderación en el ámbito de los cosméticos».

cualquier experimento que se haya podido realizar en animales con el objeto de cumplir las exigencias normativas de terceros países.

En este sentido, el artículo 18 del Reglamento prohíbe la introducción en el mercado de la Unión de productos cosméticos (o de ingredientes) que, con objeto de cumplir los requisitos establecidos en dicho Reglamento, hayan sido objeto de ensayo en animales, independientemente de dónde se hayan realizado⁴⁷⁶. No pueden acceder al mercado de la Unión productos cosméticos que pretendan basarse en ensayos en animales, con el objeto de acreditar que cumplen dicho Reglamento. Dicho de otro modo, para que pueda aplicarse la prohibición de comercialización, debe existir un vínculo entre el ensayo en animal y el Reglamento (CE) núm. 1223/2009⁴⁷⁷.

La forma de controlar el cumplimiento de las prohibiciones establecidas en el citado Reglamento es mediante el expediente de información sobre el producto cosmético, que debe conservar la *persona responsable* de la introducción de

⁴⁷⁶ El incumplimiento de la prohibición de comercialización entraña graves consecuencias. El artículo 37 obliga a los Estados miembros a imponer sanciones. En este sentido, el Reino Unido, por ejemplo, ha aprobado el Reglamento de Ejecución sobre productos cosméticos (*Cosmetics Products Enforcement Regulations*) cuyo artículo 12 establece que cometerá un delito, sancionable incluso con pena privativa de libertad, cualquier persona que infrinja aquella prohibición de comercialización.

⁴⁷⁷ Para la interpretación del citado artículo 18 de este Reglamento resulta de interés la STJUE (Sala Primera) de 21 de septiembre de 2016, dictada en el asunto C-592/14, a la que ya nos hemos referido, y, en particular, las conclusiones formuladas por el Abogado General. Según estas, debería entenderse lo siguiente: el artículo 18 no prohíbe la introducción en el mercado de la Unión de productos cosméticos por el mero hecho de que sus ingredientes hayan sido objeto de ensayos en animales, si dichos ensayos han sido realizados fuera de la UE para cumplir los requisitos de terceros países para comercializar dichos productos en estos terceros países. Lo que prohíbe es basarse en los resultados de estos ensayos en animales para pretender su comercialización en Europa, a partir de las fechas límite que establece (11 de marzo de 2009 o 11 de marzo de 2013, según el tipo de ensayo). Esto es, la comercialización de un producto cosmético en la Unión Europea exige demostrar que es seguro para la salud pública. Este requisito no puede acreditarse mediante ensayos en animales.

El Tribunal de Justicia de la UE dictaminó que se puede prohibir la introducción en el mercado de la Unión de productos cosméticos, algunos de cuyos ingredientes hayan sido objeto de ensayos en animales fuera de la Unión para hacer posible la comercialización de esos productos en terceros países, si los datos resultantes de esos ensayos se utilizan para probar la seguridad de esos productos a fin de introducirlos en el mercado de la Unión.

Ahora bien, aunque se hayan realizado los ensayos en animales con el objeto de cumplir otras normativas, si la seguridad del producto se demuestra en base a otros criterios, no se impediría la comercialización en la Unión, de dicho producto ensayado en animales. Como claramente dijo el Abogado General «es evidente que los ensayos en animales de un ingrediente cosmético en terceros países pueden ser compatibles con la comercialización de tal ingrediente en la Unión» (punto 90 de las conclusiones).

dicho producto en la Comunidad⁴⁷⁸. Dicho expediente debe incluir el informe sobre la seguridad del producto cosmético así como información sobre los experimentos en animales que se hayan realizado⁴⁷⁹.

El artículo 35 del referido Reglamento establece la obligación por parte de la Comisión de presentar anualmente un informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los progresos realizados en materia de desarrollo, validación y aceptación de métodos alternativos a la experimentación con animales, sobre los avances de la Comisión en la obtención de la aceptación por parte de la OCDE de los métodos alternativos validados en la UE, sobre los avances en materia de reconocimiento por terceros países de los resultados de los ensayos de seguridad efectuados en la Unión utilizando métodos alternativos y sobre la forma en que las necesidades de las pequeñas y medianas empresas han sido tenidas en cuenta. Este informe también debe hacer referencia al grado de cumplimiento de lo establecido en el artículo 18 del Reglamento (CE) núm. 1223/2009⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ De acuerdo con el artículo 4 del Reglamento (CE) núm. 1223/2009, solo pueden introducirse en el mercado los productos cosméticos para los que se designe una persona física o jurídica como persona responsable en la Comunidad.

⁴⁷⁹ Sobre la información que debe contener dicho expediente, véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a la prohibición de la experimentación con animales y de comercialización y la situación en que se encuentran los métodos alternativos en el ámbito de los cosméticos {COM (2013) 135 final}.

⁴⁸⁰ Una de las cuestiones que acostumbra a aparecer en dicho informe es la existencia de información incompleta en el expediente de información, sobre el producto. Como muestra, puede leerse el *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el desarrollo, la validación y la aceptación legal de métodos alternativos a la experimentación con animales en el ámbito de los cosméticos (2015-2017)* {COM (2018) 531 final} donde se hace constar que los principales problemas detectados en dichos expedientes fue la falta de información sobre los ensayos con animales, sobre las alternativas a estos métodos, o información insuficientemente detallada. El citado Informe da cuenta de algunas de las iniciativas de investigación que se están desarrollando en la UE sobre métodos alternativos a la experimentación con animales, como la iniciativa SEURAT-1 o el programa EU-ToxRisk. Sobre esta cuestión en concreto, el *Informe* concluye lo siguiente: «Se siguen realizando considerables progresos en el desarrollo, la validación y la aceptación legal de los métodos alternativos a la experimentación con animales y la Comisión participa plenamente en todas las fases del proceso. El trabajo se ha centrado, en particular, en el desarrollo de enfoques definidos e integrados para los ensayos y la evaluación que examinen todos los datos de seguridad existentes al evaluar un producto químico; estos se han convertido en una prioridad en los últimos años. No obstante, el nivel actual de métodos alternativos no permite todavía sustituir completamente los ensayos in vivo (con animales) respecto a todos los parámetros toxicológicos en la evaluación de la seguridad de los productos cosméticos. Subsisten ciertos problemas respecto a los parámetros más complejos, para los que se necesita más investigación».

Finalmente, debemos hacer referencia a la Resolución sobre una prohibición a escala mundial para la supresión de la experimentación en animales de productos cosméticos adoptada por el Parlamento Europeo el 3 de mayo de 2018⁴⁸¹. En esta resolución, el Parlamento reconoce que la mayoría de los ingredientes presentes en los productos cosméticos se utilizan en muchos otros productos de consumo o industriales como productos farmacéuticos, detergentes y otros productos químicos, así como alimentos. En estos casos, estos ingredientes, en virtud del marco jurídico existente, básicamente, el Reglamento REACH, pueden haberse experimentado en animales. Pues bien, el Parlamento pide que el Reglamento (CE) núm. 1223/2009 sobre cosméticos, «se utilice como modelo para la introducción a escala internacional de una prohibición de la experimentación en animales de productos cosméticos y una prohibición del comercio internacional de ingredientes y productos cosméticos que hayan sido experimentados en animales, que entrarían en vigor antes de 2023; (... y) que las instituciones de la Unión garanticen la igualdad de condiciones para todos los productos comercializados en el mercado de la Unión, y que velen por que ninguno de ellos haya sido experimentado en animales en un tercer país»⁴⁸².

⁴⁸¹ Resolución del Parlamento Europeo de 3 de mayo de 2018, sobre una prohibición a escala mundial para la supresión de la experimentación en animales de productos cosméticos (2017/2922 (RSP)).

El texto de la Resolución puede consultarse en:
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0202+0+DOC+XML+V0//ES>

⁴⁸² El Parlamento se hace eco de la Encuesta Eurobarómetro Especial 442, publicada en marzo de 2016, en la que el 89% de los ciudadanos de la Unión Europea manifestó estar de acuerdo en que la Unión hiciera más por promover una mayor concienciación de la importancia del bienestar animal a escala internacional; y en la que, un 90% de los encuestados consideró que era importante establecer normas exigentes para el bienestar de los animales, que fueran reconocidas en todo el mundo. En la adopción de dicha resolución, el Parlamento tuvo en cuenta, además, las numerosas peticiones recibidas de ciudadanos que ejercen el derecho sancionado en los artículos 24 y 227 del TFUE y en el artículo 44 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, para pedir que se ponga fin a la experimentación en animales en Europa y en el mundo.

2.2. En el ordenamiento interno

2.2.1. Aspectos de interés en la regulación estatal en relación con la normativa europea

El artículo 20.1.b) CE⁴⁸³ reconoce el derecho de producción y creación científica y técnica. Aunque dicho precepto no menciona expresamente la libertad de investigación, sin duda se encuentra incluida en el derecho de producción y creación científica y técnica⁴⁸⁴. Como todos los derechos, debemos de partir de la base de que el derecho de producción y creación científica y técnica no es absoluto⁴⁸⁵ y que, si consideramos que el bienestar

⁴⁸³ El artículo 20 CE, en su apartado primero, reconoce y protege los siguientes derechos:

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

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

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades».

El apartado segundo del artículo 20 CE establece que: «El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa».

Por otro lado, el artículo 44 CE, en su apartado segundo, dispone que: «Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general».

⁴⁸⁴ En palabras de DOMÉNECH PASCUAL, «la libertad científica comprende la de investigación, que nuestra Constitución no menciona expresamente, así como la de cátedra que, en cambio viene enunciada de manera explícita en su artículo 20.1.c). Abarca las libertades de elegir el objetivo, el objeto y el método de la investigación, así como de comunicar sus resultados. Interesa señalar, asimismo, que son titulares de esta libertad no sólo los científicos profesionales, sino también los "aficionados"». En DOMÉNECH PASCUAL (2004), p. 35.

Señala EMBID TELLO que «la libertad de investigación científica procede, tanto filosófica como jurídicamente, del tronco común de las libertades de pensamiento, expresión y conciencia (...) Las libertades ideológica, de pensamiento y de conciencia son de alguna forma "precondiciones" para la libertad de investigación, mientras que las libertades de expresión y de enseñanza "se siguen" de la misma. Asimismo, buena parte de la doctrina jurídica contempla esta libertad igualmente como un "derecho cultural", en la medida en que se concibe la ciencia en su dimensión creadora, y por lo tanto relaciona al mismo con la libertad de creación artística, con la que comparte no solo artículo constitucional sino oración gramatical y (...) fundamento objetivo. De una o de otra forma, ningún texto constitucional prevé la investigación científica de manera autónoma; en la mayoría de casos aparece como mínimo conjuntamente con la libertad de creación artística, y en los países de tradición jurídica germánica, aparece vinculada a la libertad de enseñanza y al derecho a la educación. Finalmente, en su dimensión comunicativa, la investigación ha de relacionarse igualmente con la libertad de información y de cátedra». En EMBID TELLO (2017), pp. 41-42.

⁴⁸⁵ Téngase en cuenta que el apartado cuarto del artículo 20 CE dispone que: «Estas libertades (las enumeradas en el apartado primero del artículo) tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y,

animal es un bien constitucionalmente protegido⁴⁸⁶ o, si se quiere, si partimos de la base de que es un valor en la Unión Europea⁴⁸⁷, la libertad de investigación podrá hallar como límite, el bienestar animal⁴⁸⁸. Como se ha afirmado ya en alguna ocasión, la experimentación animal -actividad comprendida en el ejercicio de la libertad de investigación- vulneraría el bienestar animal, interés jurídico protegido que justificaría la regulación y limitación del derecho fundamental⁴⁸⁹.

Las normas básicas sobre experimentación de animales se encuentran, en nuestro ordenamiento, en la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio. Esta ley ha sido modificada por la Ley 6/2013, de 11 de junio, para adaptarla a la evolución de los conocimientos en materia de bienestar de los animales y

especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

⁴⁸⁶ Por considerar que forma parte del contenido del medio ambiente del artículo 45 CE o por la vía de integración del principio comunitario del artículo 13 TFUE a través de los artículos 10.2 y 93 CE.

⁴⁸⁷ Recordemos que el artículo 13 TFUE menciona la política de investigación como materia en la que los Estados, al regularla, deberán tener en cuenta el bienestar animal.

⁴⁸⁸ Algunas normas de países de nuestro entorno, junto al valor *bienestar animal* han introducido otro concepto, el de *dignidad* del animal. Es el caso de la Ley federal suiza sobre la protección de los animales de 16 de diciembre de 2005, aplicable a la experimentación, que señala como finalidad de la misma, proteger la dignidad y el bienestar del animal (artículo 1).

Como dice el profesor Jean UNTERMAIER a propósito de dicha ley, la dignidad, hasta ahora, había sido un concepto esencialmente humano. La referencia a la dignidad del animal significa que los investigadores van a tener que sopesar la totalidad de intereses implicados, individualmente, caso por caso. El artículo 3 de la ley suiza define la dignidad en estos términos: «la valeur propre de l'animal, qui doit être respectée pour les personnes qui s'en occupent; il y a atteinte à la dignité de l'animal lorsque la contrainte qui lui est imposée ne peut être justifiée par des intérêts prépondérants; il y a contrainte notamment lorsque des douleurs, des maux ou des dommages sont causés à l'animal, lorsqu'il est mis dans un état d'anxiété ou avili, lorsqu'on lui fait subir des interventions modifiant profondément son phénotype ou ses capacités, ou encore lorsqu'il est instrumentalisé de manière excessive».

El profesor UNTERMAIER, sin querer entrar en el debate sobre los límites del concepto de dignidad, menciona algunos comportamientos de los animales en la vida salvaje que bien podrían ser expresivos de cierta dignidad. Cuenta a este propósito la siguiente anécdota personal. Se encontraba el profesor en el puerto de Lerwick, en Escocia, cuando vio un enorme págalo que estaba comiendo con voracidad un gran trozo de carne. Alrededor de él, unas gaviotas se habían dado cuenta del festín, pero sabiéndose no invitadas, decidieron volverse de espaldas, con aspecto indiferente. De repente el págalo alzó el vuelo y se alejó. En un abrir y cerrar de ojos, las gaviotas se abalanzaron sobre los restos de la comida. Esto es, tal vez, así lo apunta el profesor, la dignidad. Véase UNTERMAIER (2017), pp. 29-30. Sin duda es la indiferencia *frígida* de las gaviotas, al tener que esperar a que el págalo acabe el festín, lo que lleva a dar relevancia al profesor UNTERMAIER, a la mencionada anécdota.

⁴⁸⁹ En AHUMADA CANABES (2006), pp. 362 y ss. Véase, en particular, el capítulo que dedica a los límites derivados de la investigación con animales, pp. 416 y ss.

para ajustarla a la Directiva 2010/63/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2010, relativa a la protección de los animales utilizados para fines científicos, que venimos de comentar.

Existía una distorsión entre la regulación de la Directiva 2010/63/UE y la normativa estatal. Por un lado, respecto al tipo de animales que podían ser utilizados para experimentación, puesto que la Ley 32/2007, en su redacción inicial, no contemplaba a los animales invertebrados. Por otro lado, también en lo referente a la resolución expresa de las solicitudes de autorización de los proyectos. En la actualidad, el redactado de la Ley 32/2007 incluye los animales, proyectos y procedimientos contemplados en la normativa de la Unión Europea o internacional en materia de animales utilizados con fines de experimentación u otros fines científicos, incluyendo la educación y la docencia. Lo que supone incluir algunos animales invertebrados como los cefalópodos. La redacción anterior de la ley española establecía que los centros destinados a la cría, suministro o uso de animales utilizados para experimentación u otros fines científicos, incluida la docencia, debían estar autorizados o inscritos en el correspondiente registro administrativo, con carácter previo al inicio de su actividad. Ahora, la redacción del artículo 7 de la Ley 32/2007, en la modificación de 2013, añade que los procedimientos y los proyectos donde se utilizan animales deben ser regulados, evaluados y autorizados en los términos en que se determine en la normativa de la Unión Europea.

También se ha modificado el régimen sancionador. La redacción original de la letra f) del artículo 14 de la Ley 32/2007 definía como infracción muy grave la realización de un procedimiento sin la autorización correspondiente cuando se utilizasen animales incluidos en el apéndice I del Convenio sobre comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, Convenio CITES. La modificación ha supuesto que ahora la infracción consista en utilizar en procedimientos, animales prohibidos o iniciar o llevar a cabo un procedimiento sin la autorización previa o la evaluación favorable previa en caso de silencio administrativo, del proyecto correspondiente.

Además, se ha añadido una nueva letra, la k), para considerar también infracción muy grave, el iniciar o llevar a cabo procedimientos en condiciones

distintas de las previstas en la autorización del proyecto o incumpliendo los requisitos y obligaciones contenidos en la autorización, cuando se utilicen en dichos procedimientos primates no humanos, animales de especies amenazadas, animales capturados en la naturaleza, vagabundos o asilvestrados⁴⁹⁰.

En lo que se refiere a las infracciones graves, el apartado 2 del artículo 14 de la Ley 32/2007 incluía como tal el reutilizar animales en un procedimiento cuando la normativa aplicable no lo permitiese, o conservar con vida un animal utilizado en un procedimiento cuando lo prohibiese la normativa. Ahora, la letra b) del precepto tipifica como infracción grave, iniciar o llevar a cabo procedimientos en condiciones distintas de las incluidas en la autorización del proyecto o incumpliendo los requisitos, obligaciones o condiciones contenidas en dicha autorización o evaluación favorable, cuando no constituya infracción muy grave. La letra d) del mismo precepto considera infracción grave el incumplimiento de las obligaciones exigidas por las normas de protección animal cuando produzca lesiones permanentes, deformaciones o defectos graves de los mismos, desapareciendo la expresión «en cuanto al cuidado y manejo de los animales» a que se anudaba, en su redacción anterior, las lesiones producidas en los animales. Esto es, la infracción se entendía siempre que las lesiones se hubieren producido con ocasión del cuidado y manejo de los animales. Parece que ahora se ha ampliado⁴⁹¹ el tipo infractor⁴⁹².

⁴⁹⁰ Concretamente, el artículo 14.1.k) de la Ley 32/2007, tipifica como infracción muy grave: «Iniciar o llevar a cabo procedimientos en condiciones distintas de las incluidas en la autorización del proyecto, o en la evaluación favorable del mismo en caso de silencio administrativo, o incumpliendo los requisitos, condiciones y obligaciones contenidos en dicha autorización o evaluación favorable, cuando se utilicen en dicho procedimiento primates no humanos, animales de especies amenazadas incluidas en el Anexo A Reglamento (CE) n.º 338/97 del Consejo de 9 de diciembre de 1996 relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio, animales capturados en la naturaleza, animales vagabundos o asilvestrados».

La Directiva 2010/63/UE permite, con ciertas condiciones, la utilización de animales vagabundos o asilvestrados en procedimientos. La ley española tipifica como infracción muy grave, utilizar animales abandonados en procedimientos, en todo caso, por lo que parecería que no admite ninguna excepción a la prohibición de utilizar animales abandonados.

⁴⁹¹ El artículo 14.2.d) de la Ley 32/2007 en su redacción de 2013, considera infracción grave: «El incumplimiento de las obligaciones exigidas por las normas de protección animal, cuando produzca lesiones permanentes, deformaciones o defectos graves de los mismos».

Finalmente, la disposición adicional tercera relativa al silencio administrativo dispone que en el procedimiento de autorización de proyectos en los que se utilicen animales para experimentación y otros fines científicos, incluyendo la docencia, el vencimiento del plazo máximo para resolver, sin haberse notificado resolución expresa, se entenderá como silencio administrativo negativo, salvo que el proyecto cuente ya con la preceptiva evaluación favorable.

En todo caso, la regulación de la Ley 32/2007 debe completarse con lo establecido en el Real Decreto 53/2013, de 1 de febrero, relativo a las normas básicas aplicables para la protección de los animales utilizados en experimentación y otros fines científicos, incluyendo la docencia. La finalidad de este reglamento es asegurar la protección de los animales utilizados para experimentación y a tal efecto, debe asegurarse que el número de animales utilizados se reduzca al mínimo, que no se les cause dolor, sufrimiento,

⁴⁹² Según establece el artículo 19 de la Ley 32/2007, el ejercicio de la potestad sancionadora corresponderá a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y a la Administración General del Estado en el ámbito de sus respectivas competencias. Las infracciones en materia de experimentación animal deben considerarse incluidas en el ámbito competencial de la Administración del Estado, al menos respecto de aquellas Comunidades Autónomas que no han legislado en la materia. En todo caso, debemos decir que nuestra búsqueda relativa a datos sobre la aplicación del régimen sancionador en esta materia ha resultado infructuosa. El Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente no ofrece datos al respecto. En la memoria de actividades del Ministerio del año 2016, que es la última que aparece publicada, la única mención a los animales de experimentación es la siguiente:

«Sobre los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos, se ha trabajado intensamente para optimizar la calidad de la información recogida en la base de datos Hamelín, que fue objeto de una ponencia como ejemplo de buena práctica dentro del Congreso bienal de la Federación Europea de Asociaciones de Ciencias de Animales de Laboratorio». (Apartado II.G.3 Bienestar animal, p. 166 de la memoria).

El texto completo de dicha memoria puede encontrarse en la página web del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, en el siguiente enlace:

http://www.mapama.gob.es/es/ministerio/servicios/publicaciones/2-actividades_del_ministerio_durante_2016_tcm30-431412.pdf

(Última consulta: 30/04/2018).

Tampoco en los informes anuales relativos a la utilización de animales en investigación que publica el Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, a partir de datos que envían los Departamentos competentes de las Comunidades Autónomas, se recogen datos sobre el incumplimiento de normas en materia de experimentación y posibles expedientes sancionadores incoados. El informe correspondiente a 2016 puede consultarse en:

http://www.mapama.gob.es/ca/ganaderia/temas/produccion-y-mercados-ganaderos/informe-de-uso-de-animales-en-2016_tcm34-429113.pdf

(Última consulta: 30/04/2018).

angustia o daño duradero innecesarios, que se evite la duplicación inútil de procedimientos y que a los animales se les presten los cuidados adecuados.

Las finalidades que podrán perseguir los procedimientos que se lleven a cabo se regulan en el artículo 5 del Real Decreto 53/2013 y son las previstas en el artículo 5 de la Directiva 2010/63/UE. En cuanto a las especies que pueden ser utilizadas en procedimientos debemos destacar que el artículo 21 del reglamento estatal prohíbe, en su apartado primero -con aparente claridad y rotundidad-, la utilización en procedimientos, de gorilas, chimpancés, bonobos y orangutanes. La interpretación de dicho apartado en relación con el resto de los que integran el precepto nos permitiría concluir que en el Estado español no existe una cláusula de salvaguarda, similar a la del artículo 55 de la Directiva 2010/63/UE, que permitiría la experimentación con estos grandes simios⁴⁹³. No nos atrevemos, sin embargo, a realizar ninguna aseveración taxativa en este sentido, a tenor de lo que establece la disposición adicional segunda, primer apartado, del Real Decreto 53/2013. En efecto, según esta disposición, el órgano competente podrá tomar medidas provisionales para permitir excepcionalmente «la utilización de primates para fines que no sean los de evitar, prevenir, diagnosticar ni tratar condiciones clínicas debilitantes o que potencialmente puedan poner en peligro la vida, siempre que no pueda alcanzarse dicha finalidad utilizando otras especies de animales, cuando tenga razones científicamente fundadas para considerar su utilización como esencial». La disposición adicional segunda utiliza el término «primates» en general por lo que no parece claro que no pueda, excepcionalmente, utilizarse grandes simios en determinados procedimientos⁴⁹⁴.

⁴⁹³ Recordemos que el artículo 55.2 de la Directiva 2010/63/UE establece lo siguiente: « En los casos en que un Estado miembro tenga razones fundadas para considerar que es fundamental actuar para la conservación de la especie o en relación con un brote imprevisto de una enfermedad discapacitante o que ponga en peligro la vida de seres humanos, podrá adoptar una medida provisional que permita la utilización de simios antropoides en procedimientos que tengan una de las finalidades indicadas en el artículo 5, letra b), inciso i), letra c) o letra e), siempre que la finalidad del procedimiento no pueda alcanzarse utilizando otras especies que no sean simios antropoides o utilizando métodos alternativos. No obstante, la referencia al artículo 5, letra b), inciso i), no se entenderá en el sentido de que incluye a los animales y las plantas».

⁴⁹⁴ Nos parece sumamente criticable la técnica legislativa que impera especialmente en la normativa que regula el concreto sector de la experimentación animal. La confusión arranca ya de la Directiva 2010/63/UE por lo que fácilmente se comprenderá que la normativa que la implemente o la desarrolle incurrirá en los mismos o parecidos defectos. Se recurre

En general, los procedimientos, según se establece en el artículo 27, se clasifican en función de su severidad, en procedimientos sin recuperación, leves, moderados o severos, de acuerdo con los criterios que contiene la propia norma (anexo IX). Se añade que no se realizarán procedimientos si implican un nivel severo de dolor, sufrimiento o angustia que, probablemente, vaya a ser duradero y que no pueda ser aliviado, a no ser que se considere necesario. Así lo establece la disposición adicional segunda, segundo apartado, sin proporcionar mayor detalle de cuándo debe entenderse que causar dicho dolor puede ser necesario. Concretamente se establece que se podrá permitir excepcionalmente «La realización de un procedimiento, aunque conlleve dolor, sufrimiento o angustia severos para los animales y sea probable que dichos efectos sean duraderos y no puedan ser aliviados, cuando, por razones excepcionales y científicamente fundadas, se considere necesaria la realización de dicho procedimiento». Y, a continuación, se exige que: «2. El órgano competente que decida adoptar una medida provisional de este tipo informará inmediatamente al órgano con competencia en bienestar animal del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente⁴⁹⁵, justificando su decisión y aportando pruebas de la situación que ha motivado la adopción de

frecuentemente a términos imprecisos (angustia severa, dolor necesario...) cuya concreción se reserva para un momento posterior, bien al operador jurídico bien al órgano competente que ha de autorizar el procedimiento, pero sin que consten en la norma los elementos necesarios para que pueda realizarse un control de la legitimidad de la decisión adoptada. Además de la utilización de términos vagos, imprecisos, es constante la remisión a otros apartados de la norma, lo que permite poner a prueba la capacidad de concreción y síntesis del sufrido lector que intenta desentrañar qué está prohibido y qué permitido. La norma dice que prohíbe, pero las excepciones y las salvedades a las prohibiciones, que se encuentran en las correspondientes remisiones, son tantas y de tal alcance que la impresión final es que todo lo que le falta en claridad a la norma se *compensa* en su absoluta flexibilidad para permitir la realización de cuantos procedimientos se consideren necesarios incluso sobre especies que, en principio, estaban excluidas de los mismos.

⁴⁹⁵ Téngase en cuenta que actualmente, el Real Decreto 355/2018, de 6 de junio (BOE núm.138, de 7 de junio de 2018) ha reestructurado los departamentos ministeriales. Por un lado, existe el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y, por otro, el Ministerio para la Transición Ecológica en el seno del cual se adscribe la Secretaría de Estado de Medio Ambiente, que no ostenta competencias específicas en materia de bienestar animal (Real Decreto 864/2018, de 13 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio para la Transición Ecológica, BOE núm. 170, de 14 de julio de 2018). Véase el Real Decreto 904/2018, de 20 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, y por el que se modifica el Real Decreto 595/2018, de 22 de junio, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 176, de 21 de julio de 2018), en particular el artículo 3 relativo a la Dirección General de Producción y Mercados Agrarios que establece que le corresponde a esta Dirección desarrollar las competencias del Departamento en materia de bienestar animal.

aquella. 3. El Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente actuará en consecuencia y dará inmediatamente traslado a la Comisión y a los demás Estados miembros de la citada información y documentación. 4. Así mismo, el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente informará inmediatamente al órgano competente sobre la decisión que, en su caso, tome la Comisión Europea. El órgano competente adoptará inmediatamente las medidas oportunas para dar cumplimiento al contenido de la mencionada decisión».

Finalmente, nos parece de interés el artículo 24 del Real Decreto 53/2013 pues dispone que no deberá realizarse un procedimiento, si la normativa europea reconoce otro método para obtener el resultado perseguido que no implique la utilización de animales vivos.

2.2.2. Regulación de las Comunidades Autónomas

También algunas Comunidades Autónomas han legislado en esta materia⁴⁹⁶. Es el caso de la Comunidad Autónoma catalana que cuenta con la Ley 5/1995, de 21 de junio, de protección de los animales utilizados para experimentación y otras finalidades científicas, modificada por la Ley 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público de Cataluña. Esta norma no se justifica ni en su exposición de motivos ni en ninguna de sus disposiciones en ningún concreto título competencial. Su objeto, según se

⁴⁹⁶ En Andalucía, véase la Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de Protección de los Animales. (BOJA nº 237, de 10 de diciembre de 2003). En Aragón, la Ley 11/2003, de 19 de marzo, de protección animal, de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA nº 35, de 26 de marzo). La Comunidad Valenciana cuenta con el Decreto 13/2007, de 26 de enero, del Consell, sobre protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos. (DOCV 5439, del 30.01.2007). En Cantabria, la Orden de 2 de febrero de 1989, de la Consejería de Ganadería, Agricultura y Pesca, sobre protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos (BOC núm. 36, de 20 de febrero de 1989). En Galicia, la Orden de 15 de septiembre de 2006 por la que se crea el Comité de Bioética de la Conselleria del Medio Rural (DOG núm. 183, de 21 septiembre de 2006). En la Comunidad de Madrid, la Orden de 4 de agosto de 1989 del Consejero de Agricultura y cooperación por la que se dan normas sobre protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos. (BOCM núm. 201, de 24 de agosto de 1989). En Navarra, la Orden Foral de 5 de agosto de 1991, del Consejero de Agricultura, Ganadería y Montes, sobre protección de los animales utilizados en experimentación y fines científicos en la C.F de Navarra (BON núm. 105, de 23 de agosto de 1991). Y, finalmente, en el País Vasco, la Orden de 25 de junio de 1991, del Consejero de Agricultura y Pesca, por la que se dictan normas sobre protección de los animales utilizados para la experimentación y otros fines científicos (BOPV 136, de 4 de julio de 1991).

establece en el artículo 1, es la protección de los animales que van a ser utilizados para finalidades experimentales, científicas o educativas, se dice, con el objeto de evitar que pueda causárseles dolor o sufrimiento injustificados, así como para evitar cualquier duplicación inútil de procedimientos de experimentación y para reducir al mínimo el número de animales utilizados.

Esta norma se promulgó bajo la vigencia de la Directiva 86/609/CEE, de 24 de noviembre, superada hoy por la Directiva 2010/63/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2010. La ley se aplica a cualquier ser vivo vertebrado no humano y se excluyen expresamente las formas fetales y embrionarias⁴⁹⁷, que vayan a utilizarse para alcanzar alguno de los objetivos que enumera el artículo 2⁴⁹⁸.

Merece destacar la prohibición absoluta que contiene la norma catalana de someter a los procedimientos que regula, los perros y gatos vagabundos o que provengan de centros de recogida de animales abandonados. También se prohíbe la utilización de animales salvajes capturados en la naturaleza o en peligro de extinción si bien en estos dos casos se contempla alguna excepción, esto es, si la investigación o experimentación tiene como finalidad la protección

⁴⁹⁷ Vemos pues, que, en este aspecto, no coincide con la regulación de la Directiva 2010/63/UE, aplicable también a cefalópodos y a determinadas formas fetales.

⁴⁹⁸ Esto es: «a.1) La prevención de enfermedades, de alteraciones de la salud o de otras anomalías y de sus efectos en las personas, en los animales vertebrados e invertebrados y en las plantas, incluidos el desarrollo, la producción y las pruebas para comprobar la calidad, la eficacia y la seguridad de medicamentos y alimentos y de otras sustancias o productos que puedan tener incidencia en la salud.

a.2) La diagnosis y el tratamiento de enfermedades, de alteraciones de la salud o de otras anomalías y de sus efectos en las personas, en los animales vertebrados e invertebrados y en las plantas.

b) La evaluación, la detección, la regulación y la modificación de las condiciones fisiológicas en las personas, en los animales vertebrados e invertebrados y en las plantas.

c) La protección del medio ambiente, en interés de la salud o el bienestar de las personas, de los animales o de las plantas.

d) La investigación fundamental y la investigación aplicada.

e) La educación universitaria y la formación profesional específica para el ejercicio de actividades relacionadas con la experimentación en los términos que se establecen en el artículo 12.3.» Ley 5/1995, de 21 de junio (BOE núm. 190, de 10 de agosto de 1995, DOGC núm. 2073, de 10 de julio de 1995).

de estas especies u otros fines biomédicos esenciales y se comprueba que estas especies son las únicas adecuadas para esta finalidad.

Se entiende por procedimiento de experimentación (artículo 10) «la utilización de un animal con finalidades experimentales, científicas o educativas que pueda causarle dolor, sufrimiento, angustia o daños duraderos, incluida cualquier actuación que pueda dar lugar al nacimiento de un animal en las citadas condiciones, pero con exclusión de los métodos menos dolorosos aceptados por la práctica moderna para sacrificar o identificar a los animales». Se prohíbe la realización de estos procedimientos si puede recurrirse a otro método alternativo oficialmente validado por las instituciones o los organismos comunitarios que tengan encomendada esta función, o reconocido de acuerdo con la normativa comunitaria, si permite obtener resultados equivalentes (artículo 12).

Esta norma crea la Comisión de Experimentación Animal, integrada por personas con conocimientos y experiencia en esta materia, cuya finalidad es el asesoramiento y el seguimiento de lo que determina la ley (artículo 20). El precepto legal que crea esta Comisión establece que todos los datos entregados a dicha Comisión en el ámbito de esta ley tienen carácter de dato confidencial⁴⁹⁹.

⁴⁹⁹ Esta mención de la norma no nos parece ética ni acorde con el nuevo enfoque que instaura la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE núm. 295, de 10/12/2013), ni la equivalente en Cataluña, Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE núm. 18, de 21/01/2018). El legislador debería justificar por qué todos los datos que se entreguen a la Comisión deben ser confidenciales. El hecho de que no lo aclare y de que establezca esta prohibición absoluta lleva a que podamos formarnos nuestras propias conclusiones sobre el motivo por el cual se exige dicha confidencialidad. Montserrat UBACH, psicóloga y periodista, ha escrito algún artículo interesante como consecuencia de su paso por la Comisión de Experimentación Animal de la Generalitat de Catalunya, en el que da los siguientes datos respecto del año 2007: «De 241 experimentos (...) la CEA había aprobado 233 (el 97%) en la primera evaluación y los que habían quedado pendientes se aprobaron una vez presentados los datos que faltaban. Consta en cada una de las actas mi manifestación de que la CEA no podía garantizar que los experimentos que autorizaba se realizaban tal como ella misma aprobada, ni tampoco que no fueran repetitivos, ni reiterativos, ni que no hubiera métodos alternativos. De hecho, bastaba una cruz en el NO de la casilla correspondiente con que el solicitante marcaba el protocolo. (...) En una de las reuniones se evaluó un experimento catalogado como "procedimiento educativo". Era el típico experimento que ya aparecía en los manuales de psicobiología en mi época universitaria. Consistía en someter a un grupo de ratas a situaciones límite para ver los efectos del ejercicio físico: se les aplicaba descargas eléctricas, se les forzaba a nadar hasta el agotamiento en un recipiente de cristal, se les provocaban tensiones, pánico, depresiones... hasta que entraban en un estado sicótico. Ante

Otras Comunidades Autónomas lo que han hecho ha sido incluir en la normativa general reguladora de la protección animal, determinadas disposiciones aplicables a los animales objeto de experimentación. Es el caso, por ejemplo, de las Comunidades Autónomas de Aragón y de Andalucía.

La Ley 11/2003, de 19 de marzo, de protección animal de Aragón⁵⁰⁰, recoge reglas concretas respecto de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos, con el objeto de reducir al máximo el dolor y sufrimiento prolongados innecesariamente, siempre que ello no sea incompatible con la finalidad que persigue el procedimiento. La norma aragonesa dedica el Título VI, artículos 51 a 58, específicamente, a la regulación de los animales de experimentación. Nos parece destacable el hecho de que los centros que críen, suministren o utilicen animales de experimentación no tengan la consideración de núcleo zoológico, así como el apartado cuarto del artículo 57 que reconoce que los animales son capaces de tener recuerdos. Concretamente, el precepto dispone que: «todos los animales que, tras un procedimiento, puedan sufrir dolores, sufrimiento, tensión o recuerdo doloroso deberán ser sacrificados por personal autorizado mediante métodos que no causen dolor, estrés o sufrimientos innecesarios, sin que en ningún caso se liberte a un animal de experimentación poniendo en peligro la salud pública, fauna o medio ambiente». Debe decirse, finalmente, que ninguno de los preceptos de la norma, relativos a los animales de experimentación, ha sido modificado desde su redacción inicial.

mi oposición a que la CEA lo aprobara se me impuso la condición de que en el término de cinco días presentara un experimento publicado exactamente igual en metodología y objetivos. Reto imposible si -aparte del poco tiempo- tenemos en cuenta que el propio experimentador reconocía que los anteriores autores habían obtenido buenos resultados con el mismo procedimiento privando de agua al animal durante 48 horas, y lo que él proponía era prolongar este periodo hasta las 72 horas. Por tanto, ya era distinto y, por supuesto, también se aprobó. (...) Todo lo que se refiere a la investigación con animales en Catalunya es confidencial y se desarrolla en la más estricta opacidad. Entendemos que sea ésta la posición que adopta el colectivo experimentador para proteger sus intereses, pero no que el gobierno se posicione en la misma línea y la prime por encima del derecho fundamental de los ciudadanos a la información. Nos guste o no, la experimentación con animales es una actividad legal y regulada. ¿Por qué, pues, este interés en ocultar información que en otros ámbitos es pública y evidente? ¿Por qué no podemos saber, por ejemplo, cuantos centros hay en Catalunya que experimenten con animales, o la procedencia de los primates que llegan a los laboratorios o el número de experimentos que se han realizado sin pasar por la CEA?». En UBACH (2010), pp.52-53

⁵⁰⁰ BOE núm. 96, de 22 de abril de 2003.

La Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de protección de los animales de Andalucía⁵⁰¹, aplicable también a los animales utilizados para experimentación, no dedica, a diferencia de la técnica utilizada por el legislador aragonés, ningún título o capítulo a esta materia, sino que incluye, en diferentes lugares de la ley, disposiciones aplicables a los animales de experimentación. Por ejemplo, el artículo 7 señala que los animales utilizados en experimentación serán objeto de la protección y cuidados previstos en la normativa vigente; que toda actividad experimental con animales que pueda causarles dolor, sufrimiento, lesión o muerte, requerirá autorización de la Consejería competente y que los animales que no puedan desarrollar una vida normal como consecuencia de la experimentación, serán sacrificados de forma rápida e indolora. Por ejemplo, el artículo 28, al referirse a los animales abandonados, prohíbe expresamente que sean cedidos para experimentación. También se incluyen referencias a los animales utilizados para experimentación en la regulación del régimen sancionador de la norma.

Finalmente, otras Comunidades Autónomas, Madrid, Navarra, el País Vasco, por ejemplo, han dictado disposiciones reglamentarias en la materia⁵⁰².

No parece, en todo caso, que el legislador autonómico tenga presente, por el momento, ninguna tarea de adaptación de su normativa a los cambios introducidos en la Unión Europea, lo cual no deja de ser curioso teniendo en cuenta que todas las Comunidades Autónomas han asumido como competencia exclusiva la protección de los animales y, qué duda cabe que la experimentación es una cuestión que incide en dicha competencia. En cualquier caso, nos permitimos aventurar las posibles razones que justificarían esta falta de actividad legislativa. En primer lugar, las especies animales que pueden ser objeto de investigación y las finalidades se encuentran perfectamente tasadas en la normativa europea y también en la estatal, conforme hemos visto. El establecimiento de normas adicionales de protección podría entrar en conflicto con la libertad de investigación e incluso con la libertad de empresa. En este sentido, una regulación restrictiva en solo una

⁵⁰¹ BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 2003.

⁵⁰² Nos remitimos a la nota a pie de página con que se iniciaba este apartado 4.2.2.

parte del territorio estatal podría ser cuestionada desde el punto de vista de su constitucionalidad. Y, sin embargo, no nos parece que ello fuera del todo imposible. Si nos centramos en el legislador andaluz, podemos constatar como su Estatuto de autonomía reconoce como uno de los objetivos básicos de dicha Comunidad Autónoma, la investigación científica⁵⁰³ y la investigación, en general, tiene la consideración de principio rector⁵⁰⁴. Además, se señala que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía, en materia de investigación científica y técnica, la competencia exclusiva con relación a los centros de investigación de la Junta de Andalucía y a los proyectos financiados por ésta y la competencia exclusiva en materia de investigación con fines terapéuticos, sin perjuicio de la coordinación general del Estado sobre esta materia⁵⁰⁵. Por tanto, nada obstaría a que las Comunidades Autónomas, en este caso, la andaluza, fomentase la investigación de medios alternativos a la utilización de animales, por poner un ejemplo.

En segundo lugar, una razón que nos parece poderosa para explicar la falta de actividad legislativa autonómica es, posiblemente, la escasa presión social al respecto. Nuevamente, la falta de transparencia en este concreto sector no ayuda a la formación de una opinión pública que demande a la Administración autonómica una regulación diferente -más proteccionista- que la que dimana del parlamento español o europeo.

3. Reglas a tener en cuenta para la implantación efectiva del bienestar animal en la normativa sobre experimentación

En ninguna de las actividades o formas de utilización de los animales está tan presente el carácter especista como en la experimentación animal, si hacemos salvedad de los animales hacinados en explotaciones ganaderas. El impacto que produce la lectura de las condiciones y efectos de determinados experimentos a que son sometidos los animales no tiene parangón, por la crueldad de muchos de ellos, con ningún otro modo de utilización de los

⁵⁰³ Véase el artículo 10.3.11º de la LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE núm. 68, de 20 de marzo de 2007).

⁵⁰⁴ En el artículo 37.1.13º del EAA.

⁵⁰⁵ Véanse los artículos 54 y 55 EAA, respectivamente.

animales por los seres humanos⁵⁰⁶. Aunque se utilicen eufemismos tales como *procedimientos* para designar estas prácticas, o se sustituya la expresión fines de *experimentación animal* por fines científicos, la realidad es la que es. En y sobre los animales se ensayan armas, medicamentos, cosméticos, productos de limpieza del hogar, en la mayoría de los casos, sin que ello se traduzca en ningún beneficio humano.

A pesar de que nuestro criterio sería el de abogar por la prohibición de cualquier tipo de experimentación en animales que les provoque daño o sufrimiento, somos conscientes de la imposibilidad hoy por hoy de alcanzar esa meta. Vamos a intentar, por tanto, exponer qué concretos ámbitos o aspectos de la regulación en la materia deberían ser implementados de forma diferente a cómo se hace hoy. Debemos tener en cuenta que, en la actualidad, todos los textos normativos que regulan la experimentación animal invocan el valor bienestar animal como objetivo de los mismos. Hagamos pues que esto sea realidad y no una mera invocación vacua que es lo que es, en la realidad.

El profesor LAFONT resume claramente las claves que permitirían armonizar el bienestar animal con la libertad de investigación: existencia de un fin científico relevante, utilización del mínimo número posible de animales, evitación de sufrimientos innecesarios y prohibición de repetición inútil de experimentos y, finalmente, utilización de medios alternativos⁵⁰⁷.

Partiendo de la síntesis realizada por LAFONT, concluimos nosotros que, la puesta en práctica de esas claves que cita, exigiría aplicar las siguientes reglas:

- La experimentación con animales debe ser la excepción.

Ya hemos visto que esto no es exactamente así. No sirve de nada construir unas normas que proclaman la prohibición de la experimentación en animales cuando a continuación se enumeran una larga lista de excepciones que hacen invertir la regla o se introduce una cláusula de salvaguarda. Sería preferible indicar expresamente en qué concretos

⁵⁰⁶ Véase MOSTERÍN (2014), pp. 229 a 257.

⁵⁰⁷ Véase LAFONT NICUESA (2006), p. 365.

supuestos es permisible la experimentación con animales y sobre qué concretas especies.

Cuesta creer que en el estado actual del conocimiento y de la ciencia, no exista otro modo de obtener información si no es utilizando animales en los laboratorios o en centros de experimentación. Las normas que han sido examinadas en esta parte del trabajo incluyen referencias a la necesidad de utilizar otros métodos, distintos de los ensayos con animales⁵⁰⁸. Cumplamos esta necesidad y si es preciso, increméntense los recursos públicos para la investigación en métodos alternativos, porque ello redundará en beneficio para los seres humanos. Algunas asociaciones defensoras de los animales destacan como argumento para abolir la experimentación animal, las diferencias fisiológicas entre los seres humanos y algunos de los animales utilizados, para resaltar que los resultados de determinados experimentos en animales no son extrapolables a los seres humanos sin incurrir en error⁵⁰⁹. Tratándose de medicamentos -que sería tal vez la finalidad respecto de la cual la sociedad admitiría más fácilmente la investigación en animales- no es suficiente con probar el producto en animales. Siempre será necesario comprobar su eficacia y seguridad con seres humanos. Por ello, es muy posible que muchos de los experimentos a que se someten los animales sean completamente inútiles. Lo que nos lleva a enunciar la siguiente regla.

- No deben realizarse experimentos inútiles, tal y como proclama ya la legislación vigente.

En ocasiones aparecen en la prensa noticias que ponen en cuestión la necesidad de realizar según qué tipos de experimentos. Es el caso, por ejemplo, de algunos de los encargados y financiados por empresas alemanas del sector del automóvil en las que participaron personas y primates no humanos. Los estudios fueron realizados en Estados Unidos y

⁵⁰⁸ Por ejemplo, cultivos de órganos, algoritmos matemáticos...

⁵⁰⁹ Resultan de interés, a estos efectos, las pp. 72 a 75 de DESMOULIN-CANSELIER, op. cit., donde se hace referencia a diferentes iniciativas ciudadanas y de asociaciones de especialistas en medicina o de científicos, contra la presunción de utilidad de la experimentación animal.

en Alemania y consistieron en exponer a las sustancias contaminantes que emiten los motores diesel, a personas y a monos macacos. Las personas, es de suponer que pudieron elegir libremente someterse a dicha exposición. No es el caso de los monos. Desde el punto de vista científico, Lluís Montoliu, investigador del CSIC en el Centro Nacional de Biotecnología, se manifestó claramente en contra de dichos experimentos por su inutilidad, puesto que ya conocemos que las partículas que emiten los motores diésel son perjudiciales para la salud y, en este sentido, hubiera sido más beneficioso destinar los recursos económicos que exigían dichos experimentos, a reducir las emisiones⁵¹⁰. Además, según se publicó en diversos medios de comunicación, entre ellos, en el New York Times, los resultados de los ensayos nunca fueron revelados, de manera que tampoco se supo qué les sucedió a las personas y, mucho menos, a los monos macacos⁵¹¹.

- Necesaria aplicación de reglas de transparencia.

Uno de los problemas que acompañan la cuestión de la experimentación con animales es la falta de transparencia en la materia. Esto permite deducir que tras las puertas de los centros que se dedican a estas prácticas se esconden verdaderos campos de tortura y que los supuestos beneficios obtenidos para el ser humano no son tales. O mejor dicho, los beneficios lo son para determinados grupos o lobbies económicos. El interés por mantener la opacidad permite presuponer que, si la opinión pública conociera lo que se lleva a cabo en estos centros y para qué sirve lo que se hace a los animales, es muy posible que se generase alarma social que justificase un cambio de paradigma y una modificación del status quo⁵¹².

⁵¹⁰ Puede leerse la noticia y las manifestaciones del científico en:
<http://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/ciencia/2018/01/31/5a708766e2704e6a4c8b45bd.html>.
(Última consulta realizada: 16/04/2018).

⁵¹¹ Puede consultarse la información aparecida en el New York Times:
<https://www.nytimes.com/2018/01/25/world/europe/volkswagen-diesel-emissions-monkeys.html>
(Última consulta realizada: 16/04/2018).

⁵¹² La profesora Fabiola LEYTON aboga por aumentar el conocimiento de la sociedad y hacer transparente la labor de científicos y técnicos. Debe conocerse cómo se producen los procedimientos, los productos y es importante recalcar que no toda la investigación con animales se realiza con finalidades superiores o altruistas. Las empresas farmacéuticas

Posiblemente, esta es la razón por la que los intereses económicos que hay detrás de esta industria lucharán con denuedo para que la sociedad no disponga de toda la información. Los intereses de laboratorios, farmacéuticas y multinacionales priman por encima del derecho de la sociedad de conocer qué se está haciendo en realidad en los centros de experimentación animal y para qué sirven muchos de los impuestos con que los mismos se financian⁵¹³.

En un Estado democrático y de Derecho, cualquier norma que regula determinado sector o materia exige que la totalidad de intereses implicados sean sopesados y que quienes representan todos los intereses en conflicto, sean oídos. No puede tener suficiente legitimidad democrática ninguna norma que se adopta de espaldas a la opinión pública, ignorante esta de lo que supone y de las consecuencias que tiene su aplicación. Es necesario, pues, que la opinión pública conozca qué tipos de experimentos con

únicamente costean las investigaciones que van a redundar en su beneficio y dejan de lado aquellas que afectan a sectores empobrecidos de la población. La investigación militar, que prueba en animales armas que después utilizará en seres humanos, está claro que no redundará en ningún beneficio para el ser humano. En LEYTON (2015, I), p. 324-325.

⁵¹³ La Confederación de Sociedades Científicas de España (COSCE) presentó en septiembre de 2016 un documento llamado «Acuerdo de transparencia sobre el uso de animales en experimentación científica en España» con el objetivo, según se señalaba, de establecer vías de comunicación entre la comunidad científica y la sociedad sobre cuándo, cómo y por qué se utilizan animales en experimentación y los supuestos beneficios que ello conlleva. Más de 80 instituciones, según informa la propia COSCE, han suscrito dicho documento, entre ellas, el CSIC, la Universidad Autónoma de Madrid, la Universidad de Barcelona, diversos centros de investigación, empresas y hospitales. El documento contiene cuatro compromisos: el primero, «hablar con claridad sobre cuándo, cómo y por qué se usan animales en investigación»; el segundo, «proporcionar información adecuada a los medios de comunicación y al público en general sobre las condiciones en las que se realiza la investigación que requiere el uso de modelos animales y los resultados que de ella se obtienen»; el tercero, «promover iniciativas que generen un mayor conocimiento y comprensión en la sociedad sobre el uso de animales en investigación científica»; y, el cuarto, «informar anualmente sobre el progreso y compartir experiencias».

En nuestra opinión, cualquier iniciativa que persiga dotar de mayor transparencia este ámbito debe ser bien recibida siempre que persiga sacar a la luz las verdaderas finalidades de los experimentos y sus resultados y no tanto intentar convencer a la opinión pública de la necesidad de realizarlos. La transparencia significa poner en disposición de la sociedad datos objetivos, concretos y claros para que pueda formar su propio criterio sobre la necesidad o no de seguir utilizando animales para experimentación.

Puede consultarse el texto íntegro del documento en la página web de la COSCE, en la siguiente dirección:

http://www.cosce.org/pdf/Acuerdo_Transparencia_COSCE_2016.pdf

(Última consulta realizada: 20/04/2018).

animales se llevan a cabo en nuestro país, sus finalidades y resultados, así como también cuantos centros hay dedicados a este tipo de actividades.

- Velar porque la representatividad de las asociaciones protectoras de animales en los órganos que informan o autorizan procedimientos sea efectiva.

Una de las formas de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos es mediante su incorporación en la estructura de órganos administrativos. Esta participación, llamada orgánica, constituye junto a la funcional, un medio por el que los ciudadanos pueden jugar cierto papel en la toma de decisiones⁵¹⁴. Pues bien, en los procesos de decisión relativos a la autorización de procedimientos y, en particular, para determinar cuándo un experimento es inútil, deberían estar representados en las comisiones de experimentación animal o en los comités éticos que asisten al órgano autorizante, todos los sectores implicados, en proporción suficiente para que la presencia de quienes representan los intereses de los animales no sea inexistente o meramente testimonial. Sucede frecuentemente que, quienes están representados en estos órganos de participación son los grupos más poderosos o los representativos de determinados intereses que, por supuesto, no son los de los animales.

⁵¹⁴ Seguimos aquí al profesor RUIZ DE APODACA, quien, en un artículo dedicado a la participación orgánica en materia ambiental, destacó que: «la idea de participación de los ciudadanos subyace dentro de todo el texto constitucional que señala que la soberanía reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2), que corresponde a los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política (art. 9.2), que reconoce como derecho fundamental la participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos (art. 23.1) y el derecho de participación en la elaboración de disposiciones administrativas y actos administrativos (art. 105.1 y 3). El creciente interés social por los problemas medioambientales se ha visto reflejado en convenios internacionales y en la actual Unión Europea impulsando y favoreciendo el desarrollo de normas que favorezcan y garanticen la participación ciudadana en este ámbito. La divulgación de la información y una mayor participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones resultan fundamentales para la protección del medio ambiente». En RUIZ DE APODACA (2006), pp. 94-95.

Este autor sintetiza claramente las dos últimas reglas que estamos exponiendo ahora: necesidad de transparencia (información) y necesidad de incrementar la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones relativos a experimentación animal.

En definitiva, la implantación efectiva del conjunto de reglas expuestas no exigiría ni siquiera un cambio normativo sustancial porque todas ellas van dirigidas a hacer realidad lo que la norma ya impone hoy día. No obstante, sería recomendable su introducción expresa, como principios generales, en cualquier norma que abordase la investigación en animales, especialmente, en la legislación estatal. Estos principios no harían otra cosa que plasmar por escrito las reglas que ya se derivan de la Directiva 2010/63/UE actualmente en vigor.

CAPÍTULO VI. LA UTILIZACIÓN DE LOS ANIMALES PARA CONSUMO HUMANO

1. Cuestiones preliminares

La propiedad privada sobre los animales, derivada de su condición de cosa⁵¹⁵, se manifiesta, entre otras formas, en su utilización para la obtención de productos destinados al consumo humano. Los animales se utilizan para alimentación, humana y de otros animales, y de ellos se obtienen también los más variados productos, desde ropa, calzado, accesorios o jabón. La utilización de animales domésticos para estas finalidades no es exclusiva de nuestra sociedad actual. Desde que el ser humano dejó de ser cazador nómada y apareció la agricultura, algunos animales fueron domesticados con la finalidad de asegurarse suministro de carne y la obtención de prendas con que hacer frente al frío. En cambio, lo que sí constituye algo propio de nuestra sociedad es la aplicación de los avances en la industria y la tecnología para conseguir, en el mínimo tiempo posible y con el menor coste, gran cantidad de animales destinados a nuestra alimentación. Es propio de nuestra sociedad la concentración de animales en espacios reducidos, a los que se priva de poder desarrollarse conforme a su especie y a sus necesidades fisiológicas⁵¹⁶ y a los que, en ocasiones, incluso se somete a grandes padecimientos⁵¹⁷.

En este apartado del trabajo vamos a dedicar nuestra atención a la normativa que se ha ido aprobando con la finalidad de incluir aspectos de bienestar animal en la forma de producción, cría y comercialización de los animales que son utilizados para las finalidades antes descritas. Podemos anticipar que, de

⁵¹⁵ Véase el apartado 2 del Capítulo I de este trabajo, donde hacemos referencia al tratamiento de los animales como cosa, por el Derecho.

⁵¹⁶ La denuncia de las condiciones en que se han criado los animales destinados al consumo humano no es algo exclusivo de nuestra sociedad actual. El escritor Daniel Defoe (1660-1731) ya criticó el método de obtención de carne animal de su época y la forma de engordar a los animales mediante dietas no apropiadas con el objeto de que la carne tuviera un sabor especial. En la misma época se cuestionó también la crianza de pollos de forma que apenas pudieran ver la luz del sol. Para más datos al respecto, puede leerse BOURDON (2003), p. 222.

⁵¹⁷ Nos referimos, por ejemplo, a la sobrealimentación de los gansos que son obligados a tragar enormes cantidades de maíz engrasado para que su hígado enferme y así obtener foie gras; o a la corta del pico de pollos recién nacidos con un cuchillo al rojo vivo para evitar después episodios de picado de plumas. Sobre estas y parecidas prácticas, puede encontrarse más información en MOSTERÍN (2014), pp. 137 y ss.

la misma manera que ocurre en otros sectores normativos que ya hemos examinado, la regulación de las condiciones de los animales en las explotaciones ganaderas, a partir de la normativa de la Unión Europea, ha primado razones económicas y de protección de la competencia, por encima de cuestiones estrictamente de protección o bienestar animal. Dicho de otro modo, la razón que explica la introducción de determinadas medidas de bienestar animal ha sido la necesidad de garantizar un mínimo común denominador en las políticas agrarias y ganaderas de todos los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, hoy de la Unión Europea. Se comprende fácilmente que un Estado (o un productor) que adopte unas medidas de protección más estrictas en el trato de los animales en las explotaciones ganaderas, se va a situar en una posición de desventaja respecto a aquel otro país, o productor, con menor sensibilidad.

Aun así, debe reconocerse que las normas que han ido incorporando medidas tendentes a incrementar el bienestar animal han permitido mejorar, al menos desde un punto de vista teórico, las condiciones en que se crían y comercializan los animales⁵¹⁸. El concepto de bienestar animal aplicado a los animales en las explotaciones ganaderas es reciente y estamos asistiendo, poco a poco, a un proceso de elaboración progresiva de una legislación protectora en la materia.

2. Condiciones de los animales en las explotaciones ganaderas

2.1. En el Derecho de la Unión Europea

En el seno de la Unión Europea, la regulación de las condiciones de los animales en las explotaciones ganaderas ha ido de la mano de la regulación de la política agraria común. Desde luego, en sus inicios, el bienestar animal no

⁵¹⁸ Hay autores que opinan lo contrario. Según Gary FRANCIONE, estas normas no sirven para disminuir el sufrimiento de los animales sino más bien para incrementarlo: «Hemos tenido leyes de bienestar animal durante casi doscientos años, y estamos explotando más no humanos en la actualidad que en cualquier momento de la historia humana. (...) Algunas de las formas más espantosas de explotación animal, incluyendo la ganadería intensiva o lo que se denomina "ganadería industrial" se han desarrollado en los últimos cien años -cuando afirmábamos haber abrazado una idea más ilustrada sobre el estatus moral de los no humanos y de nuestras obligaciones morales y legales hacia ellos». Este autor propone dar un paso más allá de Bentham y abolir el estatus de propiedad de los seres humanos sobre los animales. Véase FRANCIONE (2007), pp. 23 y 35.

fue objeto de preocupación ni de interés, centrada más bien la Comunidad Económica Europea en incrementar la productividad⁵¹⁹. El Tratado de Ámsterdam marcará el punto de inflexión al pasar el animal a ser considerado como un ser sensible siendo, en particular, el artículo 13 del TFUE el precepto fundamental en la materia⁵²⁰.

La regulación de las condiciones de los animales en las explotaciones ganaderas supone, siguiendo al profesor Christophe MAUBERNARD, la necesidad de realizar un análisis de la materia desde un punto de vista horizontal y desde un punto de vista sectorial. En su dimensión horizontal, la regulación normativa incluiría los principios comunes de aplicación al conjunto de animales utilizados en la ganadería; en su dimensión sectorial, las normas específicas para cada una de las categorías de los diferentes animales (vacas, cerdos, gallinas, etc.) así como las relativas a materias como transporte y sacrificio⁵²¹. Este es el orden que vamos a seguir al abordar el estudio de las principales disposiciones aplicables a los animales en las explotaciones ganaderas.

2.1.1. Disposiciones comunes

La Directiva 98/58/CE, del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la protección de los animales en las explotaciones ganaderas, fue elaborada sobre la base del Convenio Europeo de protección de los animales en explotaciones ganaderas, hecho en Estrasburgo el 10 de marzo de 1976⁵²² y contiene las normas generales relativas a la protección de los animales, independientemente de su especie, criados para la producción de alimentos,

⁵¹⁹ El animal de ganadería es considerado, en ese momento, como un simple producto alimentario e industrial. Un producto que debía confinarse, alimentar, engordar, transportar y matar, de la manera más rentable y eficaz posible desde el punto de vista económico. Un producto que servía para alimentar al ser humano y a otros animales, que podía servir de combustible, en definitiva, una simple mercancía. Véase al respecto MAUBERNARD (2017), pp. 35-36.

⁵²⁰ Nos remitimos, especialmente, al apartado 3 del Capítulo II de este trabajo.

⁵²¹ En MAUBERNARD (2017), p. 36.

⁵²² El Instrumento de Ratificación del Convenio por nuestro país fue publicado en el BOE núm. 259, de 28 de octubre de 1988.

lana, pieles, cuero u otros fines ganaderos. Se aplica también a los peces, reptiles y anfibios⁵²³.

En vigor desde el 8 de agosto de 1998 -con la obligación por parte de los Estados miembros, de incorporarla a su ordenamiento antes del 31 de diciembre de 1999-, esta Directiva no define el bienestar animal ni da unas pautas sobre lo que debe entenderse por tal. Como señala Christophe MAUBERNARD, sus disposiciones ponen el acento en las obligaciones procedimentales de la Comisión, de los Estados miembros o de los titulares de explotaciones ganaderas. Constituye, más bien, una directiva marco, de manera que la protección animal se logra a través de la legislación específica o sectorial que la implementa⁵²⁴, a la que luego nos referiremos. Ha sido transpuesta al ordenamiento español mediante el Real Decreto 348/2000, de 10 de marzo⁵²⁵.

2.1.2. En función de la especie

El estudio de la regulación normativa dictada en el seno de la Unión Europea, en su dimensión sectorial, nos lleva a diferenciar, por un lado, entre las diferentes especies de animales que cuentan con normas mínimas de

⁵²³ Todos los Estados miembros han ratificado el Convenio Europeo de protección de los animales en las explotaciones ganaderas del Consejo de Europa, integrado en el Derecho de la Unión por la Decisión 78/923/CEE del Consejo. Los principales artículos de dicho Convenio se refieren a la estabulación, alimentación y cuidados adecuados a las necesidades de los animales.

⁵²⁴ El profesor MAUBERNARD afirma que la Directiva 98/58/CE representa una pobre contribución a la configuración de un auténtico estatuto jurídico de los animales en las explotaciones ganaderas. Las medidas de protección más efectivas se encuentran en la legislación que desarrolla las exigencias específicas de la Directiva 98/58/CE. Es el caso, por ejemplo, del Reglamento (CE) núm. 178/2002, del Parlamento y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria. La salud y el bienestar animal han sido elevados aquí al rango de objetivos generales de la legislación alimentaria europea. Es el caso, también, del Reglamento (UE), núm. 2016/429 del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativo a las enfermedades transmisibles de los animales y por el que se modifican o derogan algunos actos en materia de sanidad animal. Este Reglamento, en su apartado séptimo, señala que no contiene «disposiciones que regulen el bienestar animal. No obstante, la salud y el bienestar de los animales están relacionados: una mejora de la salud animal fomenta la mejora del bienestar animal y viceversa. Cuando se lleven a cabo medidas de prevención y control de enfermedades de acuerdo con el presente Reglamento, deberá considerarse su efecto sobre el bienestar animal, entendido a la luz del artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), con el objeto de evitar a los animales en cuestión todo dolor, inquietud y sufrimiento evitables». Véase MAUBERNARD, op. cit., pp. 38-39.

⁵²⁵ BOE núm. 61, de 11 de marzo de 2000. Este reglamento fue modificado por Real Decreto 441/2001, de 27 de abril de 2001, BOE núm. 114, de 12 de mayo de 2001.

aplicación en materia de bienestar animal y, por otro lado, a repasar las disposiciones dictadas en materia de transporte, comercialización y sacrificio de animales.

Esto significa que habremos de distinguir la normativa en función de la especie que regula, esto es, gallinas ponedoras, pollos de engorde, terneros y cerdos. Los conejos, a pesar de que ocupan el segundo lugar entre las especies de animales que se crían en la Unión Europea, no cuentan hasta el momento con regulación específica que contemple unas mínimas normas exigibles de bienestar animal⁵²⁶.

En este sentido, la primera directiva a la que debemos hacer referencia es la Directiva 86/113/CEE, de 25 de marzo de 1986, por la que se establecen las normas mínimas relativas a la protección de las gallinas ponedoras en batería⁵²⁷. Fue sustituida por la Directiva 1999/74/CE, del Consejo, de 19 de julio de 1999, por la que se establecen las normas mínimas de protección de

⁵²⁶ El Parlamento Europeo, mediante su Resolución de 14 de marzo de 2017, sobre las normas mínimas para la protección de los conejos de cría, animó a la Comisión a que elaborara una hoja de ruta para el establecimiento de normas mínimas y sostenibles económicamente para la protección de los conejos de cría, que debía consistir en la elaboración de directrices que incluyesen buenas prácticas y normas sobre bienestar animal, una recomendación de la Comisión en la que se tomasen en consideración las medidas nacionales existentes y que contuviera propuestas para un enfoque común de la Unión, en lo que respecta a la salud, el bienestar y el alojamiento de conejos y, dentro del plazo apropiado, una propuesta legislativa sobre normas mínimas para la protección de los conejos de granja. Pidió, igualmente, a la Comisión que se sirviera de las pruebas y los resultados científicos como base al proponer medidas en materia de requisitos sobre el alojamiento para la cría de conejas reproductoras y de conejos destinados a la producción de carne, prestando atención a las necesidades fisiológicas y al comportamiento de los animales. Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre las normas mínimas para la protección de los conejos de cría (2016/2077(INI)). Puede encontrarse en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2017-0077&language=ES&ring=A8-2017-0011>.

(Última consulta realizada: 9/04/2018).

⁵²⁷ Para dar cumplimiento a dicha Directiva, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación aprobó la Orden de 21 de octubre de 1987 por la que se establecían normas mínimas para la protección de las gallinas ponedoras en batería. Según esta norma cada gallina ponedora alojada en batería debería disponer de al menos 450 cm de superficie útil, medida en el plano horizontal y la altura de las jaulas debía ser de 40 cm en el 65 por 100 de su superficie y nunca menos de 35 cm en ningún otro punto. Se establecía que en el caso de que hubiera iluminación artificial, las aves deberían poder beneficiarse todos los días de un periodo de reposo apropiado, en el transcurso del cual se debería reducir la intensidad de la luz (BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1987). Esta Orden fue derogada por el Real Decreto 3/2002, de 11 de enero, por el que se establecen las normas mínimas de protección de las gallinas ponedoras (BOE núm. 13, de 15 de enero de 2002), una vez sustituida la Directiva 86/113/CEE, por la Directiva 1999/74/CE, del Consejo, de 19 de julio.

las gallinas ponedoras. Esta última modificó de modo significativo las condiciones de cría de estos animales al prohibir las jaulas no acondicionadas⁵²⁸ a partir del 1 de enero de 2003. Fue transpuesta al ordenamiento interno a través del Real Decreto 3/2002, de 11 de enero, por el que se establecen las normas mínimas de protección de las gallinas ponedoras⁵²⁹.

En el caso de los pollos de engorde, debe tenerse en cuenta la Directiva 2007/43/CE, del Consejo, de 28 de junio, por la que se establecen las disposiciones mínimas para la protección de los pollos destinados a la producción de carne. Esta norma comienza haciendo referencia al Protocolo sobre la protección y el bienestar de los animales anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, así como a la Directiva 98/58/CE, a la que antes nos hemos referido. A continuación, señala que es necesario establecer disposiciones comunitarias para la protección de los pollos destinados a la producción de carne, para evitar distorsiones de la competencia que pudieran interferir en un funcionamiento adecuado del mercado común⁵³⁰. Por tanto, bienestar animal y correcto funcionamiento del mercado común son los dos objetivos que tiene presente el legislador comunitario. En este sentido y, en lo que respecta al bienestar animal, debe llamarse la atención sobre el hecho de que la Directiva se apoya en dictámenes científicos elaborados así como en la experiencia adquirida a la hora de justificar sus disposiciones⁵³¹. En particular, menciona en sus considerando un informe del Comité científico sobre salud y

⁵²⁸ Esto es, aquellas jaulas que no cumplían las condiciones mínimas establecidas en el Anexo (no disponer al menos de 550 cm² de superficie de jaula por gallina, una altura mínima de 40 cm, etc.).

⁵²⁹ BOE núm. 13, de 15 de enero de 2002. Este reglamento fue modificado posteriormente por el Real Decreto 773/2011, de 3 de junio de 2011, BOE núm. 133, de 4 de junio de 2011.

⁵³⁰ Para completar la finalidad de bienestar animal que dice perseguir la norma, se remite expresamente al Reglamento (CE) núm. 854/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por el que se establecen normas específicas para la organización de controles oficiales de los productos de origen animal destinados al consumo humano. También, al Reglamento (CE) núm. 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre los controles oficiales efectuados para garantizar la verificación del cumplimiento de la legislación en materia de piensos y alimentos y la normativa sobre salud animal y bienestar de los animales.

⁵³¹ Véanse, en particular, los considerandos 4, 13 y 14 de la Directiva 2007/43/CE, del Consejo, de 28 de junio.

bienestar animal (SCAHAW) de 21 de marzo de 2000⁵³², en el que se llega a la conclusión que el crecimiento rápido de los pollos de engorde se compadece mal con un nivel satisfactorio de bienestar animal y que los efectos negativos de las altas densidades de animales se reducen cuando se dan buenas condiciones climáticas.

La Directiva 2007/43/CE ha sido traspuesta al ordenamiento español a través del Real Decreto 692/2010, de 20 de mayo, por el que se establecen las normas mínimas para la protección de los pollos destinados a la producción de carne,⁵³³ de aplicación a todas las granjas de producción de más de 500 ejemplares, salvo que se trate de cría extensiva, en libertad o ecológicas.

En el caso de los terneros, la primera directiva adoptada fue la Directiva 91/629/CEE, del Consejo, de 19 de noviembre, relativa a las normas mínimas de protección de terneros, traspuesta al ordenamiento interno mediante el Real Decreto 1047/1994, de 20 de mayo⁵³⁴. Dicha Directiva fue sustituida después por la Directiva 2008/119/CE, de 18 de diciembre, sobre normas mínimas de protección de terneros. En los considerandos de esta Directiva se alude tanto al objetivo de bienestar animal como al de asegurar el correcto funcionamiento del mercado interior. Por un lado, el legislador comunitario señala que los terneros son parte integrante de la agricultura, constituyen una fuente de ingresos y las diferencias que pueden falsear las condiciones de competencia perjudican al correcto funcionamiento del mercado común. Por otro, se añade que deben fijarse las normas mínimas comunes para la protección de los terneros de cría y de engorde para garantizar un desarrollo racional de la producción. La Directiva tiene en cuenta, asimismo, los datos científicos disponibles que ponen de manifiesto que los terneros deben beneficiarse de un entorno que se ajuste a sus necesidades en cuanto especie

⁵³² The Welfare of Chickens Kept for Meat Production (Broilers). Report of the Scientific Committee on Animal Health and Animal Welfare Adopted 21 March 2000.

El texto íntegro del informe puede consultarse en:

https://ec.europa.eu/food/sites/food/files/safety/docs/sci-com_scah_out39_en.pdf

(Última consulta realizada: 23/04/2018).

⁵³³ BOE núm. 135, de 3 de junio de 2010.

⁵³⁴ BOE núm. 161, de 7 de julio de 1994; posteriormente sería modificado por el Real Decreto 229/1998, de 16 de febrero (BOE núm. 41, de 17 de febrero de 1998) y por el Real Decreto 692/2010, de 20 de mayo (BOE núm. 135, de 3 de junio de 2010).

que vive en rebaños y que, por tanto, necesita el contacto con otros ejemplares de su especie, así como espacio para ejercicio físico. Se establece, además, que la Comisión deberá continuar las investigaciones científicas sobre las formas de cría que permitan garantizar mejor el bienestar de los terneros.

En el caso de los cerdos, debemos mencionar en primer lugar la Directiva 91/630/CEE, del Consejo, de 19 de noviembre, relativa a la protección de cerdos, transpuesta al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto 1048/1994, de 20 de mayo, sobre normas mínimas para la protección de cerdos.⁵³⁵ Esta Directiva fue modificada mediante la Directiva 2001/88/CE, de 23 de octubre, que la deroga, a partir de un dictamen del Comité Científico Veterinario de 30 de septiembre de 1997 en el que se señalaba que los cerdos debían vivir en un entorno ajustado a sus necesidades y comportamiento y que la limitación de su espacio comprometía su bienestar⁵³⁶. El esfuerzo de cohesión dichos aspectos relativos al bienestar animal junto con factores sanitarios, económicos, sociales y de impacto ambiental dio como resultado la mencionada Directiva 2001/88/CE⁵³⁷, actualmente en vigor. La Directiva 2001/88/CE, del Consejo, de 23 de octubre y la Directiva 2001/93/CE, de la Comisión, de 9 de noviembre, han sido incorporadas al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto 1135/2002, de 31 de octubre⁵³⁸, actualmente en vigor.

Al lado de estas normas específicas, la completa regulación de las condiciones de los animales destinados a la obtención de productos para consumo humano y ubicados en explotaciones ganaderas exige que tengamos en cuenta

⁵³⁵ BOE núm. 161, de 7 de julio de 1994. Téngase en cuenta que se trata de una disposición hoy derogada.

⁵³⁶ La Directiva 91/630/CEE ya había sido modificada previamente a través de la Directiva 2001/93/CE, de la Comisión, de 9 de noviembre de 2001.

⁵³⁷ Esta Directiva supone la codificación de las diferentes modificaciones que había experimentado la Directiva 91/630/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1991.

⁵³⁸ BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2002; modificado por el Real Decreto 1392/2012, de 5 de octubre, BOE núm. 241, de 6 de octubre de 2012.

también, las diferentes directivas dictadas en materia de sacrificio y de transporte de los animales⁵³⁹.

2.1.3. En materia de transporte

El Convenio Europeo sobre la Protección de los Animales en el Transporte Internacional de 1968⁵⁴⁰ constituyó el punto de partida para la protección de los animales, en el plano jurídico y en sentido amplio, fundamentalmente debido a su impacto y a su influencia en el seno de la Unión Europea⁵⁴¹. Dicho convenio,

⁵³⁹ Debemos apuntar que el 5 de marzo de 2018, la Comisión Europea designó el primer Centro de Referencia para el bienestar de los animales. Tras un proceso de selección pública, el ente designado fue un Consorcio formado por Wageningen Livestock Research (Holanda), el Instituto Friedrich Loeffler (Alemania) y el Departamento de Ciencia Animal de la Universidad de Aarhus (Dinamarca). La función de este centro es apoyar a los Estados Miembros en la aplicación y seguimiento de las normas de bienestar de los animales en la Unión y proporcionar asistencia técnica y coordinada a los Estados miembros para llevar a cabo controles oficiales sobre bienestar animal. El centro asistirá así a la Comisión en su objetivo de mejorar la aplicación de la legislación en el sector porcino. Véase, al respecto, el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/329 de la Comisión de 5 de marzo de 2018 por el que se designa un centro de referencia de la Unión Europea para el bienestar de los animales (DOUE L 63 de 6/03/2018).

⁵⁴⁰ Los antecedentes de dicho convenio debemos buscarlos en la discusión que se suscitó, a mediados de los años 50 del siglo pasado, en el Reino Unido y en el resto de países europeos, como consecuencia de las condiciones de extrema crueldad que sufrían los caballos que eran transportados para su sacrificio en el continente, condiciones que se pusieron de manifiesto en el llamado Informe *Balfour*, elaborado por Lord Balfour de Burleigh por encargo del Parlamento de aquel país. La preocupación social generada en el Reino Unido tuvo como consecuencia que dicho Estado condicionase la exportación de sus animales al cumplimiento de ciertas condiciones, por ejemplo, que no viajaran más de 100 kms desde el lugar de llegada por barco al continente, que no fueran reexportados, que fueran abrevados convenientemente antes de su sacrificio y que fueran sacrificados de manera humanitaria mediante aturdimiento eléctrico o pistola de bala cautiva.

Las discusiones que se originaron acabaron pasando al ámbito del Consejo de Europa. En la Recomendación núm. 287 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa de 22 de septiembre de 1961, relativa al transporte internacional de animales, se señaló que, a pesar de que el trato humano a los animales constituye una característica de la civilización occidental, no todos los Estados observan las normas necesarias. En consecuencia, la Asamblea recomendó al Consejo de Ministros elaborar un convenio sobre la reglamentación del transporte internacional de animales, a partir del proyecto preparado por la Federación mundial para la protección de los animales. El Comité de Ministros, mediante la Resolución núm. 17, de 25 de octubre de 1963, constituyó un comité de expertos con el mandato de elaborar dicho proyecto de convenio. El proyecto fue aprobado, con algunas modificaciones, por el Consejo de Ministros.

Sobre los antecedentes del Convenio Europeo sobre la Protección de los Animales en el Transporte Internacional, léase el interesante trabajo de VILLALBA (2015), pp. 57 y ss.

Téngase en cuenta, en cuanto a nuestro país, el Instrumento de adhesión de España al Convenio Europeo sobre Protección de los Animales en Transporte Internacional hecho en París el 13 de diciembre de 1968, BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1975.

⁵⁴¹ Como recuerda Thierry ERNIQUIN, las dos convenciones fundamentales en materia de libre circulación de animales vivos son el Convenio Europeo sobre la Protección de Animales en

aplicable al transporte internacional⁵⁴² de animales vertebrados, contenía disposiciones generales tendentes a evitar sufrimientos a los animales transportados y supuso el inicio de una importante tarea normativa desarrollada en el seno del Consejo de Europa en el ámbito de la protección de los animales.

En el seno de la Comunidad Económica Europea debemos situar el punto de partida en el año 1977 a través de la adopción de una directiva en materia de protección de los animales en el transporte internacional, concretamente la Directiva 77/489/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1977, relativa a la protección de los animales al realizar un transporte internacional. Fue sustituida, unos años después, por la Directiva 91/628/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1991, sobre la protección de los animales durante el transporte. Entre los aspectos destacables de esta Directiva figuraba la necesidad de regular el transporte de animales dentro, hacia y desde la Comunidad, suprimiendo los controles sistemáticos en las fronteras interiores de la Comunidad. Esta norma señalaba que, por motivos de bienestar animal, debían de reducirse «lo más posible» el transporte a larga distancia de animales, incluidos los destinados al sacrificio.

Sin embargo, las novedades más destacables en esta materia tuvieron lugar a partir de la Directiva 95/29/CE, del Consejo, de 29 de junio, por la que se modifica la Directiva 91/628/CEE, dado que en este momento se estableció que para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior así como un nivel satisfactorio de protección de los animales durante el transporte, debían armonizarse los periodos de transporte, los intervalos de alimentación y suministro de agua a los animales, los tiempos de descanso y el espacio disponible, así como la duración del trayecto. Además, se dispuso que el tiempo máximo de viaje de los animales pertenecientes a determinadas especies no podía superar las 8 horas. Esto es, esta norma contenía

Transporte Internacional de 1968 y la Convención sobre el Comercio Internacional de las Especies de Fauna y Flora Salvajes Amenazadas de Extinción, Convenio CITES, si bien este último, con incidencia más limitada. Véase ERNIQUIN (2017), p. 51.

⁵⁴² Entendiendo por tal, según el artículo 1 del Convenio, todo movimiento que supone el paso de un país a otro, excluido el de menos de 50 km. así como el realizado entre Estados miembros de la Comunidad Europea. Puede consultarse el texto del convenio en: <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008372a>.

disposiciones específicas sobre obligaciones concretas que debían observarse para garantizar cierto bienestar animal.

A los cambios introducidos por la Directiva 95/29/CE deben añadirse los previstos en el Reglamento (CE) núm. 411/98 del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativo a normas complementarias sobre la protección de los animales, aplicables a los vehículos de carretera utilizados para el transporte de ganado en viajes de más de ocho horas de duración. Este Reglamento incluía disposiciones específicas en el transporte de animales por carretera relativas al acceso al vehículo, a la separación de los animales, a las condiciones de alimentación y suministro de agua, y al establecimiento de unos sistemas de ventilación y temperatura adecuadas.

La norma actualmente en vigor es el Reglamento (CE) núm. 1/2005, del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, relativo a la protección de los animales durante el transporte y las operaciones anexas. Esta norma derogó el Reglamento (CE) núm. 411/98, del Consejo, de 16 de febrero, relativo a normas complementarias sobre la protección de los animales, aplicables a los vehículos de carretera utilizados para el transporte de ganado en viajes de más de 8 horas de duración; y también la Directiva 91/628/CEE, del Consejo de 19 de noviembre de 1991. El Reglamento (CE) núm. 1/2005 incide en los cambios que ya habían sido introducidos en 1995 y en 1998, sin novedades significativas. La norma pretende que los Estados velen porque los transportistas cuenten con la preceptiva autorización y con un sistema de navegación conforme a los requerimientos de dicha norma⁵⁴³. Con el fin de

⁵⁴³ El transporte de perros sin dueño, de un Estado a otro, realizado por una asociación protectora de animales, declarada de utilidad pública, con el objetivo de entregar dichos animales a determinadas personas que se comprometieron a acogerlos, está sujeto al Reglamento (CE) núm. 1/2005, norma cuyo objeto es regular determinadas condiciones del transporte de los animales vertebrados vivos (no específicamente, animales de compañía).

Así lo estableció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) en sentencia de 3 de diciembre de 2015, en el asunto C-301/14. En ese caso, el TJUE resolvió una cuestión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Alemania en el procedimiento entre Pfothenhilfe-Ungarn e.V. y el Ministerio para la transición energética, de agricultura, de medio ambiente y desarrollo rural del Land de Schleswig Holstein.

La petición de decisión prejudicial versaba sobre la interpretación del artículo 1.5 del Reglamento (CE) núm. 1/2005 y del artículo 12 de la Directiva 90/425/CEE del Consejo, de 26 de junio de 1990, relativa a los controles veterinarios zootécnicos aplicables en los

intercambios intracomunitarios de determinados animales vivos. Se había planteado un litigio entre una asociación protectora de animales y el citado Ministerio a raíz de la decisión de este de someter a la asociación, a las obligaciones de declaración y registro previstas por la normativa zoonosanitaria nacional, como consecuencia de un transporte transfronterizo de perros que la asociación Pfotenhilfe-Ungarn realizó (de Hungría a Alemania).

Según el TJUE, el transporte regular de un elevado número de perros realizado por la asociación constituye una actividad económica, aunque la asociación no obtenga ningún beneficio, lo que supone que es aplicable el Reglamento (CE) núm. 1/2005. El factor decisivo que permite considerar que una actividad tiene carácter económico reside en el hecho de que se realice mediante una contrapartida. La actividad llevada a cabo por dicha asociación puede considerarse una prestación de servicios a los destinatarios finales de los perros y, por tanto, actividad económica en el sentido del artículo 1.5 del referido Reglamento. Según el TJUE limitar el alcance del Reglamento a actividades económicas ejercidas con ánimo de lucro pondría en riesgo el principal objetivo de dicha norma: la protección de los animales durante el transporte y la eliminación de los obstáculos técnicos al comercio de animales vivos, así como el buen funcionamiento de las organizaciones de mercado.

Asimismo, la actuación llevada a cabo por la asociación protectora entra de lleno también en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/425/CEE. Dicha Directiva no se aplica a los controles veterinarios de los movimientos entre Estados miembros de animales de compañía sin carácter comercial y acompañados de una persona física responsable de los animales. Pero se aplica si se trata de una persona jurídica. Para el juez de la Unión, estos perros errantes son una mercancía y la asociación protectora realiza, pues, una actividad de importación de mercancías.

Como afirmó algún autor a propósito del pronunciamiento del TJUE no parecía coherente la aplicación de una normativa dirigida a los animales de renta, a la actividad de una asociación protectora de animales de compañía. Una asociación sin finalidad lucrativa no posee los medios para dar cumplimiento a las exigencias de la normativa dirigida a preservar la salud animal (y, sobre todo, la salud humana) en el marco de las actividades comerciales. (La asociación pretendía la aplicación del Reglamento (CE) núm. 998/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por el que se aprueban las normas zoonosanitarias aplicables a los desplazamientos de animales de compañía sin ánimo comercial, reemplazado por el Reglamento (UE) núm. 576/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013. La razón era que las reglas de policía sanitaria eran menos rígidas que las previstas para el ejercicio de actividades comerciales).

Véase el comentario a dicha sentencia que realiza la profesora Claire Vial en VIAL (2015), pp. 778 y ss, así como también MEUNIER (2015), pp. 783 a 794.

Creemos oportuno añadir que el Reglamento (UE) núm. 576/2013, ha sido derogado por el Reglamento (UE) 2016/429 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016, relativo a las enfermedades transmisibles de los animales y por el que se modifican o derogan algunos actos en materia de sanidad animal, de aplicación a partir del año 2021. No obstante, no creemos que la hipotética aplicación de este nuevo Reglamento hubiese significado, de haber estado vigente, un cambio en la solución del caso resuelto en la Sentencia dictada en el asunto C-301/14. Es decir, se hubiese seguido aplicando igualmente, la normativa pensada para los animales de renta. La razón de ello es porque el nuevo Reglamento entiende por desplazamiento sin fines comerciales, el desplazamiento de un animal de compañía que acompañe a su propietario y que no persiga la venta ni otra forma de transmisión de la propiedad del animal, forme parte del desplazamiento del propietario del animal de compañía bajo su responsabilidad o bajo la responsabilidad de una persona autorizada. En el caso planteado, el desplazamiento hubiera seguido siendo considerado con finalidad comercial, dado que se pretendía la transmisión de la propiedad de los animales y que el desplazamiento no se hacía por los propietarios, y por tanto se aplicaría igualmente la normativa pensada para los animales de renta.

Cuando entre definitivamente en vigor el Reglamento (UE) 2016/429, el número de animales de compañía de las especies incluidas en el anexo I, parte A, esto es, perros, gatos y hurones, que podrán ser trasladados en un único desplazamiento, para que sea entendido que se realiza sin fines comerciales, no podrá ser superior a 5 (art. 246). Se permite que este número sea

garantizar el bienestar animal, se distinguen las especies, las dimensiones del medio de transporte y la duración del trayecto⁵⁴⁴. El artículo 3 establece que no se podrán transportar animales de forma que pueda causarles lesiones o sufrimiento inútil. Podríamos decir que este es, tal vez, el principio fundamental del Reglamento. Se preocupa el legislador comunitario especialmente por la duración del viaje y exige que se tomen todas las precauciones para reducir al mínimo su duración y para que sean atendidas las necesidades de los animales. Los animales deberán estar en condiciones de realizar el viaje y el medio de transporte se construirá, mantendrá y utilizará de modo que se eviten lesiones y sufrimiento a los animales y se garantice su seguridad. Mediante el Real Decreto 542/2016, de 25 de noviembre, se establecen disposiciones de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico interno, del Reglamento (CE) núm. 1/2005.

Ningún avance se ha producido en la materia desde la aprobación de dicho Reglamento europeo. Como sostiene ERNIQUIN, la Comisión Europea parece conformarse con el inmovilismo en que nos ha situado el Consejo desde 2005. A pesar de que los avances científicos en la materia evidencian que sería necesario introducir alguna modificación legislativa, la Comisión ha propuesto,

mayor cuando el desplazamiento se realice con el objeto de participar en un concurso o actividad deportiva siempre que los animales tengan más de seis meses de edad.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el Reglamento (UE) núm. 576/2013 seguirá aplicándose hasta el 21 de abril de 2026 en lo que respecta a los desplazamientos de los animales de compañía sin fines comerciales en lugar de la Parte VI del Reglamento (UE) 2016/429 (artículo 277 del Reglamento (UE) 2016/429).

⁵⁴⁴ En el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 10 de noviembre de 2011 sobre el impacto del Reglamento (CE) núm. 1/2005, se hizo constar que alrededor de 37 millones de animales vivos (vacas, cerdos, ovejas, cabras y caballos) fueron transportados de un Estado miembro a otro y en dirección y desde países terceros en 2009. En cuanto a aves de corral, más de un millón fueron transportadas ese mismo año. Constan como conclusiones en dicho informe que el Reglamento ha tenido efectos beneficiosos sobre el bienestar de los animales; que no ha tenido impacto en el volumen de los intercambios de animales vivos en la Unión; que la verificación del cumplimiento de sus requisitos sigue siendo un reto importante debido a las diferencias de interpretación y a la falta de controles por los Estados miembros. La Comisión considera que a pesar de que aun es posible mejorar el bienestar animal, no propone una modificación del Reglamento, sino que apuesta por el mantenimiento del status quo y, si acaso, la aprobación de guías de buenas prácticas.

Puede consultarse el texto completo del citado Informe en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52011DC0700>. (Última consulta realizada: 30/03/2018).

Asimismo, en ERNIQUIN (2017), encontramos interesantes datos sobre los tipos de operaciones de transporte que se llevan a cabo según su duración y razones que la justifican; en las pp. 57-58.

no la modificación del Reglamento, sino la confección de guías de buenas prácticas⁵⁴⁵. Algunas de las disposiciones vigentes en materia de transporte - por ejemplo, las que permiten los viajes de larga duración, a pesar de que el legislador comunitario es consciente de que son claramente perjudiciales para el bienestar animal- se mantienen aún sin mayor problema. Un redactado con un margen de apreciación tan amplio permite la libre interpretación del operador en favor siempre de proteger intereses más rentables económicamente que el bienestar animal.

Debe decirse que el Parlamento Europeo sí parece interesado en la introducción de algún cambio normativo. La Resolución del Parlamento Europeo de 12 de diciembre de 2012⁵⁴⁶, sobre la protección de los animales durante el transporte, instó a la Comisión a que garantizase una observancia eficaz y uniforme de la legislación de la Unión en materia de transporte de animales, en todos los Estados miembros.

2.1.4. En materia de sacrificio

En materia de sacrificio de animales, debemos citar la Directiva 74/577/CEE, de 18 de noviembre de 1974, relativa al aturdimiento de los animales previo al sacrificio⁵⁴⁷. Surgió esta norma, tal y como se justificó en sus considerandos,

⁵⁴⁵ En ERNIQUIN, op. cit., p. 59.

⁵⁴⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2012, sobre la protección de los animales durante el transporte (2012/2031(INI)) P7_TA (2012)0499. Puede consultarse el texto de la Resolución en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fNONSGML%2bTA%2bP7-TA-2012-0499%2b0%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fES>
(Última consulta realizada: 24/04/2018).

⁵⁴⁷ En ese momento, en nuestro país era de aplicación el Real Decreto 3263/1976, de 26 de noviembre (BOE de 4 de febrero de 1977), por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria de Mataderos, Salas de Despiece, Centros de Contratación, Almacenamiento y Distribución de Carnes y Despojos. Dicho Reglamento fue derogado por el Real Decreto 1614/1987, de 18 de diciembre (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1987), que adaptó el anterior a la legislación comunitaria, concretamente, a la Directiva 74/577/CEE. El Real Decreto 1614/1987 establecía que todos los animales de las especies bovina, ovina, caprina, porcina y solípedos domésticos serían sometidos a aturdimiento inmediatamente antes del sacrificio. Según el artículo 2 de dicha norma, se entiende por aturdimiento, el procedimiento que, mediante la intervención de un instrumento mecánico, eléctrico o anestésico por gas, sin repercusión sobre la salubridad de las carnes y despojos, produce a los animales un estado de inconsciencia en el que se mantienen hasta el sacrificio, tendente a evitarles cualquier sufrimiento inútil. Los métodos de aturdimiento admitidos eran: pistola o arma con proyectil fijo; choque eléctrico y dióxido de carbono. No se diferenciaba, pues, en función de la especie y se

ante las disparidades existentes entre las diferentes legislaciones en vigor, susceptibles de afectar el funcionamiento del mercado interior y ante la necesidad de evitar causar sufrimiento inútil en el momento del sacrificio. La Directiva contaba con un total de seis artículos. El artículo 1 establecía que los Estados miembros cuidarían de que para el sacrificio de animales se adoptasen medidas que garantizaran su aturdimiento inmediatamente antes de su sacrificio. El artículo 2 hacía referencia a la forma en que debía practicarse el aturdimiento. Los artículos 3 y 4 incluían las excepciones al aturdimiento antes del sacrificio, esto es, en caso de urgencia, en el caso de animales destinados al autoconsumo y en el caso de práctica de ritos religiosos. Los artículos 5 y 6 establecían el plazo para que los Estados miembros se adaptasen a dicha Directiva pues eran estos, como recordaba el artículo 6, los obligados a su cumplimiento⁵⁴⁸.

Esta Directiva fue sustituida por la Directiva 93/119/CE, del Consejo, de 22 de diciembre, relativa a la protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza⁵⁴⁹, con efectos desde el 1 de enero de 1995. Más compleja

establecía que, en todo caso, no era de aplicación dicha norma al sacrificio realizado de acuerdo con ritos religiosos.

⁵⁴⁸ La Directiva 74/577/CEE no incluía disposiciones de control de las condiciones de sacrificio ni sanción alguna. De alguna manera, las deficiencias de esta norma fueron puestas de manifiesto por el Reino Unido en la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de mayo de 1996, en el asunto C-5/94, *Hedley Lomas (Ireland) Ltd*. En este caso, *Hedley Lomas* había solicitado al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de Inglaterra y del País de Gales, una licencia de exportación de determinado número de cabezas de ganado ovino vivas destinadas a su sacrificio en un establecimiento español, licencia que le fue denegada dada la sospecha que tenía la Administración inglesa de que los mataderos españoles no respetaban las determinaciones de la Directiva 74/577/CEE. Llegado el asunto a los Tribunales ingleses, el Ministro reconoció que el hecho de no haber expedido la licencia de exportación constituía una restricción cuantitativa a las exportaciones, pero sostenía que ello estaba justificado en virtud del artículo 36 del Tratado y, por consiguiente, era compatible con el Derecho comunitario. Preguntado el Tribunal de Justicia, señaló que un Estado miembro no puede sentirse autorizado para adoptar unilateralmente medidas correctoras o de defensa para prevenirse contra un posible incumplimiento por parte de otro Estado miembro, de las normas del Derecho comunitario. El Derecho comunitario se opone a que un Estado miembro invoque el artículo 36 del Tratado «para justificar una limitación de las exportaciones de mercancías hacia otro Estado miembro por la mera razón de que, según el primer Estado, el segundo no cumple lo prescrito por una Directiva comunitaria de armonización que persigue la finalidad que la aplicación del artículo 36 tiene por objeto proteger, sin establecer, sin embargo ningún procedimiento de control de su aplicación ni sanción alguna en caso de que se infrinja». Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de mayo de 1996, asunto C-5/94.

⁵⁴⁹ Una de las razones que justificaron la aprobación de una nueva Directiva fue el hecho que el ámbito de aplicación de la Directiva 74/577/CEE era más limitado que el establecido en el Convenio europeo sobre la protección de los animales de sacrificio, aprobado en nombre de la Comunidad en virtud de la Decisión 88/306/CEE, del Consejo.

que la anterior, se aplicaba al sacrificio de animales criados para la obtención de carnes, pieles y otros productos, así como también en el caso del sacrificio de animales para luchar contra las epizootias. Regulaba además, determinadas condiciones aplicables a los mataderos así como las excepciones a los casos de la obligación de aturdimiento previo al sacrificio y, lo que resulta más importante, establecía diferentes disposiciones en función de la especie.

Esta disposición no fue objeto de modificaciones sustanciales hasta su derogación por el Reglamento (CE) núm. 1099/2009 del Consejo, de 24 de septiembre de 2009⁵⁵⁰, relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza, norma actualmente en vigor. La aprobación de este nuevo Reglamento se justificó en dos razones: por un lado, en las disparidades observadas en la aplicación de la Directiva 93/119/CE entre los diferentes Estados miembros, susceptibles de afectar a la competencia entre los explotadores de empresas⁵⁵¹; por otro, en la necesidad de tomar en consideración diferentes dictámenes científicos⁵⁵². El Reglamento se apoya en las evidencias científicas con el objeto de determinar del modo más eficaz posible en qué momento se produce la pérdida de consciencia o de sensibilidad del animal, lo que varía, lógicamente, en función de la especie.

En relación con esta última cuestión, el artículo 4 del Reglamento (CE) núm. 1099/2009 establece que los animales se matarán únicamente previo aturdimiento con arreglo a los requisitos y los métodos previstos en el anexo I. Si estos métodos no provocan la muerte instantánea, irán seguidos «lo más rápidamente posible» de un procedimiento que provoque la muerte, tal como el sangrado, el descabello, la electrocución o la exposición prolongada a la anoxia. Como remarcan algunos autores, no todos estos métodos *subsidiarios* provocan la muerte inmediata y, desde luego, no evitan el sufrimiento. Además,

⁵⁵⁰ Esta norma establece en su considerando cuarto que el bienestar animal es un valor comunitario y que la protección de los animales en el momento de su sacrificio es una cuestión de interés público.

⁵⁵¹ En particular, véanse los considerandos tercero, quinto y décimo de la Directiva 93/119/CE.

⁵⁵² Se trata de dos dictámenes emitidos por la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA) sobre aspectos de bienestar de los principales sistemas de aturdimiento y matanza de algunas especies, y las directrices internacionales elaboradas por la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE) en el caso de sacrificio de animales con fines de control de enfermedades.

la regulación de este precepto hace presuponer que existirá un control inmediato en los mataderos para determinar en qué casos no se ha producido la muerte instantánea para poder aplicar, lo más rápidamente posible, este otro método que asegure la muerte del animal⁵⁵³.

Aun cuando el Reglamento define el bienestar animal como valor comunitario y materia de interés público, lo cierto es que el bienestar animal tiene relevancia en la medida que puede tener efectos en la competencia de las empresas de los diferentes Estados. Prueba de ello es su no aplicación cuando se trata del sacrificio de aves de corral y conejos para consumo doméstico. El consumo doméstico privado no es susceptible de afectar la competitividad de los mataderos comerciales⁵⁵⁴. Tampoco se aplica cuando se trata del sacrificio llevado a cabo según determinados ritos religiosos⁵⁵⁵. En este supuesto concreto, se señala que siempre que estas actividades religiosas o culturales no afecten al mercado de productos de origen animal y no estén motivadas por objetivos de producción, procede excluir del ámbito de aplicación del Reglamento las matanzas de animales durante este tipo de acontecimientos⁵⁵⁶.

⁵⁵³ Numerosos videos clandestinos han sacado a la luz algunas prácticas llevadas a cabo en algunos mataderos de países de la Unión Europea que, desde luego, nada tienen que ver con el bienestar animal. El propio Tribunal de Justicia Europeo ha podido constatar la violación de las normas de sacrificio en países como Grecia, por ejemplo. Puede leerse al respecto en MAUBERNARD (2017), pp. 42-43.

⁵⁵⁴ El considerando 17 del Reglamento (CE) núm. 1099/2009 establece que « El sacrificio de aves de corral, conejos y liebres para el consumo doméstico privado no se lleva a cabo a una escala que pueda afectar a la competitividad de los mataderos comerciales. Por otro lado, los esfuerzos que tendrían que desplegar los poderes públicos para detectar y controlar esas operaciones serían desproporcionados en relación con los eventuales problemas que se fueran a resolver. Por ello, procede excluir dichas operaciones del ámbito de aplicación del presente Reglamento.»

⁵⁵⁵ En particular, sobre la colisión entre bienestar animal y libertad religiosa, nos remitimos al apartado 3.3. del Capítulo II de este trabajo.

⁵⁵⁶ Los considerandos quince y dieciséis del Reglamento (CE) núm. 1099/2009 disponen: «(15) El Protocolo no. 33 subraya también la necesidad de respetar las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a los ritos religiosos, las tradiciones culturales y el patrimonio regional al formular y aplicar las políticas comunitarias en materia de agricultura y mercado interior, entre otras. Por tanto, procede excluir los acontecimientos culturales del ámbito de aplicación del presente Reglamento cuando el cumplimiento de los requisitos sobre bienestar animal afecte a la propia naturaleza del acontecimiento en cuestión. (16) Por otro lado, las tradiciones culturales hacen referencia a un modelo de pensamiento, acción o comportamiento heredado, establecido o consuetudinario que incluye de hecho el concepto de algo transmitido por un antecesor o adquirido de él. Contribuyen, pues, a establecer vínculos sociales duraderos entre generaciones. A condición de que esas actividades no afecten al mercado de productos de origen animal y no estén

2.2. En el ordenamiento interno

2.2.1. Disposiciones comunes

El Real Decreto 348/2000, de 10 de marzo⁵⁵⁷, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico la Directiva 98/58/CE, relativa a la protección de los animales en las explotaciones ganaderas, se aplica a todos los animales, incluidos peces, reptiles y anfibios, que se críen o mantengan para la producción de alimentos, lana, cuero, pieles o con otros fines agrícolas. Los propietarios y criadores de animales estarán obligados a asegurar su bienestar para que no padezcan dolores, sufrimientos o daños inútiles. Además, las condiciones en que se críen los animales (la norma exceptúa en este extremo a los peces, reptiles y anfibios) según su especie, grado de desarrollo, domesticación y necesidades fisiológicas y etológicas, de acuerdo con la experiencia adquirida y los conocimientos científicos, deberán respetar las especificaciones contenidas en el anexo del reglamento.

Entre las determinaciones que nos parecen de mayor interés incluidas en el anexo del Real Decreto 348/2000 figuran, por ejemplo, la obligación de los cuidadores respecto de los animales mantenidos en criaderos cuando su bienestar dependa de la atención humana, de inspeccionarlos una vez al día, como mínimo; la obligación de dispensar tratamiento apropiado a cualquier animal que parezca enfermo o herido; la prohibición de limitar la libertad de movimientos de los animales de manera que se les cause sufrimiento o daños innecesarios, teniendo en cuenta la especie, grado de adaptación y domesticación así como sus necesidades fisiológicas, de conformidad con la experiencia adquirida y los conocimientos científicos. Cuando los animales se encuentren atados, encadenados o retenidos, se les deberá proporcionar un espacio adecuado a sus necesidades fisiológicas y etológicas, de nuevo, de acuerdo con la experiencia adquirida y los conocimientos científicos. Otra de las determinaciones que figuran en el anexo de la norma comentada es la relativa a la obligación de que los animales no se mantengan en oscuridad

motivadas por objetivos de producción, procede excluir del ámbito de aplicación del presente Reglamento las matanzas de animales durante esos acontecimientos.»

⁵⁵⁷ BOE núm. 61, de 11 de marzo de 2000. Este Reglamento fue modificado por el Real Decreto 441/2001, de 27 de abril, BOE núm. 114, de 12 de mayo de 2001.

permanente ni estén expuestos a la luz artificial permanentemente, teniendo siempre en cuenta el tipo de especie de que se trate, su grado de adaptación y la experiencia adquirida y los conocimientos científicos. Respecto de los animales mantenidos al aire libre se establece que en la medida en que sea necesario y posible, el ganado será objeto de protección contra las inclemencias del tiempo, los depredadores y el riesgo de enfermedades.

Además de esta norma de carácter general, la regulación de las condiciones exigibles a las explotaciones ganaderas se contiene en las normas aplicables específicamente a cada especie, tal y como a continuación veremos.

2.2.2. Gallinas ponedoras

La regulación de las condiciones que deben cumplir las explotaciones destinadas a gallinas ponedoras se encuentra, además de en el Real Decreto 348/2000, de 10 de marzo, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva 98/58/CE, en el Real Decreto 3/2002, de 11 de enero, por el que se establecen las normas mínimas de protección de las gallinas ponedoras⁵⁵⁸. Esta norma supuso un avance importante en materia de bienestar animal pues pasó a establecer, de manera progresiva, unos requisitos mínimos que debían de cumplir las jaulas y los espacios donde se criasen estos animales. Se estableció una primera fase, que comenzaba a partir del 1 de enero de 2003, para que todas las jaulas permitiesen que cada ave pudiese disponer al menos de 550 cm² de superficie y la altura mínima que fuese de, al menos, 40 cm sobre un 65 por 100 de la superficie de la jaula y no menos de 35 cm en ningún punto. La segunda fase comenzaba a partir del 1 de enero de 2012⁵⁵⁹, momento en el cual todas las jaulas de gallinas

⁵⁵⁸ BOE núm. 13, de 15 de enero de 2002. Esta disposición fue modificada por Real Decreto 773/2011, de 3 de junio, BOE núm. 133, de 4 de junio de 2011.

El Real Decreto 3/2002, de 11 de enero, no es de aplicación a los establecimientos de menos de 350 gallinas ponedoras ni a los de cría de gallinas ponedoras reproductoras, a los que se aplica el Real Decreto 348/2000, de 10 de marzo, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico la Directiva 98/58/CE, relativa a la protección de los animales en las explotaciones ganaderas.

⁵⁵⁹ Previendo el Ejecutivo la dificultad en cumplir los plazos establecidos en el Real Decreto 3/2002, de 11 de enero, así como para establecer el correspondiente régimen sancionador, modificó esta norma a través del Real Decreto 773/2011, de 3 de junio. En su exposición de motivos se señaló lo siguiente: «Para asegurar el cumplimiento de la normativa, es conveniente

ponedoras deberían disponer de, al menos, 750 cm² de superficie de jaula por gallina, 600 cm² de ellos de superficie utilizable, siendo la altura de la jaula, aparte de la existente por encima de la superficie utilizable, como mínimo de 20 cm en cualquier punto. A partir de esa fecha, la superficie total de la jaula no podría ser en ningún caso inferior a 2.000 cm² y las jaulas deberían disponer de un nido y de una yacija que permitiese picotear y escarbar, así como de aseladeros que ofreciesen como mínimo un espacio de 15 cm por gallina. Además, las hileras de jaulas deberían estar separadas por pasillos de 90 cm de ancho como mínimo y debería existir un espacio de 35 cm como mínimo⁵⁶⁰ entre el suelo del establecimiento y las jaulas de las hileras inferiores⁵⁶¹.

En contraposición a esta mejora, debemos decir que esta norma sigue permitiendo el recorte del pico de las aves⁵⁶², aunque se establece que deberá ser llevado a cabo por persona cualificada y solo sobre polluelos destinados a la puesta de huevos de menos de 10 días.

Con respecto a la comercialización de los huevos, hemos de tener en cuenta el Real Decreto 226/2008, de 15 de febrero, por el que se regulan las condiciones

que los titulares de las explotaciones realicen la planificación necesaria y que la autoridad competente realice su labor de vigilancia, a fin de garantizar las prácticas equitativas en la producción ganadera. De esta forma, la aplicación de la normativa vigente se realizará de forma homogénea y aquellos operadores que cumplan con la normativa no se encontrarán en una situación de desventaja con respecto a aquellos que no la cumplan, dado que realizar los cambios necesarios para cumplir la normativa supone realizar una inversión económica en la explotación y mantener a los animales a una densidad menor».

La modificación introducida permitía a los titulares de explotaciones no adaptadas a los requerimientos del Real Decreto 3/2002, remitir a la autoridad competente un plan de adaptación, quién debía de realizar los correspondientes controles a partir del 1 de enero de 2012 y, antes del 1 de marzo de 2012, hacer llegar al Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, un informe sobre la situación de todas las explotaciones de gallinas ponedoras que hubieran presentado dicho Plan. El contenido de dicho plan de adaptación se incorporaba en el anexo V de la norma.

⁵⁶⁰ Estas medidas de separación de los pasillos y altura de las jaulas respecto de las hileras inferiores se establecen, en todo caso, para facilitar la inspección y la retirada de animales, no por cuestiones de bienestar animal.

⁵⁶¹ En Francia, primer productor de huevos de Europa, a partir de 2022, todos los huevos frescos que se vendan procederán de gallinas que vivan al aire libre y no estén confinadas en jaulas. Esta medida estaba incluida en el programa electoral del presidente Emmanuel Macron y ha sido anunciada por su ministro de Agricultura, Stéphane Travert, en febrero de 2018. Noticia aparecida en el diario ABC el día 19 de febrero de 2018.

⁵⁶² El recorte de los picos se lleva a cabo para evitar que las aves se picoteen y hieran. Pero esto se produce como consecuencia del estrés que sufren por falta de espacio y cuando las condiciones en que se las obliga a vivir no son las adecuadas según sus necesidades, por ejemplo, si no pueden escarbar, estirar sus alas, etc.

de aplicación de la normativa comunitaria en esta materia.⁵⁶³ Entre otras determinaciones, esta norma establece la forma de etiquetado de los huevos con el objeto de que el consumidor pueda conocer el grado de bienestar del animal del que procede el huevo. Así, en los códigos que aparecen estampados en los huevos, el primer dígito revela la forma de cría de las gallinas, las dos letras siguientes, el Estado miembro de producción, y el resto de dígitos, la granja de producción⁵⁶⁴.

2.2.3. Pollos destinados a la producción de carne

El Real Decreto 692/2010, de 20 de mayo, por el que se establecen las normas mínimas para la protección de los pollos destinados a la producción de carne⁵⁶⁵, incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2007/43/CE, del Consejo, de 28 de junio de 2007⁵⁶⁶. A pesar de que esta norma se refiere reiteradamente, tanto en su exposición de motivos como a lo largo de su articulado, al bienestar animal, a juzgar por las condiciones que se exigen en las instalaciones y, especialmente, los criterios que se barajan para permitir el incremento de la densidad de los animales, hemos de decir que el concepto de bienestar animal se utiliza en una acepción general poco favorable a la protección del animal individualmente considerado. Por ejemplo, es posible incrementar la densidad de la población de animales en la explotación, a pesar

⁵⁶³ BOE núm. 56, de 5 de marzo de 2008. Según se dispone en el artículo primero de esta norma, su objeto es establecer disposiciones específicas para la aplicación de las normas de comercialización de los huevos establecidas por el Reglamento (CE) núm. 1028/2006, del Consejo, de 19 de junio de 2006, sobre las normas de comercialización de los huevos y por el Reglamento (CE) núm. 557/2007, de la Comisión, de 23 de mayo de 2007, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 1028/2006, del Consejo, sobre las normas de comercialización de los huevos.

⁵⁶⁴ Los huevos marcados con el dígito 3 han sido obtenidos de gallinas enjauladas. Los marcados con el dígito 2 han sido criadas en el suelo en naves cerradas. Los marcados con el número 1 proceden de gallinas criadas en gallineros con acceso a corrales al aire libre. Los marcados con el dígito 0 proceden de gallinas con acceso a corrales al aire libre y que han sido criadas con alimentos procedentes de la agricultura ecológica y que encuentran restringida la administración de medicamentos como antibióticos.

⁵⁶⁵ BOE núm. 135, de 3 de junio de 2010.

⁵⁶⁶ No se aplica a las explotaciones de menos de 500 pollos, a las explotaciones en que solo haya pollos reproductores, a las instalaciones de incubación, a la cría extensiva y a la producción ecológica de pollos de acuerdo con el Reglamento (CE) núm. 834/2007, del Consejo, de 28 de junio de 2007, sobre producción y etiquetado de los productos ecológicos.

de que lleguen al matadero animales ya muertos⁵⁶⁷. Se permiten intervenciones como el recorte de los picos en polluelos de corta edad. Aunque se exige que sea la última solución para evitar el picado de plumas y el canibalismo, lo cierto es que teniendo en cuenta que los polluelos no han de tener más de diez días para que pueda ser realizado el recorte, si el mismo se considera necesario es porque las condiciones en que se encuentran los animales no son las idóneas. Esto es, se realiza con carácter preventivo.

El Real Decreto 692/2010 exige que el personal que trabaje en estas explotaciones deba estar formado en materia de bienestar animal. Se establece que las explotaciones deberán ser inspeccionadas por los servicios veterinarios oficiales. Las inspecciones que se realicen a los animales vivos antes del sacrificio deberán prestar especial atención a lesiones tales como dermatitis de contacto, existencia de parásitos o de enfermedades sistémicas que indiquen que los animales se han criado en condiciones no adecuadas para su bienestar.

Se contienen una serie de disposiciones de aplicación a las explotaciones que críen los animales con una densidad de hasta 33 kg de pollos por metro cuadrado. En el anexo I de la norma figuran los requisitos que deberán reunir todos los gallineros. Por ejemplo, deberá asegurarse para todos los animales la disponibilidad de agua y alimentos no pudiendo retirarse estos más de doce horas antes de la hora prevista para el sacrificio. Todos los pollos deberán tener acceso permanente a una cama seca y de material friable en la superficie. Las instalaciones deberán ventilarse para evitar los excesos de temperatura y el nivel de ruido deberá mantenerse lo más bajo posible. En el plazo de siete días a partir del momento en que los pollos sean depositados en su alojamiento y hasta tres días antes del momento fijado para su sacrificio, la iluminación deberá seguir un ritmo de 24 horas e incluir periodos de oscuridad de un mínimo de 6 horas en total, con un periodo ininterrumpido mínimo de oscuridad, de 4 horas. Las intervenciones quirúrgicas únicamente podrán realizarse por motivos terapéuticos o de diagnóstico. La autoridad competente

⁵⁶⁷ Si llegan muertos al matadero, teniendo en cuenta que se trata de ejemplares jóvenes, debe presuponerse que no es por causas naturales sino, probablemente, las más de las veces, por causas relacionadas con las condiciones del alojamiento.

podrá autorizar la castración de los pollos, que solo podrá realizarse bajo supervisión veterinaria y por parte de personal formado.

El anexo II de la norma contiene los requisitos mínimos relativos a densidades de población más elevadas que, en todo caso, deberá cumplir las condiciones anteriores. Para poder incrementar la densidad, el titular o criador deberá comunicar a la autoridad competente su intención de aplicar una densidad de población superior a 33 kg/m² de peso vivo. Al menos 15 días antes de la instalación de la manada en el gallinero, deberá indicar la cifra exacta y deberá informar a la autoridad competente de cualquier cambio en la densidad.

El anexo III contiene las normas relativas al control y seguimiento en el matadero. Si la densidad de población es superior a 33 kg/m², la documentación que acompañe a la manada incluirá la mortalidad diaria y la tasa de mortalidad diaria acumulada. Estos datos, junto con el número de pollos que llegaron muertos al matadero, se consignarán bajo la supervisión del veterinario oficial. El veterinario también evaluará los resultados de la inspección post mortem con la finalidad de determinar otras posibles indicaciones de malas condiciones de bienestar animal. Si la tasa de mortalidad a que antes se ha hecho referencia o los resultados de la inspección post mortem concuerdan con unas condiciones deficientes de bienestar de los animales, el veterinario oficial comunicará los datos al titular o criador de los animales y a la autoridad competente para que adopten las medidas oportunas.

El anexo IV se refiere a la formación del personal que estará al cuidado de los pollos y el anexo V regula los criterios a tener en cuenta para determinar que es posible realizar un incremento de la densidad de los animales.

2.2.4. Terneros

El Real Decreto 1047/1994, de 20 de mayo, relativo a las normas mínimas para la protección de terneros⁵⁶⁸, contiene las disposiciones mínimas de protección de los terneros confinados para la cría y el engorde. Fue modificado por Real

⁵⁶⁸ BOE núm. 161, de 7 de julio de 1994.

Decreto 229/1998, de 16 de febrero⁵⁶⁹ y por el Real Decreto 692/2010, de 20 de mayo⁵⁷⁰.

Se entiende por ternero el animal perteneciente a la especie bovina hasta los seis meses de edad. El Real Decreto 1047/1994 regula las dimensiones mínimas de los espacios donde deberán ubicarse los terneros, así como las condiciones de construcción de los establos. Se establece que a partir del 1 de enero de 1994 y durante cuatro años, todas las explotaciones de nueva construcción deberán permitir que los terneros alojados en grupo dispongan de un espacio libre suficiente para que puedan darse la vuelta y acostarse sin dificultad, y de 1,5 m² por lo menos para cada ternero de 150 kg de peso vivo. A partir del 1 de enero de 1998, las nuevas construcciones no deberán permitir que se mantenga encerrado a ningún ternero de más de ocho semanas de edad en recintos individuales, a menos que lo prescriba un veterinario. Ningún alojamiento individual, excepto aquellos destinados a animales enfermos, deberá disponer de muros sólidos sino de tabiques perforados para que sea posible el contacto visual y táctil directo entre los terneros. Si se trata de terneros criados en grupo, el espacio libre para cada animal deberá ser igual, al menos, a 1,5 m² para cada ternero de peso vivo inferior a 150 kg y al menos de 1,7 m² para cada ternero de un peso en vivo, igual o superior a 150 kg. Si supera los 220 kg, deberá ser de al menos 1,8 m². Estas prescripciones serán de aplicación a partir del 31 de diciembre de 2006. La norma también establece un periodo de transición para aquellas construcciones construidas antes del 1 de enero de 1994 que no cumplan los requisitos de la misma.

El anexo del Real Decreto 1047/1994 hace referencia a los materiales de construcción de los establos y a otras condiciones de bienestar animal. Así, se establece que los terneros no se mantendrán permanentemente en la oscuridad. A estos efectos, la iluminación podrá ser natural o artificial, pero en todo caso, deberá mantenerse durante un tiempo equivalente entre las 9 y las 17 horas. Los terneros deberán ser inspeccionados por el propietario o responsable, al menos dos veces al día, o una vez si se mantienen en el

⁵⁶⁹ BOE núm. 41, de 17 de febrero de 1998.

⁵⁷⁰ BOE núm. 135, de 3 de junio de 2010.

exterior. No se los atará a no ser que estén alojados en grupo, en cuyo caso podrán ser atados durante periodos de no más de una hora en el momento de la lactancia. Los suelos no serán resbaladizos ni presentarán asperezas para evitar que los terneros se hieran. La zona en que se tiendan será confortable, seca, deberá tener un buen sistema de desagüe y no será perjudicial para el animal. Los terneros de dos semanas de edad deberán disponer de un lecho adecuado⁵⁷¹.

2.2.5. Cerdos

Las condiciones exigibles a las instalaciones donde se críen cerdos destinados a la cría y el engorde se encuentran, en primer lugar, en el Real Decreto 324/2000, de 3 de marzo, por el que se establecen normas básicas de ordenación de las explotaciones porcinas.⁵⁷² Contiene las medidas de ordenación sanitaria y zootécnica de las explotaciones porcinas, condiciones de ubicación, infraestructura zootécnica y sanitaria, para el correcto desarrollo de la actividad ganadera conforme a la normativa en materia de higiene, sanidad animal, bienestar de los animales y medio ambiente. Esta norma se refiere a la clasificación de las explotaciones porcinas y a aspectos de protección agroalimentaria como las distancias y condiciones en que deben ubicarse este tipo de explotaciones desde el punto de vista sanitario.

En materia de bienestar animal, se remite al Real Decreto 1135/2002, de 31 de octubre, que contiene las normas mínimas para la protección de los cerdos,⁵⁷³

⁵⁷¹ Como puede observarse, la norma está llena de términos imprecisos. No aclara ni da ninguna pista sobre qué deba entenderse por lecho adecuado o zona confortable. Más bien queda a la libre apreciación del propietario o titular de la explotación.

⁵⁷² BOE núm. 58, de 8 de marzo de 2000.

⁵⁷³ BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2002. Este reglamento ha sido modificado a través del Real Decreto 1392/2012, de 5 de octubre, BOE núm. 241, de 6 de octubre de 2012, modificación que se ha justificado, según se señala en su exposición de motivos, en la finalidad de asegurar la plena aplicación de las disposiciones contenidas en el reglamento de 2002, a partir del 1 de enero de 2013. Para ello, se añade una disposición transitoria que completará el marco normativo para que a partir de la indicada fecha ninguna explotación incumpla los requisitos mínimos fijados por el Real Decreto 1135/2002. Además, se procede a adaptar el régimen sancionador a la Ley 32/2007, de 7 de noviembre. Según dicha Disposición Transitoria, los titulares de las explotaciones que el día 10 de octubre de 2012 aun no cumplieran los requisitos establecidos para las cerdas y las cerdas jóvenes de los apartados 2, 3, 4, 5 y en el segundo párrafo del apartado 6 del artículo 3, remitirán a la autoridad competente, antes del 31 de octubre de 2012, bien un calendario de modificación de las instalaciones o, si no fuera preciso modificarlas, un plan detallado de ajuste a la situación

que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2001/88/CE y la Directiva 2001/93/CE. Entre las cuestiones que nos parecen más destacables de la regulación que contiene el Real Decreto 1135/2002 figura la superficie mínima de que deberá disponer cada animal en función de su peso y del sexo, así como los requisitos de los materiales de las instalaciones y otras condiciones, en principio, pensadas para garantizar un mínimo de bienestar animal. Así, se establece una superficie total mínima de que deberá disponer cada cerda joven después de la cubrición o cada cerda cuando se críen en un grupo unas y otras, que será al menos de 1,64 m² y 2,25 m² respectivamente. Cuando dichos animales se críen en grupos inferiores a 6 individuos, la superficie de suelo libre se incrementará en un 10%; cuando los animales se críen en grupos de 40 individuos o más, la superficie de suelo libre se podrá disminuir un 10%. Este Real Decreto contiene también determinadas medidas relativas al revestimiento del suelo y exige que las cerdas deban criarse en grupos durante el periodo comprendido entre las cuatro semanas siguientes a la cubrición y los siete días anteriores a la fecha prevista de parto. No obstante, las cerdas criadas en explotaciones de menos de 10 individuos podrán mantenerse aisladas durante dicho periodo siempre que puedan dar fácilmente la vuelta en el recinto.

Muchas de las exigencias establecidas en esta norma gozaron de un periodo transitorio dilatado hasta su completa aplicación, a pesar de que la norma entraba en vigor el 1 de enero de 2003. Por ejemplo, todas aquellas determinaciones a las que nos acabamos de referir en el párrafo anterior debían cumplirse en todas las instalaciones construidas a partir del 1 de enero de 2003, pero se establecía un período transitorio para las ya existentes, que finalizaba el 1 de enero de 2013. La prohibición de atar a las cerdas y a las cerdas jóvenes no entró en vigor hasta el 1 de enero de 2006.

prevista el 1 de enero de 2013, que solo podría ser de cese de la actividad ganadera, de suspensión de la actividad ganadera, de modificación de la clasificación zootécnica, o de disminución de la capacidad autorizada del censo de la explotación. El calendario de modificación de las instalaciones o el plan de ajuste debía acompañarse de una declaración responsable del titular de la explotación con el compromiso de que, a partir de la fecha de la presentación, se inseminaría o cubriría exclusivamente, el número de hembras igual o inferior al censo que pudieran albergar las instalaciones adaptadas.

En el anexo del mencionado Real Decreto figuran, además de la referencia al obligado cumplimiento de las disposiciones contenidas en el anexo del Real Decreto 348/2000, de 10 de marzo, una serie de condiciones que deberán cumplir las explotaciones porcinas. Entre ellas, la obligación de que los cerdos estén expuestos a una luz de intensidad mínima de 40 lux durante un período mínimo de ocho horas al día, y que los locales de estabulación deban permitir el acceso de los animales a un área de reposo que permita que todos los animales puedan tumbarse a la vez, descansar y levantarse, así como ver otros cerdos.

El reglamento prohíbe, además, los procedimientos que impliquen la pérdida de una parte sensible del cuerpo del animal o la alteración de su estructura ósea. Sin embargo, se contemplan algunas excepciones. Por ejemplo, se permite la reducción de la punta de los dientes de los lechones mediante el pulido o sección parcial, antes de los siete días de vida. Se permite también el raboteo parcial, la castración de los cerdos macho por medios que no sean el desgarrar de tejidos y el anillado del hocico, en este caso, solo cuando los animales se mantengan en sistemas de cría al aire libre. El reglamento precisa que el raboteo y la reducción de las puntas de los dientes no deberán llevarse a cabo por rutina sino solo si existen pruebas de que se han producido lesiones de las tetillas de las cerdas o las orejas o rabos de otros cerdos. Esto solamente podrá ser llevado a cabo por un veterinario o persona formada⁵⁷⁴. Si la castración o el raboteo se llevan a cabo a partir del séptimo día, deberán llevarse a cabo bajo anestesia.

Finalmente, realizaremos una breve referencia a la normativa dictada en materia de producción extensiva, pues en este caso debe tenerse en cuenta el Real Decreto 1221/2009, de 17 de julio, por el que se establecen las normas básicas de ordenación de las explotaciones de ganado porcino extensivo. Según declara su artículo primero, el objeto de esta norma es establecer las normas mínimas para la ordenación zootécnica y sanitaria de las explotaciones de ganado porcino en sistema de producción extensivo, para un correcto desarrollo de la actividad ganadera conforme a la normativa vigente en materia

⁵⁷⁴ Véase dicho anexo en relación con el artículo 5 del Real Decreto 1135/2002, de 31 de octubre.

de higiene, sanidad, bienestar animal y medio ambiente. La norma regula las condiciones que deberán cumplir las instalaciones, los requisitos y distancias en cuanto a su ubicación, clasificación, etc. Las normas sobre bienestar animal, a pesar de lo que se declare en cuanto a su objeto, se reducen, en realidad, a la remisión que se realiza al Real Decreto 1135/2002, de 31 de octubre, y a la obligación de los titulares de la explotación de dotar a los operarios de formación en materia de bienestar animal.

2.3. Necesidad de una evolución normativa justificada por razones de bienestar animal y ecológicas

Desde las primeras normas adoptadas en el seno de la Unión Europea cuyo objeto era incluir aspectos de bienestar animal en la cría y comercialización de especies ganaderas, hasta las vigentes hoy día, hemos asistido a un proceso de continuas modificaciones legislativas que se han justificado en la experiencia adquirida y en los nuevos conocimientos científicos. Como anticipábamos en otro lugar de este trabajo⁵⁷⁵, la experiencia adquirida y los conocimientos científicos como base de la regulación normativa en materia de bienestar animal tiene entidad suficiente para que se constituya en principio rector del Derecho Animal. En su virtud, es necesaria la modificación de las leyes cuando los avances en la ciencia y en el conocimiento animal requieren la introducción de nuevas condiciones o aspectos para asegurar el bienestar animal.

Decíamos también que una de las diferencias entre los conceptos de protección animal y de bienestar animal era que el concepto de *bienestar* suponía tener en cuenta el animal individualmente considerado. Sin embargo, esta conclusión no es fácilmente defendible a la luz de la normativa que acabamos de examinar, porque el concepto de bienestar animal que utiliza es de carácter genérico. Los términos *bienestar animal* no tienen, en este caso, el mismo significado que tienen cuando se trata de normas que regulan la tenencia de los animales de compañía, por ejemplo. Mientras que en este

⁵⁷⁵ Véase el desarrollo del principio de la experiencia adquirida y los conocimientos científicos como base de la regulación normativa en materia de bienestar animal en el apartado 3.2.2 del Capítulo I de este trabajo.

último caso sí parece que se toma en consideración el animal en tanto que individuo, diferenciable claramente del resto de ejemplares de su misma especie, cuando nos referimos a los animales en las explotaciones ganaderas el significado es otro. Los animales destinados al consumo humano son considerados en cuanto pertenecientes a un grupo o a una especie determinada⁵⁷⁶. Se trata de un *colectivo* cuya cría, tenencia y comercialización está sujeta a condiciones de bienestar exigibles en función de la especie pero que no están dirigidas a velar por la integridad de cada uno de los individuos que forman el colectivo o el grupo. La muerte de un pollo no tiene ninguna trascendencia ni tiene por qué tener ningún significado. Es más, ni siquiera impedirá un aumento de la densidad de la explotación si se dan ciertas condiciones, tal y como hemos visto⁵⁷⁷. En cambio, sí puede tener trascendencia la muerte de un animal de compañía si ello se debe a que el animal se encuentra en un espacio no adecuado en función de sus necesidades etológicas⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ En palabras de REGAN: «Los animales de granja criados para el consumo humano son tratados hoy día como recursos renovables, y éste es el veredicto al que llegamos independientemente de que esos animales sean criados en confinamientos cerrados o "humanamente". A estos animales se les mata rutinariamente mucho antes de que hayan alcanzado un estado o condición en donde quitarles la vida podría verse como un acto de compasión; su lugar en la línea de producción es ocupado por otros animales. (...) Que son vistos y tratados como recursos, como poseedores de valor relativo a los intereses de otros solamente, también es cierto. La importancia moral de lo que daña o beneficia a estos animales se mide por el interés de quién los cría». En REGAN (2016), p. 385.

⁵⁷⁷ En concreto, véase el apartado 2.2.3. de este capítulo que analiza las condiciones de los pollos destinados a la producción de carne.

⁵⁷⁸ El delito de maltrato animal previsto en el artículo 337 CP es un delito común de resultado material (muerte o lesión que cause en el animal un grave menoscabo a la salud), en el que se admite la comisión por omisión: como grave falta de atención y cuidado, desnutrición, y absoluta falta de salud e higiene. Por ejemplo, véase el caso de la Sentencia núm. 338/2014, de 28 de octubre, del Juzgado de lo Penal nº 1 de Santander, relativa al caso de dos perros que vivían permanentemente alojados en un cobertizo sin apenas alimento ni atención. La sentencia condenó los hechos apreciando la concurrencia del tipo previsto en el artículo 337 CP.

El artículo 337 CP establece:

«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 sometiéndole a explotación sexual, a

- 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.

En realidad, el verdadero objetivo de estas normas es el correcto funcionamiento del mercado interior. El bienestar animal es un valor que está presente pero porque ello tiene incidencia en el funcionamiento del mercado interior europeo. Como está claro que la sociedad actualmente exige un trato adecuado y digno hacia los animales, debe asegurarse que este buen trato (o al revés, la ausencia del mismo) no se traduzca en distorsiones para la competencia entre los Estados y entre los productores. El coste de producción de unos animales que han disfrutado de ciertas condiciones compatibles con sus necesidades etológicas no es el mismo que el que tiene la producción de estos mismos animales enjaulados o confinados en espacios reducidos.

Esta es la realidad de la normativa actualmente en vigor y será difícil cambiarla. La mejora de la normativa, desde el punto de vista del bienestar animal, exigirá un cambio de paradigma y de comportamiento en nuestra sociedad que no será fácil que se produzca. Algunos filósofos y científicos han abogado incluso por la eliminación de la propiedad privada sobre los animales y han llegado a calificar las granjas como campos de concentración⁵⁷⁹. Posiblemente el cambio se produzca no tanto por una mayor sensibilidad social hacia los animales sino por otras razones. Está claro que este modelo no es sostenible desde un punto

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.

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».

Sobre la Sentencia núm. 338/2014, de 28 de octubre, del Juzgado de lo Penal nº 1 de Santander, véase MONTER (2016), texto completo en: <http://www.abogacia.es/autor/derecho-de-los-animales/page/7/>

(Última consulta: 12/04/2018).

⁵⁷⁹ Véase FRANCIONE (2007), pp. 15-35.

de vista ecológico⁵⁸⁰ y que, antes o después, deberemos modificar nuestros hábitos y acabarán desapareciendo estas granjas de producción intensiva no compatibles con la condición de los animales como seres sentientes.

⁵⁸⁰ Es reconocido internacionalmente el impacto de la ganadería industrial en el medio ambiente. Sobre esta cuestión es imprescindible el informe titulado "La larga sombra del ganado: aspectos y opciones relacionados con el medio ambiente" (*Livestock's Long Shadow-Environmental Issues and Options*) de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), elaborado en 2006, fruto de la evaluación realizada por los miembros del Comité Directivo de la Iniciativa para Ganadería, Medio Ambiente y Desarrollo (Iniciativa LEAD), de la FAO. El informe contiene una completa evaluación del impacto global del sector pecuario sobre los problemas ambientales. Analiza el papel del ganado en el cambio climático y en la contaminación atmosférica, en la contaminación del agua y en la biodiversidad. El informe completo puede consultarse en: <http://www.fao.org/publications/es/> (Última consulta: 12/04/2018).

CAPÍTULO VII. SOBRE LA REGULACIÓN DE UN ESTATUTO JURÍDICO DEL ANIMAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO

1. Estado de la situación actual: necesidad de una ley estatal de bienestar animal

1.1. Cuestiones preliminares

El profesor MUÑOZ MACHADO decía en 1999 que «el Derecho no ha tenido la menor preocupación por establecer un estatuto del animal. No una norma donde se fijen sus "derechos", que ahora se postula por las corrientes ideológicas más proteccionistas, sino, al menos, un conjunto de reglas que establezcan las obligaciones que las personas tienen con los animales, y fijen principios sobre el régimen de las relaciones hombre-animal más precisos y extensos que los aportados por la codificación civil»⁵⁸¹.

Vamos a ocuparnos pues, en este lugar del trabajo, de esbozar los principios y normas de lo que, a nuestro juicio, debería conformar ese estatuto jurídico del animal, de imprescindible establecimiento.

Con carácter previo a cualquier otra consideración, vamos a puntualizar que nuestra postura va a ser la de plantear la necesidad de una regulación estatal en materia de bienestar animal. Nótese que utilizamos el término *bienestar* y no *protección*. La razón es que, como ya indicábamos en otro lugar de este trabajo, el concepto *bienestar* responde a la concepción del animal en tanto que ser sensible física y psíquicamente. En la definición de la RAE⁵⁸², bienestar significa vivir bien, vivir con tranquilidad. Es más, mientras que en la definición de protección no aparece ninguna referencia al ser humano y, de hecho, se pueden proteger las cosas, sí aparece esta referencia en el caso del bienestar. Este matiz nos hace pensar que, sin duda, el concepto de bienestar integra

⁵⁸¹ En MUÑOZ MACHADO, op. cit., p. 27.

⁵⁸² Según el Diccionario de la Real Academia Española, el término «proteger» integra tres acepciones posibles: «1. Resguardar a una persona, animal o cosa de un perjuicio o peligro, poniéndole algo encima, rodeándolo. 2. Amparar, favorecer, defender a alguien o algo». El término «bienestar» se define como: «1. Conjunto de las cosas necesarias para vivir bien. 2. Vida holgada o abastecida de cuanto conduce a pasarlo bien y con tranquilidad. 3. Estado de la persona en el que se le hace sensible el buen funcionamiento de su actividad somática y psíquica».

algo más que la simple protección. Nunca se nos ocurriría hablar del bienestar de las cosas, sí de su protección, y aunque existan diferencias entre los seres humanos y los animales, nos parece que estos deben dejar de ser considerados simples cosas y tienen derecho a que les garanticemos su bienestar o, al menos, la ausencia de malestar creado por los seres humanos. A partir de ahora, vamos pues a utilizar el término bienestar animal al referirnos al estatuto jurídico del animal.

Hecha esta precisión, deberíamos plantearnos, en primer lugar, si el bienestar animal sería una obligación directamente exigible al Estado sin necesidad de la previa aprobación de una ley específica al efecto. Decimos esto al hilo de la posición mantenida en su momento por el profesor VELASCO CABALLERO cuando señaló que en el artículo 45.1 CE se reconoce el derecho subjetivo a disfrutar de un medio ambiente adecuado, tanto natural como artificial, expresión del libre desarrollo de la persona. La exigencia constitucional de que esa libertad sea real y efectiva (art. 9.2 CE) sentaría una obligación de actuación positiva para el Estado, un principio rector de la actuación de los poderes públicos. La vinculación de los poderes públicos no provendría en este caso del artículo 53.3 CE (que se refiere sólo a *principios*, no a *derechos*), sino del artículo 9.2 CE. Este es el principio rector medioambiental más intenso en la CE por su vinculación directa con valores constitucionales esenciales: libertad (art. 1.1 CE) y dignidad de la persona (art. 10.1 CE)⁵⁸³.

Si manejamos una concepción amplia de medio ambiente y consideramos que los animales están dentro del derecho reconocido en el primer párrafo del artículo 45, podríamos concluir que su bienestar podría ser exigido judicialmente sin necesidad de previa ley porque el art. 53.3 CE sólo condicionaría a la previa actuación del poder legislativo, la invocación de los principios reconocidos en el capítulo tercero. Son estos principios los que necesitarían previo desarrollo legal para poder ser alegados ante la jurisdicción

⁵⁸³ Véase VELASCO CABALLERO (1994), pp. 77 y ss.

ordinaria. Pero no habría razón para extender la reserva de desarrollo legal a los derechos enunciados en el propio capítulo tercero⁵⁸⁴.

Nos parece arriesgado mantener esta posición si recordamos algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, por ejemplo, el contenido en la Sentencia núm. 233/2015, de 5 de noviembre, en el que se dice que el artículo 45 enuncia un principio rector, no un derecho fundamental⁵⁸⁵, y que los Tribunales deben velar por el respeto al medio ambiente pero de acuerdo con lo que dispongan las leyes que desarrollen el precepto constitucional (FJ2).

Creemos necesario, pues, reivindicar una ley estatal en materia de bienestar de los animales porque, aun prescindiendo de la naturaleza jurídica del artículo 45 CE, la conexión del derecho al medio ambiente y los valores del art. 1.1 CE y 10.1 CE está, hasta ahora, configurada desde una perspectiva absolutamente antropocéntrica. El bienestar de los animales y la garantía de que en todo el Estado español exista una legislación al respecto, exigirían la promulgación de una ley estatal en la materia.

Dependiendo de su regulación material, esta ley podría entrar en conflicto con las regulaciones de las distintas Comunidades Autónomas en los aspectos en que éstas han legislado, básicamente, en el ámbito de los animales de compañía. En la interpretación amplia que manejamos según la cual el bienestar de los animales se incluiría en la materia de medio ambiente, sin duda, la ley estatal tendría la condición de ley básica ex art. 149.1.23 CE. A efectos dialécticos, nos planteamos que la solución a un conflicto entre la ley estatal y la autonómica no pasaría necesariamente por el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. A la luz de la última doctrina

⁵⁸⁴ Nuestro Tribunal Supremo reconoce usualmente a los particulares, legitimación para acudir a los tribunales sobre la mera base del artículo 45.1 CE sin precisar ningún tipo de desarrollo legal (por ejemplo, STS 25/04/1989, RJ. 1989/3233). Véase al respecto, EMBID TELLO (2010), p. 353.

⁵⁸⁵ Son muchos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que se ha afirmado que el artículo 45.1 CE hace referencia a un principio rector y no a un derecho fundamental. Por ejemplo, en la STC núm. 84/2013, de 11 de abril (FJ 7), o en la núm. 199/1996, de 3 de diciembre (FJ 3), por citar dos casos más. Respecto a la posición negativa del Tribunal Constitucional sobre la consideración como derecho fundamental del derecho al medio ambiente se encuentran interesantes referencias en EMBID IRUJO (2016), pp. 390 y ss.

constitucional⁵⁸⁶, nos encontraríamos aquí con uno de los supuestos en que el Alto Tribunal no exigiría el planteamiento de dicha cuestión, al abogar por la prevalencia de la ley estatal en virtud de la cláusula del artículo 149.3 CE (siempre que no hubiese duda de la constitucionalidad de dicha ley)⁵⁸⁷. Nos hallaríamos ante un supuesto en que existe regulación autonómica dictada en defecto de regulación estatal previa y posteriormente el Estado dicta una ley que entra en contradicción con aquella. Una vez dictada la ley estatal, forzosamente debería el juzgador aplicarla con prevalencia a la autonómica.

Finalmente, en cuanto al concreto contenido material de esta ley estatal, debemos decir que no necesariamente debería partir de la regulación más proteccionista de las previstas en el conjunto de las Comunidades Autónomas. No creemos que pudiera justificarse la conclusión contraria, extrapolando aquí *mutatis mutandi*, las consecuencias de la aplicación del principio de no regresión formulado en el ámbito del Derecho medioambiental. En primer lugar, porque no nos encontramos, en puridad, ante un mismo ordenamiento jurídico que se modifica con posterioridad. En segundo lugar, porque nos impediría

⁵⁸⁶ Sobre la regla de prevalencia y el cambio en la doctrina constitucional experimentado, en especial a propósito de la STC 102/2016, de 25 de mayo, y las posteriores STC 116/2016 y 127/2016, véase SETUÁIN (2018). La STC 102/2016, según precisa la citada autora, habría sido la primera «en introducir una fractura en la rígida doctrina sobre la regla de prevalencia» y habría supuesto, a partir de la misma, tomar en consideración un precepto constitucional «hasta ahora neutralizado». Véase SETUÁIN (2018), pp. 12 y 33.

⁵⁸⁷ La profesora SETUÁIN señala que la STC 204/2016 ha venido a ampliar el ámbito de aplicación de la regla de prevalencia introducido por la STC 102/2016, al admitir la aplicación de la prevalencia en casos de leyes autonómicas de desarrollo aprobadas en ausencia de legislación básica con la que resultan incompatibles al aprobarse ésta. Véase SETUÁIN, op. cit., p. 12.

Según explica el profesor FERNÁNDEZ FARRERES, el cuadro de supuestos en los que el juez debería hacer uso de la regla de prevalencia del artículo 149.3 CE son un auténtico galimatías que genera inseguridad e incertidumbre. En todo caso, entre estos supuestos parece que se encontraría el que contemplamos nosotros como hipótesis en nuestro trabajo, es decir, ley autonómica que se dicta en defecto de ley estatal (básica). (El otro supuesto claro sería el de ley estatal básica -que posteriormente se modifica- y ley autonómica que la reproduce). El profesor FERNÁNDEZ FARRERES critica la funcionalidad que hasta ahora se ha reconocido al artículo 149.3 CE, que resultaría, según su parecer, de que no se ha procedido a leer sin más lo que dicho artículo dispone. Señala el autor: «Parece llegado el momento, pues, de que, de una vez por todas, cese definitivamente la injustificada resistencia a reconocer que la propia Constitución, modulando en parte una concepción extrema del sistema de justicia constitucional concentrada, ha establecido una concreta y singular excepción a la regla de que el juez no puede dejar de aplicar la ley postconstitucional y que, por tanto, se venga a admitir con normalidad que el artículo 149.3 CE le habilita para dar preferente aplicación a la ley básica estatal cuando, no cuestionando su constitucionalidad, constate que la misma se opone a lo dispuesto por la ley autonómica de desarrollo o complementaria». En FERNÁNDEZ FARRERES, op. cit., p. 82.

alcanzar aquella conclusión la interpretación que del principio de no regresión en Derecho ambiental está haciendo nuestro Tribunal Constitucional. En la Sentencia núm. 233/2015, de 5 de noviembre, relativa a la protección del demanio marítimo-terrestre, el Alto Tribunal recuerda que el deber constitucional del artículo 45 CE se proyecta sobre el medio físico, en tanto que el principio de no regresión se predica del ordenamiento jurídico⁵⁸⁸. El Tribunal Constitucional sostiene que no se puede identificar el deber de conservar el medio ambiente con el deber de conservar la norma y que la reversibilidad de las decisiones normativas es inherente a la idea de democracia, como ya se dijo, por ejemplo, en la Sentencia núm. 31/2010, de 28 de junio.

Además, si la norma estatal se dictase en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 149.1.23 CE, debería legislarse teniendo en cuenta que serán las Comunidades Autónomas las que dictarán normas adicionales de protección. Nos referiremos a ello en el apartado siguiente.

1.2. Alcance de una posible ley estatal de bienestar animal

Como ya hemos visto, todas las Comunidades Autónomas han aprobado leyes en materia de protección de los animales⁵⁸⁹. Las disparidades entre unas y otras son notorias, comenzando por su diferente ámbito de aplicación y siguiendo por su régimen sancionador pues una conducta que en un territorio constituye infracción muy grave, en otro merece diferente tipificación y, por tanto, sanción.

⁵⁸⁸ Concretamente, señala el Tribunal Constitucional lo siguiente: «el deber de conservación que incumbe a los poderes públicos tiene una dimensión, la de no propiciar la destrucción o degradación del medio ambiente, que no consentiría la adopción de medidas, carentes de justificación objetiva, de tal calibre que supusieran un patente retroceso en el grado de protección que se ha alcanzado tras décadas de intervención tuitiva. Esta dimensión inevitablemente evoca la idea de “no regresión”, aunque los conceptos que estamos aquí contrastando no admiten una identificación mecánica, pues es también de notar que el deber constitucional se proyecta sobre el medio físico, en tanto que el principio de no regresión se predica del ordenamiento jurídico. En términos constitucionales, esta relevante diferencia significa que la norma no es intangible, y que por tanto la apreciación del potencial impacto negativo de su modificación sobre la conservación del medio ambiente requiere una cuidadosa ponderación, en la que, como uno más entre otros factores, habrá de tomarse en consideración la regulación preexistente». (STC núm. 233/2015, de 5 de noviembre, FJ.2).

⁵⁸⁹ Antes no lo hemos advertido y lo hacemos ahora, solamente las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla no cuentan con normativa propia en esta materia.

Dicha dispersión normativa no parece conveniente para el bienestar animal por lo que consideramos que debería ser corregida. O, por mejor decir, nos preguntamos si ciertamente podemos mantener que el legislador estatal debería intervenir en esta materia para establecer unos mínimos que en todo caso pudieran ser completados o desarrollados posteriormente por las Comunidades Autónomas. No nos referimos a la realización por el Estado de una labor uniformadora sino al desempeño de una función ordenadora de mínimos que las Comunidades Autónomas, si acaso, pudieran incrementar o mejorar. El hecho de que los legisladores autonómicos hayan dotado a sus territorios de leyes en materia de protección o de bienestar de los animales no es óbice para que el legislador estatal no pueda dictar normas en la materia, puesto que ya lo ha hecho, por ejemplo, en el caso de transposición al derecho interno de directivas europeas que, directa o indirectamente, inciden sobre el bienestar de los animales.

Podríamos pensar si sería posible justificar una intervención normativa estatal por la vía del artículo 150.3 CE. Este precepto dispone que el Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Desde un punto de vista teórico parecería que no habría de existir inconveniente en explorar esta vía, pero lo cierto es que, un primer escollo vendría motivado por la necesidad de razonar en qué sentido el interés general exigiría el recurso al artículo 150.3 CE. El precedente de la utilización de esta figura no permite aventurar su éxito ya que se hizo servir en el caso de la Ley orgánica y de armonización del proceso autonómico (LOAPA) que pretendía formular una interpretación clarificadora del juego de los artículos 148 y 149 CE, en un momento en que todavía no existía suficiente doctrina constitucional y que acabó siendo rechazada por el Tribunal Constitucional en la STC 76/1983, de 5 de agosto⁵⁹⁰.

⁵⁹⁰ El Tribunal Constitucional señaló en la STC 76/1983, de 5 de agosto, que el artículo 150.3 CE es una norma de cierre del sistema de distribución de competencias aplicable solamente en aquellos casos en que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o para garantizar la armonía exigida por el interés general.

La disparidad normativa existente en materia de protección de los animales, derivada de la regulación contenida en las diferentes leyes autonómicas, no puede ser corregida por una norma estatal a menos que exista título competencial que lo ampare. En principio, no podría el Estado dictar normativa supletoria si no actuase en ejercicio de alguna competencia⁵⁹¹. Esto es, no podría incidir en la reglamentación jurídica de sectores materiales en los que careciese de competencia, ni siquiera para establecer unos mínimos aplicables en todo el territorio estatal.

Por eso, si se pretende sostener y defender la necesidad de que el Estado dicte una ley sobre bienestar animal, deberíamos no tener ninguna duda en que existe un título competencial en que encuadrar dicha norma⁵⁹².

La posibilidad más factible sería la de entender, junto con el profesor PÉREZ MONGUIÓ, que la protección de los animales (o su bienestar) es una actividad o materia, intrínsecamente relacionada o conectada con el medio ambiente del artículo 45 CE, como ya hemos anticipado. En consecuencia, de conformidad con lo que establece el artículo 149.1.23 CE, el Estado ostentaría la

⁵⁹¹ Así se dijo en la STC 61/1997, de 20 de marzo.

⁵⁹² En junio de 2014, la ministra de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, anunció en el Congreso de los Diputados que el Gobierno estaba preparando un borrador de una norma con el objeto, entre otros, de luchar contra el abandono de animales de compañía. El borrador de Anteproyecto de Ley por el que se establecía la normativa básica del comercio y tenencia responsable de perros y gatos, que así se llamaba, tenía como objeto, según su primer artículo, establecer las normas básicas en materia de comercio de perros y gatos, así como de la tenencia responsable de los mismos, y regular los controles para verificar el cumplimiento de la normativa aplicable en materia de comercio con perros y gatos y su tenencia responsable. Una de las medidas más significativas que contemplaba este Anteproyecto era la prohibición de la comercialización de animales en las tiendas de mascotas. Dicho borrador no pasó de ahí dado que el Gobierno decidió dar marcha atrás. En cualquier caso, traemos a colación aquí su contenido para destacar los concretos títulos que, según su redactor, justificarían la adopción de una norma con las finalidades descritas. Por un lado, se invocaba el artículo 149.1.6 CE, el 149.1.8 CE y el 149.1.13 CE, que atribuyen al Estado competencia en materia de legislación mercantil, legislación civil y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, respectivamente. Se invocaba también, el artículo 149.1.16 CE que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad, así como el 149.1.10 CE relativo a la materia de comercio exterior. El borrador citaba también el artículo 149.3 CE, para justificar la regulación del artículo 4.1. Dicho precepto prohibía realizar una serie de actividades sobre los animales como, maltratarlos, torturarlos, abandonarlos, matarlos por medios diferentes a la aplicación, por veterinario, de un medicamento autorizado, utilizarlos en peleas, practicarles mutilaciones, utilizarlos en espectáculos públicos o actividades publicitarias que les causasen angustia, dolor o sufrimiento o utilizarlos de forma ambulante como reclamo y, finalmente, llevar a cabo actuaciones o prácticas de selección genética de las que se derivasen problemas o alteraciones graves en la salud del animal. De momento, esta iniciativa no ha pasado de ser un borrador.

competencia exclusiva para dictar la legislación básica en materia de bienestar animal⁵⁹³. El Estado podría dictar normas con carácter básico que podrían ser complementadas -mediante normas adicionales de control- por las disposiciones autonómicas. Así, la norma estatal sería una norma de mínimos que las Comunidades Autónomas podrían mejorar. Por supuesto, en relación con el artículo 148.1.9 CE que establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en cuanto a la gestión del medio ambiente.

En la sentencia núm. 170/1989, de 19 de octubre, dictada en el recurso promovido contra la Ley 1/1985, de 23 de enero, de la Comunidad de Madrid, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares, el Tribunal Constitucional señaló, a propósito del artículo 149.1.23 CE, lo siguiente: «la legislación básica del Estado no cumple en este caso con una función de uniformidad relativa, sino más bien de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que cada una de las Comunidades Autónomas, con competencia en la materia, establezcan niveles de protección más altos que no entrarían por sólo eso en contradicción con la normativa básica del Estado. El sentido del texto constitucional es el de que las bases estatales son de carácter mínimo y, por tanto, los niveles de protección que establecen pueden ser ampliados o mejorados por la normativa autonómica».⁵⁹⁴

Los requisitos que debería reunir la legislación estatal básica en materia de medio ambiente, aplicada a la materia de bienestar de los animales que ahora nos ocupa, serían según la STC 69/2013, de 14 de marzo, los siguientes: en primer lugar, la regulación del Estado no podría llegar a un nivel de detalle tal que no permitiese desarrollo legislativo alguno por la Comunidad Autónoma. En segundo lugar, la regulación básica estatal habría de ser una regulación de mínimos, que en todo caso debería respetarse, pero que permitiría que la Comunidad Autónoma pudiese incrementar, estableciendo niveles de protección más altos. En tercer lugar, debería tenerse en cuenta la afectación

⁵⁹³ Véase PÉREZ MONGUIÓ (2005), p. 227.

⁵⁹⁴ En el mismo sentido, las SSTC 102/1995, de 26 de junio y 306/2000, de 12 de diciembre, ésta última, de resolución de sendos conflictos positivos de competencia promovidos por la Junta de Castilla y León y la Diputación Regional de Cantabria frente al Gobierno de la Nación, a propósito del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de Picos de Europa.

que podrían experimentar competencias sectoriales autonómicas –por ejemplo, la ordenación del territorio, la caza, la pesca, etc.- Ciertamente, la competencia del Estado en materia de medio ambiente converge con competencias de las Comunidades Autónomas en materia de agricultura, ganadería, ordenación del territorio, caza, pesca, montes y aguas⁵⁹⁵.

En esta STC 69/2013, el Alto Tribunal (FJ 1º) señaló que «...la afectación transversal del título competencial del Estado, que se ciñe al ámbito de lo básico (art. 149.1.23 CE), será conforme con el orden constitucional de competencias, en su condicionamiento de las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas, cuando dicha afectación se traduzca en la imposición de límites a las actividades sectoriales en razón a la apreciable repercusión negativa que el ejercicio ordinario de la actividad sectorial de que se trate pueda tener. Cuando así ocurra, los límites impuestos podrán calificarse de normas básicas ex art. 149.1.23 CE. Por el contrario, la afectación transversal de las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas resultará vulneradora del orden competencial cuando la normativa estatal comporte, más que el establecimiento de limitaciones específicas o puntuales de las actividades sectoriales, una regulación de mayor alcance, incluso aunque dicha regulación presente una finalidad de protección ambiental...». En este caso, el ejercicio de las competencias por el Estado y las Comunidades Autónomas debería llevarse a cabo a través de mecanismos de cooperación y coordinación.

En definitiva, lo que habría de caracterizar la normativa básica estatal no sería su carácter general o detallado sino su finalidad claramente tuitiva, de limitación de aquellas actuaciones que podrían atentar o lesionar el medio ambiente, en nuestro caso, el bienestar animal. El Estado podría elaborar una norma en la que se establecieran las bases del bienestar de los animales, sin distinción de la función que desempeñasen, esto es, aplicable a todos los animales sin

⁵⁹⁵ Ya lo reconocía la comentada STC 102/1995, al señalar que esa incidencia no puede ser tal que permita «al socaire de una protección del medio ambiente más aparente que real, la merma de competencias autonómicas exclusivas y su invasión más allá de lo básico». No obstante, debe recordarse que, la protección de los animales no es actualmente una competencia exclusiva autonómica, con la sola excepción de los Estatutos de Autonomía catalán y andaluz.

diferenciar si se trata de animales de compañía o de animales destinados a la obtención de productos para consumo humano o utilizados en espectáculos públicos o experimentación. Ciertamente, también sería plausible la solución contraria, esto es, elaborar distintas normas distinguiendo la función que realizasen⁵⁹⁶. Esta última opción podría tener la ventaja de que dichas normas tendrían en cuenta las diferencias que, evidentemente, existen entre las distintas especies de animales a la hora de conceder diversos grados de protección. No obstante, nos parece más conveniente residenciar en el artículo 149.1.23 CE, en relación con el artículo 45.1 CE, una norma de mínimos que contuviese una serie de principios y disposiciones aplicables a los animales sentientes, con independencia de su posible función. Sería la manera de configurar un verdadero estatuto jurídico del animal. El bienestar animal constituiría un bien constitucionalmente protegido y, por tanto, podría servir como canon de constitucionalidad de cualquier ley que afectase directa o indirectamente al bienestar de los animales.

La ley estatal de bienestar animal vincularía a todos los poderes públicos a fin de que en el ejercicio de sus competencias tuvieran en cuenta la perspectiva del bienestar animal. Sería una ley de leyes en cuanto al establecimiento de principios y deberes que debería ser completada por las leyes sectoriales especializadas en la regulación de su propio objeto.

2. Técnicas para instrumentar el bienestar animal

2.1. Planteamiento de las diferentes posiciones

De lo que pretendemos hablar en este momento es de reconocer a los animales un nivel de bienestar determinado, en tanto que entidades morales, individualmente considerados, con valor intrínseco⁵⁹⁷, al margen del que para

⁵⁹⁶Véase PÉREZ MONGUIÓ (2005), pp. 232-233.

⁵⁹⁷ Partimos de la base de que los animales tienen valor intrínseco. En este sentido, debe decirse que el Derecho de la UE comienza a reconocer dicho valor. Así, por ejemplo, en el considerando núm. 12 de la Directiva 2010/63/UE, relativa a la protección de los animales utilizados para fines científicos.

Se preguntaba hace unos años, Steven WISE, lo siguiente: ¿Las cosas, los seres o las ideas tienen el valor que nosotros les atribuimos o lo poseen de forma intrínseca? Si los animales o los humanos solo tienen el valor que nosotros consideramos o les atribuimos, entonces, cuando no se lo atribuimos, no lo tienen. Si los humanos o los animales solamente tienen el

los seres humanos pueden tener o al margen de otros valores como la protección de las especies.

Los animales no son cosas, independientemente de que una parte significativa de nuestro ordenamiento jurídico esté construido a partir de dicha afirmación y de que haya leyes que así lo establezcan. Que no son simples cosas lo demuestran los avances científicos que han probado que nos hallamos emparentados con ellos y procedemos genéticamente de un tronco común. Lo demuestra también la simple realidad pues está claro que el poder que los seres humanos pueden ejercer respecto a las cosas de su propiedad no es el mismo que el que pueden ejercer sobre los animales. No es igual, ni merece el mismo reproche moral o social, que una persona destruya su propio coche a garrotazos que haga lo mismo con su perro o su caballo.

No solo estamos emparentados genéticamente con los animales y procedemos de un tronco común y no sólo está demostrado que son seres sensibles, sino que se ha admitido que los animales no se rigen por el instinto sino por reglas sociales. Y allí donde existe una sociedad, existe el Derecho. Esta afirmación es válida para las sociedades humanas y válida, también, para los animales puesto que está científicamente comprobado que viven en ciertas formas de sociedad: evitar conflictos merced a diversas soluciones, propias de cada especie, podría ser equivalente a cualquier regla jurídica de las que se dota la sociedad humana para convivir⁵⁹⁸.

Pues bien, vamos a ver ahora cuál sería la mejor manera de dispensarles el bienestar que su condición de seres sensibles exigiría. No vamos a hablar ahora de, en qué ha de consistir ese bienestar sino a través de qué técnica podría alcanzarse un nivel óptimo de bienestar y que dicha opción sea viable jurídicamente.

valor que nosotros les atribuimos, como para Adolf Hitler o Adolf Eichmann, un tipo concreto de seres humanos no tenía ningún valor, entonces actuaron correctamente porque las leyes vigentes en la Alemania nazi permitían la adopción de la Solución Final. En cambio, si todos los humanos -y añade WISE- «o los animales» tienen valor intrínseco, entonces si ignoramos ese valor y actuamos contra ellos estaremos cometiendo una injusticia inmensa. En WISE (2016), p. 83.

⁵⁹⁸ En MARGUÉNAUD, BURGAT y LEROY (2016), p. 60.

Comenzaremos diciendo que algunos defensores de incrementar la protección de los animales consideran que los animales tienen valor o interés moral, en el sentido que le dio BENTHAM, de forma que ese interés debe ser tenido en cuenta en la toma de cualquier decisión que les afecte, con el objetivo de que se elimine cualquier forma de maltrato o de crueldad. Es decir, en la toma de una decisión que afecte a un animal, no solo deben tenerse en cuenta los intereses humanos, cualesquiera que sean, sino también los del propio animal. Este tipo de planteamiento podría calificarse de *bienestarista (welfarist)*⁵⁹⁹; el interés de los animales es importante, aunque subordinado al interés humano.

Los defensores de reconocerles derechos a los animales⁶⁰⁰ van un paso más allá pues pretenden que se admita que tienen valor en sí mismos, dignidad y consideración moral como seres sensibles y, en algunos casos, autoconscientes, de forma que es necesario que se les reconozcan unos derechos mínimos⁶⁰¹. Los animales no existen con la finalidad de servir a

⁵⁹⁹ Como así lo nombran DONALDSON y KYMLICKA. Según estos autores, el debate en torno a la cuestión de los animales se mueve en uno de estos tres marcos morales: un planteamiento bienestarista, un planteamiento ecologista y un planteamiento de derechos básicos. Por bienestarista «entendemos una postura que acepta que el bienestar de los animales es importante, desde un punto de vista moral, pero que subordina el bienestar de los animales a los intereses del ser humano. Según esta postura, los seres humanos están por encima de los animales, de acuerdo con una clara jerarquía moral. Los animales no son máquinas, sino seres vivos que sufren y, por lo tanto, su sufrimiento tiene significado moral. (...) No obstante, esta preocupación por el bienestar animal funciona dentro de un marco que da por sentado -sin que apenas se cuestione- que los animales pueden utilizarse, dentro de ciertos límites, en provecho de los humanos. En este sentido, el bienestarismo también podría describirse como el principio del "uso humano" de los animales por parte de los humanos». En DONALDSON & KYMLICKA (2018), pp. 16-17; (2011), p. 3.

⁶⁰⁰ DONALDSON y KYMLICKA sostienen que el planteamiento que aboga por el reconocimiento de derechos a los animales es fruto de las limitaciones de los enfoques bienestaristas y ecologistas. El bienestarismo puede evitar ciertas formas gratuitas de crueldad pero resulta ineficaz cuando se enfrenta el interés del animal con los intereses de los seres humanos (experimentación, consumo de carne...). Los enfoques ecologistas parten de la misma base que el bienestarismo, esto es, elevar los intereses humanos por encima de los intereses animales. Los ecologistas están dispuestos a sacrificar vidas animales individuales si ello garantiza un ecosistema natural y sostenible.

Según estos autores, la protección frente a la explotación animal exige pasar del bienestarismo y del holismo ecologista a un marco moral que reconozca a los animales como titulares de ciertos derechos. Este planteamiento «es una extensión natural del concepto de igualdad moral que subyace a la doctrina de los derechos humanos».

Véase DONALDSON & KYMLICKA, op. cit., pp. 18-19; p. 4.

⁶⁰¹ Señalan RECARTE y ALONSO que ambos conceptos -animal welfare y derechos de los animales- son el instrumento de filosofía y ética utilizados para combatir lo que se ha llamado *especismo*, una forma de identificar discriminaciones basadas exclusivamente en perjuicios por razón de especie. Los fundamentos de una y otra postura se encuentran en los trabajos de SINGER y de REGAN. En RECARTE y ALONSO (2006), p. 81.

determinados intereses humanos. Son, por sí mismos, individuos con derechos a no ser torturados, sometidos a experimentos médicos, separados de sus hábitats naturales, etc.

La atribución de derechos a los animales comportaría, desde luego, un cambio de paradigma en la configuración y estructura de nuestro ordenamiento jurídico. Como sostiene el profesor MUÑOZ MACHADO, muchas de las categorías técnicas empleadas por el Derecho son flexibles y maleables, también el concepto de derecho subjetivo⁶⁰². ¿Por qué no instrumentar la protección animal a través del reconocimiento de derechos a los animales?⁶⁰³

Son muchos los juristas -sostiene ZAFFARONI- que prefieren seguir concibiendo los derechos de los animales al estilo kantiano, como una relación indirecta siempre con el ser humano, partiendo de que la ética está limitada a la especie y que la crueldad con los animales afecta a esta ética exclusivamente humana⁶⁰⁴. Este autor sostiene que, por ejemplo, la ley civil ha avanzado de forma más atrevida que la ley penal que, de momento, no se ha planteado considerar a los animales como sujetos de derechos. Ahora bien, el Derecho Penal no es constitutivo sino simplemente sancionador, esto es, no crea los bienes jurídicos, sino que éstos le vienen dados por el orden jurídico por lo que no tiene autonomía para decidir quién es su titular. En el fondo, el penalista parece atrapado en la posible paradoja de que, si se considera al animal sujeto de derechos entonces, también podría incurrir en infracciones. Sin embargo, precisa ZAFFARONI que son muchos los sujetos humanos que no son capaces para cometer infracciones: «frente a ellos se reacciona con el derecho administrativo, o sea, si protagonizan un proceso lesivo, se detiene éste con medidas de coerción directa que, por cierto, deben respetar su dignidad de sujetos de derecho. No sería nada diferente lo que debe plantearse frente al animal. Entre internar a una persona incapaz de voluntad humana (un oligofrénico profundo que emite gruñidos a gritos en la vía pública y que si no

⁶⁰² En MUÑOZ MACHADO, op. cit., p. 109.

⁶⁰³ Entre los autores que han defendido reconocer derechos a los animales figuran Sapontzis, Francione, Cavalieri, Regan, Duyaner y Steiner, entre otros. Véase DONALDSON y KYMLICKA, op. cit., pp. 52-66; pp. 24-32.

⁶⁰⁴ ZAFFARONI (2015), pp. 59 y ss.

se actúa será víctima de cualquier accidente) y encerrar en un zoológico a un puma que deambula por las calles, desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de la coerción que se ejerce, no hay mucha diferencia, es coerción administrativa directa. La diferencia radicaría en que si no se le reconoce al puma su condición de sujeto de derechos podría considerarse que por razones de comodidad -o económicas- sería más fácil darle muerte que atraparlo; por el contrario, reconociéndole ese carácter, no debería sostenerse que operan puras razones de piedad o conveniencia, sino que deberían considerarse razones de respeto a los sujetos, y sólo se admitiría la muerte del puma ante un peligro cierto e inevitable de otro modo para la vida o la integridad física de las personas»⁶⁰⁵.

El planteamiento que parte de atribuir derechos a los animales está avanzando a una posición que supone no solo reconocer determinados derechos a los animales sino llegar al punto de que los animales poseen derechos invulnerables. Como sostienen DONALDSON y KYMLICKA, esta visión particular iría más allá de lo que suele entenderse simplemente como derechos de los animales. Según estos filósofos, quien aboga por mejorar la vida de un cerdo que se cría para sacrificio humano, cree en los derechos de los animales; también quien mantenga una postura más firme y defienda que no puede consumirse carne animal, pero en cambio, sí pueda experimentarse en animales si supone la única forma de obtener conocimientos médicos fundamentales. Ambos podrían definirse como personas que creen en los derechos de los animales. Esto es, creerían que los animales tienen derecho a no ser sacrificados por los seres humanos a menos que existiese un interés médico importante. Estas posturas, sin embargo, no suponen creer que los animales tienen derechos invulnerables. Tener derechos invulnerables comporta que los intereses más básicos de un individuo no pueden sacrificarse por el bien mayor de otro o de otros. Está aceptado hoy día, que los seres humanos poseemos derechos invulnerables, pero no así los animales.

⁶⁰⁵ En ZAFFARONI, op. cit. pp. 60-61.

KYMLICKA y DONALSON mantiene que solo los seres humanos poseemos derechos invulnerables⁶⁰⁶.

2.2. Los animales como sujetos de derechos

2.2.1. Planteamiento general

La determinación de quiénes han de ser titulares de derechos ha variado a lo largo del tiempo. En un principio, era solamente una prerrogativa de los hombres libres. Habiendo desaparecido la esclavitud, hoy en día, se admite que son titulares de derechos todas las personas y, por supuesto, las personas físicas. El derecho tiene como finalidad proteger un interés y no una voluntad⁶⁰⁷. El derecho persigue una finalidad y logra unos resultados no solamente respecto al beneficiario directo sino también respecto a quienes se interesan en ese estado de cosas.

Existe, sin embargo, una limitación: para ser sujeto de un derecho, es necesario que la ley reconozca expresamente la utilidad de dicho derecho. Los derechos no existen de un modo natural, sino que se crean convencionalmente y su creación corresponde solamente a los seres humanos. Son los seres humanos los que determinan quiénes o qué tienen derechos, cuáles y con qué alcance. Por tanto, será la voluntad del legislador la que todo lo determine, lo que significa que podrían entrar en esta categoría un círculo amplio de destinatarios.

En este sentido, precisó ya en 1909 el profesor RENÉ DEMOGUE que, teniendo en cuenta que la finalidad del derecho es la satisfacción, el placer, todo ser vivo que tenga facultades emocionales, puede ser apto para ser sujeto de derecho, aunque no esté provisto de razón. El niño o el demente pueden ser sujetos de derecho puesto que pueden sufrir. Incluso el animal puede serlo

⁶⁰⁶ Véase DONALDSON y KYMLICKA, op. cit., pp. 46 y ss; pp. 20 y ss.

⁶⁰⁷ Durante mucho tiempo, el derecho ha sido considerado conectado a la voluntad, como así se defendió por HAURIUO o DUGUIT, llegando a deducir de la voluntad, la personalidad jurídica. El problema de esta tesis radica en la dificultad de explicar cómo se reconoce pues, derechos a los dementes. En cambio, según IHERING, el sujeto de derecho es aquel a quien la ley destina la utilidad del derecho. Los derechos son los intereses jurídicamente protegidos. Según LEONHARD, para ser sujeto de derecho no es necesario una voluntad, ni una aptitud concreta, sino solamente la capacidad de tener necesidades que pueden ser protegidas por la ley. En DEMOGUE (1909), pp. 615-619.

puesto que es capaz de experimentar, como nosotros, sensaciones agradables o dolorosas⁶⁰⁸. DEMOGUE desdobló la noción de sujeto de derecho en *sujets de jouissance* propiamente dicho -que podrá extenderse a todos los seres capaces de sufrir- y *de disposition jouissance* que se limitarán solamente al ser humano provisto de razón.

Aunque se parta de la premisa de que el derecho está hecho para determinar las relaciones de los seres humanos entre sí y para asegurarles determinadas ventajas o utilidades, ¿por qué limitar el reconocimiento de sujeto de derechos a las personas y excluir a los animales?⁶⁰⁹ De lo que se trata es de establecer una regla técnica que ofrezca a los animales una protección eficaz: ¿es conveniente, para alcanzar los resultados deseables, considerar a los animales como sujetos de derecho?⁶¹⁰

⁶⁰⁸ DEMOGUE dijo: «Il est vrai qu'il y a une limitation: pour être sujet d'un droit, il faut que la loi vous destine l'utilité du droit. Et une volonté spéciale, la volonté du législateur, va tout déterminer. Mais sans insister sur ce que présente ici de notable la théorie en faisant rentrer une certaine volonté dans la notion de droit, constatons que le cercle des destinataires peut encore être très large et comprendre, comme je le disais, plusieurs séries successives de personnes. Cette manière de voir, du moins, conduit à une solution simple en ce qui concerne les sujets de droit, Étant donné que le but du droit est la satisfaction, le plaisir, tout être vivant qui a des facultés émotionnelles, et lui seul, est apte à être sujet de droit, que la raison lui manque de façon définitive ou temporaire. L'enfant, le fou curable ou incurable peuvent être sujets de droit, car ils peuvent souffrir. L'animal même peut l'être, il peut se trouver bénéficiaire d'un legs, ayant comme nous des réactions psychiques douloureuses ou agréables». En DEMOGUE (1909), p. 620.

⁶⁰⁹ Algunos autores, entre los que se halla SINGER, hablan de liberación animal y aun hoy, como el mismo SINGER sostiene, dicha expresión suena «más como una parodia de otros movimientos de liberación que como un objetivo serio. De hecho, la idea de los "derechos de los animales" se usó en otro tiempo para ridiculizar la reivindicación de los derechos de las mujeres. Cuando Mary Wollstonecraft, una precursora de las feministas de hoy, publicó su *Vindicación de los derechos de la mujer* en 1792, muchos consideraron absurdos sus puntos de vista y al poco tiempo apareció una publicación anónima titulada *A Vindication of the Rights of Brutes* (Vindicación de los derechos de las bestias). El autor de esta obra satírica (ahora se sabe que fue Thomas Taylor, un distinguido filósofo de Cambridge) intentó rebatir los argumentos de Mary Wollstonecraft demostrando que podían llevarse un paso más lejos. Si tenía sentido hablar de igualdad con respecto a las mujeres, ¿por qué no hacerlo con respecto a perros, gatos y caballos? El razonamiento también parecía válido para estas "bestias", aunque sostener que las bestias tenían derechos era obviamente absurdo. Así pues, el razonamiento que había conducido a esta conclusión tenía que ser falso y, si era falso al aplicarse a las bestias, también tenía que serlo respecto a las mujeres, ya que en ambos casos se habían usado los mismos argumentos». En SINGER (2011), p. 17.

⁶¹⁰ En DEMOGUE (1909), p. 637. VILLAVARDE sostiene que desde una perspectiva jurídico-positiva, podría atribuirse capacidad iusfundamental también a los animales. Si la Constitución reconoce derechos fundamentales no puede ser como aceptación de una legalidad iusracional previa, externa e intangible. La explicación de por qué unos derechos son "fundamentales" es sencilla: son derechos fundamentales porque la Constitución así lo reconoce. Reconoce unos y no otros. El ser unos derechos que puedan considerarse inherentes a las personas no es la causa de su deber ser como normas iusfundamentales. Puede que ese sea el motivo político

En la doctrina alemana, por ejemplo, encontramos postulados que avalarían una ampliación del concepto de sujeto de derecho. Para Bekker, el concepto *sujeto de derecho* debería ser ampliado en su contenido, bastando para ser sujeto de derecho la aptitud de goce. Según este autor, existen dos categorías de sujetos de derechos: los que poseen la capacidad de goce (todos los seres dotados de sensibilidad) y los que poseen la capacidad de disposición (solamente los seres humanos).⁶¹¹ Cuando se habla de derechos de los animales de lo que se trata *prima facie* es de admitir o no si los animales son susceptibles de recibir consideración moral por parte de los seres humanos, dada su evidente capacidad para sentir dolor y sufrimiento⁶¹². Podrían entrar, por tanto, en la primera categoría apuntada.

2.2.2. El reconocimiento de derechos desde una perspectiva moral y desde una perspectiva política

Sostienen DONALDSON y KYMLICKA que el movimiento de defensa de los derechos de los animales ha ganado alguna batalla pero ha perdido la guerra a la vista de la magnitud de la explotación animal hoy día. Estos autores, en su obra *Zoopolis. A Political Theory of Animal Rights*, postulan la creación de un marco diferente de regulación de las relaciones entre animales y seres humanos que pase por reconocer el estatuto de ciudadanos a los animales domésticos, de cuasi-ciudadanos a los animales llamados liminales, y un estatuto de soberanía para los animales salvajes. El planteamiento pretende dar una vía de salida al punto muerto en que se encuentran los postulados que

que impulsa al constituyente a incluirlos en la norma fundamental del ordenamiento, pero la razón de su validez como derechos fundamentales está en la posición normativa suprema de la Constitución, que es la que los hace inviolables. En suma, un derecho fundamental es ante todo un derecho subjetivo, es decir, un apoderamiento jurídico (contenido del derecho) que la Constitución, atribuye a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas (objeto del derecho). Los derechos fundamentales tienen este carácter con independencia de quién sea su titular y de cuál sea la estructura en la que estén articulados. No cabe una fundamentación antropocéntrica de los derechos fundamentales. Si la condición jurídica de fundamentales no la reciben tales derechos por ser inherentes a la persona, no es consustancial a esos derechos que su titular sea exclusivamente el ser humano. Puede que no todas las personas físicas sean titulares de esos derechos, y puede que el nasciturus, las personas fallecidas y las personas jurídicas, privadas e incluso públicas, sí lo sean. En VILLAVERDE et al. (2004), pp. 25-26.

⁶¹¹ En sentido similar a DÉMOGUE, según hemos visto más arriba.

⁶¹² En FRANCISKOVIC (2012), p. 74. La referencia a Bekker también la encontramos en este autor.

hasta el momento han abogado por el reconocimiento de derechos -negativos- a los animales⁶¹³.

Sin perjuicio de que volvamos sobre esta idea, debemos comenzar diciendo que, hasta la fecha, los postulados que han mantenido la necesidad de reconocer derechos a los animales han partido de la consideración de estos como seres dotados de sensibilidad. Esto es, lo que justificaría el reconocimiento de derechos a los animales es su capacidad para experimentar placer y dolor. Marta TAFALLA parte de la premisa de que los derechos que toda persona posee, son para protegerla de las diversas formas de violencia que podría sufrir. Los derechos humanos surgen para proteger a las personas, para que no sean instrumentalizadas, explotadas, maltratadas, desposeídas de sus libertades o de una vida digna. Los derechos aparecen así, como una formulación negativa y se han ido proclamando desde la experiencia de lo que es injusticia, opresión, crueldad. Los derechos de los animales nacerían del conocimiento de las múltiples formas de injusticia de que son víctimas. Evitar esas concretas formas de injusticia exigiría el reconocimiento del correspondiente derecho. Dicho de otro modo, el derecho no tendría otra finalidad que proteger de la concreta forma de violencia ejercida. Como los chimpancés, los perros o los delfines pueden ser dañados por los seres humanos de muchas más formas que, por ejemplo, las hormigas, será necesario arbitrar más derechos para ellos que les protejan de las posibles formas de violencia que contra ellos pueden ejercerse, que respecto a las hormigas⁶¹⁴.

En cierto modo, este planteamiento estaría presente también en REGAN, precursor y máximo exponente de las teorías filosóficas que propugnan el reconocimiento de derechos a los animales. REGAN distingue entre tres

⁶¹³ Esto es, el derecho a no ser matado, torturado, confinado.

⁶¹⁴ Véase TAFALLA (2004), pp. 29 y ss. Al hilo de los comentarios de la profesora TAFALLA nos parece oportuno traer a colación las palabras del profesor SÁDABA sobre las diferencias entre animales. Señala este autor que «no es lo mismo un pez que un simio. Y por medio todo un conjunto de especies que van al ritmo de una evolución que ha configurado este y no otro cuadro de la vida. En una franja cercana a nosotros sabemos hoy que los elefantes, además de su excelente memoria, resuelven problemas, lloran a sus muertos y hasta se interesan por la música. Si se define la inteligencia como la capacidad para resolver problemas, una máquina de Turing, lo suele recordar un interesante filósofo español ya fallecido, sería inteligente. Y un elefante, añadamos nosotros, también». En SÁDABA (2015), p. 37.

grados diferentes según la naturaleza del animal: en primer lugar, aquellos que supuestamente carecen de consciencia; en segundo lugar, aquellos que son conscientes y sintientes y, en tercer lugar, aquellos animales que no sólo son conscientes y sintientes, sino que, además, tienen creencias y deseos, memoria, un sentido del futuro, una vida emocional y autoconciencia. REGAN admite que, dónde trazar la línea que separa estos grados es cuestión no exenta de dificultad pero que no tiene dudas de que en la última categoría se encuentran los animales mamíferos normales de uno o más años de edad⁶¹⁵. Estos individuos, que pueden tener un bienestar individual en el sentido de que sus vidas podrán ser buenas o malas para ellos de forma independiente a la utilidad que puedan tener para otros, tienen *valor inherente* y son lo que él califica como *sujetos de una vida*. Y, según REGAN, los individuos con valor inherente merecen un respeto igual. El principio de respeto supone que debemos tratar a los individuos que tienen valor inherente ya sean agentes morales (seres humanos) o pacientes morales (seres humanos y animales), de maneras que respeten dicho valor. No tratamos a las personas y a los animales con el respeto debido cada vez que los tratamos como si carecieran de valor inherente, esto es, como si su valor dependiera de su utilidad relativa a los intereses de otros. Les debemos un trato respetuoso, no por bondad ni por ningún otro sentimiento, sino porque así lo exige la justicia⁶¹⁶. REGAN sostiene pues, la necesidad de reconocer a estos animales -que tienen creencias, intencionalidad, autonomía, etc.- el derecho moral básico a un trato respetuoso⁶¹⁷.

En los primeros años del siglo XXI se está abriendo camino una nueva perspectiva en el enfoque de las relaciones entre seres humanos y los animales. Partiendo de la base de que los animales son seres sintientes, seres con intereses y capacidades, con valor por sí mismos, se ha desplazado el

⁶¹⁵ Véase REGAN (2016), p. 151.

⁶¹⁶ En REGAN, op. cit. pp. 280 y 297.

⁶¹⁷ Lo que significa un derecho que se posee independientemente de los actos voluntarios de nadie y que poseen todos los individuos pertinentemente similares. En REGAN, op. cit., p. 366.

debate desde el campo de la teoría moral, hacia el de la teoría política⁶¹⁸. Este nuevo enfoque pretende construir una teoría que postule la aplicación de determinadas categorías políticas a nuestras relaciones con los animales, en particular, la extensión del concepto de *ciudadanía* a alguno de los animales. La principal aportación a esta idea deriva del filósofo canadiense KYMLICKA quien en su obra -compartida con Sue DONALDSON- *Zoopolis. A political Theory of Animal Rights*⁶¹⁹ aborda la idea de que las relaciones entre animales y seres humanos debe partir de un enfoque político y no exclusivamente moral o ético. Los animales deben tener un estatus que trascienda su condición de seres semovientes o cosas, en tanto que seres poseedores de intereses propios lo que exigiría el establecimiento de límites a la instrumentalización que llevan a cabo los seres humanos. DONALDSON y KYMLICKA exigen el reconocimiento de derechos básicos, inviolables y universales a favor de los animales, pero el fundamento de dicha atribución radicaría, no en razones éticas, que se revelan insuficientes, sino en la idea de individualidad y capacidad de experiencia del mundo. Estos autores realizan una reconfiguración de la categoría de ciudadanía que haga posible el reconocimiento de derechos para los animales⁶²⁰.

⁶¹⁸ Puede leerse un interesante resumen de este cambio de enfoque, a partir sobre todo de la obra de KYMLICKA, en el artículo de E. RINCÓN HIGUERA, titulado *Animales como ciudadanos*, publicado en www.eldiario.es, en fecha 2.09.2014 (última consulta: 23/01/2018).

⁶¹⁹ Dice SAN MARTÍN SEGURA que este libro «puede resultar desconcertante en las facultades de Derecho españolas, donde la cuestión de los derechos de los animales (no humanos) permanece poco desarrollada y contemplada aún, a menudo, como una extravagancia intelectual (...). No es así en los circuitos académicos anglosajones, donde la consideración de los animales como "sujetos" morales y jurídicos arrastra un nutrido debate desde hace más de tres décadas, con participantes contrastados en el campo de la filosofía moral -Peter Singer, Tom Regan- y en la filosofía jurídica -Gary L. Francione-, por citar sólo los de mayor renombre. Se suma ahora la aportación de Kymlicka, uno de los autores más influyentes en la filosofía política actual, enfocando el problema desde una perspectiva poco explorada, el de la teoría política y la categoría de ciudadanía». Este libro resulta una aplicación de las tesis de KYMLICKA sobre el liberalismo y, en especial, sobre su idea de la ciudadanía diferenciada. El libro trata de construir una «teoría política que haga sostenible el reconocimiento positivo de derechos a los animales no humanos». En SAN MARTÍN SEGURA (2011), pp. 409 y 410.

⁶²⁰ En DONALDSON, S y KYMLICKA, W., (2011), pp. 40-69; (2018), pp. 97-129. En particular, los autores sostienen que los animales domésticos pueden ser considerados ciudadanos, con derechos reconocidos y con una serie de deberes u obligaciones por parte de los seres humanos hacia ellos. En particular, tendrían el derecho a residir en la comunidad a la que pertenecen y a que sean tenidas en cuenta sus necesidades.

2.2.3. Principales objeciones al reconocimiento de derechos a los animales

En términos generales, los argumentos que han sido utilizados para sostener la imposibilidad de reconocer derechos a los animales han sido variados. En primer lugar, se ha pretendido reducir al absurdo esta idea, generalizando y llevando al extremo la idea de atribuir derechos a los animales con conclusiones tales como que el reconocimiento del derecho a la vida de los animales significaría reconocer en todo caso el derecho a la vida de un mosquito o de una garrapata; significaría, además, tener que reconocer a los animales derecho a votar o a tramitar un expediente de deslinde, como ha llegado a decirse, incluso.

Ciertamente, uno de los problemas que se plantean cuando se propugna el reconocimiento de derechos a los animales es responder a si todos los animales pueden ser incluidos dentro de la comunidad moral o si todos deben ser merecedores de la protección del ordenamiento jurídico. Como sostiene el profesor MUÑOZ MACHADO, parece fácil en el plano de la razón y de los sentimientos, defender el derecho a la vida de un perro pero ¿y el del mosquito?⁶²¹ Sin duda es un recurso fácil plantear como principal objeción a un postulado general sobre bienestar de los animales y el reconocimiento de derechos, la necesidad de extender - para mantener la coherencia del postulado- también al mosquito y a la cucaracha cualquier medida de protección⁶²².

⁶²¹ En MUÑOZ MACHADO (1999), p. 75.

⁶²² En MOSTERÍN (2014), p. 70, encontramos el siguiente texto que nos parece interesante, justamente para introducir un primer argumento frente a quienes pretenden ridiculizar los postulados de quienes preconizan la defensa y protección de los animales, llevándolo a sus últimos extremos, es decir, diciendo que ese objetivo de protección implicaría exigir también la defensa de los derechos de cualquier insecto o un parásito. Decía MOSTERÍN: "así como preferimos unos humanos a otros, aunque no sea más que porque nos resultan más próximos o nos caen más simpáticos o los admiramos más o por cualquier otro motivo, pero respetamos a todos, así también nuestro respeto y consideración por todos los animales no nos impide preferir a algunos, y considerar a unos más que a otros. Cuando los humanos son afectados por enfermedades como la dracunculiasis o la triquinosis, no vacilamos en curarlos matando a los nematodos (gusanos redondos) parásitos *Dracunculus* o *Trichinella* que invaden sus músculos. Nosotros somos también humanos y sentimos más solidaridad con nuestros congéneres que con los nematodos. Cuando nuestro perro tiene garrapatas, le quitamos las garrapatas y las matamos. Por un lado, pensamos que el perro es un animal mucho más inteligente y con mucha mayor capacidad de sufrir que la garrapata. Por otro, estamos ligados

En segundo lugar, se ha señalado que los animales no pueden tener derechos puesto que no tienen deberes y no pueden reivindicarlos por sí mismos. Y también es frecuente encontrar el argumento de que no debemos ocuparnos de reivindicar derechos a los animales cuando hay seres humanos que sufren, viven con privaciones y con importantes limitaciones de sus derechos⁶²³.

Entre los autores, filósofos o juristas, que han afirmado que en nuestro sistema jurídico -absolutamente antropocéntrico- nunca podrán tener los animales la condición de sujeto de derechos, se encuentran SABATER y ESTEVE PARDO.

Fernando SABATER sostiene que sólo pueden tener derechos –según él, son inseparables de las obligaciones- los sujetos capaces de controlar y parcialmente suspender por razones simbólicas la urgencia instintiva de sus disposiciones biológicas⁶²⁴.

ESTEVE PARDO afirma que jamás un oso será un sujeto de derecho en nuestro sistema jurídico. Añade que es evidente que el oso no se presentará nunca en un expediente de deslinde para delimitar cuál es su espacio que la legislación le reconoce. La opinión del profesor ESTEVE PARDO es la de considerar que toda la protección que se quiera dispensar a los animales debe de hacerse a través del reconocimiento de una serie de deberes de los seres

a nuestro perro con un vínculo de lealtad y amistad que no existe en el caso de la garrapata. La garrapata no hace nada moralmente malo, se limita a hacer aquello para lo que está genéticamente preprogramada, es decir, a caer sobre el primer mamífero que pasa y chuparle la sangre. Pero nosotros somos también mamíferos y nos sentimos más solidarios con el perro que con la garrapata. Albert Schweitzer, que había recogido un águila pescadora herida para curarla, daba la preferencia al águila sobre los peces con los que la alimentaba."

En cualquier caso, compartimos la opinión de GARCÍA SAEZ cuando afirma, en relación a los argumentos que pretenden reducir al absurdo los postulados de quienes defienden la atribución de derechos a los animales, que en realidad los argumentos que utilizan estos *críticos* más que reducciones al absurdo son argumentos absurdos. No se trata de reivindicar derechos humanos para los animales, sino que, de lo que se trata es de que los animales tengan derechos -en la medida que estos derechos tienen sentido para satisfacer determinadas necesidades- acordes a su naturaleza y capacidades. Véase GARCÍA SAEZ (2012), p.7.

⁶²³ Un resumen de los argumentos en contra de la atribución de derechos de los animales puede leerse en GARCÍA SAEZ (2012), pp. 6-16.

⁶²⁴ Encontramos esta cita, que se refiere a un artículo publicado en El País, en PÉREZ MONGUIÓ (2005), p. 86. Dudamos nosotros de que algunos deficientes mentales sean capaces de dicho control y, sin embargo, qué duda cabe que tienen derechos.

humanos hacia los animales pero nunca a través del reconocimiento de unos hipotéticos derechos de los animales.⁶²⁵

Se apoya también ESTEVE PARDO en el pensamiento de Kant o de Wittgenstein. Kant «no se recataba en afirmar que "en lo que concierne a los animales, no tenemos obligaciones directas hacia ellos. Los animales no son seres autoconscientes y son meros medios orientados hacia un fin. Ese fin es el hombre"⁶²⁶». Wittgenstein, por su lado, consideraba que no podíamos atribuir en su pleno sentido estados de conciencia a seres que carecen de lenguaje⁶²⁷.

⁶²⁵ El profesor ESTEVE PARDO señala que en el sistema jurídico en el que nos encontramos, el único animal que logra escapar y acercarse a la condición de sujeto en toda la cultura de la modernidad es el toro de lidia. Señala este autor que la ordenación de la tauromaquia es lo que hace al toro protagonista, sujeto de una actividad. Lo secundario, aquí, es el hombre, representado en el torero y su cuadrilla. Afirma que «ningún animal ha desarrollado tal fuerza ordenadora sobre su propio régimen jurídico del que se erige en protagonista, en sujeto central. El toro pone a cada cual en su sitio. Es el dicho popular que refleja con absoluta precisión la capacidad ordenadora de este animal que se libera de este modo de la condición de mero objeto. Acabar con la fiesta, sería acabar con el único orden jurídico de la civilización occidental en la que un animal es sujeto central y ordenador del mismo, el único animal que, de manera asombrosa, mágica, como resultado de la confluencia de toda una serie de circunstancias, logra rebasar el cerco antropocentrista para situarse en su propio ruedo, en su propio fuero. Acabar con ese orden que emancipó al toro sería devolverlo al matadero, a su total condición de objeto». En ESTEVE PARDO (2016) pp.280-281

⁶²⁶ ESTEVE PARDO (2016), p. 276.

⁶²⁷ Señala el profesor ESTEVE PARDO lo siguiente: «La afirmación de Wittgenstein es motivo de escándalo para Singer. No se sabe muy bien que podía esperarse del riguroso y en extremo consecuente pensamiento del filósofo austríaco, que no hace sino proseguir y confirmar toda una línea de pensamiento que sitúa en la razón humana primero, el lenguaje más tarde, el eje del conocimiento y de la comprensión del mundo, en el que hay un único sujeto real, el ser humano, que es el único dotado de razón y expresión a través del lenguaje. Todo lo demás son objetos, los animales por supuesto entre ellos, a los que la razón humana otorga una valoración que puede llegar a ser muy alta pero que es el ser humano el que la concede, no los animales los que la ganan a diferencia de movimientos de liberación precedentes como el de los negros o el de las mujeres» (en las pp. 276-277).

GRAY calificó el pensamiento de Wittgenstein como "idealismo reformulado en términos lingüísticos" y añadió: «Wittgenstein dio por asumido que no podemos hablar con los leones. Ahora bien, si hallase seres humanos para los que la conversación con otros animales fuese algo normal, lo único que podría decir es que seríamos nosotros, es decir, él, los que no sabríamos entenderlos. Escribió que "la conducta común de la humanidad constituye el sistema de referencia mediante el cual interpretamos un lenguaje desconocido". A fuer de ser sinceros, deberíamos más bien decir que la conducta común de los animales constituye el sistema de referencia mediante el cual nosotros interpretamos los ruidos animales de los humanos». En GRAY (2003), p.53.

SINGER había señalado que no era relevante a la hora de concluir en la capacidad de los animales para sentir dolor, el hecho de que pudieran carecer de lenguaje. Concretamente dijo: «Algunos filósofos, incluido Descartes, han considerado importante el hecho de que mientras que los humanos pueden detallar su experiencia del dolor, otros animales no pueden. (Es interesante resaltar que esta línea divisoria entre los humanos y las otras especies, clara en otro tiempo, hoy se está poniendo en duda a causa del descubrimiento de que a los chimpancés se les puede enseñar un lenguaje). Pero, como señaló Bentham hace mucho

tiempo, la facultad de utilizar un lenguaje no es relevante a la hora de decidir el trato que se debe a un ser, a menos que esa facultad pueda ligarse a su capacidad para sufrir, en cuyo caso la ausencia de un lenguaje haría dudar de la existencia de esta capacidad. (...) Existe una vaga trayectoria de pensamiento filosófico, derivada quizá de ciertas doctrinas asociadas al influyente filósofo Ludwig Wittgenstein que sostiene que no podemos atribuir significativamente estados de conciencia a seres sin lenguaje». Y añadía SINGER «esta postura no me parece muy plausible, ya que aunque el lenguaje pueda ser necesario para el pensamiento abstracto, al menos en cierto nivel, los estados como el dolor son más primitivos y no tienen nada que ver con el lenguaje». Y añadió: «Incluso si hubiera mejores razones para negarse a atribuir dolor a los que carecen de lenguaje, las consecuencias de esta negación podrían llevarnos a rechazar la conclusión. Los recién nacidos y los niños pequeños son incapaces de usar el lenguaje. ¿Vamos a negar que un niño de un año pueda sufrir? Si no lo hacemos, el lenguaje no puede ser crucial. Por supuesto que la mayoría de los padres entiende mejor las respuestas de sus hijos que las de los otros animales, pero esto es simplemente consecuencia del mayor conocimiento de nuestra propia especie y del mayor contacto que tenemos con los niños pequeños, en comparación con los animales. Tanto los que estudian la conducta de otros animales como quienes tienen animales de compañía aprenden pronto a entender sus respuestas tan bien como entendemos las de un niño, y a veces, mejor. Por lo tanto, concluimos que no hay razones convincentes, ni científicas ni filosóficas, para negar que los animales sienten dolor. Si no dudamos de que otros humanos lo sienten, tampoco deberíamos dudar de que lo sienten otros animales». En SINGER (2011), pp. 30-31.

Nos parece necesario resaltar que está claro, en cualquier caso, la existencia de pensamiento en criaturas que todavía no son capaces de expresarse con palabras, por lo que el lenguaje no va de la mano del conocimiento, ni debe ser el fundamento para atribuir consideración moral o no a un ser vivo. Véase al respecto a DE WAAL (2016), p. 123.

Y.N. HARARI en su conocida obra *Sapiens*, al referirse a la revolución cognitiva y a la aparición del lenguaje ficticio en el homo sapiens dice lo siguiente: «Cada animal tiene algún tipo de lenguaje. Incluso los insectos, como las abejas y las hormigas, saben cómo comunicarse de maneras complejas, y los individuos se informan unos a otros de la localización del alimento (...). Muchos animales, entre ellos todas las especies de monos y simios, tienen lenguajes vocales. Por ejemplo, los monos verdes emplean llamadas de varios tipos para comunicarse. Los zoólogos han distinguido una llamada que significa: “¡Cuidado! ¡Un águila!”. Otra algo diferente advierte: “¡Cuidado! ¡Un león!”. Cuando los investigadores reprodujeron una grabación de la primera llamada a un grupo de monos, estos dejaron lo que estaban haciendo y miraron hacia arriba espantados. Cuando el mismo grupo escuchó una grabación de la segunda llamada, el aviso del león, rápidamente treparon a un árbol. Los sapiens pueden producir muchos más sonidos distintos que los monos verdes, pero ballenas y elefantes poseen capacidades igualmente impresionantes». En Y.N. HARARI (2015), pp. 35-36.

En el prólogo de su libro *¿Tenemos suficiente inteligencia para entender la inteligencia de los animales?* cuenta DE WAAL: «Una mañana de principios de noviembre, cuando los días se iban haciendo más fríos, observé que Franje, una hembra de chimpancé, estaba recogiendo toda la paja de su dormitorio. Luego se la llevó bajo el brazo, fuera de la amplia isla del zoo de Arnhem, en los Países Bajos. Su comportamiento me sorprendió. En primer lugar, Franje, nunca había hecho eso antes, ni habíamos observado a otros chimpancés llevándose la paja. En segundo lugar, si el objetivo de Franje era abrigarse durante el día, tal como sospechábamos, hay que señalar que recogía la paja dentro de un recinto con calefacción a una temperatura ambiente agradable. La conducta de Franje no era una respuesta al frío, sino que estaba preparándose para una temperatura que de hecho no podía experimentar. La explicación más razonable sería que había extrapolado el frío del día anterior a la temperatura esperable el día siguiente. (...) Aunque la observación inicial sea simple (un mono recoge una pila de paja), las repercusiones pueden ser enormes. La cuestión de si los animales hacen planes para el futuro, como parecía ser el caso de Franje, preocupa bastante a la ciencia ahora mismo». El autor, tras poner otros ejemplos de conductas estudiadas en animales como, por ejemplo, su capacidad para reconocer una despedida, un decir adiós, que evidenciaría que pueden anticipar hechos y situaciones, añade: «¿Qué tenemos que decirles, entonces, a los escépticos que sostienen que los animales, por definición, están atrapados en el presente, y que sólo los seres humanos tienen visión de futuro? ¿Es razonable este supuesto, o simplemente están ciegos a las capacidades de los animales? ¿Y por qué nuestra especie es

Prosigue ESTEVE PARDO: «Este sistema antropocéntrico, racionalista y articulado en torno al lenguaje, que solo hace del ser humano, o de las organizaciones por él constituidas, sujeto del Derecho y sujeto de derechos, ese es el sistema jurídico en el que estamos instalados y en el que los animales no tienen cabida como sujetos o solo, dudosa e inciertamente, a través de personas que se autoatribuyen su representación porque desde luego ellos, los animales, no se la han otorgado a nadie, ni consta poder de representación alguno por ellos otorgado»⁶²⁸.

tan proclive a infravalorar la inteligencia animal? De manera sistemática les negamos aptitudes que damos por sentadas en nosotros mismos.» En DE WAAL (2016), pp. 13-15.

⁶²⁸ En la p. 277 de ESTEVE PARDO (2016). En las páginas anteriores a la que es objeto de esta nota, critica Esteve Pardo lo siguiente al hablar de quienes pretenden expresar la voz de los animales: «Una posición que, por lo demás, no deja de plantear serios problemas de legitimidad en el orden democrático puesto que a la voluntad del legislador democrático, con una incuestionable legitimidad constitucional, se le oponen ahora unos condicionantes y limitaciones que derivan de la propia realidad natural pero que ella misma, la naturaleza, no expresa, sino que la expresan por ella una serie de personas u organizaciones carentes de legitimidad democrática y que la única legitimidad que alegan es la de un pretendido conocimiento experto que les aúpa a la posición de representantes o portavoces de los animales, en valedores de sus derechos.

Pudo verse bien a las claras en el debate en el Parlamento Catalán en la primavera y verano del 2010. Un debate promovido, al menos eso decían sus impulsores, por y para la protección del toro, sin que a ningún conocedor del entorno político en el que se le planteaba se le pudieran ocultar otras motivaciones principales, mucho menos nobles, que por ello mismo sus partidarios se cuidaban de no hacerlas explícitas. En ese debate intervinieron toda una serie de personas que vertían opiniones e informes desde muy diversas perspectivas y representando intereses diversos implicados en la fiesta. Hablaron toreros en nombre de los toreros, ganaderos en nombre de los ganaderos, empresarios en nombre de los empresarios. Pero el gran protagonista del debate, el toro, no se encontraba presente, lo que evidentemente no ha de ser motivo de extrañeza pues el toro no puede estar presente ni participar en ese debate por mucho que le afecte (...).

Pero ocurre que la subjetivación de la naturaleza, de sus elementos, de los animales entre ellos, que se impone en la actual percepción social hace que el toro se presente con la condición de sujeto. Al reconocerle idealmente la condición de sujeto, que obviamente no la tiene en el sistema jurídico, se da pie a que alguien actúe y se exprese en representación de ese sujeto. Así es como sorprendentemente aparecen representantes del toro, de los animales, expertos en sufrimiento animal y demás portavoces y voceros de animales que adquieren esta posición no por un poder que los animales les otorgan para que los representen, sino porque ellos mismos se atribuyen esa representación. Así, junto a los toreros representantes de toreros, ganaderos por los ganaderos, empresarios por los empresarios, se encontraban unos sujetos hasta tiempos recientes del todo desconocidos: representantes del toro, expertos en sufrimiento animal, científicos que aseguraban conocer los procesos biológicos y percepciones de este animal como si estuvieran en su piel, en la piel del toro. Unos expertos que hablan en nombre del toro y todo un Parlamento que legisla reparando en las sensaciones de este animal que aquellos le transmiten en su nombre». En ESTEVE PARDO (2016), pp. 273-274.

Las afirmaciones del profesor ESTEVE PARDO, cuando sostiene que los animales no han otorgado a nadie poder para ser representados, nos llevan a pensar en un cierto paralelismo entre quienes intentan ridiculizar a los llamados voceros de los animales (por atribuirse la defensa de sus intereses sin que los animales les hayan otorgado ningún poder de representación) y quienes, atribuyéndose un papel que desde luego tampoco nadie les ha

2.2.4. Respuesta a dichas objeciones

En primer lugar, podemos decir que el reconocimiento de derechos a los animales no exige una equiparación entre los derechos atribuidos a los seres humanos y los que podrían reconocérseles a los animales. La coherencia del postulado de quienes defienden el reconocimiento de derechos a los animales no exige en absoluto dicha equiparación. Que sepamos, nunca se ha planteado una igualdad absoluta entre seres humanos y animales porque resulta obvio que hay derechos que requieren de unas determinadas capacidades que no se dan en todos los animales y que tampoco sería necesario reconocerles. En palabras de los filósofos DONALDSON y KYMLICKA «incluso dentro de la categoría de los seres humanos, muchos derechos se otorgan con diferencias según las capacidades y las relaciones. Los ciudadanos tienen derechos que los visitantes no tienen (por ejemplo, a votar o a los servicios sociales), los adultos tienen derechos que los niños no tienen (por ejemplo, a conducir), las personas con determinadas capacidades relacionales tienen derechos que quienes padecen graves discapacidades intelectuales no tienen (por ejemplo, a decidir cómo gestionar sus finanzas)»⁶²⁹.

Ningún animal, que sepamos, tendría interés en que se le reconociese libertad de profesar una determinada religión o libertad de empresa o libertad para

otorgado, pretenden hablar en nombre de toda la especie humana e imponerle a todos sus miembros, sus propias creencias, por ejemplo, en materia de eutanasia o cuando se trata del aborto. Desde luego, tampoco en este caso los que profesan determinadas doctrinas contrarias al aborto han recibido ningún poder de representación de quienes lo defienden y, sin embargo, se atribuyen este poder y defienden ante el Estado la necesidad de que aborto -y eutanasia- se prohíban para todas las personas.

⁶²⁹ En DONALDSON y KYMLICKA, op. cit., p. 49; p. 22. Estos autores señalan que estas diferentes capacidades no afectan al principio esencial de invulnerabilidad (principle of inviolability) que defienden, poseen no sólo los seres humanos sino también los animales. O sea, los animales poseen derechos invulnerables. Cuando afirman lo que consta en el párrafo antes transcrito, pretenden contestar a quienes objetan que reconocer derechos a los animales implicaría que los animales tendrían los mismos derechos que los seres humanos. Estos filósofos contestan que esto constituye una simple *reductio* del concepto de derechos de los animales que supone malinterpretar la lógica de la revolución de los derechos. Y añaden lo siguiente: «Los ciudadanos tienen derechos que los turistas extranjeros no tienen, pero los ciudadanos no pueden esclavizar a los turistas ni matarlos para extraerlos los órganos. Los adultos tienen derechos que los niños no tienen y los adultos capacitados tienen derechos que las personas con graves discapacidades intelectuales no tienen, pero los niños y los discapacitados intelectuales no pueden ser sacrificados por el bien mayor de los adultos capacitados. La misma invulnerabilidad es compatible con variaciones en un amplio abanico de otros derechos civiles, políticos y sociales, que acompañan a variaciones en capacidades, intereses y relaciones subyacentes. Todo esto, insistimos, está claro en el caso de los humanos y nosotros sostenemos que es igualmente cierto en el de los animales». En la p. 49, op. cit.; p. 23.

comparecer en un expediente de deslinde. Como tampoco ningún hombre tendría interés en que se le reconociese el derecho a abortar puesto que nunca podría ejercerlo. Tampoco, posiblemente, el derecho a volar por sí mismo. Dado que ningún ser humano es capaz de volar como sí lo es cualquier pájaro, no tiene sentido plantear ningún reconocimiento del derecho del ser humano a volar. Del mismo modo, cuando se postula la necesidad de reconocer derechos a los animales, debe precisarse que deberán reconocérseles los derechos que sean propios a su naturaleza y sus capacidades. En cualquier caso, no nos parece que reconocer unos mínimos derechos a aquellos animales que más se nos parecen -porque disponen de un sistema nervioso central igual al nuestro y porque son autoconscientes- sea poner en evidente inconsistencia las tesis que propugnan el reconocimiento de derechos a los animales.

En segundo lugar, tampoco puede sostenerse que como los animales no tienen deberes tampoco pueden tener derechos. Este argumento ha sido contestado eficazmente por muchos autores⁶³⁰. Estas tesis presentan importantes defectos y solamente se justifican sobre la inferior condición que el ser humano ha atribuido a los animales respecto a sí mismo⁶³¹. Para empezar, suponen que el

⁶³⁰ Por ejemplo, en MOSTERÍN (2014), p. 89.

⁶³¹ En el ensayo titulado *Apología de Ramón Sibiuda*, Montaigne decía lo siguiente: «La presunción es nuestra enfermedad natural y original. El hombre es la más calamitosa y frágil de todas las criaturas, y, al mismo tiempo, la más orgullosa. Se siente y ve alojada aquí, entre el cielo y las heces del mundo, adherida y fijada a la peor, más muerta y más corrupta parte del universo, en la última planta de la casa y la más distante de la bóveda celeste, junto a los animales de la peor condición de las tres, y se instala con la imaginación más allá del círculo de la luna, y pone el cielo bajo sus pies. Por la vanidad de esta misma imaginación, se iguala a Dios. se adjudica las condiciones divinas, se distingue a sí mismo y se desgaja de la muchedumbre de las demás criaturas, conforma las cualidades de los animales, sus cofrades y compañeros, y les reparte la porción de facultades y fuerzas que se le antoja. ¿Cómo conoce, por obra de su inteligencia, los movimientos internos y secretos de los animales?, ¿mediante qué comparación entre ellos y nosotros infiere la necedad que les atribuye? Cuando juego con mi gata, quién sabe si es ella la que pasa el tiempo conmigo más que yo con ella. Nos entretenemos con monerías recíprocas. Si yo tengo mi hora de empezar o de rehusar, ella tiene también la suya.» Y más adelante, añade: «... no es verosímil considerar que los animales hagan por inclinación natural y forzosa lo mismo que nosotros hacemos por elección y habilidad. De los mismos efectos debemos inferir las mismas facultades, y de efectos más ricos, facultades más ricas, y debemos confesar por consiguiente que la misma razón, la misma vía que seguimos para actuar, la siguen también los animales, o alguna otra mejor. ¿Por qué imaginamos en ellos una coerción natural, si nosotros no experimentamos ningún efecto similar? (...) Por ejemplo, el zorro del que se sirven los tracios cuando se proponen cruzar por encima del hielo de algún río helado y lo sueltan por delante a tal efecto. Si lo viésemos al borde del agua, poniendo la oreja bien cerca del hielo, para comprobar si oye lejos o cerca el murmullo del agua que fluye por debajo, y viésemos que, según descubre de esta manera que el hielo es más o menos espeso, retrocede o avanza, ¿no juzgaríamos con razón que le pasa por la cabeza el mismo razonamiento que pasaría por la nuestra, y que es un raciocinio y una

cumplimiento de los deberes no tiene en cuenta de ninguna manera al ser directamente interesado en que se cumpla ese deber, en nuestro caso, el animal. Así, ¿qué es lo que impediría que se cumpliesen o no, esos deberes? Como sostiene la profesora BURGAT si esos deberes se basan solamente en la buena voluntad del ser humano, son moral y jurídicamente inconsistentes⁶³². Además, estas tesis no se aplican en el caso de los seres humanos. Hay muchas personas que no tienen deberes y, sin embargo, sí se les reconoce derechos: los recién nacidos o los dementes, son un claro ejemplo. En estos casos suele decirse por quienes no son partidarios de reconocer derechos a los animales que los recién nacidos o los dementes, tendrán los derechos (en el primer caso) o los podrían tener (en el segundo), esto es, son potencialmente capaces de tener esos derechos. Sin embargo, como también señala la profesora BURGAT, ser potencialmente capaz no significa serlo. Si es cierto que es la potencialidad lo que permite ser titular de derechos entonces la posibilidad de reconocer el derecho a abortar quedaría seriamente comprometida, por ejemplo. Está claro que es sobre la base de otros criterios que se reconocen derechos a los recién nacidos, no sobre la base de lo que puedan llegar a ser algún día. Se les reconocen derechos porque son vulnerables y porque pueden ser víctimas de malos tratos. Porque, en definitiva, pueden sufrir la acción de otro, contraria a su interés.⁶³³

Tampoco puede plantearse que la imposibilidad de reivindicar un derecho o de exigir judicialmente su reconocimiento es una objeción seria al postulado que ahora nos ocupa. Los incapaces tampoco pueden por sí mismos reivindicar un derecho y, sin embargo, qué duda cabe que se les reconoce.

Finalmente, no puede ser argumento eficaz plantear que no puede defenderse la atribución de derechos a los animales cuando hay tanto sufrimiento todavía entre los seres humanos. La defensa de una justa causa no excluye la de otras

inferencia extraída del juicio natural: "Lo que hace ruido se mueve; lo que se mueve no está helado; lo que no está helado es líquido, y lo que es líquido cede bajo el peso"? Porque atribuirlo meramente a la agudeza del sentido del oído, sin razonamiento ni inferencia, es una quimera, y no puede cabernos en la imaginación.» Puede leerse en MONTAIGNE (2007), pp. 654-655 y 667-668, respectivamente.

⁶³² En MARGUÉNAUD, BURGAT y LEROY, op. cit., p. 64.

⁶³³ En MARGUÉNAUD, BURGAT y LEROY, op. cit., p. 66. Véase también TAFALLA (2004), pp. 29 y ss.

y este argumento nos conduciría al egoísmo más puro, puesto que siempre podría servir para excusar la defensa de los intereses de otros seres humanos, ante los de otros que no son más próximos⁶³⁴.

En nuestra opinión, las objeciones que se plantean ante la posibilidad de reconocer derechos a los animales se articulan, las más de las veces, de forma apodíctica sobre un fundamento claramente antropocentrista o *especista*, en palabras de Ryder (también de SINGER)⁶³⁵. Desde el momento en que Descartes atribuyó a la razón humana la única fuente del conocimiento, el Derecho ha avanzado en esa línea antropocentrista⁶³⁶. Donde no hay ser humano, no hay razón y no hay sujeto posible, simplemente un mero objeto. A pesar de lo que digan muchos científicos y por mucho que algunas especies se aproximen externamente al hombre, no pueden emanciparse de su condición de objeto.

Merece la pena que repasemos algunos de los razonamientos que utiliza el profesor ESTEVE PARDO sobre todo porque han sido contestados de manera contundente y certera, por criterios que nos parecen razonables.

- El argumento de que el animal no puede ser objeto de derecho puesto que carece de un lenguaje exige que nos preguntemos qué debemos entender por lenguaje. El uso del lenguaje se ha invocado frecuentemente para justificar un status de superioridad del ser humano

⁶³⁴ Así, no estaría justificado que nos ocupáramos de los intereses de seres humanos de otros continentes que llegan desvalidos al nuestro, si en nuestro municipio hay personas que también están pasando necesidad. No nos parece que atender a los primeros excluya de protección los intereses de estos segundos.

⁶³⁵ Richard D. Ryder fue el primero en introducir el término «especismo» para identificar el prejuicio hacia los animales, comparable al racismo o al sexismo. Puede leerse sobre esta cuestión en REGAN (2016), p. 186.

Sobre los diferentes autores que, en distintas disciplinas y a partir de Ryder, han escrito sobre especismo y en torno a este término han construido parte de su obra, puede consultarse a LEYTON (2015), pp. 93-95.

⁶³⁶ Una definición de antropocentrismo que nos parece acertada es la que dan los filósofos canadienses Sue DONALDSON y Will KYMLICKA. Según estos autores, el antropocentrismo es «un planteamiento de la teoría moral que toma a la humanidad como medida: empieza preguntando cuál es la esencia del "ser humano" o de la "humanidad" y asume que los seres humanos merecen derechos y justicia en virtud de esta humanidad esencial. Los animales, según esta visión antropocéntrica, sólo consiguen posición moral si puede considerarse que poseen algún aspecto de esta esencia humana o se acercan a ella». En DONALDSON y KYMLICKA (2018), p. 67; (2011), p. 33.

respecto del resto de animales y para negarles derechos a los animales o para impedir su protección. Por ejemplo, Descartes negó consciencia a los animales dado que no eran capaces de un lenguaje. Solo los individuos capaces de expresar sus pensamientos usando un lenguaje son seres conscientes y, según parece, solo los seres humanos serían pues, conscientes.

Parece claro que los animales carecen generalmente de nuestro aparato fonador, lo que les impide hablar, aunque sí pueden emitir sonidos. Pero que no puedan articular palabras como los seres humanos no quiere decir que no sean capaces de comunicarse. Lo relevante es poder transmitir información con independencia de la forma o el modo empleado para hacerlo⁶³⁷.

Si resulta que el lenguaje es lo que hace del ser humano⁶³⁸, o de las organizaciones por él constituidas, un ser consciente y, en lo que aquí

⁶³⁷ Véase PÉREZ MONGUIÓ (2005), pp. 66-69.

⁶³⁸ Como sostiene FRANS DE WAAL, el lenguaje ha sido considerado un marcador de humanidad. En su libro *¿Tenemos suficiente inteligencia para entender la inteligencia de los animales?*, este autor hace referencia al experimento llevado a cabo por una colega suya, con un loro. Alex, así se llamaba el loro, había aprendido etiquetas para artículos como llaves, triángulos o cuadrados y sabía decir "llave", "tres esquinas" y "cuatro esquinas" siempre que se señalaba alguno de estos objetos. Parece claro que el etiquetado de objetos es parte del lenguaje y «no deberíamos olvidar que no hace tanto tiempo los lingüistas definían el lenguaje simplemente como comunicación simbólica. Sólo cuando los antropoides demostraron ser capaces de comunicarse mediante símbolos se sintieron impelidos a subir el listón y añadir refinamientos tales como que el lenguaje requiere sintaxis y recursividad. La adquisición del lenguaje por los animales se convirtió en un gran tema que atrajo enormemente el interés del público». En las pp. 118-119 de DE WAAL (2016). Nos parece interesante lo que afirma, a continuación, el propio DE WAAL: «Ahora que lo pienso, mi desconfianza del lenguaje va aún más lejos, porque tampoco estoy convencido de su papel en el proceso del pensamiento. No estoy seguro de que yo mismo piense verbalmente, y nunca me parece oír voces internas. Esto resultó un poco embarazoso una vez en un congreso sobre la evolución de la conciencia, cuando los colegas no paraban de referirse a una voz interior que nos dice lo que está bien y lo que está mal. Lo siento, dije, pero yo nunca oigo voces. ¿Es que soy un hombre sin conciencia, o es que (como dijo una vez de sí misma la experta en psicología animal norteamericana Temple Grandin) pienso en imágenes? Además, ¿de qué lengua estamos hablando? Hablando dos lenguas en casa y una tercera en el trabajo, mi pensamiento debe de estar tremendamente confuso. Pero nunca he notado ningún efecto, a pesar del extendido supuesto de que el lenguaje está en la raíz del pensamiento humano. En su discurso de 1973 como nuevo presidente de la American Philosophical Association, reveladoramente titulado "Thoughtless Brutes" (Brutos que no piensan), el filósofo norteamericano Norman Malcolm afirmó que "la relación entre lenguaje y pensamiento debe ser tan estrecha que es realmente insensato conjeturar que la gente podría no tener pensamientos, e igualmente insensato conjeturar que los animales podrían tener pensamientos". Dado que expresamos ideas y sentimientos verbalmente de manera rutinaria, se nos puede perdonar que le asignemos un papel al lenguaje, pero ¿no llama la atención cuán a menudo nos peleamos para encontrar las palabras? No es que no sepamos lo que pensamos o sentimos, sino que simplemente no podemos expresarlo con palabras. Por supuesto, esto sería absolutamente innecesario si los

interesa, sujeto de derechos, entonces, ¿qué ocurre en el caso de las personas que son incapaces, por las razones que sean, de hablar? ¿Se dirá que estas personas, aun así, poseen un lenguaje propio o son capaces de comunicarse no verbalmente o que, en todo caso, poseen el potencial para hacer uso de ese lenguaje? ¿No estaremos confundiendo lenguaje con comunicación, como sostiene el profesor PÉREZ MONGUIÓ⁶³⁹? Si se admite que personas que no pueden hablar son capaces de comunicarse y que, por ello, el lenguaje expresado a través de las palabras no es determinante para excluir del círculo moral de protección a esas personas incapaces de hablar, la misma conclusión habrá de alcanzarse respecto de los animales⁶⁴⁰. En realidad, lo que sería distintivamente humano no sería propiamente la capacidad de

pensamientos y sentimientos fueran productos lingüísticos en primera instancia. En tal caso, esperaríamos una cascada de palabras. Ahora se acepta ampliamente que, aunque el lenguaje asiste al pensamiento humano proporcionándole categorías y conceptos, no es la sustancia del pensamiento. En realidad, no necesitamos del lenguaje para pensar. El suizo Jean Piaget, pionero del estudio del desarrollo cognitivo, desde luego no estaba dispuesto a negar el pensamiento a los niños preverbales, y por eso mismo sentenció que la cognición es independiente del lenguaje. Con los animales para lo mismo. (...) Qué ironía: hemos dado toda la vuelta desde la ausencia de lenguaje como argumento contra el pensamiento en criaturas no lingüísticas como argumento contra la importancia del lenguaje».

Según relata el propio DE WAAL, el loro Alex, ante una bandeja llena de objetos, de lana, de madera, de plástico, y de diferentes colores, era capaz de distinguirlos. Se le invitaba a sentir cada objeto con su pico y su lengua y después de devolverlos a la bandeja, se le preguntaba de qué estaba hecho el objeto azul de dos esquinas. Respondía correctamente el material, lo que suponía que sabía combinar su conocimiento del color, la forma y el material con el recuerdo de su percepción de ese objeto concreto. O se le enseñaban dos llaves, una de plástico verde y la otra de metal y se le preguntaba "qué es diferente" y el loro respondía "color". En DE WAAL (2016), pp. 121-123.

⁶³⁹ En PÉREZ MONGUIÓ (2005), p. 68.

⁶⁴⁰ Los delfines se comunican por medio de saltos, danzas y sonidos diversos. Los cerdos, que comparten con nosotros el setenta por ciento de los genes, emiten una serie de sonidos que configuran todo un idioma. Ahora bien, donde la semejanza entre seres humanos y el resto de animales es mayor es en el caso de los grandes simios. En los últimos años, los primatólogos han estudiado sus capacidades cognitivas y emotivas. Sobre estas cuestiones, puede leerse a SÁDADA (2015), pp. 36 y ss.

En los años sesenta del siglo XX, la psicóloga Penny Patterson enseñó el sistema de signos americano a una hembra de gorila llamada Koko. Al respecto, señala el profesor HERREROS lo siguiente: «Esta (Koko) llegó a aprender varios cientos de signos y a entender un número similar de palabras habladas. A Koko también le gustaba el cine. Una de sus películas favoritas era Té con Mussolini, del director Franco Zeffirelli. Cuando llegaba la escena en la que los miembros de una familia tienen que despedirse de su hijo para siempre en los andenes de la estación del tren, Koko se daba la vuelta para no verlo, como haríamos en el cine si algo nos disgusta, y hacía las señales de "triste", "no" y fruncía el ceño. Pero la tristeza fue mayor el día en que uno de sus queridos gatos murió: Koko no paró de realizar las señales que se corresponden con los conceptos de "malo" y "triste". De este modo expresó que comprendía lo trágico de la escena cinematográfica.» En la p. 134 de HERREROS (2015).

lenguaje sino más bien la cristalización de ese lenguaje en forma de escritura⁶⁴¹.

En cualquier caso, nos parece muy interesante la reflexión que hace REGAN en torno a la importancia del lenguaje pues se pregunta este filósofo si el uso del lenguaje es una prueba razonable para determinar qué individuos son conscientes. Señala REGAN que «si la conciencia dependiera de que uno fuera usuario de un lenguaje, estaríamos obligados a decir que los niños, antes de que alcancen una edad en la que puedan hablar, no pueden ser conscientes de nada. Esto no sólo va en contra del sentido común (...) sino que, lo que es más importante,

⁶⁴¹ Dice GRAY que «los reclamos de las aves y los rastros que dejan los lobos para marcar sus territorios no son formas de lenguaje menores que las canciones de los humanos. Lo distintivamente humano no es la capacidad del lenguaje. Es la cristalización de ese lenguaje en forma de escritura. Desde sus humildes comienzos como medio para hacer inventario y anotar las deudas, la escritura ha dado a los humanos el poder de salvaguardar sus pensamientos y experiencias del paso del tiempo. En las culturas orales esto se intentó recurriendo a hazañas memorísticas, pero con la invención de la escritura, la experiencia humana podía ser conservada incluso cuando ya no quedaba memoria alguna de la misma. La *Ilíada* había sido seguramente legada de generación en generación en forma de canción, pero sin la escritura hoy no dispondríamos de la visión de ese mundo arcaico que ha preservado para nosotros. La escritura crea una memoria artificial mediante la que los humanos pueden ampliar su existencia más allá de los límites de una generación o de un estilo de vida concretos. Al mismo tiempo, les ha permitido inventar un mundo de entes abstractos y confundirlos con la realidad. El desarrollo de la escritura hizo posible que construyeran filosofías en las que ellos mismos dejaban de pertenecer al mundo natural. Las formas más tempranas de escritura mantenían numerosos vínculos con el mundo natural. Los pictogramas de Sumer eran metáforas de la realidad sensual. Esos vínculos se rompieron con la evolución de la escritura fonética. La escritura dejó de señalar hacia fuera, a un mundo que los seres humanos compartían con otros animales. A partir de entonces sus signos apuntaban hacia atrás, hacia la boca humana, que pronto se convertiría en la fuente de todo sentido. Cuando filósofos del siglo XX como Fritz Mauthner y Wittgenstein atacaron la veneración supersticiosa por las palabras que descubrieron en filósofos como Platón, estaban criticando un subproducto de la escritura fonética. Es difícil imaginar que una filosofía como la platónica pudiera aparecer en una cultura oral. Igualmente, difícil resulta imaginársela en Sumer. ¿Cómo se podría simbolizar en pictogramas un mundo de formas incorpóreas? ¿Hasta qué punto podían ser representadas unas entidades abstractas como las realidades últimas en un modo de escritura que todavía evocaba el mundo de los sentidos? El hecho de que en China no surgiera nada parecido al platonismo es sintomático. La escritura china clásica no es ideográfica, como se ha creído habitualmente, pero debido a lo que A.C.Graham considera su «combinación de riqueza gráfica y pobreza fonética», no fomentaba el tipo de pensamiento abstracto que produjo la filosofía platónica. Platón fue lo que los historiadores de la filosofía llaman un realista: creía que los términos abstractos designaban entidades espirituales o intelectuales. Por el contrario, a lo largo de toda su prolongada historia, el pensamiento chino ha sido nominalista: ha entendido que hasta los términos más abstractos sólo son etiquetas, nombres aplicados a la diversidad de cosas que hay en el mundo. Como consecuencia, los pensamientos chinos casi nunca han confundido las ideas con hechos. El legado de Platón en el pensamiento europeo fue un trío de palabras con mayúscula: lo Bueno, lo Bello y lo Verdadero. En nombre de esas tres abstracciones, se han librado guerras y se han establecido tiranías, se han arrasado culturas y se han exterminado pueblos. Europa debe buena parte de su historia de muerte y destrucción a los errores de pensamiento engendrados por el alfabeto». En GRAY (2003), pp.55-56.

vuelve totalmente misterioso, en el mejor de los casos, cómo podrían los niños aprender a usar un lenguaje. Pues si previo a su dominio de un lenguaje, los niños no son conscientes de nada – esto es, no son conscientes de sonidos, ni luz o sensaciones táctiles- entonces ¿cómo vamos a enseñarles los rudimentos de, digamos, el español? (...) El punto es que la instrucción en el uso de un lenguaje requiere una recepción consciente por parte del aprendiz. A no ser que supongamos que antes de aprender un lenguaje un niño puede ser consciente de algo, no vamos a poder explicar cómo lo aprenden los niños. (...) Si un niño pequeño puede ser consciente independientemente de aprender un lenguaje, no podemos negar razonablemente lo mismo para los animales.»⁶⁴² Y, anticipando la posible objeción que podría formularse a esta conclusión de que lo relevante sería en todo caso, tener el potencial para la adquisición de un lenguaje, añade REGAN que algunos deficientes mentales que carecen de dicho potencial, no obstante, parecen ser conscientes de sonidos y dolores. «Entonces, si algunos humanos que carecen del potencial para adquirir un lenguaje son conscientes, uno no puede negar que los animales que carecen de este potencial puedan serlo».⁶⁴³

El uso del lenguaje también ha sido invocado para justificar que los animales no tienen creencias. Por ejemplo, Frey sostuvo que la capacidad para usar un lenguaje es necesaria para tener creencias lo cual, a su vez, es necesario para tener deseos. Solo los individuos que tienen lenguaje pueden tener creencias. Sin embargo, este planteamiento lleva a una consecuencia absurda, como sostiene REGAN y es que nadie puede creer nada. Como no puede haber creencias sin tener un lenguaje y como aprender un lenguaje exige que se tengan ciertas creencias preverbales sobre lo que se está aprendiendo, nadie podrá aprender un lenguaje y nadie podrá creer nada. REGAN pone el ejemplo del bebé que está aprendiendo un lenguaje. Para enseñarle un lenguaje, se comienza señalando o

⁶⁴² En REGAN (2016), p. 39.

⁶⁴³ En REGAN, op. cit. 40.

sosteniendo objetos y dando sus nombres. Si un bebé se da cuenta de lo que estamos tratando de enseñarle, llegará el momento en que será capaz de dar el nombre correcto. Dirá “pelota” cuando el objeto señalado sea una pelota. El bebé debe llegar a creer que nos estamos refiriendo a una cosa en particular, la pelota, para llegar a aprender que el objeto es una pelota. Sin esa creencia, sería imposible que aprendiera el significado de la palabra⁶⁴⁴.

Podemos decir pues, a quienes defienden que sin lenguaje no puede haber atribución de derechos, que es arriesgado utilizar el argumento del lenguaje para justificar, en torno a él, la teoría de que solo los seres humanos deben ser sujetos de derechos porque ya hemos visto que el lenguaje no presupone ninguna cualidad ni competencias exclusivas del ser humano (consciencia, creencias y deseos) sobre la base de las cuales –aunque no sólo de éstas- pueda argumentarse que sólo los seres humanos deben ser titulares de derechos.

- Otro de los argumentos que utiliza ESTEVE PARDO para reforzar sus conclusiones, es el de afirmar como característica diferencial del ser humano, el de preocuparse por las otras especies, de conocerlas, de clasificarlas, de atenderlas, de protegerlas. Sin embargo, estas facultades tampoco son características exclusivas de los seres humanos, ni los seres humanos tienen facultades que, en cambio, sí poseen algunos animales. Como sostiene MOSTERÍN, la cuestión no es si un animal puede pensar como los miembros de otra especie -por ejemplo, la nuestra- sino si puede solucionar sus propios problemas con sus propias capacidades. Un delfín no puede pensar como un elefante o como un hombre. Pero tampoco un ser humano puede pensar como un delfín o un elefante⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ En REGAN, op. cit. pp 70-71.

⁶⁴⁵ Añade MOSTERÍN «No hay que pedir al elefante que vuele como un vencejo, ni a la araña o la abeja que hable como un hombre; tampoco hay que pedirle al humano que produzca telarañas o miel o que aprenda a comunicar direcciones danzando en la oscuridad de la colmena. Los animales tenemos que adaptarnos a nuestra situación, relacionarnos con nuestros congéneres, resolver nuestros problemas, sobrevivir y tratar de reproducirnos, usando para ello los recursos cognitivos más o menos sofisticados y flexibles con los que contamos y

2.3. La aplicación del concepto de persona a los animales

El concepto sujeto de derecho no sería, exactamente, sinónimo del de persona⁶⁴⁶ por ser éste un concepto más restringido. La categoría de persona haría referencia únicamente a las personas físicas (el ser humano una vez nacido) y a las personas jurídicas. En cambio, el término sujeto de derecho incluye diferentes categorías: además de las personas físicas y jurídicas, el concebido y no nacido o determinadas organizaciones que no tienen la condición de persona jurídica⁶⁴⁷.

¿Puede mantenerse la viabilidad jurídica de considerar personas a los animales? Defender el reconocimiento de la cualidad de «persona» a los animales es visto por algunos pensadores como la forma natural de expresar que se les reconocen derechos, al equiparar individualidad y cualidad de persona. Los filósofos canadienses Sue DONALDSON y Will KYMLICKA sostienen que los seres conscientes o sintientes son «yoes», es decir, tienen una experiencia subjetiva específica de su propia vida y del mundo, que exige un concreto tipo de protección en forma de derechos invulnerables. Limitar esos derechos solamente a los seres humanos es moralmente arbitrario⁶⁴⁸. Reconocer a los animales la cualidad de personas significaría reconocer que no son medios para nuestros fines⁶⁴⁹.

los cerebros más o menos grandes y complejos que poseemos.» Véase MOSTERÍN (2013), pp. 230-231.

⁶⁴⁶ Etimológicamente, el término «persona» procede del léxico griego, concretamente, de la palabra *prosopon*. El término se utilizaba en el teatro griego y romano para designar la máscara del actor que se utilizaba para aumentar el sonido. La máscara se identificaba con el rol que ejercía el actor según el papel que le tocara interpretar. «De ahí deviene la idea de que cualquier ente, mientras juegue un rol jurídico según las normas, puede ser susceptible de ser calificado como persona. Lo anterior implica que no importa qué se sea, si un ser humano, un animal, una empresa, un organismo público o una piedra, mientras una norma atribuya derechos u obligaciones, se es persona en el sentido jurídico del término». En LELL (2017), p. 104.

⁶⁴⁷ En FRANCISKOVIC (2012), p. 72.

⁶⁴⁸ Véanse las referencias que hacen al respecto, DONALDSON y KYMLICKA, op. cit., pp. 52-54; pp. 24-25.

⁶⁴⁹ De nuevo, DONALDSON y KYMLICKA, op. cit., p. 80 a 96; pp. 40-49. Estos autores sostienen que aceptar que los animales son personas significaría reconocerles una serie de derechos negativos universales, como serían el derecho a no ser torturado, a ser objeto de experimentos científicos o médicos, ser confinado o asesinado. Esto es, implicaría la prohibición de la ganadería industrial, la caza, los zoológicos y la experimentación, entre otras formas de explotación animal. Pero DONALDSON y KYMLICKA no consideran que esto sea el

Pero, ¿por qué defender un concepto de persona que incluya a los animales? La primera razón que se nos ocurre es porque la persona, según la Bioética, es digna de respeto y de protección jurídica por sí misma⁶⁵⁰. Bastaría pues, con reconocer la condición de persona a los animales para extender automáticamente cierto manto de respeto y protección que es inherente al término.

Desde un punto de vista técnico, no sería imposible aplicar el término “persona” a los animales, esto es, aplicarles una limitada personalidad jurídica a los animales⁶⁵¹, pues qué duda cabe que tienen un interés propio, diferenciado del ser humano o de su dueño y porque podrían disponer de órganos a través de los cuales pudiesen hacer valer sus intereses, bien sea el propio dueño o bien sean las asociaciones protectoras de los animales.

No obstante, algunos autores se han planteado si, para lograr los fines que se pretenden -la protección de los animales como seres sensibles- es absolutamente necesario acudir a esta categorización jurídica⁶⁵².

objetivo final a alcanzar. Primero deben reconocerse los derechos básicos de los animales y después deberemos preguntarnos por las formas adecuadas de interacción entre seres humanos y animales. Deberán establecerse una serie de obligaciones positivas para con los animales. Esto es, el objetivo final no es poner fin a la explotación animal sino, una vez conseguido esto, establecer un marco de relaciones no explotadoras sino mutuamente beneficiosas entre humanos y animales. Y este marco de relaciones no explotadoras pasa por la extensión de la teoría de la ciudadanía a los animales (con matices, puesto que no se extendería a los animales salvajes).

⁶⁵⁰ Véase HOYOS CASTAÑEDA (1999), pp. 322. Para la autora, el término *persona* es de clara inspiración cristiana y debe dejarse atrás el postulado que sostiene que es competencia del derecho positivo determinar quiénes son jurídicamente personas, siendo necesario recobrar en dicho término la referencia a todo ser humano. Como explicita esta autora, la diferencia con el animal radica «no solo en poder decir de sí mismo que es un yo, sino en poder ser llamado por otros por su propio nombre, en responder a un tú que le interpela, a ese tú que se sabe semejante al yo. El animal no puede constituir un auténtico tú para el hombre, sólo lo es quien es semejante a él, quien puede llevar una vida personal y así vivir en el tú y en el yo» (p.334).

⁶⁵¹ Según el abogado estadounidense, fundador del *Nonhuman Rights Project*, Steven M. Wise, la consecuencia lógica del colapso del antropocentrismo filosófico-jurídico sería el acceso de ciertos animales al rango de personas jurídicas, titulares de ciertos derechos legales fundamentales, básicamente, el derecho a la integridad física y a la libertad de movimiento. En DELAGE (2017), p. 196. Nonhuman Rights Project, como reza en su página web, «is the only civil rights organization in the United States working through litigation, public policy advocacy, and education to secure legally recognized fundamental rights for nonhuman animals». En www.nonhumanrights.org. (Última consulta realizada: 1/04/2018).

⁶⁵² Véase MUÑOZ MACHADO, op. cit., p. 109 y PÉREZ MONGUIÓ (2005), p. 88. Dice MUÑOZ MACHADO: «La cuestión es si estas expansiones de los conceptos jurídicos tienen alguna utilidad y si no se distorsiona su sentido hasta el punto de hacerlos irreconocibles. O también,

MUÑOZ MACHADO sostiene que la aplicación de la teoría de la personalidad – pero también de los derechos subjetivos- fuera del contexto dogmático en el que nacieron y al margen de los intereses que tratan de ordenar, crea confusión más que ayuda. El profesor es partidario de acudir a otras técnicas igual de eficaces y, sobre todo, de imponer obligaciones a los individuos, en el sentido que apuntara en su día Kelsen, de la misma manera que se han establecido limitaciones respecto de determinados bienes u objetos merecedores de especial protección como la propiedad monumental, la propiedad urbana, los derechos sobre las aguas o la protección del patrimonio artístico. Señala este autor: «Los cambios que la nueva legislación sobre el bien vivir y el buen morir de los animales ha impuesto consisten, sobre todo, en condicionar, limitar o anular el dominio de los hombres sobre los animales y asignar a las Administraciones Públicas (o a sus colaboradoras las asociaciones protectoras de animales) la tutela de estos seres animados tan próximos a nosotros en el orden de la Creación. Esa legislación ha creado, más que un complejo de derechos, un sistema de deberes, que se impone a todos aquellos que se relacionan con los animales por cualquier título, organizando, al mismo tiempo, un régimen de garantías suficientes para imponer, en su caso, coactivamente, el cumplimiento de estas obligaciones. Si el derecho subjetivo, en el sentido kelseniano, no es sino el reflejo de la obligación de otro, existen derechos de los animales, sin duda. Pero construir una teoría de la personalidad de los animales para justificar la existencia de los derechos, desvirtúa la noción de personalidad jurídica planteando más problemas prácticos que soluciones efectivas».

El profesor MUÑOZ MACHADO se muestra partidario de utilizar pues, las técnicas de limitación, obligación, fomento y sanción para proteger a los animales en vez de construir una teoría de la personalidad de los animales. La razón, como hemos visto, es que esto desvirtuaría la noción de personalidad jurídica planteando más problemas que soluciones⁶⁵³.

sobre todo, si no hay soluciones jurídicas alternativas que puedan cumplir con más rigor y eficacia las mismas finalidades».

⁶⁵³ En MUÑOZ MACHADO, op. cit., p. 113.

Ahora bien, podrían plantearse algunas objeciones al planteamiento del profesor MUÑOZ MACHADO. En primer lugar, las expresiones “persona” y “derechos subjetivos” no deberían equipararse en nuestro caso porque podrían otorgarse derechos a los animales sin necesidad de reconocerles la condición de persona. Además, cuando se habla de reconocer un cierto grado de personalidad a los animales, en cuanto seres sensibles, no se está pensando en una equiparación completa con las personas humanas. En segundo lugar, debe añadirse que, hasta ahora, las técnicas de limitación, obligación, fomento y sanción que, no nos engañemos, son las que rigen en nuestro ordenamiento jurídico, no se han revelado como muy eficaces para resolver la crueldad con que frecuentemente se trata a los animales, siendo ésta, la finalidad última que en el fondo subyace en el tema de la protección de los animales.

En todo caso, los problemas que plantearía la construcción de una teoría de la personalidad, en realidad se reducen a uno: habría que determinar grados de personalidad dentro del mundo animal para fijar una escala de derechos. Sin embargo, los diferentes grados de personalidad que sería necesario establecer no constituiría una problemática exclusiva de la construcción de una teoría de la personalidad aplicada a los animales, porque, en realidad, podría partirse de los mismos parámetros que hoy día se toman en consideración para fijar determinadas obligaciones hacia los animales. Es obvio que no existen las mismas obligaciones humanas respecto de algunos animales que respecto de otros. La cuestión es cómo proteger mejor a un animal de posibles actos de crueldad que se cometan contra ellos. El problema radica en cómo determinar qué intereses deben merecer mayor protección cuando entren en conflicto determinados intereses humanos con el interés a la vida, por ejemplo, de un animal⁶⁵⁴.

⁶⁵⁴ Recordemos el caso del perro *Excalibur*, sacrificado en octubre de 2008, ante el temor de que pudiera transmitir el ébola, aun cuando no se tenía la certeza de que hubiera contraído la enfermedad, o ser portador del virus y sin plantearse la Administración, la obligación de realizar unos análisis al animal que pudieran descartar o confirmar la presencia de la enfermedad (cuyo coste se imputase al propietario). Lo hemos comentado en el capítulo III, apartado 3 de este trabajo. En todo caso, la Administración ordenó su sacrificio ante el temor de que el animal pudiera ser fuente de contagio de la enfermedad a los seres humanos. Desde luego, difícilmente podría haberse llegado a la misma solución si el perro hubiera tenido reconocido algún tipo de *personalidad* o de derechos.

Tampoco el profesor PÉREZ MONGUIÓ se muestra partidario de utilizar la teoría de la personalidad ni de atribuir derechos a los animales. Sostiene que los animalistas se han basado en el hecho histórico de que no siempre todos los seres humanos han sido personas, sino que hubo incluso un momento en que parecía prácticamente inalcanzable que los negros o las mujeres fueran consideradas personas; por esta razón, también ahora sería necesaria una Segunda Ilustración, que reconociera derechos a los animales. Pero a este argumento, el profesor PÉREZ MONGUIÓ objeta que, aun siendo cierta la premisa apuntada por los animalistas, en realidad, «el sendero de la evolución del concepto persona ha ido poco a poco ampliándose, pero siempre orientado hacia el ser humano»⁶⁵⁵. No se puede atribuir la condición de persona a los animales pensando que reúnen las mismas características que los seres humanos (lenguaje, inteligencia, cultura, conocimiento...) porque estas características no siempre se encuentran en todos los seres humanos. El hombre es persona no por sus características sino por pertenecer a una especie. Aunque técnicamente es posible incluir a los animales en el concepto de persona, esto supone desvirtuar la esencia del concepto que está pensado para los seres humanos. Tampoco serviría acudir a la figura de la persona jurídica puesto que su creación respondió a intereses humanos de un colectivo formado por seres humanos ⁶⁵⁶.

Se nos ocurre una objeción a este planteamiento. La consideración de cosa de los animales y el trato que ha derivado hacia ellos de dicha categorización, se justificó en el dato de que se creía que no poseían características (humanas) tales como el lenguaje, el conocimiento, la inteligencia, etc. Ahora que la ciencia ha demostrado que las tienen, resulta que tampoco sirve para dotarles de mayor protección o para justificar el reconocimiento de determinado grado de personalidad. En el fondo, lo que subyace en el planteamiento del profesor PÉREZ MONGUIÓ es que si no se ha tenido consideración hacia los animales no era tanto porque se pensase que eran menos inteligentes o porque no eran capaces de hablar, sino sencillamente, porque no eran seres humanos.

⁶⁵⁵ En PÉREZ MONGUIÓ (2005), p. 93.

⁶⁵⁶ En PÉREZ MONGUIÓ, op, cit., pp. 94-95.

Analizaremos a continuación si es posible incrementar el nivel de protección animal y configurar un estatuto jurídico de los animales que los sustraiga de su condición de cosa, sin que sea necesario reconocerles derechos o considerarlos personas; pero antes estimamos oportuno hacer referencia a algunas modificaciones introducidas en algunos sistemas jurídicos cercanos, modificaciones que debe reconocerse que son valientes, en la línea del reconocimiento de derechos o de la condición de sujetos de derechos a seres o entidades más allá del ser humano.

2.4. Las experiencias de otros sistemas jurídicos: en Iberoamérica y en Europa.

2.4.1. El reconocimiento de derechos a la naturaleza

En algunas latitudes de nuestro planeta desde hace ya algunos años se empieza a hablar de derechos de la naturaleza. Algunas reformas legales en países iberoamericanos han reconocido a la naturaleza como sujeto de derecho. Ecuador, en su Constitución de 2008, incluyó este reconocimiento expreso en su articulado. El capítulo séptimo de su Constitución lleva por título "Derechos de la naturaleza" y comprende un total de cuatro artículos⁶⁵⁷ que reconocen el derecho de la naturaleza a que se respete su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales y sus funciones. Cualquier

⁶⁵⁷ El capítulo séptimo de la Constitución de Ecuador se integra por los artículos 71 a 74. El artículo 71 se pronuncia en estos términos: «La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema».

El artículo 72 se refiere al derecho a la restauración que se le reconoce a la naturaleza, independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.

El artículo 73, referido a la destrucción de especies y ecosistemas señala que: «El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional».

Y, finalmente, el artículo 74 dispone: «Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado».

persona podrá exigir de las autoridades públicas que se cumplan estos derechos.

En Bolivia, el artículo 33 de su Constitución de 2009, dedicado al medio ambiente establece que las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado y que el ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos, a las generaciones presentes y futuras, además de otros seres vivos, a desarrollarse de manera normal y permanente. Y en el artículo 108 se define como deber de los bolivianos proteger y defender un medio ambiente adecuado para el desarrollo de los seres vivos⁶⁵⁸.

Parece evidente que no es lo mismo el reconocimiento de derechos a la naturaleza que el derecho al medio ambiente, con el contenido que se determine. Hasta el presente, este último se ha configurado como un derecho humano que implica el deber de proteger el medio ambiente o la naturaleza, en lo que puede tener de beneficio o utilidad para el ser humano. En cambio, el reconocimiento de derechos a la naturaleza implica que ésta posee valor intrínseco al margen de la valoración que puedan reconocerle las personas o, incluso, de su utilidad para las personas. Deja de ser un mero objeto para pasar a ser sujeto de derechos⁶⁵⁹.

Significativos han sido también algunos pronunciamientos judiciales recaídos en países de Latinoamérica en lo que se refiere al reconocimiento como sujeto de derechos de entidades que, al menos hasta la fecha, era impensable que tuvieran dicha consideración. Es el caso de la Sentencia T-622 de 2016, dictada el 10 de noviembre de 2016 por la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia que expresamente reconoció a un río,

⁶⁵⁸ Ahora bien, puede decirse que el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, o para ser más exactos, de la llamada "Madre Tierra" se efectúa, en el caso de Bolivia, a través de ley. Así, la Ley de Derechos de la Madre Tierra núm. 71 de 2010, en su artículo 7 recoge una serie de derechos que le corresponden, como el derecho a la vida y a su diversidad, al agua, al aire limpio, al equilibrio, a la restauración y a vivir libre de contaminación. Esta norma, además, hace referencia a la Defensoría de la Madre Tierra, cuya estructura y funcionamiento son definidos en la Ley Marco sobre Derechos de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para el Vivir Bien núm. 300. Véanse, al respecto, los comentarios de BERROS (2015) en la *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 33, en el artículo titulado "Ética animal en diálogo con recientes reformas en la legislación de países latinoamericanos", (p. 82-93). Puede consultarse en www.bioeticayderecho.ub.edu.

⁶⁵⁹ Véase E. GUDYNAS (2011), p. 245.

concretamente el río Atrato, «como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas». Esta sentencia consideró vulnerados los derechos fundamentales a la vida, a la salud y al medio ambiente sano⁶⁶⁰ de las comunidades étnicas que habitaban en la cuenca del río Atrato y sus afluentes, al considerar que la actividad de minería ilegal que se llevaba a cabo, sin que gobiernos ni instituciones oficiales hubiesen hecho nada para impedirlo, había generado una notable contaminación ambiental⁶⁶¹. Como consecuencia de la declaración del río como sujeto de derechos «la Corte ordenará al Gobierno nacional que ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río (a través de la institución que el Presidente de la República designe, que bien podría ser el Ministerio de Ambiente) en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó; de esta forma, el río Atrato y su cuenca -en adelante- estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Gobierno colombiano, quienes serán los guardianes del río. Con este propósito, el Gobierno, en cabeza del Presidente de la República, deberá realizar la designación de su representante dentro del mes siguiente a la notificación de esta sentencia. En ese mismo período de tiempo las comunidades accionantes deberán escoger a su representante».

Esta sentencia es interesante por poner el énfasis en un nuevo enfoque jurídico denominado *derechos bioculturales*, cuya premisa es la relación de interdependencia entre la naturaleza y los seres humanos y la necesidad de que la justicia con la naturaleza sea aplicada más allá del escenario humano. Partiendo de dicha premisa y del interés superior del medio ambiente, debe

⁶⁶⁰ De hecho, identifica biodiversidad con medio ambiente sano (IV. Consideraciones y Fundamentos ap. 9.23).

⁶⁶¹ Encontramos en dicha sentencia, argumentos como los siguientes: «la Sala debe reiterar que (...) la protección de los ríos, los bosques, las fuentes de alimento y la biodiversidad (medio ambiente sano) tiene una relación directa e interdependiente con la garantía de los derechos a la vida y la salud, (así como la cultura y el territorio), dentro de lo que se ha denominado derechos bioculturales. Precisamente, los elementos centrales de este enfoque establecen una vinculación intrínseca entre naturaleza y cultura, y la diversidad de la especie humana como parte de la naturaleza y manifestación de múltiples formas de vida. Desde esta perspectiva, la conservación de la biodiversidad conlleva necesariamente a la preservación y protección de los modos de vida y culturas que interactúan con ella» (IV. Consideraciones y Fundamentos, ap.9.23).

reconocerle a la naturaleza su condición de sujeto de derechos. La sentencia reconoce de modo expreso la condición de un río como sujeto de derechos a partir de la aplicación del principio de precaución, lo que implicará su protección, conservación, mantenimiento y restauración. El principio de precaución, tal y como precisa la Corte Constitucional, no solamente está concebido para proteger el derecho al medio ambiente, sino también el derecho a la salud⁶⁶².

La Corte Constitucional de Colombia, que considera preciso declarar el río sujeto de derechos para lograr su efectiva protección, añade que «el desafío más grande que tiene el constitucionalismo contemporáneo en materia ambiental, consiste en lograr la salvaguarda y protección efectiva de la naturaleza, las culturas y formas de vida asociadas a ella y la biodiversidad, no por la simple utilidad material, genética o productiva que estos puedan representar para el ser humano, sino porque al tratarse de una entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida y representaciones culturales, son sujetos de derechos individualizables, lo que los convierte en un nuevo imperativo de protección integral y respeto por parte de los Estados y las sociedades. En síntesis, solo a partir de una actitud de profundo respeto y humildad con la naturaleza, sus integrantes y su cultura, es posible entrar a relacionarse con ellos en términos justos y equitativos, dejando de lado todo concepto que se limite a lo simplemente utilitario, económico o eficientista»⁶⁶³.

En otro orden de cosas, merece destacarse también, el pronunciamiento judicial recaído en relación con la orangutana Sandra en Buenos Aires, en que, sin ambages y con claridad de razonamientos, se reconoció a dicho animal sujeto de derechos. La Sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de 18 de diciembre de 2014, dictada en el recurso de hábeas corpus interpuesto, otorgó la protección solicitada para una orangutana del zoológico de dicha ciudad al reconocerle al animal la condición de sujeto de derecho y declarar probado que había sido sometida a un confinamiento injustificado atendida su probada capacidad cognitiva. El fallo

⁶⁶² Véase el ap. 9.25 en IV. Consideraciones y Fundamentos, de la sentencia comentada.

⁶⁶³ Véase el ap.9.27 en IV. Consideraciones y Fundamentos, de la sentencia comentada.

fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 21 de octubre de 2015⁶⁶⁴.

2.4.2. La ausencia de reconocimiento directo de derechos a los animales en las recientes reformas normativas de algunos países europeos

Algunos países europeos han introducido en sus cartas magnas disposiciones reconociendo protección, al máximo nivel, a los animales. Es el caso, por ejemplo, de las Constituciones de Alemania, Austria y Suiza.

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania establece en su artículo 20a, que lleva por título "Protección de los fundamentos naturales de la vida y de los animales", que el Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial⁶⁶⁵. Debe destacarse que no se trata de un derecho fundamental, pues el artículo 20a se ubica en el título dedicado a la Federación y los Länders, y, por tanto, no se puede acudir directamente a los tribunales

⁶⁶⁴ El recurso había sido promovido por la Asociación de Funcionarios y Abogados por el Derecho de los Animales (AFADA). Puede obtenerse más información en www.derechoanimal.info. (Última consulta realizada: 14/01/2016).

⁶⁶⁵ A pesar de lo avanzado de la normativa alemana en materia de protección animal, pues ya en 1986 se había introducido la obligación del ser humano de cuidar y proteger a los animales como criaturas sensibles, se habían ido produciendo ciertos desajustes o tensiones. Fundamentalmente, porque algunas de las obligaciones que establecía la ley entraban en conflicto con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (básicamente, con la libertad religiosa, la libertad de profesión y la libertad de investigación). El detonante que propició la introducción de la protección animal en la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 23 de mayo de 1949 fue, según LÓPEZ DE LA OSA, una sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2002, que resolvió el caso de un carnicero musulmán suní que acudió a la justicia al haberle denegado la Administración el poder sacrificar animales según su rito religioso, fundando su recurso en el derecho a la libertad religiosa y el derecho a desempeñar su trabajo. El Tribunal Supremo falló a su favor argumentando que la religión está protegida constitucionalmente y que, al no poder practicar este carnicero, los sacrificios conforme a su religión, veía vulnerado su derecho a ejercer su profesión libremente. Parece ser que este pronunciamiento propició el desbloqueo en la votación de una enmienda que se había intentado introducir unos años antes en el artículo 20 de la Constitución. El 15 de mayo de 2002 tuvo lugar la votación aprobándose la referida enmienda a través de la Ley de Modificación de la Ley Fundamental de 26 de julio de 2002. En LÓPEZ DE LA OSA (2013), p.5. La modificación del artículo 20 de la Constitución alemana recibió un gran respaldo pues obtuvo 543 votos a favor y solamente 19 votos en contra y 15 abstenciones. La reforma fue aprobada por el Bundestag el 17 de mayo de 2002 y por la Cámara alta el 26 de julio de 2002. Estos datos los encontramos en PÉREZ MONGUIÓ (2015), p. 8.

invocando la protección de los animales, pero qué duda cabe que la modificación de dicha norma para introducir este reconocimiento expreso de protección de los fundamentos naturales de la vida y de los animales constituye un significativo paso adelante en la protección jurídica de los animales.

El alcance de la inclusión de dicha cláusula en la Constitución alemana no supone, según K.M. NATTRAS, el reconocimiento de derechos a los animales, pero sí que la legislación refleje el estatus que los animales han obtenido hoy en día en la sociedad alemana. Supone, además, reforzar la legitimidad en la aplicación de las normas para que éstas alcancen el nivel de efectividad para el que fueron promulgadas⁶⁶⁶.

En Alemania se había reformado ya el Código Civil (BGB) el 20 de agosto de 1990 mediante la Ley de Mejora de la Situación Jurídica del Animal en el Derecho Civil. Dicha reforma consistió en añadir al libro I, capítulo 2, que trataba sobre las cosas, el término "animales". El artículo 90, que hasta el momento sólo regulaba las cosas, pasó a ser completado con el artículo 90a, destinado a los animales. Según este nuevo artículo "Los animales no son cosas. Serán tutelados mediante leyes especiales. Se les aplican los preceptos correspondientes a las cosas sólo en la medida en que no se disponga lo contrario"⁶⁶⁷. En relación con los derechos y deberes de los propietarios del artículo 903 se añadió que «el propietario de una cosa puede hacer uso de ella a su gusto, siempre que no vaya en contra de la ley o los derechos de terceros, y puede excluir a los demás de toda intervención. El propietario de un animal ha de observar, en el ejercicio de sus poderes, las previsiones especiales para la protección de los animales»⁶⁶⁸.

⁶⁶⁶ En RECARTE y ALONSO GARCÍA (2006), pp. 83-84

⁶⁶⁷ Señala ZAFFARONI que la presión de la corriente animalista llegó al Derecho por la vía de su rama civil siendo hoy la tendencia la de intentar liberar a los animales de su condición de cosas y darles un lugar intermedio entre el humano y las cosas. En ZAFFARONI (2015), pp. 57-58.

⁶⁶⁸ FRANCISKOVIC afirma que el legislador alemán ha distinguido los derechos inherentes a la propiedad del ejercicio de estos por el propietario de un animal quien debe respetar las normas específicas de protección de los animales. «Sin embargo, con toda su precisión, la observación deja una profunda insatisfacción, pues los animales-no-cosas en el BGB no han salido de la relación de propiedad y esta solo se ejerce sobre las cosas. Una contradicción patente, por muy coherente, técnicamente, que esté formulada». En FRANCISKOVIC (2012), p. 79.

En Austria, la Ley de 1 de Julio de 1988 -es decir, dos años antes que la modificación realizada en su país vecino- había introducido ya en el Código Civil (ABGB) el artículo 285a, por el que se excluía a los animales de la consideración de cosas en propiedad, en similar sentido a como luego se recogió en Alemania. Como corolario de la inclusión de dicho artículo, el Derecho austríaco introdujo dos reformas relativas a los animales: el artículo 1332a del ABGB en el ámbito de la regulación de la indemnización debida por el coste derivado de un animal herido y, posteriormente, en el año 1996, el artículo 250 del ABGB, que declaró la inembargabilidad de los animales no destinados a la venta. A nivel constitucional, no fue hasta 2004, que se dotó de la máxima protección a los animales. En ese año, la Constitución de Austria incorporó en el art. 11.1 una disposición según la cual el Estado protege la vida y el bienestar de los animales.

Suiza incorporó, en el año 2000, el art. 80 de la Constitución -con el título "Protección de los Animales"-, que establece que corresponde a la Confederación legislar sobre la protección de los animales y señala los concretos aspectos que deberán ser regulados. La Constitución helvética consagró en el artículo 120.2 el principio de dignidad de las criaturas y proclamó el valor inherente de todo animal como ser vivo. Además, dispuso la obligación de la Federación de promover formas de producción respetuosas con los animales⁶⁶⁹.

⁶⁶⁹ Señala E. ALONSO GARCÍA que en Suiza "data ya de cien años la inclusión en la Constitución federal de algunos aspectos parcialmente relacionados con el bienestar animal: el sacrificio de los animales sin la previa administración de anestesia fue introducido como principio constitucional ya en 1893, pero no fue sino hasta ochenta años después cuando el art. 25 bis (ahora, en la nueva Constitución de 1998 que entró en vigor el 1 de enero de 2000, el art. 80) se introdujo formalmente en la Constitución. Esta constitucionalización es en realidad indirecta ya que se limita, lo que no deja de tener trascendencia, como luego se verá, a mencionar la legislación sobre bienestar animal entre las competencias de la Federación, posibilitando la regulación para la totalidad del territorio de la Confederación Helvética y no solo por los cantones para sus respectivos territorios. Sin embargo, el detalle con que se describe el contenido de esta legislación federal va mucho más allá de la mera distribución de competencias: "Art. 80 Protección de los animales. 1. La Confederación legislará acerca de la protección de los animales. 2. En concreto, regulará: a) la guarda, posesión y cuidado de animales; b) los experimentos con animales y los procesos desarrollados en animales vivos; c) el uso de animales; d) la importación de animales y de productos animales; e) el comercio y el transporte de animales; f) el sacrificio de animales. 3. La ejecución de la legislación corresponderá a los cantones salvo que la ley reserve estas funciones a la Confederación". En E. ALONSO GARCÍA (2010), p. 1436.

La Constitución eslovena introdujo en su artículo 72 la prohibición de la crueldad hacia los animales. Dicha disposición no constituyó propiamente el reconocimiento de ningún estatus específico para los animales, ni mucho menos les otorgó derechos, pero no cabe duda de la importancia de que se recogiese, al máximo nivel normativo, una prescripción para impedir la realización de actos crueles hacia los animales.

En Serbia, su Constitución, fue modificada en el año 2003 y se introdujo la precisión de que la protección de los animales se ejerce a título individual y en relación con las diferentes especies⁶⁷⁰.

En cuanto a nuestros países vecinos, Francia y Portugal, si bien no se ha producido un reconocimiento de la protección de los animales a nivel constitucional, se ha modificado el Código Civil para sustraer a los animales de su condición de cosas. En Francia, la Ley nº 2015-177 de 16 de febrero de 2015 añadió al Código Civil una disposición para proclamar que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Portugal modificó su Código Civil mediante la Ley núm. 8/2017 (Diario de la República núm. 45/2017, Serie I de 2017-03-03) y ha reconocido a los animales un nuevo estatuto dejando de considerarlos como cosas y reconociéndoles su naturaleza de seres vivos dotados de sensibilidad. Si bien, pueden ser objeto de propiedad, deben respetarse los términos del Código Civil y de la legislación especial al respecto⁶⁷¹.

⁶⁷⁰ En Italia se produjo en el año 2003 un intento de llevar la protección de los animales a la Constitución. El Senado propuso el 24 de septiembre de 2003 una modificación del artículo 9 con el objeto de consagrar la obligación de la República de proteger la biodiversidad y asegurar la promoción del respeto al animal. Sin embargo, dicha modificación no llegó a buen puerto. Vid. MICHEL PRIEUR (2015), p. 358.

⁶⁷¹ Hace unos años, el profesor Michel Echaubard, durante un tiempo presidente de la Comisión Fauna del Consejo Nacional de Protección de la Naturaleza (CNPN) y secretario general de la Sociedad Nacional de Protección de la Naturaleza, en Francia, propuso un nuevo estatuto para la protección de los animales que debía descansar sobre el principio de la protección de pleno derecho de todas las especies animales presentes naturalmente en territorio de la República francesa. No debía beneficiar, por tanto, a las especies exóticas invasoras. Dicho estatuto no otorgaba una protección completa en el caso de concurrencia de razones de orden público o de seguridad aérea, por ejemplo. La propuesta, conocida como *Proposition Echaubard* no ha tenido una plasmación efectiva en el ordenamiento jurídico del país vecino a pesar de su aparente acogida favorable por los sucesivos Ministros de Medio Ambiente. Puede leerse al respecto en UNTERMAIER (2017), p. 28.

En España no existe reconocimiento alguno de este tipo en nuestra Constitución. Tampoco en los Estatutos de Autonomía. No obstante, en el caso de los Estatutos andaluz y catalán sí se menciona la protección de los animales, pero en tanto que materia atribuible competencialmente a una determinada Administración. En el momento en que se redactan estas líneas, el Congreso de los Diputados ha admitido a trámite una proposición de ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, presentada por el Grupo Parlamentario Popular⁶⁷². Su objeto es reconocer la distinta naturaleza de los animales respecto de la naturaleza de las cosas. Esto es, los animales no son cosas sino seres dotados de sensibilidad, lo que no implicará que en determinados aspectos se aplique supletoriamente el régimen jurídico de las cosas⁶⁷³. Debemos estar pendientes al resultado de la tramitación de dicha iniciativa.

⁶⁷² Proposición de Ley 13 octubre 2017, Núm. 122/000134. (Publicadas las enmiendas y el índice de enmiendas en BOCG. Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 167-4, de 27/03/2018). (Última consulta realizada: 9/09/2018).

⁶⁷³ Según el texto inicial de la proposición de ley presentada, las principales modificaciones que contempla dicha iniciativa en lo que respecta al Código Civil, son las siguientes: se propone la modificación del artículo 90 (referido a los aspectos que debe incluir el convenio regulador en los supuestos de nulidad, separación y divorcio) para introducir una nueva letra c) que haga referencia al destino de los animales de compañía. En la regulación de dicho destino deberá tenerse en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal, pudiendo preverse el reparto de los tiempos de disfrute si fuere necesario. Se propone, también, la introducción de un nuevo artículo 94 bis para establecer que será la autoridad judicial la que confiará los animales de compañía a uno o a ambos cónyuges, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal. Se propone también la modificación del artículo 103 relativo a las medidas provisionales en los casos de demandas de nulidad, separación y divorcio, para determinar a quién se confían los animales de compañía. Sin embargo, tal vez la modificación más importante sea el nuevo redactado del artículo 333 que, de aprobarse tal cual figura en la iniciativa tramitada pasaría a ser del siguiente tenor:

«1. Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes en la medida en que sea compatible con su naturaleza y con las disposiciones destinadas a su protección. 2. El propietario de un animal puede disfrutar y disponer de él respetando su cualidad de ser dotado de sensibilidad, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie. El derecho de uso no ampara el maltrato. El derecho de disponer del animal no incluye el de abandonarlo o sacrificarlo salvo en los casos establecidos en las normas legales o reglamentarias. 3. Los gastos destinados a la curación de un animal herido por un tercero son recuperables por su propietario en la medida en que hayan sido proporcionados y aun cuando hayan sido superiores al valor del animal. 4. Sin perjuicio de la indemnización debida según las normas generales de responsabilidad civil, en el caso de que la lesión de un animal de compañía, causada por un tercero, haya provocado su muerte, la privación de un miembro o un órgano importante, o una afectación grave o permanente de su capacidad de locomoción su propietario y quienes convivan con el animal tienen derecho a una indemnización, que será fijada equitativamente por el tribunal, por el sufrimiento moral sufrido.»

Los avances tímidos que se han producido en esta materia se han circunscrito al ámbito del legislador ordinario y limitados geográficamente a la comunidad autónoma catalana. Cataluña modificó su Compilación de Derecho Civil en el año 2006 para detraer de la categoría de las cosas, a los animales. En efecto, la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales⁶⁷⁴, estableció en su artículo 511.1.3 que «los animales, que no se consideran cosas, están bajo la protección especial de las leyes. Sólo se les aplican las reglas de los bienes en lo que permite su naturaleza».

Aunque sin valor normativo, creemos que merece una referencia la votación llevada a cabo en el año 2008 en el Congreso de los Diputados del Estado español, de una propuesta no de ley del llamado Proyecto Gran Simio⁶⁷⁵,

Se añade un artículo 333 bis para establecer que los animales también pueden ser objeto de apropiación, si bien con las limitaciones que establezcan las normas legales y en la medida en que no lo prohíban.

En la redacción propuesta para el artículo 357 se establece que en la medida en que sea compatible con las normas destinadas a su protección, quedan sometidas al régimen de los frutos naturales, o en su caso al de los industriales, las crías de los animales desde que estén en el vientre de su madre, aunque no hayan nacido.

El nuevo redactado del artículo 465 establece que los animales salvajes o silvestres solo se poseen mientras se hallen en nuestro poder; los domesticados se asimilan a los domésticos o de compañía si conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor o si han sido identificados como tales.

Se propone, asimismo, una nueva redacción para el artículo 610 en el sentido de determinar que «1. Se adquieren por ocupación los bienes apropiables por su naturaleza, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas. 2. Con las excepciones que puedan derivar de las normas destinadas a su identificación, protección o preservación, son susceptibles de ocupación los animales carentes de dueño, incluidos los que pueden ser objeto de caza y pesca. 3. El derecho de caza y pesca se rige por las leyes especiales.»

Se propone, asimismo, la modificación de la Ley hipotecaria, concretamente, del artículo 111 para determinar que, salvo pacto expreso en contrario o disposición legal en contrario, la hipoteca no comprenderá los animales destinados en una finca destinada a la explotación ganadera, industrial o de recreo. No cabrá el pacto de extensión de la hipoteca a los animales de compañía.

Finalmente, se propone la modificación del artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para establecer que no serán embargables los animales de compañía (sin perjuicio de la embargabilidad de las rentas que los mismos puedan generar).

⁶⁷⁴ BOE núm. 148, de 22 de junio de 2006.

⁶⁷⁵ El Proyecto Gran Simio incluye la siguiente declaración de derechos de los homínidos: «Pedimos la extensión de la comunidad de iguales para que incluya a todos los homínidos: humanos, chimpancés, bonobos, gorilas y orangutanes. La "comunidad de iguales" es la comunidad moral dentro de la cual aceptamos ciertos principios morales básicos o derechos como reguladores de nuestras relaciones mutuas y exigibles por ley. Entre estos principios o derechos figuran los siguientes:

organización que defiende la concesión de determinados derechos básicos - derecho a la vida, a la libertad y a no sufrir tortura- para los grandes simios, esto es, chimpancés, bonobos, gorilas y orangutanes. La propuesta se presentó por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds y la resolución que se adoptó instaba al Gobierno de España a promover una declaración similar a nivel europeo y reclamaba la adopción de una legislación que prohibiera los experimentos dañinos con estos animales⁶⁷⁶. Como ha señalado FRANCIONE, gracias al Proyecto Gran Simio, en los últimos años hemos asistido a una ingente literatura sobre el grado en que simios, delfines, loros y otros animales ostentan capacidades (autoconsciencia, emociones o la habilidad para comunicarse a través de un lenguaje simbólico) que hasta el momento solo se consideraban propias de seres humanos⁶⁷⁷. A pesar de la petición al Gobierno, todavía no ha sido aprobada ninguna norma legal que reconozca la protección demandada a los grandes simios. En cualquier caso, sí ha de reconocerse que ha sido aprobado el Real Decreto 53/2013, de 1 de febrero, por el que se establecen las normas básicas aplicables para la protección de los animales utilizados en

El derecho a la vida. Debe protegerse la vida de los miembros de la comunidad de los iguales. No puede darse muerte a los miembros de la comunidad de los iguales, excepto en circunstancias que se definan muy estrictamente, por ejemplo: en defensa propia.

La protección de la libertad individual. No puede privarse arbitrariamente de su libertad a los miembros de la comunidad de los iguales. Si se les aprisiona sin que medie un proceso legal, tienen el derecho a ser liberados de manera inmediata. La detención de quienes no hayan sido condenados por un delito, o de quienes carezcan de responsabilidad penal, sólo se permitirá cuando pueda demostrarse que es por su propio bien, o que resulta necesaria para proteger al público de un miembro de la comunidad que claramente pueda constituir un peligro para otros si está en libertad. En tales casos, los miembros de la comunidad de los iguales deben tener el derecho de apelar ante un tribunal de justicia, bien directamente o, si carecieren de la capacidad necesaria, mediante un abogado que los represente.

La prohibición de la tortura. Se considera tortura y por tanto es moralmente condenable, infligir dolor grave, de manera deliberada, a un miembro de la comunidad de los iguales, ya sea sin ningún motivo o en supuesto beneficio de otros. De igual forma se prohíbe la tortura psicológica en cualquiera de sus facetas.»

Puede consultarse en www.proyectogransimio.org. (Última consulta realizada: 4/04/2017).

⁶⁷⁶ Véase SINGER, p. 16.

⁶⁷⁷ Sostiene, además, FRANCIONE que el Proyecto Gran Simio popularizó la «teoría de mentes similares» de la relación humano/no humano. Esta teoría, aunque es presentada por algunos sectores como progresista puesto que permitiría la inclusión en la comunidad moral de iguales, de algunos animales no humanos, según FRANCIONE presenta el problema de que, como consecuencia de unir características cognitivas con significancia moral, quedarían excluidos de toda consideración moral todos los animales que no tuvieran dichas características cognitivas. FRANCIONE sostiene que debe aceptarse la capacidad para sentir como único requisito para la pertenencia a la comunidad moral. En FRANCIONE (2007) p. 14 y ss.

experimentación y otros fines científicos, incluida la docencia, que prohíbe la experimentación con grandes primates como gorilas, orangutanes o chimpancés⁶⁷⁸.

3. Solución jurídica propuesta: necesidad de configurar un estatuto jurídico del animal a partir de su condición de ser sensible o sentiente

3.1. Introducción

Planteamos la conveniencia de configurar un estatuto jurídico del animal que incremente el nivel de bienestar que actualmente nuestro ordenamiento jurídico dispensa a los animales y ordene la regulación hasta ahora existente. El establecimiento de este estatuto jurídico no pasa forzosamente por reconocer derechos a los animales o una determinada atribución de personalidad, sino que pretende establecer ciertas obligaciones de inexcusable cumplimiento para el ser humano, a partir de la condición de los animales como seres sensibles o sentientes. Aun así, coincidimos con la profesora RECARTE que, en realidad, hablar de derechos de los animales es solamente una manera concreta de enfocar su protección⁶⁷⁹ puesto que, en cualquier caso y se utilice la expresión que se utilice, el objetivo último es acabar con el abuso y la explotación de los animales por parte de los seres humanos. No obstante, si hablar de derechos de los animales suscita posiciones encontradas y cierta resistencia en un importante sector de la doctrina jurídica, tal vez la defensa del reconocimiento de un estatuto jurídico determinado que pase por modificar el actual status quo sin reconocer formalmente ciertos derechos, sea la opción más plausible en este momento. No negamos, sin embargo, que el objetivo deseable a corto plazo sería el de reconocer, sin ambages, derechos a los animales.

Este estatuto jurídico del animal estaría formado, entonces, por el conjunto de obligaciones que incumben al ser humano respecto de los animales y cuyo cumplimiento deben exigir y garantizar las administraciones públicas. Lo que caracteriza esta configuración respecto a la situación actual es, por una parte,

⁶⁷⁸ Nos remitimos al capítulo V de este trabajo.

⁶⁷⁹ En RECARTE (2001), p. 159.

el contenido de las obligaciones que van a conformar este estatuto jurídico y, por otra, el hecho de que estas obligaciones van a estar contenidas en una norma estatal con rango de ley que desarrolle el valor constitucional de bienestar animal. Esta norma se dictará en ejercicio de las competencias del artículo 149.1.1 CE y el artículo 149.1.23 CE.

Pues bien, en primer lugar, sería conveniente una modificación del artículo 45 CE que incluyese expresamente una referencia al bienestar animal. Debemos de apuntar que, hasta el momento, no se ha suscitado un debate ni en la doctrina ni en la sociedad, sobre la necesidad de modificar, en términos generales, el artículo 45 CE, a diferencia de lo que sí ha sucedido con respecto a otras partes de la Constitución como, por ejemplo, la reforma del Senado o la igualdad entre sexos en la sucesión a la Corona. Así lo ha constatado el profesor EMBID IRUJO quien ha planteado la necesidad de transformar el derecho al medio ambiente en derecho fundamental, en particular, incorporando el «derecho al medio ambiente adecuado», a la sección primera del capítulo segundo del título I de nuestra Constitución⁶⁸⁰. Desde nuestro punto de vista, en la modificación propuesta sería necesario introducir expresamente el bienestar animal. Una primera opción sería añadir al segundo párrafo del artículo 45 CE la obligación de los poderes públicos de proteger a los animales a través de la legislación y en su aplicación. Una segunda opción, que nos parece más satisfactoria, sería la de introducir en el primer párrafo del artículo 45 CE el bienestar animal, junto al medio ambiente, lo que exigiría la reformulación del precepto, del siguiente tenor: «Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y el deber de conservarlo, así como de velar por el bienestar animal».

En cualquier caso, aun sin modificación constitucional, ya hemos dicho en un apartado anterior de este trabajo que creemos viable jurídicamente defender que hoy día, el bienestar animal es un bien jurídico constitucional.

⁶⁸⁰ Véase EMBID IRUJO (2016), p. 394.

En segundo lugar, debería sustraerse a los animales de su consideración de cosa y, por tanto, debería modificarse el Código Civil⁶⁸¹ en el sentido que ya ha llevado a cabo la Compilación de Derecho Civil catalana, por poner un ejemplo que nos es cercano. Esto lógicamente, podría afectar al régimen de la propiedad y de la posesión de los animales, aunque no de un modo drástico puesto que podrían seguir manteniéndose las mismas reglas que existen actualmente, por ejemplo, en cuanto a la adquisición por ocupación, pero estableciendo límites, justamente en atención a la condición de ser sensible de los animales.⁶⁸² El establecimiento de estos límites guardaría cierta similitud con la evolución que ha experimentado la configuración del derecho de propiedad, que ya no consiste en el derecho a usar y disfrutar sin límites de la cosa apropiada sino que debe tenerse en cuenta la llamada función social de la propiedad. Así como el propietario no puede usar y abusar del bien del que es propietario, sino que tiene que atender a las normas que le afecten –el caso más paradigmático es el propietario de un bien catalogado o de gran valor arquitectónico-, el propietario de un animal estaría obligado a responder ante la sociedad de cualquier trato dispensado al animal contrario a su naturaleza.

Partiendo de aquí, nuestro legislador -estatal- debería dictar una ley que reconociese a los animales como seres dotados de sensibilidad y estableciese una serie de obligaciones que los seres humanos habrían de observar respecto a los animales⁶⁸³. No creemos que constituyese ningún problema diferenciar en

⁶⁸¹ Habremos de estar pendiente al resultado de la tramitación parlamentaria de la proposición de ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, a que hemos hecho referencia *ut supra*, que, entre otras determinaciones, trata justamente de modificar la naturaleza jurídica de los animales en nuestro ordenamiento.

⁶⁸² Podría establecerse que no es posible la ocupación, como modo de adquisición de la propiedad, de determinados animales, por ejemplo, aquellos cuya población se encuentre muy diezmada. Podría establecerse la prohibición del caza excepto en los casos en que se llevara a cabo como actividad de subsistencia o por determinadas razones sanitarias. Podría el legislador establecer que la propiedad de determinados animales exigiera la acreditación del cumplimiento de determinados requisitos por parte de la persona (estamos pensando, en este último caso, en los animales de compañía).

⁶⁸³ NUSSBAUM distingue determinadas capacidades como son la vida; la salud física; la integridad física; los sentidos, la imaginación y el pensamiento; las emociones; la razón práctica; la afiliación; la interrelación con otras especies; el juego y el control sobre el propio entorno. Citamos a esta filósofa porque podrían ser estas las facultades a tener en cuenta en la configuración de un estatuto jurídico sobre los animales. NUSSBAUM utiliza el concepto de “capacidades” del economista y filósofo bengalí Amartya Kumar Sen. Sen sostiene que las personas tenemos una serie de capacidades propias, de nacimiento, entendidas como las

función de las especies de animales para reconocer mayor o menor protección, en el sentido que, por ejemplo, proponía REGAN, según sus características. Así, estas obligaciones deberían ser mayores en el caso de los animales autoconscientes –mamíferos- y menores para el resto⁶⁸⁴.

Finalmente, debería reconocerse a las asociaciones protectoras de los animales la posibilidad de comparecer ante las instituciones y las diferentes Administraciones para exigir a estas el cumplimiento de las obligaciones que les afectan y para que velasen por el cumplimiento de las normas de bienestar animal.

A continuación, vamos a detallar, en los dos subapartados siguientes, una propuesta de cuáles habrían de ser las principales obligaciones que deberían incluirse dentro de este nuevo marco jurídico de bienestar animal que, en realidad, funcionarían como principios rectores, así como otros aspectos a regular, que deberían integrar todos ellos el contenido de una ley estatal de bienestar animal.

3.2. Obligaciones exigibles

3.2.1. No causar dolor o sufrimiento

En primer lugar, es necesario reconocer que, en nuestras sociedades, los animales cumplen una función con respecto a los seres humanos. Somos conscientes de que esta afirmación es claramente *especista* porque supone admitir que el ser humano continúa situado en una posición de prevalencia respecto del animal, pero supone partir de la realidad existente. Lo que va a plantearse es la necesidad de establecer la obligación de todo ser humano de no causar dolor o sufrimiento a los animales y ello con independencia de la

aptitudes o fortalezas que permiten el desarrollo de sus vidas en los diferentes ámbitos. A todo ser humano le pertenecen ciertas potencialidades que ha de poder desarrollar en la sociedad y solo realizándolas, los individuos pueden llevar una vida plena y satisfactoria. Son las capacidades las que fundamentan los derechos de los individuos. El profesor Sen observa que las limitaciones con las que se encuentran algunos individuos a la hora de potenciar sus capacidades son sociales. NUSSBAUM recoge la idea de las capacidades de Sen y lo aplica al ámbito de los animales no humanos considerando que deberían ser las capacidades animales las que fundamentase, desde un punto de vista filosófico, los derechos de los animales no humanos. En MARTIN BLANCO (2012), p. 68.

⁶⁸⁴ Véase REGAN, op, cit., p. 151.

función que cumplan en nuestras sociedades. Creemos que esta regla no puede ser exceptuada en ningún supuesto.

Por tanto, el primer principio que informaría este nuevo estatuto jurídico y que se traduce en una obligación concreta, sería la prohibición de infligir dolor o causar sufrimiento a los animales. Nótese que hablamos de no causar dolor o sufrimiento, a secas, sin calificativos, esto es, no adjetivamos dichos sustantivos con un término como “innecesario”. Partimos de la idea de que nunca el sufrimiento o el dolor son necesarios porque sencillamente, no pueden producirse. Vamos a intentar explicarnos. Dolor y sufrimiento no son términos sinónimos al de daño. No estamos hablando de no dañar a los animales⁶⁸⁵ porque vamos a admitir que, en algunos casos, podrán ser sacrificados para nuestra alimentación, por ejemplo. De lo que se trata es que, si se lleva a cabo dicho sacrificio, sea indoloro. No podremos evitar el daño –la muerte del animal- pero sí que experimente dolor o sufrimiento⁶⁸⁶.

La misma conclusión habrá de imponerse si se admitiera la experimentación científica con animales. En los supuestos en que fuese admisible llevar a cabo determinados experimentos con animales, en ningún caso debería justificarse causarles padecimiento. Si se considera imprescindible la utilización de animales en laboratorios entonces deberá hacerse de modo que no sufran ni experimenten dolor ni sufrimiento en ningún caso.

Dicho esto, añadimos que creemos sumamente improbable que pudiera llevarse a cabo procedimientos en animales de laboratorio que garantizaran una ausencia absoluta de dolor. Si esto fuera cierto, entonces debería prohibirse la experimentación en animales. Debemos ser coherentes con nosotros mismos y admitir que lo que nos parece inmoral aplicado a los seres

⁶⁸⁵ Esto supone apartarse de los postulados de REGAN puesto que el principio fundamental del enfoque de derechos es tratar a los animales con valor inherente de forma que no sean dañados. Véase REGAN, op. cit., p.324.

⁶⁸⁶ Somos conscientes de la dificultad que puede entrañar cumplir esta obligación si partimos de la base que muy posiblemente los animales que van a ser sacrificados son conscientes ellos también de lo que les espera. En este sentido, nos parece elocuente el relato de COETZEE en su obra *Cuentos morales*, titulado “El matadero de cristal”. En él, la protagonista Elizabeth Costello hace referencia justamente al hecho de que los animales son conscientes de lo que les espera cuando son conducidos al matadero y plantea construir uno transparente para que las personas puedan ver, oler y oír lo que en esos lugares ocurre. En COETZEE (2018), pp. 99 a 123.

humanos, también lo es aplicado a aquellos animales con un nivel de consciencia similar al nuestro.

3.2.2. No violentar la naturaleza del animal en función de su especie

Esta obligación tendría como finalidad impedir al ser humano alterar, por su sola voluntad, la naturaleza del animal o violentarla, lo que incluiría la prohibición de cualquier conducta contraria a sus imperativos biológicos o etológicos. Un animal salvaje nacido en la selva no puede ser capturado por el simple capricho de un ser humano que desea convivir con él o exhibirlo en público. Tampoco podría admitirse, en ningún caso, obligarlo a realizar comportamientos contrarios a su naturaleza.

Esta obligación está contemplada actualmente en muchas de las leyes autonómicas de protección de los animales e incluso en muchas ordenanzas municipales y se traduce en prohibiciones concretas. Por ejemplo, cada vez son más frecuentes los municipios que se declaran libres de circos que utilizan animales salvajes en sus actuaciones. También muchas ordenanzas municipales impiden la exhibición de animales salvajes en la vía pública, aunque en estos casos, la finalidad de la norma sea garantizar una normal convivencia de los ciudadanos, más que estrictamente la protección del animal. Otro ejemplo lo constituiría la prohibición de peleas de animales, no permitidas en la mayor parte de normas autonómicas con algunas excepciones como, por ejemplo, Canarias o Andalucía⁶⁸⁷.

⁶⁸⁷ Véase la exposición de motivos de la Ley canaria 8/1991, de 30 de abril, de protección de los animales, a la cual ya hemos hecho referencia en otro momento para señalar cómo el propio legislador califica de cruel e impropia de sociedades civilizadas las peleas de animales, (BO Canarias núm. 62, de 13 de mayo de 1991; BOE núm. 152, de 26 de junio de 1991). Se está tramitando el Anteproyecto de Ley de protección y tenencia de animales de compañía de Canarias, que sustituirá la Ley 8/1991, y que parece ser que prohibirá las peleas de gallos. Puede consultarse este texto en la página web del Gobierno de Canarias:

http://www.gobiernodecanarias.org/transparencia/temas/normativa/anteproyectos/anteproyectos_reglamentos/

(Última consulta realizada: 1/08/2018).

En el caso de Andalucía, la Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de protección de los animales, prohíbe en su artículo 4.2.c) las peleas de gallos pero las permite si tienen como finalidad la selección de cría para la mejora de la raza y su exportación. En ese caso deberán realizarse en criaderos y locales debidamente autorizados con la única asistencia de los socios.

Desde luego, tampoco podrían admitirse espectáculos públicos con animales si ello les supone sufrimiento. Todos los festejos taurinos que supusieran la muerte del animal o posibles lesiones deberían pues, estar prohibidos⁶⁸⁸.

3.2.3. Dispensar buen trato a los animales

Esta obligación se encontraría íntimamente relacionada con la anterior. Implicaría una conducta de omisión y de acción. Por un lado, destacaríamos la obligación del ser humano de evitar actos de crueldad con los animales y, por otro, el deber de llevar a cabo las actuaciones necesarias para salvaguardar el bienestar de los animales. El primer caso es obvio y no necesita de ninguna aclaración. El segundo haría referencia a aquellos casos en que la supervivencia o el bienestar del animal dependen del ser humano. Por ejemplo, el animal de compañía que necesita de los cuidados de la persona con la que convive o el animal doméstico que se cría en una granja.

Las obligaciones relativas a proporcionar determinado trato a los animales en función de sus necesidades vitales y etológicas están presentes y se exigen en la mayor parte de normas autonómicas⁶⁸⁹ y, en el caso de los animales de compañía, también en la mayoría de ordenanzas municipales relativas a la protección animal. Algunas de estas disposiciones llegan a un gran nivel de detalle en cuanto al tipo de obligaciones a cumplir para garantizar el bienestar del animal⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ Las corridas de toros tal cual las entendemos hoy día y aquellos festejos a que se refiere la ley catalana 34/2010, de 1 de octubre, que regula las fiestas tradicionales con toros, por ejemplo.

⁶⁸⁹ Por citar algún ejemplo, el artículo 4 del Texto Refundido de la Ley de protección de los animales de Cataluña, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, obliga a las personas propietarias y las poseedoras de animales, a mantenerlos en buenas condiciones higiénico-sanitarias, de bienestar y de seguridad, de acuerdo con las características de cada especie. (DOGC 17/04/2008, núm. 5113).

⁶⁹⁰ El artículo 15 de la Ordenanza sobre protección, tenencia y venta de animales de Barcelona obliga a los propietarios o poseedores de perros a que sean paseados al menos dos veces al día y no podrán permanecer atados más de dos horas o una hora si se trata de un cachorro (Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona de 15.09.2014).

3.3. Otros aspectos a regular

3.3.1. La adopción de decisiones que conciernan a animales exige ponderar la totalidad de intereses en conflicto, incluidos los del animal

Así como las obligaciones a que nos hemos referido hasta ahora tienen como destinatario directo el ser humano en general, los destinatarios de la obligación que ahora presentamos deberían ser los poderes públicos. Se trataría de exigirles que ante una situación de conflicto entre intereses humanos y los intereses propios de un animal –básicamente, el interés a mantenerse con vida y en libertad- se ponderasen la totalidad de los intereses en presencia y, especialmente, aquellos de la parte que ocupa la posición más débil. Se pretendería evitar, con esta obligación, adoptar una solución “fácil” ante determinados problemas.

El ejemplo más claro de la situación que planteamos es aquel en que, por razones sanitarias básicamente, la Administración opta por el sacrificio, a veces, de miles y miles de animales, a pesar de que pudieran existir alternativas al mismo. Han sido frecuentes los casos en que se ha optado por la decisión de sacrificar a los animales en lugar de vacunarlos o incluso de cerciorarse de si el riesgo era cierto o simplemente probable. No estamos diciendo que no deban adoptarse estas otras medidas, lo que propugnamos es que se tenga en cuenta el interés animal en el proceso de toma de decisiones y no se imponga la solución más rápida y sencilla. Aun cuando no se lleguen a atribuir derechos a los animales, la Administración no debería ordenar medidas tan drásticas como el sacrificio de un animal –o de miles de ellos- sino cuando se llegase al convencimiento que, de lo contrario, el mal producido sería mayor⁶⁹¹, lo que está en directa relación con el principio de proporcionalidad.

⁶⁹¹ Consideramos de interés introducir la siguiente precisión terminológica: utilizamos el término «eutanasia» porque es el comúnmente usado, pero no creemos que sea apropiado. Por definición, la eutanasia no requiere únicamente matar a otro de forma indolora. Como gráficamente dijo en su día REGAN, si un individuo le inyecta a su tía, de la que espera heredar, una dosis letal de pentotal sódico mientras duerme, el fallecimiento de la tía no es un caso de eutanasia. Para que lo sea, la vida de ese individuo debe ser terminada “por la razón correcta” no solo por los “medios correctos”. Aplicar la eutanasia requiere que se haga por el bien del otro y motivado por el bienestar de ese individuo. Está claro que, en nuestro caso, la

La norma estatal debería pues, establecer la obligación de que las Administraciones Públicas tuvieran en cuenta también el interés del animal, con independencia incluso del de su propietario y del resto de seres humanos, en la adopción de decisiones que pudieran afectarles. No estamos planteando una situación de igualdad con el ser humano sino sencillamente de toma en consideración de los intereses de los animales como seres sensibles, únicos también en su especie.

3.3.2. Establecimiento de ciertos requisitos para la tenencia de animales de compañía

Centrándonos en los animales de compañía, creemos que la finalidad de la norma estatal debería ir más allá del mero establecimiento de obligaciones relativas al buen trato que debiera dispensárseles. Nos parece absolutamente necesario, atendido el gran número de animales que son abandonados anualmente en nuestros pueblos y ciudades⁶⁹², que se exija a quienes desean tener un animal de compañía el cumplimiento de determinados requisitos. Del mismo modo que una persona no puede comprarse un vehículo motorizado y conducirlo sin más si no que debe acreditar su aptitud y capacidad para circular en el espacio público, debería exigirse normativamente que toda aquella persona que desee convivir con un animal acredite estar en las condiciones para hacerlo. La finalidad de una medida como esta sería evitar que la posesión del animal -muchas veces debida a un mero impulso- se acabe convirtiendo en un problema para el propio animal y para el resto de ciudadanos⁶⁹³. Ello nos llevará a plantear la conveniencia de exigir determinados requisitos para la adquisición y posesión de los animales de compañía, lo que analizaremos a continuación.

eutanasia no se aplicó por el bien del perro por lo que el término a utilizar, más apropiado, hubiera sido el de "sacrificio". Hacemos propio el matiz formulado por REGAN, que nos parece más riguroso. REGAN, op. cit. p. 140.

⁶⁹² Según un estudio realizado por la Fundación Affinity publicado en julio de 2017, en 2016 fueron recogidos por las asociaciones protectoras de animales 137.000 perros y gatos, cifra similar a la del año anterior. (Noticia aparecida en La Vanguardia el día 5/07/2017).

⁶⁹³ Somos conscientes de que esta no es –en nuestro modo de ver las cosas- una comparación afortunada puesto que el objetivo básico que pretendemos es proteger al animal, circunstancia que no concurre en el caso de los vehículos motorizados, que no son seres vivos. Aun así, nos parece que puede ser un ejemplo gráfico y eficaz para expresar la idea que pretendemos formular.

Las medidas que nos parecen eficaces a la finalidad propuesta serían las siguientes:

- Exigir que los animales de compañía dispusieran de un número de identidad, similar al carnet de identidad humano, que debería inscribirse en un registro estatal⁶⁹⁴ y que vincularía la información del animal con la de su dueño. La inscripción en dicho registro debería exigir realizar una declaración responsable sobre las condiciones personales del propietario o poseedor del animal en relación a si tiene medios económicos para hacerse cargo del animal y de disponibilidad para proporcionarle los cuidados necesarios. Dicha información debería ser actualizada anualmente y, también, anualmente, abonar la correspondiente tasa. La baja del animal en el Registro sólo sería posible a través del correspondiente parte del veterinario, bien sea porque hubiese fallecido el animal o bien porque el animal se trasladase a otro país. En el caso de cambio de propietario, lógicamente, no se causaría baja en el Registro, sino que solamente debería comunicarse el cambio.
- Prohibir la venta de animales de compañía en comercios con la intención de que fueran únicamente las asociaciones protectoras de animales las que pudiesen dar en adopción estos animales. Deberían contemplarse algunas excepciones como, por ejemplo, el caso de los perros lazarillos o de asistencia, que podrían ser criados por fundaciones o entidades sin ánimo de lucro cuyo objeto social tuviese relación con la asistencia a personas invidentes o con algún grado de dependencia. En cualquier caso, el importe a abonar por la adopción del animal debería ir dirigido a sufragar los gastos que ha originado su cría y educación, pero no como actividad lucrativa.
- Regular la cría de estos animales. No debería permitirse en general la cría *doméstica* ni tampoco como actividad comercial. Nos parece una

⁶⁹⁴ Un ejemplo de Estado que contempla una medida como esta es Suecia. Puede consultarse en:
<http://www.jordbruksverket.se/swedishboardofagriculture/engelskasidor/animals/dogregister.4.95a932f14cd64cc12814055.html>. (Última consulta realizada: 5/10/2017).

idea interesante que el tema de la reproducción quedase en manos de las asociaciones protectoras de animales.

Estas medidas, que suponen reforzar el papel de las asociaciones protectoras y, a la vez, introducir importantes limitaciones en el mercado y en la actividad individual de las personas, tendría como consecuencia probablemente, el nacimiento de numerosas asociaciones protectoras que, en realidad no surgirían con la finalidad de proteger los animales sino de burlar las prohibiciones de la ley. Deberían entonces, reforzarse los requisitos exigibles a una entidad para que pudiera ser considerada asociación protectora de animales.

La adopción de las medidas propuestas, en particular, la segunda y la tercera, exigen una determinación que desconocemos si existirá alguna vez en nuestro legislador. Claramente supondría un cambio de paradigma en nuestras relaciones con los animales. Sin embargo, creemos que nuestra sociedad debería considerar muy seriamente la posibilidad de establecer limitaciones a la libre adquisición y posesión de animales de compañía dado lo fácil que resulta adquirirlos y, a la vez, desprenderse de ellos. Las Administraciones Públicas, en particular las autonómicas y locales, dedican una gran cantidad de recursos económicos al mantenimiento de centros de acogida de animales y a realizar campañas educativas y de concienciación ante el problema que supone el abandono. Estos recursos podrían destinarse a otro tipo de finalidades si el comportamiento de los seres humanos fuese más responsable. Se calcula que el mantenimiento de un perro en los centros de acogida ronda los 730 euros al año⁶⁹⁵. Si multiplicamos esta cantidad por el número de perros que se abandonan en nuestro país nos daremos cuenta de que estamos hablando de cantidades significativas. Al coste que supone mantener el animal, debe añadirse lo que cuesta mantener las instalaciones y los trabajadores que en ellas prestan servicios.

⁶⁹⁵ Datos obtenidos de un estudio encargado por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (30 de noviembre de 2015) relativo a la caracterización del sector de los animales de compañía. Puede consultarse en: http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/MasSobreTransparencia/Informes-de-interes/Sociedad_y_bienestar/Animales-compania-2015.html (Última consulta realizada: 5/10/2017).

La principal objeción que podría plantearse a algunas de las medidas que proponemos -en especial, la prohibición de venta de animales de compañía- vendría de la mano de una pretendida afectación del derecho a la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 CE, por lo que nos parece conveniente detenernos un momento a analizar si dicha objeción podría ser eficaz a los efectos de impedir el establecimiento de las medidas que nosotros proponemos.

Para empezar, el derecho a la libertad de empresa no significa que el legislador no pueda establecer o imponer determinadas obligaciones o restricciones a los operadores económicos. Puede establecer obligaciones que incidan en la libertad de empresa. Como el Tribunal Constitucional tiene dicho, el derecho fundamental a la libertad de empresa se ejerce «dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente, u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos⁶⁹⁶». Unas normas que establecieran determinadas medidas de protección animal – incardinadas en la materia de medio ambiente- no vulnerarían la libertad de empresa si respetaran la doble garantía constitucionalmente establecida del derecho fundamental a la libertad de empresa: a) si estuviese establecida en una norma con rango de ley y b) si dicha medida no afectase al núcleo esencial del derecho a la libertad de empresa, lo que exigiría determinar si la medida es adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, necesaria en el sentido de que no exista otra medida menos lesiva para la consecución del fin perseguido con igual eficacia y no supongan una limitación tan intensa del derecho que haga inviable en la práctica, su ejercicio.

En cuanto a la primera exigencia, en el caso que nos ocupa partimos de la base de que el establecimiento de medidas de protección animal en el ejercicio de determinadas actividades económicas sería llevado a cabo a través de una

⁶⁹⁶ Véanse, por ejemplo, las SSTC núm. 227/1993, de 9 de julio (FJ 4) o la núm. 89/2017, de 4 de julio (FJ 14).

ley estatal, con base en las competencias derivadas de los artículos 149.1.1 CE, 149.1.13 y 149.1.23 CE.

En cuanto a la segunda, partimos igualmente de la premisa de que la protección animal es un objetivo constitucionalmente legítimo que, de acuerdo con el artículo 45 CE, debe ser promovido por los poderes públicos. La prohibición de venta de animales de compañía en comercios es una medida necesaria dada la condición de los animales de seres vivos sentientes. No puede conseguirse la protección animal si se permite la venta de animales como si de simples cosas se tratase. Esta prohibición no puede ser interpretada como un impedimento al ejercicio de la libertad de empresa por cuanto la posibilidad de ejercer una actividad comercial relacionada con animales de compañía no implica necesariamente la venta del propio animal⁶⁹⁷. La actividad comercial puede ejercerse respecto de todos los productos y complementos diversos necesarios para el cuidado de los animales. Estas medidas no conllevarían una limitación del derecho a la libertad de empresa de entidad tal que pudiera impedir su ejercicio.

Consideramos, en definitiva, que la restricción a la libertad de empresa – limitada a la prohibición de venta de animales de compañía y establecida por ley- sería legítima y no atentaría contra el núcleo esencial del derecho a la libertad de empresa.

3.3.3. Prohibición de la caza deportiva

Abogamos por la prohibición de la caza deportiva en este nuevo estatuto jurídico del animal. No creemos que exista ninguna razón por la cual deba permitirse actualmente la caza de animales en libertad. No es necesario para la conservación de la naturaleza⁶⁹⁸, al contrario, supone la destrucción de recursos naturales sin más beneficio que la satisfacción personal que

⁶⁹⁷ Idea que se vería reforzada si, finalmente, los animales dejasen de tener la consideración de cosa en nuestro ordenamiento jurídico.

⁶⁹⁸ No puede defenderse la caza con el argumento de que los cazadores aman la naturaleza y mantienen en estado saludable el campo y el bosque. Esto no es sino un simple argumento para justificar su actividad. Los ecosistemas son capaces de autoregularse sin necesidad de ninguna intervención humana que lo único que hace es destruir belleza y vida. ¿Cómo puede aceptarse que quien tiene valor de descerrajar un tiro a un ciervo lo hace porque ama la naturaleza?

experimentan los cazadores y los intereses económicos que hay detrás de esta actividad. Sin embargo, por la misma razón que los intereses económicos ceden cuando se trata de vidas humanas, también debemos respetar la vida animal. La regulación actualmente existente en materia de caza es un verdadero ejercicio ordenado del derecho a matar animales. Consideramos que debe ser modificada sustancialmente para permitir únicamente la caza de subsistencia y por razones científicas⁶⁹⁹, en este último caso, llevada a cabo directamente por la Administración Pública.

3.3.4. La experimentación con animales debe ser la excepción

Este nuevo estatuto jurídico del animal debe contener ciertas disposiciones generales en materia de experimentación animal, sin perjuicio de la regulación contenida en las normas sectoriales, con el objetivo esencial de que la experimentación en animales sea la excepción y no la regla general. A estos efectos, deberían incluirse las siguientes disposiciones:

- Definir las finalidades que permitirían llevar a cabo procedimientos de experimentación animal. El resto de finalidades estarían prohibidas y, entre estas, deberían entenderse aquellas que tuvieran como objeto testar productos cosméticos, de limpieza del hogar y armas.
- Regular sobre qué especies podrían llevarse a cabo este tipo de procedimientos, entre las cuales, evidentemente, no podrían incluirse en modo alguno los animales silvestres o vagabundos.
- Prohibir los experimentos inútiles y, para asegurar el cumplimiento de este objetivo, sería imprescindible que, en los procesos de decisión relativos a la autorización de procedimientos estuviesen representadas las asociaciones protectoras de animales en la misma proporción que el resto de colectivos concernidos.

⁶⁹⁹ Entre estas razones científicas podría encontrarse el supuesto de garantizar la supervivencia de la propia especie. Imaginemos el supuesto de que una determinada especie viese mermado el número de sus individuos como consecuencia de una enfermedad y fuese necesario averiguar la razón que la produce.

- Establecer la transparencia como requisito esencial de cualquier regulación en materia de experimentación animal. La sociedad debe conocer qué experimentos se llevan a cabo en los centros de experimentación animal y para qué sirven los impuestos con que los mismos se financian.

CONCLUSIONES

PRIMERA. - La protección de los animales forma parte del contenido del artículo 45 CE

El artículo 45 de nuestra Constitución no menciona expresamente a los animales. De hecho, ni siquiera menciona el término fauna. Y, aun así, sostenemos que la protección de los animales está presente en dicho precepto, afirmación que realizamos con base en los argumentos que seguidamente se sintetizan.

1.1. En primer lugar, aun cuando el artículo 45 CE no menciona expresamente a los animales, nuestro Tribunal Constitucional ha dejado establecido que la fauna integra el medio ambiente. La protección de la fauna sería un ámbito concreto del concepto más amplio que supone la protección del medio ambiente.

Este es un aspecto sobre el cual el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sin titubeos y, por tanto, no admite dudas. La cuestión es ¿qué debe entenderse por fauna? ¿Incluye la totalidad de los animales o solo los silvestres o los que merecen protección desde el punto de vista de la conservación de los ecosistemas?

Nuestro parecer es que por fauna debe entenderse la totalidad de los animales y no una parte de los mismos. A esta conclusión se llegaría de dos modos:

- El término *fauna* debe ser entendido en sentido amplio puesto que no parece que exista una justificación razonable que permita mantener la interpretación de que solamente tienen cabida en el concepto aquellas especies en vías de extinción o que puedan llegar a serlo, y que, en cambio, no tenga en cuenta el resto de los animales. Desde nuestro punto de vista, fauna y animales son conceptos sinónimos.

Un ejemplo nos puede resultar ilustrativo. El paisaje se ha considerado como parte integrante del medio ambiente. El paisaje no solo hace referencia a un concepto natural, también incluye el creado artificialmente por el ser humano. Cuando se afirma que el paisaje forma

parte del medio ambiente se designa en su globalidad. Tampoco debería distinguirse en el caso de los animales. Si el artículo 45 CE no realiza exclusión alguna, no debemos introducirla nosotros, a partir del tipo de relación o vinculación que el animal tenga o pueda tener con el ser humano.

En definitiva, si la fauna se incluye en el concepto medio ambiente del artículo 45 CE, debe entenderse que se hallan concernidos la totalidad de los animales.

- Aunque se manejara un concepto estricto de fauna, podría llegarse a la misma conclusión, esto es, que el artículo 45 CE incluye a todos los animales. En efecto, la fauna (animales silvestres) constituye un recurso natural; así lo ha señalado el Tribunal Constitucional. En cambio, los animales domésticos y los de compañía formarían parte del entorno vital del ser humano o contribuirían a mejorar su calidad de vida. No creemos que puedan existir dudas en cuanto a la veracidad de esta afirmación.

En definitiva, sea manteniendo un concepto amplio de fauna, sea manteniendo un concepto estricto, cabe concluir que el artículo 45 CE incluye a la totalidad de los animales, con independencia de su estado silvestre o no y con independencia de la función que cumplen respecto del ser humano. Por tanto, la protección de los animales cabe residenciarla hoy día en el artículo 45 CE.

Esta lectura del artículo 45 CE no fuerza el contenido del precepto ni es incongruente. Es acorde con el sentido propio de las palabras del precepto, con el contexto y con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada. No contradice su espíritu ni la finalidad con que nació, si acaso, la amplía para adecuarla a las nuevas exigencias de la sociedad. Aun cuando pudiera alegarse que, en su origen, la protección del artículo 45 CE se circunscribía al aspecto de conservación de los animales desde el punto de vista de recurso natural que debe ser protegido para evitar su extinción, en nada obsta hoy día a una interpretación del precepto constitucional acorde con la nueva sensibilidad de la sociedad.

Creemos que sucede en este caso algo similar a lo que ha ocurrido con la interpretación constitucional del artículo 18.4 CE. Este precepto no menciona expresamente la protección de los datos personales como derecho fundamental. Simplemente señala que «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». El precepto pretendía introducir una limitación al uso de la informática para preservar la intimidad y, sin embargo, hoy es pacífico que la protección de los datos personales es un derecho constitucional al margen incluso de que el tratamiento de los datos se lleve a cabo informáticamente o no.

Este ejemplo nos ilustra de cómo es posible la interpretación de un precepto constitucional más allá de su dicción literal para dispensar la protección que, sin duda, está latente en la finalidad que persigue el artículo 45 CE.

1.2. En segundo lugar, nuestra Constitución debe ser interpretada teniendo en cuenta el resto del ordenamiento jurídico. Así lo ha dicho el Tribunal Constitucional. Ordenamiento jurídico y Constitución forman una estructura inescindible y están interrelacionados. Para indagar cuál es el contenido del derecho reconocido en el artículo 45 CE hemos de tener en cuenta el resto del ordenamiento jurídico.

El contenido y alcance de los preceptos de nuestra norma suprema no puede ser deducido simplemente por relación al momento histórico en que fueron redactados, sino que exige que se tengan en cuenta las normas que hoy integran el ordenamiento jurídico en su totalidad y que han sido dictadas, en algunos casos, para dispensar protección a nuevos valores que han ido surgiendo en atención a las convicciones morales de la sociedad.

Uno de estos valores es el bienestar animal que, además, hoy está considerado como tal en el Derecho que formula y aplica la Unión Europea. Aun cuando en un principio el bienestar animal no era ni siquiera un objetivo de la Unión Europea -así lo dijo el Tribunal de Justicia en el asunto *Jippes*- se ha ido produciendo una evolución en la significación que los animales tienen para el Derecho de la Unión. Un punto de inflexión en esta evolución fue el artículo

13 del TFUE que establece que, al formular y aplicar las políticas de la Unión en los llamados campos relevantes, tanto la Unión como los Estado miembros tendrán en cuenta, plenamente, las exigencias en materia de bienestar animal en tanto que los animales son seres sentientes.

El bienestar animal es hoy no solo una obligación de carácter general que deriva del citado artículo 13 TFUE sino un valor de la Unión Europea. Así se ha venido a plasmar en los últimos actos legislativos que se han ido adoptando en los últimos años como, por ejemplo, en la Directiva 2010/63/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2010, relativa a la protección de los animales utilizados para fines científicos, que, además, reconoce algo tan importante como que los animales tienen valor intrínseco. El reconocimiento de este nuevo valor se sitúa en la línea de textos como la Carta Mundial de la Naturaleza, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 37/7 el 28/10/1982, en cuyo preámbulo se decía que «Toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera que sea su utilidad para el hombre, y con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínseco, el hombre ha de guiarse por un código de acción moral».

En materia de bienestar animal, no podemos permanecer ajenos al cambio que ha supuesto el artículo 13 TFUE, incluso aun cuando se hiciera una lectura restringida de su alcance limitada a las estrictas competencias de la Unión Europea. Los animales son hoy reconocidos jurídicamente como seres sensibles-sentientes y es cuestión de tiempo que los ordenamientos jurídicos se vayan adaptando a este nuevo estado de cosas. Ya lo han hecho las Constituciones de algunos países y lo hará la nuestra. Y, en este sentido, como desarrollaremos posteriormente, no negamos que sería conveniente, incluso necesario, modificar el redactado del artículo 45 CE para incluir de forma expresa la mención al "bienestar de los animales". Pero esta afirmación no obsta a que reconozcamos que la protección de los animales está implícita, sin duda, en el artículo 45 CE.

También el legislador interno, tanto estatal como autonómico, ha ido dictando disposiciones cuya finalidad ha sido otorgar protección a los animales. En

particular, las diferentes Comunidades Autónomas se han ido dotando de normas en materia de protección de los animales con diferente alcance pero que han nacido de la necesidad de dar respuesta a la sensibilidad de los ciudadanos que exigen de los poderes públicos mayor implicación en la materia. Incluso los poderes locales han aprobado ordenanzas cuyo objeto ha sido la protección de los animales *residentes* en sus municipios.

Así las cosas, nada nos impide hacer una lectura de nuestra norma suprema que - teniendo en cuenta la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico-entienda que el bienestar animal se halla presente en el artículo 45 CE.

SEGUNDA. - El bienestar animal constituye un bien jurídico susceptible de limitar el ámbito de los derechos fundamentales

El artículo 13 TFUE encierra un principio general de Derecho de la Unión Europea y de Derecho interno. Como tal principio, se impone a las instituciones de la Unión, pero también, a los Estados miembros cuando aplican el Derecho europeo. Constituye un mandato expreso no una simple fórmula de interpretación no vinculante. En principio, el artículo 13 TFUE limita la obligación de tener en cuenta el valor bienestar animal al ámbito de la formulación y aplicación de políticas en los llamados campos relevantes (agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio). Parecería que su ámbito de actuación es, pues, limitado. Sin embargo, ello no obsta que deba aplicarse al resto de políticas de la Unión e, incluso, a la totalidad de las políticas que llevan a cabo los Estados miembros. Y ello por dos razones:

- Por cuanto no parece coherente tener en cuenta el bienestar animal en determinadas esferas de actuación o en determinadas materias y no en otras.
- Porque, en virtud del principio de interpretación del Derecho nacional conforme al Derecho de la Unión, principio con clara vocación de homogeneidad, debe tenerse en cuenta que el artículo 13 TFUE reconoce la condición de seres sensibles o sentientes de los animales. Los animales son seres sentientes en cualquier circunstancia, con

independencia del tipo de competencia que se esté ejerciendo. Por tanto, esta condición de los animales, que los eleva por encima del concepto de cosa, no debe ser obviada en ningún caso.

Una lectura superficial del artículo 13 TFUE permitiría mantener que ante un conflicto entre bienestar animal y cualquier derecho, cedería automáticamente el primero si ante él se enfrentan tradiciones culturales o ritos religiosos. De hecho, como límites de este principio, sin perjuicio de las materias a que se contrae el artículo 13 TFUE, se incluirían únicamente las disposiciones internas o las costumbres de los Estados relativas a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional. Pero el hecho de que estos elementos estén previstos expresamente como límites al bienestar animal, no significa que deba entenderse que, en caso de conflicto, este decae automáticamente y en cualquier supuesto.

El artículo 13 TFUE apunta dos cosas importantes. La primera, que el bienestar animal debe ser tenido en cuenta *plenamente*. La segunda, que obliga a ponderar el bienestar animal con otros bienes jurídicos (las tradiciones culturales y los ritos religiosos), pero no impone un concreto resultado en dicha ponderación. Ya lo hemos dicho: el bienestar animal permite ciertas limitaciones en función de otros valores pero ello no significa que, ante la aparición de estos otros valores, el bienestar animal deba de ceder en todo caso. Por el contrario, defendemos nosotros que sería legítimo que un Estado no aceptase razones culturales o religiosas para dejar de aplicar una norma de bienestar animal.

La interpretación que aquí se propugna del artículo 13 TFUE es la siguiente: en caso de conflicto, la presunción debe ser que predomina el bienestar animal pues aquí debe entrar en juego el adverbio *plenamente* que emplea el precepto.

Es posible mantener esta conclusión y para demostrarlo, vamos a hacer referencia a dos supuestos que han sido analizados en este trabajo:

2.1. Bienestar animal frente a espectáculos taurinos

Nos parece difícilmente justificable que, en el estado actual de nuestra sociedad, razones culturales puedan justificar lesionar el valor bienestar animal. Y, sin embargo, ya sabemos que, en nuestro país, han sido estas razones las esgrimidas en más de una ocasión para dejar de lado la aplicación de normas de bienestar animal. Uno de los casos más ilustrativos y recientes ha sido la aprobación de la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural, completada su finalidad con la posterior Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, leyes en base a las cuales nuestro Tribunal Constitucional reputó inconstitucional la regulación contenida en la Ley catalana 28/2010, de 3 de agosto, que había prohibido las corridas de toros en Cataluña. El Tribunal Constitucional se apoyó, básicamente, en razones culturales para motivar los razonamientos que le llevaron a declarar la inconstitucionalidad de la norma catalana que, sin embargo, actuaba en ejercicio de competencias autonómicas en materia de protección animal, entre otras.

En nuestro caso, la opción del legislador estatal ha sido la de hacer ceder el bienestar animal frente a la protección de una determinada manifestación cultural o artística -llámese como se quiera-. Nuestro criterio es que la opción contraria, prohibir la celebración de espectáculos taurinos llevados a cabo con sufrimiento animal -o cualquier tipo de espectáculo- hubiera sido más acorde con la evolución del Derecho que venimos de examinar en el presente trabajo y que el valor bienestar animal debe prevalecer ante la celebración de un espectáculo público. Y ello, por las razones siguientes:

- No existe en nuestro ordenamiento ningún derecho humano que directamente pueda oponerse frente al valor bienestar animal, para justificar el maltrato que supone una corrida de toros. No consideramos que pueda justificarse el toreo como arte y, por tanto, incluido en el artículo 20 CE. En nuestra opinión, si las corridas de toros se califican como arte es porque no existe otra motivación que las justifique que la mera afirmación apodíctica y absolutamente subjetiva de quien así lo considera. Pero esta valoración subjetiva no debe ser razón suficiente, en cuanto que es la única, para mantener la legalidad de un tipo de actividad como son las corridas de toros. Debemos recordar que la

celebración de este tipo de espectáculos no ha sido cuestión pacífica ni admitida por nuestras leyes siempre y en todo caso. A lo largo del tiempo, en nuestro país se sucedieron periodos de prohibición con periodos de permisión. Las corridas no son tampoco manifestación cultural pacífica y propia de todo el territorio estatal. Hay regiones en las que este espectáculo cuenta con escasos adeptos.

Afirmamos que las corridas de toros no son manifestación artística que pueda oponerse al bienestar animal aun sabiendo que se han dictado sentencias que, ante la alegación de una posible vulneración a la libertad artística y libertad de empresa, han permitido la celebración de un espectáculo de estas características. Nos referimos, por ejemplo, a la sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña de 11 de julio de 2001, dictada en el recurso de apelación núm. 132/2000. En ese supuesto, un empresario había pretendido la celebración de una ópera en la Monumental de Barcelona, en el intermedio de la cual tenía lugar una corrida de toros, con el resultado de muerte para el animal. En aquel momento, estaba permitido en Cataluña la celebración de corridas de toros en los lugares destinados al efecto, pero existía una ley de protección animal que prohibía la celebración de espectáculos en los que se causara sufrimiento a los animales. La Generalitat denegó la autorización para llevar a cabo el espectáculo de la ópera con una corrida de toros en el intermedio, en la Monumental, por violar la ley en materia de protección de los animales. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña obvió la aplicación de la ley catalana de protección de los animales, considerando que, en aquel espectáculo, en realidad se celebraban dos: la ópera propiamente, donde no se producía ningún tipo de maltrato y la corrida de toros, en el intermedio, donde no cabía aplicar la ley de protección animal puesto que existía normativa específica que posibilitaba la celebración de dicho espectáculo en el lugar en que se llevaba a cabo, una plaza de toros. Nótese la sutileza del argumento judicial. Lo que se presentaba por el propio empresario como un solo espectáculo puesto que así aparecía en la publicidad del momento y, de hecho, se vendía una única entrada, eran en realidad dos según el

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. A estos dos espectáculos cabía aplicarles dos normas diferentes, lo que conducía a la posibilidad de celebrar la ópera y también la corrida de toros. Se consideró pues, vulnerado el derecho de libertad de creación artística. Nuestra opinión al respecto coincide con la expresada en el voto particular formulado por la magistrada D^a Núria Clèries Nerín. Recordó esta Magistrada que los derechos no tienen carácter ilimitado y que su ejercicio puede someterse a ciertas condiciones y requisitos. En el caso planteado, al tratarse de un espectáculo público en el que se utilizaban animales, debía respetarse la legislación en materia de protección de los animales vigente en aquel momento en Cataluña. La Magistrada añadía que, si las limitaciones impuestas por la ley eran legítimas por encontrar cobertura jurídica suficiente, el resultado del fallo habría debido ser el de reputar ajustado a derecho el acto de la Generalitat de Cataluña que denegó la autorización para celebrar el espectáculo. Si, por el contrario, el Tribunal consideraba que las limitaciones establecidas en la ley de protección de los animales en cuanto a la utilización de animales en espectáculos públicos no eran legítimas por resultar contrarias a la Constitución, en ese caso debería haberse planteado la cuestión de inconstitucionalidad frente a la ley catalana.

- El bienestar animal no debe ceder ante la celebración de un espectáculo como las corridas de toros, con el argumento de que estaríamos ante una de las excepciones que admite el artículo 13 TFUE. Aun cuando es cierto que las tradiciones culturales pueden operar, según el precepto, como límites al bienestar animal, deberá entenderse que, para que el límite surta efectos deberemos estar ante una de las materias a que se refiere el precepto, esto es, agricultura, pesca, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, lo que no es el caso.

Está claro que la justificación para una regulación que permita la celebración de corridas de toros no podemos encontrarla en este precepto.

En definitiva, el bienestar animal es valor suficiente que oponer frente a un espectáculo que comporta la tortura y muerte de un animal que no cuenta con otro argumento a su favor que el de la tradición. El mantenimiento de una regulación que permite las corridas de toros se compadece mal con la obligación que deriva para los poderes públicos del artículo 45 CE.

2.2. Bienestar animal frente a libertad religiosa

El caso que se ha analizado en este trabajo ha sido el del sacrificio de animales sin aturdimiento previo -lo que chocaría de lleno con el bienestar animal- por prescribirlo así, aparentemente, las religiones musulmana y judía. En la solución del conflicto no es baladí el hecho de que existan comunidades en el seno de dichas religiones que interpretan que el aturdimiento previo al sacrificio no atenta contra ningún precepto del Corán ni contra la Torah. Partiendo de este dato, difícilmente puede llegarse ya a la conclusión de que el sacrificio sin aturdimiento forma parte del núcleo esencial de la libertad de quienes profesan las religiones musulmana y judía. El del sacrificio sin aturdimiento no deja de ser un simple rito que, si desaparece, en nada obstaría al pleno ejercicio de la religión.

Pues bien, para determinar si el bienestar animal debe primar frente a una concreta manifestación de la libertad religiosa como es el sacrificio de animales sin aturdimiento, hemos partido de la base de que el bienestar animal es un valor incluido en tratados y normas internacionales, así como en las constituciones de algunos Estados y, evidentemente, en el artículo 13 TFUE. El propio Reglamento (CE) núm. 1099/2009, del Consejo, de 24 de septiembre de 2009, relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza, lo reconoce como valor comunitario. Entendemos, además, que la protección de los animales está implícita en el artículo 45 CE. Por tanto, el bienestar animal es un fin constitucionalmente legítimo.

Hemos partido también, de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, y, en particular, de su artículo 3, sobre la base del cual, y teniendo en cuenta que el bienestar animal se incluye hoy en el conjunto de valores

comunes que rigen nuestra sociedad, podría ser eficaz para impedir la celebración de determinado rito religioso que infligiera sufrimiento a un animal.

Con ello no se afectaría al núcleo esencial de la libertad religiosa por cuanto no se afectaría ni a la dimensión interna ni externa de este derecho fundamental. En cuanto a la primera, porque no afectaría al claustro íntimo de creencias que cada persona puede poseer. Ya hemos visto, además, que en realidad estamos ante una concreta interpretación religiosa, puesto que hay creyentes de las comunidades concernidas que admiten que el aturdimiento no choca con su credo. En cuanto a la segunda, porque cualquier manifestación religiosa exige tener en cuenta el ordenamiento jurídico y, por tanto, forzosamente deben respectarse los límites que este ordenamiento impone.

Planteamos nosotros que una ley que impusiera el aturdimiento del animal en todo caso y, por tanto, no admitiese la excepción que prevé el artículo 13 TFUE sería viable jurídicamente. Debe tenerse en cuenta que, aun cuando el artículo 4 del Reglamento (CE) núm. 1099/2009, del Consejo, de 24 de septiembre de 2009, relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza, admite el no aturdimiento por razones religiosas, también es cierto que en los considerandos del Reglamento se reconoce cierto nivel de subsidiariedad a los Estados. Es la norma comunitaria la que regula la regla general que deberán observar los Estados miembros, esto es, el aturdimiento previo al sacrificio, pero a la vez, prevé determinadas excepciones a la norma general y serán los Estados los que decidirán si se acogen dichas excepciones o no. Esta conclusión se extrae no solo de la interpretación conjunta y sistemática del Reglamento (CE) núm. 1099/2009 sino también de un Dictamen emitido por el Comité Económico y Social Europeo a propósito de la Propuesta del referido Reglamento donde expresamente se hace la lectura indicada del artículo 4, esto es, que los Estados miembros podrán decidir la no aplicación de la excepción a la obligación de aturdimiento previo.

Por tanto, es posible que una ley estatal interna imponga con carácter general el aturdimiento previo del animal, fundada en el valor bienestar animal, y no admita excepción alguna por motivos religiosos.

TERCERA. – Debe modificarse la Constitución para incluir expresamente el bienestar animal en su articulado

Aun cuando hemos concluido que el valor bienestar animal está presente implícitamente en nuestra Constitución, creemos que sería conveniente su modificación para que se incluya de forma expresa. A continuación expondremos las razones que nos llevan a proponer esta medida (apartado 3.1) y la forma en qué debería llevarse a cabo (apartado 3.2):

3.1. La primera justificación vendría determinada por la necesidad de incorporar expresamente el principio o valor de bienestar animal previsto en el artículo 13 TFUE. Creemos necesario que nuestra Constitución acoja este valor que parte de la consideración de los animales como seres sensibles-sentientes y que es fruto de la nueva forma de ver las relaciones del ser humano con los animales propio de una sociedad avanzada.

La segunda justificación se explicaría porque, según hemos tenido ocasión de ver, la mayoría de normas dictadas en nuestro Estado en materia de protección animal no mencionan el título competencial que las ampara o citan multitud de ellos. Creemos que la razón se encuentra en las dudas del legislador ante la falta de un título claro. Así, la regulación de las normas autonómicas dictadas hasta la fecha sobre protección animal se ha hecho descansar en títulos tan dispares como los de medio ambiente, cultura, ocio, economía o ganadería.

Si la protección o el bienestar animal apareciesen expresamente mencionados en la Constitución y, a su vez, dicha mención estuviese relacionada con alguna de las materias de los artículos 148 CE o 149 CE, contaríamos con un título claro en que residenciar las normas cuyo objeto fuese regular determinados aspectos de bienestar animal.

La modificación que propugnamos del artículo 45 CE para incluir expresamente el valor bienestar animal llevaría a que cualquier norma dictada en esta materia pudiese dictarse en el ejercicio de la competencia prevista en artículo 149.1.23 CE y en el artículo 148.1.9 CE.

3.2. La primera posibilidad que presentamos para llevar a cabo esta modificación supone partir, en cierta manera, del estado actual de las cosas, si bien introduciendo de forma expresa los términos *bienestar animal* en el articulado de la Constitución. Es decir, se trataría de modificar el párrafo primero del artículo 45 CE en el sentido siguiente: «Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y *el deber de conservarlo, así como de velar por el bienestar animal*». El bienestar animal constituiría, así, una obligación de todos los seres humanos. El valor integrador de los principios rectores obligaría a tener en cuenta el bienestar animal en la interpretación de las restantes normas constitucionales y de las leyes. El bienestar animal, en tanto que principio rector, se encuadraría claramente en los llamados derechos de tercera generación que implican decisiones de políticas y gastos públicos.

Nos preguntamos qué ocurriría si el artículo 45 CE fuera reubicado en nuestro texto constitucional, de la manera que aboga un sector de la doctrina, para *fundamentalizar* el derecho al medio ambiente. ¿Qué ocurriría si se configurase el derecho al medio ambiente como un derecho fundamental? ¿Sería posible que este mismo precepto incorporase la apuntada referencia al bienestar animal? En este caso sería difícil de sostener que los animales estuviesen incluidos en el mismo.

Así como cualquier otro derecho afecta a la esfera propia e inmediata de las personas, el derecho al medio ambiente solo indirectamente afecta al individuo. Queremos decir que no es equiparable el derecho de profesar una determinada religión, el derecho a no sufrir tortura, el derecho de asociación, por ejemplo, con el derecho al medio ambiente. ¿A qué medio ambiente tenemos derecho? Sería imprescindible concretar los distintos ámbitos o materias que integrarían el medio ambiente: la conservación de la naturaleza y de la biodiversidad; la protección frente a la contaminación, frente al cambio climático; el derecho al agua... Creemos de complicada justificación la inclusión en un derecho fundamental al medio ambiente, de la protección de los animales, porque no puede existir un derecho humano de tal alcance. Ello supondría dispensar protección a los animales en referencia al ser humano, lo que sería tanto como proteger al ser humano de determinadas actuaciones contra los animales que

repugnan a la naturaleza humana, a la moral o a la ética. Pero los animales deben de tener valor por sí mismos.

La configuración del derecho al medio ambiente como derecho fundamental obligaría a resituar el bienestar animal en la Constitución, al margen del artículo 45 CE.

Una segunda vía, que nos parecería adecuada para optimizar la protección animal, sería la de modificar el artículo 10 de la Constitución. Se trataría de añadir un tercer párrafo al precepto, que incluyera la protección de la naturaleza y el bienestar animal como principios generales de nuestro sistema jurídico. Consideramos que, en este caso, junto a la referencia a los animales, deberíamos introducir el elemento Naturaleza, en la línea que valientemente han iniciado algunos países de América del Sur (Ecuador, a nivel constitucional y Bolivia, a nivel legal) que le han reconocido la condición de sujeto de derecho.

El artículo 10 de nuestra Constitución abre el Título I, pero no se encuadra en ninguno de los capítulos que, dedicados a los derechos, a los derechos fundamentales o a los principios rectores, integran el mencionado Título I de la Constitución. La reformulación del artículo 10 permitiría introducir el bienestar animal al más alto nivel sin por ello ser necesario hablar abiertamente de derechos de los animales.

El precepto actualmente señala lo siguiente: «1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

La opción que ahora presentamos es la introducción de un párrafo con un contenido que podría ser similar al siguiente: «3. La protección de la Naturaleza

y el bienestar animal son valores y fundamento de nuestro ordenamiento jurídico».

En definitiva, sea por una vía u otra, el bienestar animal debe figurar entre los valores que explícitamente reconozca nuestra Constitución.

CUARTA. - Es necesaria la configuración de un estatuto jurídico del animal y de una ley estatal en materia de bienestar animal

Es necesario elaborar un estatuto jurídico del animal con el objetivo doble de ordenar la regulación hasta ahora existente y, a la vez, incrementar el nivel de bienestar que actualmente nuestro ordenamiento jurídico dispensa.

Ha transcurrido ya algún tiempo desde que se reconociera por la Unión Europea que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad y, sin embargo, nuestro Derecho interno permanece todavía con las estructuras del Código Civil decimonónico que consideraba a los animales simples cosas. Disponemos ya de un conjunto importante de normas, fruto de la debida adaptación al Derecho de la Unión Europea, que parten de la premisa de que los animales son seres sentientes. Debemos de poner orden en ese conjunto normativo, por supuesto empezando por la modificación de la Constitución, tal y como venimos de exponer, y siguiendo por la regulación a nivel estatal de un mínimo común denominador en materia de bienestar animal.

En efecto, debe existir una ley que ofrezca una regulación de mínimos en todo el territorio estatal, sin perjuicio de la posibilidad de que las Comunidades Autónomas establezcan normas adicionales que incrementen la protección. La regulación autonómica hasta ahora es bastante dispersa. Ya hemos visto como no todas las normas autonómicas tienen el mismo ámbito de aplicación y como determinadas conductas merecen diferente sanción en función del territorio en que nos encontremos.

Pues bien, este estatuto jurídico, que habría de desarrollar el nuevo artículo 45 CE modificado, o, en su caso, el artículo 10 CE, exigiría la modificación de nuestro Código Civil para sustraer a los animales de su condición de cosa. El ordenamiento jurídico español debe situarse al mismo nivel que se hallan

algunos de los sistemas jurídicos de nuestros países vecinos y debe reconocer, pues, que los animales no son cosas. Al mismo tiempo, el Parlamento español debe dictar una ley que establezca una serie de obligaciones que los seres humanos habrán de observar respecto de los animales y que reconozca a las asociaciones protectoras de animales legitimación para comparecer ante las diferentes Administraciones y ante los Tribunales, para exigir el cumplimiento de aquellas obligaciones.

Entre las obligaciones -que podrían denominarse, principios generales- que deberá incluir esta ley estatal deberán figurar los siguientes: a) no infligir dolor ni causar sufrimiento a los animales; b) no violentar la naturaleza del animal según la especie, lo que incluiría la prohibición de cualquier conducta contraria a los imperativos biológicos o etológicos del animal; c) dispensar buen trato a los animales. Deberá establecer, asimismo, que en la adopción de decisiones administrativas o judiciales que afecten a los animales, la Administración y los Tribunales tengan en cuenta la totalidad de intereses en conflicto, por supuesto, también los del animal, en cuanto ser con valor intrínseco y no por su valor económico o por referencia al ser humano.

Deberá configurar un régimen especial para la tenencia de animales de compañía que permita acreditar que la persona que decide hacerse cargo de un animal dispone de los recursos suficientes. Para ello, consideramos que es necesario prohibir la compraventa de animales de compañía y crear un registro estatal (intercomunicado con los de las comunidades autónomas) en los que figure la identificación de todos los animales de compañía.

Defendemos que, en este nuevo estatuto jurídico del animal, se prohíba la caza deportiva. Ciertamente, esta formulación parece hoy una utopía, pero, aun así, nos atrevemos a formularla porque creemos que el mantenimiento de este tipo de actividad choca con el mandato contenido en el artículo 45 CE de utilizar racionalmente los recursos naturales y defender el medio ambiente. La caza no es necesaria para la conservación de la naturaleza, más allá de la mera afirmación apodíctica que realizan los propios cazadores para justificarse.

Finalmente, la experimentación con animales debe ser la excepción y no la regla. Deben regularse los supuestos en que sería permisible la experimentación con animales y sobre qué concretas especies. Desde luego, deben prohibirse los experimentos inútiles y en los procesos de decisión relativos a la autorización de procedimientos deben estar representadas las asociaciones protectoras de animales en la misma proporción que el resto de colectivos concernidos. La sociedad debe conocer qué experimentos se llevan a cabo en los centros de experimentación animal y para qué sirven los impuestos con que los mismos se financian.

QUINTA. - El Derecho Animal es hoy una disciplina jurídica autónoma dentro del Derecho Público

Existe en nuestro ordenamiento jurídico un cuerpo de normas cuyo objeto es la regulación de la protección y de las distintas formas de utilización de los animales. En este cuerpo normativo se incluyen no solo las disposiciones que tienen por objeto la preservación y la protección del animal sino también aquellas que ordenan u organizan su utilización o, en ocasiones, incluso su destrucción. Constituiría un conjunto de normas internas, europeas e internacionales que regulan la protección y la utilización de los animales a partir de su consideración como seres sensibles o sentientes.

La importancia de este grupo de normas, por su volumen y por su esfera de actuación común a todas ellas, permite sostener que integran una nueva rama autónoma del Derecho, que ya se conoce como Derecho de los animales o Derecho Animal. Lo afirmado no contradice nuestro parecer de que esta nueva disciplina constituye, asimismo, una regulación sectorial del Derecho Administrativo, esto es, un conjunto normativo que regula la acción de la Administración en un concreto sector como es el de la protección y utilización de los animales, y el comportamiento de los ciudadanos al respecto. Entendemos que el Derecho Animal es una disciplina autónoma dentro del más amplio campo del Derecho Administrativo o, si se quiere, del Derecho Público.

A pesar de que esta disciplina jurídica acaba de nacer, las normas y disposiciones que la integran comparten una serie de principios cuyo origen se

encuentra en el Derecho Internacional, en el Derecho europeo, pero también en el Derecho interno. Se trata de una serie de principios rectores, algunos de ellos, de base claramente ambiental, que informan nuestro ordenamiento y que deben de ser respetados en la aplicación e interpretación de las normas. Estos principios son los siguientes: a) la integración del bienestar animal en la regulación normativa y su aplicación a partir de la condición de los animales como seres sensibles-sentientes; b) la experiencia adquirida y los conocimientos científicos como base de la regulación normativa en materia de bienestar animal; c) el principio de precaución; d) la prohibición del sufrimiento inútil, y e) el principio de progresividad.

Aun cuando, como hemos visto, el Derecho Animal no engloba solamente las normas que reconocen protección a los animales sino incluso aquellas que regulan su eliminación, creemos que la evolución de este Derecho debe ir en orden a incrementar la protección y el bienestar de los animales e incluso a reconocer derechos a los animales. De hecho, la razón de que hoy se incluyan en su seno un elenco importante de normas que regulan la destrucción de los animales no obedece a otra razón que al peso de siglos y siglos de historia de consideración de los animales como simples cosas al servicio de los seres humanos. Confiamos que el cambio de paradigma en las relaciones de los seres humanos con los animales, a partir de su consideración como seres vivos que están dotados de sensibilidad, igual o parecida a la del ser humano, conducirá a un mayor nivel de protección y de bienestar y a la progresiva desaparición de determinados comportamientos y tratos que ya hoy aparecen como inhumanos e injustificables.

Ojalá no nos equivoquemos en este pensamiento.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDO GONZÁLEZ, J. y TRUJILLO PARRA, L. (2017), "Perspectiva del Derecho del Medio Ambiente y de las Políticas Ambientales de la Unión Europea", en *Revista Catalana de Dret Ambiental*. Vol. VIII. Núm. 2. En línea en: <https://revistes.urv.cat>.

ALONSO GARCÍA, E. (2010), "El bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el Derecho español", en las pp. 1427 a 1510 de J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid.

ALONSO GARCIA, E. y RECARTE VICENTE-ARCHE, A. (2006), "Animales, teoría general y régimen de los domésticos" en las pp. 78 a 91 de ALONSO GARCÍA, E y LOZANO CUTANDA, B., *Diccionario de Derecho Ambiental*. Iustel. Madrid.

ALONSO GARCÍA, E. (2015), "El artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: Los animales como seres «sensibles (sentientes)» a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en las pp. 17 a 59 de D. FAVRE y T. GIMÉNEZ-CANDELA (Eds), *Animales y Derecho. Animals and the Law*. Tirant Lo Blanch. Valencia.

ALONSO GARCÍA, R. (2008), "La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico", en la *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 28, octubre- diciembre.

ALVAREZ-QUIÑONES SANZ, A. (2012), "La revocación de los permisos de armas y el derecho a cazar. El legítimo ejercicio de esta potestad administrativa y sus límites. Análisis jurisprudencial", en la *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 22, 2012.

AHUMADA CANABES, M.A. (2006), *La libertad de investigación científica. Fundamentos filosóficos y configuración constitucional*. Tesis doctoral, Madrid, 2006. En línea: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/3022>.

AMAYA ARIAS, A.M. (2016), *El principio de no regresión en el Derecho Ambiental*. Iustel. Madrid.

ANTOINE, S. (2005), "Rapport sur le régime juridique de l'animal". Ministère de la Justice. En línea en : www.ladocumentationfrançaise.fr.

ARANA GARCÍA, E. (2004), "Animales de compañía y Administración local", en las pp. 727 a 753 de AAVV, *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*. Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local.

BALTASAR, B. (2015) "La condición animal", en las pp. 17-20 de BALTASAR B., *El Derecho de los animales*. Marcial Pons, Madrid.

BERNAD DANZBERGER, J. (2009), "La caza: un elemento esencial en el desarrollo rural", en las pp. 183-203 de *Colección Mediterráneo Económico*, núm. 15.

BERROS, M.V. (2015), "Ética animal en diálogo con recientes reformas en la legislación de países latinoamericanos", en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 33.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2001), *Instituciones de Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2014), *Derecho ambiental*, La Ley, Madrid.

BOU FRANCH, V. (2011), "La diversidad biológica en el Derecho Internacional", en las pp. 49 a 87 de BOU FRANCH, V. y JUSTE RUIZ, J. (Dir.), *El medio ambiente como objeto de tutela del Derecho Internacional*. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá. En línea en www.roderic.uv.es.

BOUAZZA ARIÑO, O. (2011), "Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en las pp. 311 a 325 de *Revista de Administración Pública*, núm. 186, septiembre-diciembre.

BOURDON, J.P. (2003), "Recherche agronomique et bien-être des animaux d'élevage. Histoire d'une demande sociale", en las pp. 221-239 de *Histoire &*

Sociétés Rurales, Vol. 19.

BRUFAO CURIEL, P. (2017), "El infructuoso intento de reforma de la Ley del Patrimonio Natural y Biodiversidad presentado para favorecer las especies invasoras", en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. VII Núm. 2. En línea en <https://revistes.urv.cat>.

BRUFAO CURIEL, P. (2014), "La influencia del régimen jurídico del bienestar y la sanidad animal en la caza y en la pesca comercial y recreativa", en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. 5 Núm. 1. En línea en: <https://revistes.urv.cat>.

CALZADA, J. (2010), "El lince ibérico en el ordenamiento jurídico. De alimaña a exterminar a especie protegida", en las pp. 21-48 de CALZADA J., MORA RUIZ M., GILES CARNERO R. Y MÁRQUEZ RUIZ C., *Lince ibérico: aspectos jurídicos para la conservación de la especie*. SECEM, Málaga.

CARRASCO PERERA, A. (2017), "Una historia de perros", en la p. 6 de la *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*. Octubre, núm. 934.

CASTRO LÓPEZ, M.P. y ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M. (2015), "La salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial: una aproximación a la reciente Ley 10/2015", en las pp. 89-124 de *Revista sobre patrimonio cultural: Regulación, Propiedad intelectual e industrial (RIIPAC)*, núm. 5-6.

COETZEE, J.M. (2018), *Siete cuentos morales*. Penguin Random House Grupo Editorial SAU. Barcelona

COLOM PIAZUELO, E. (2006), "Las cosas públicas y su régimen jurídico", en las pp. 7 a 46 de *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm. extraordinario.

CHIBLE VILLADANGOS, M.J. (2016), "Introducción al Derecho Animal. Elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho", en las pp. 373-414 de *Revista Ius et Praxis*. Vol. 22 núm. 2. Universidad de Talca. Chile.

DELAGE, P-J. (2017), Recensión de: WISE, S.M (2016), *Tant qu'il y aura des*

cages. *Vers les droits fondamentaux des animaux*, en las pp. 195-197 de *Revue juridique de l'environnement*, núm. 1.

DEMOGUE, R. (1909), "La notion de sujet de Droit. Caractères et Conséquences", en las pp. 611-655 de la *Revue trimestrielle de droit civil* n. 3. En línea en : www.gallica.bnf.fr.

DESMOULIN-CANSELIER, S. (2017), "Expérimentation et protection des animaux: quelle dynamique du droit européen?", en las pp. 63 a 75 de la *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs (R.E.A.-L.E.A.)* núm. 1.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2004), *Bienestar animal contra derechos fundamentales*. Atelier, Barcelona.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2015), "Colisiones entre bienestar animal y derechos fundamentales", en las pp. 89-125 de BALTASAR B., *El Derecho de los animales*. Marcial Pons, Madrid.

DONALDSON, S. y KYMLICKA, W. (2018), *Zoopolis, una revolución animalista*. Errata Naturae, Madrid.

DONALDSON, S. y KYMLICKA, W. (2011), *Zoopolis. A Political Theory of Animal Rights*. Oxford University Press, New York.

DUBOS, O. (2017), "L'Union européenne peut-elle écouter «le silence des bêtes»?", en las pp. 13 a 20 de la *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs (R.E.A.-L.E.A.)* núm. 1.

EMBED IRUJO, A. (2016), "En la hipótesis de una reforma constitucional, el derecho al medio ambiente debería caracterizarse como derecho fundamental", en las pp. 381 a 395 de BAÑO LEÓN, J.M. (Coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. 1 (Tomo I). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

EMBED IRUJO, A. (2014), "El acceso a la justicia en materia ambiental en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en las pp. 1207 a

1229 de la *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100. Mayo-Diciembre.

EMBID IRUJO, A. (2007), "Introducción", en las pp. 15 a 31 de EMBID IRUJO, A. (Dir.), *Diccionario de Derecho de Aguas*, Iustel, Madrid.

EMBID IRUJO, A. (2007), "Derecho al agua", en las pp. 549 a 569 de EMBID IRUJO, A. (Dir.), *Diccionario de Derecho de Aguas*, Iustel, Madrid.

EMBID TELLO, A.E. (2017), *La libertad de investigación científica. Una interpretación integrada de sus dimensiones subjetiva y objetiva*. Tirant Lo Blanch, Valencia.

EMBID TELLO, A.E. (2010), *Precaución y Derecho. El caso de los campos electromagnéticos*. Iustel, Madrid.

ERNIQUIN, T. (2017), "Les animaux vivants et la libre circulation: un statut de marchandises sensibles", en las pp. 49 a 61 de de la *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs (R.E.A.-L.E.A.)* núm. 1.

ESCARTÍN, M. (2009), "Otra dignidad: la cuestión de los animales", en las pp. 155 a 179 de CASADO, M. (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*. Ed. Aranzadi. Navarra.

ESTEVE PARDO, J. (2016), "El toro de lidia en el debate sobre los derechos de los animales", en las pp. 267 a 281 de ALENZA GARCÍA, J.F. (Dir.), *Derecho Sanferminero. El derecho de los Sanfermines y de otras fiestas locales*, Editorial Aranzadi SA.

ESTEVE PARDO, J. (1989), "La protección de la fauna: el caso de los llamados animales dañinos", en las pp. 369 a 386 de GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Coord.), *Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Editorial Cívitas. Madrid.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2017), "¿Puede el juez inaplicar a ley autonómica por razón de prevalencia del Derecho estatal? Estado actual de la

cuestión”, en las pp. 47 a 82 de la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 186, julio-septiembre.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2014), *Sistema de Derecho Administrativo I*, Editorial Aranzadi, Navarra.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1999), "Los toros bravos", en las pp. 119-133 de MUÑOZ MACHADO, S, *Los animales y el Derecho*. Editorial Cívitas. Madrid.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1988), "La ordenación legal de la Fiesta de los Toros", en las pp. 27 a 56 de la *Revista de Administración Pública*, núm. 115, enero-abril.

FRANCIONE, G.L. (2007), "Considerar seriamente la capacidad para sentir", en las pp. 15 a 35 de HERRERA GUEVARA, A. (ed.), *De animales y hombres, Studia Philosophica*, Biblioteca Nueva. Ediciones de la Universidad de Oviedo.

FRANCISKOVIC INGUNZA, B. (2012), "El derecho y los animales: existen razones suficientes para negarles la categoría jurídica de ser objeto de derecho y poder ser considerados sujetos de derecho", en las pp. 67 a 79 de *Desde el Sur*, Vol. 5, núm. 1. Universidad Científica del Sur. Lima.

FRANCO, D.L. (2016), "La cuestión animal: entre la regulación del comercio y la desmercantilización de lo vivo", en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. VII Núm. 1. En línea en: <https://revistes.urv.cat>.

GABARDÓN DE LA BANDA, J.F. (2016), "La tutela del patrimonio cultural inmaterial en España: la ley para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial", en las pp. 275-292 de *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLIX.

GARCÍA MARTÍN, L. (2017), "Régimen jurídico para la protección del lobo ibérico", en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 37 (mayo-agosto).

GARCÍA SACRISTAN, A. (2002), "Dolor y sufrimiento de los animales" en las pp. 31 a 56 de JUAN RAMÓN LACADENA (ed.), *Los derechos de los*

animales, Universidad Pontificia Comillas & Editorial Desclée De Brouwer, Bilbao.

GARCÍA SAEZ, J.A. (2012), "¿Pueden los animales ser titulares de derechos? Algunos argumentos desde una teoría garantista del Derecho", en *Revista Catalana de Dret Ambiental*. Vol. III. Núm. 2. En línea en: <https://revistes.urv.cat>.

GARCÍA URETA, A. (2013), "El parany y los métodos masivos o no selectivos de caza en la Ley 42/2007, de patrimonio natural y biodiversidad: notas sobre la STC 114/2013", en *Actualidad Jurídica Ambiental* (16.09.2013).

GARCÍA VALDERREY, M.A. (2016), "Procedimiento para la concesión de licencia por la tenencia de animales potencialmente peligrosos", en las pp. 1-5 de *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: revista técnica especializada en Administración Local*, año 164, núm. 1.

GARRIDO CUENCA, N. (2007), "Pesca fluvial", en las pp. 753-767 de EMBID IRUJO, A. (Dir.), *Diccionario de Derecho de Aguas*. Iustel, Madrid.

GIMÉNEZ-CANDELA, T. (2015), "Estatuto jurídico de los animales: aspectos comparados", en las pp. 149-183 de BALTASAR B., *El Derecho de los animales*. Marcial Pons, Madrid.

GIMPEL, J. (2009), "Aspectos bioéticos en el uso de animales de experimentación", en las pp. 23 a 39 de AAVV, *Cuarto Taller de Bioética: Aspectos bioéticos de la experimentación animal*. Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica. CONICYT.

GONZÁLEZ MORÁN, L. (2002), "El derecho frente a los animales", en las pp. 81 a 108 de JUAN RAMÓN LACADENA (ed.), *Los derechos de los animales*, Universidad Pontificia Comillas y Editorial Desclée De Brouwer

GONZÁLEZ, M.I.; RIECHMANN, J.; RODRÍGUEZ CARREÑO, J.; TAFALLA, M. (2008), "Introducción", en las pp. 9 a 15 de GONZÁLEZ, M.I. et al., (coords.), *Razonar y actuar en defensa de los animales*, Los libros de la

Catarata, Madrid.

GRAY, J. (2003), *Perros de paja. Reflexiones sobre los humanos y otros animales*. Ediciones Paidós Ibérica. Barcelona

GRAYLING, A.C. (2011), *Contra todos los dioses*. Ariel. Barcelona.

GUDYNAS, E. (2011), "Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política", en ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E., (compiladores), *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*, AbyaYala y Universidad Politécnica Salesiana, Ecuador.

HARARI, Y.N. (2015), *Sapiens. De animales a dioses*. Editorial Debate. Barcelona.

HAVA GARCÍA, E. (2011), "La protección del bienestar animal a través del Derecho Penal", en *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XXXI.

HERNANDO OREJANA, L.C. (2005), "La protección de los animales en el Derecho positivo español", en *Actualidad Administrativa*, núm. 21.

HERREROS, P. (2015), "Emociones y sentimientos animales", en las pp. 127-147 de BALTASAR B., *El Derecho de los animales*. Marcial Pons, Madrid

HERZOG, H. (2012), *Los amamos, los odiamos y... los comemos. Esa relación tan especial con los animales*. Editorial Kairós, Barcelona.

HOYOS CASTAÑEDA, I.M. (1999), "De nuevo sobre el concepto de persona: el reto ante el debate bioético y biojurídico actual", en *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 41, pp. 319-336.

IZU BELLOSO, M.J. (2016), "El Reglamento de espectáculos taurinos y sus peculiaridades sanfermineras", en las pp. 283 a 323 de ALENZA GARCÍA, J.F. (Dir.), *Derecho Sanferminero. El derecho de los Sanfermines y de otras fiestas locales*, Editorial Aranzadi SA.

KELSEN, H. (1982), *Teoría pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma

de México.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2009), "La categoría jurídica *sujeto/objeto* y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios", en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 17, septiembre. En línea en: www.revistes.ub.edu.

KLEMPERER, V. (2001), *LTI. La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*. Editorial Minúscula. Barcelona.

KUNDERA, MILAN (2011), *La insoportable levedad del ser*. Tusquets Editores. Barcelona.

LAGO CANDEIRA, A (2006), "Principios generales de Derecho ambiental" en las pp. 985 a 1000 de ALONSO GARCÍA, E y LOZANO CUTANDA, B., *Diccionario de Derecho Ambiental*. Iustel. Madrid.

LAFONT NICUESA, L. (2006), "La protección de los animales y su colisión con otros derechos en la jurisprudencia", en las pp. 335-368 de *Revista vasca de Administración Pública*, núm. 74.

LAFUENTE BENACHES, M. (2007), *El ejercicio legal de la caza*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

LASAGABASTER HERRARTE, I., GARCÍA URETA, A. y LAZCANO BROTONS, I. (2007), *Derecho ambiental. Parte general*. Ed. Lete Argitaletxea & Instituto Vasco de Administración Pública. Pamplona-Bilbao.

LELL, H.M. (2017), "La controvertibilidad del concepto jurídico de persona y el fundamento de los derechos humanos", en *Cadernos de Dereito Actual*, N. 6.

LEYTON, F. (2015) (I), "Repensando la bioética de la experimentación con animales desde una perspectiva abolicionista", en las pp. 307 a 328 de D. FAVRE y T. GIMÉNEZ-CANDELA (Eds), *Animales y Derecho. Animals and the Law*. Tirant Lo Blanch. Valencia

LEYTON, F. (2015) (II), "Literatura básica en torno al especismo y los derechos animales", en las pp. 93 a 98 de la *Revista de Bioética y Derecho*,

núm. extra, recopilatorio especial. En línea en: www.revistes.ub.edu.

LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, P. (2013), "La protección jurídica de los animales en Alemania y Francia", en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 25.

LÓPEZ QUETGLAS, F. (2006), "El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión)" en las pp. 335 a 362 de *Anuario Jurídico y Económico Escurialense XXXIX*.

LÓPEZ RAMÓN, F. (1980), *La protección de la fauna en el Derecho Español*. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla.

LORENZ, K. (2011), *Los ocho pecados mortales de la humanidad civilizada*, RBA, Barcelona.

LOZANO CUTANDA, B. y LAGO CANDEIRA, A. (2014), "La protección constitucional del medio ambiente" en las pp. 169 a 216 de LOZANO CUTANDA, B. (Dir.), *Tratado de Derecho ambiental*, Ediciones CEF, Madrid.

LOZANO CUTANDA, B. (2010), *Derecho Ambiental Administrativo*, La Ley, Madrid.

MARGUÉNAUD, J.P., "Le droit européen des droits de l'homme et la protection des animaux" en las pp. 77 a 90 de de la *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs (R.E.A.-L.E.A.)* núm. 1.

MARGUÉNAUD, J.P., BURGAT, F. y LEROY, J. (2016), *Le Droit animalier*, Presses Universitaires de France, París.

MARTÍN BLANCO, S. (2012), "Reflexiones morales sobre los animales en la filosofía de Martha Nussbaum", en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 25, pp. 59-72. En línea en: www.revistes.ub.edu.

MARTÍN MATEO, R. (1991), *Tratado de Derecho Ambiental, Vol. I*, Trivium, Madrid.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2003), "Sacrificios rituales de animales,

autorización administrativa y libertad religiosa", en *Revista de Administración Pública*, núm. 161. Mayo-agosto 2003.

MARTÍNEZ PÉREZ, E.J. (2012), "Restricciones comerciales por razones éticas: la prohibición de la Unión Europea a la importación de productos derivados de las focas", en las pp. 1-22 de la *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 42.

MAUBERNARD, C. (2017), "Le bien-être de l'animal dans les élevages en droit de l'Union européenne: du performatif à l'effectivité?" en las pp. 33 a 47 de la *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs (R.E.A.-L.E.A.)* núm. 1.

MENGUAL MALLOL, A.M., (2009), "Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" en las pp. 309 a 327 de *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 14/2º semestre.

MEUNIER, P. (2015), "Le transport transfrontalier caritatif des chiens sans maître: des règles européennes en quête d'adoption", en las pp. 783 a 794 de *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs (R.A.E. - L.E.A.)*, núm. 4.

MONTAIGNE, M. (2007), *Los ensayos (según la edición de 1595 de Marie de Gournay)*, Acantilado, Barcelona.

MONTER, R. (2016), "El delito de maltrato animal tras la reforma del Código Penal por LO 1/2015: Art. 337 del Código Penal", en *El Blog de Derecho de los Animales*, <http://www.abogacia.es/author/derecho-de-los-animales/page/7/>

MOSTERÍN, J. (2013), *El reino de los animales*, Alianza Editorial, Madrid

MOSTERÍN, J. (2014), *El triunfo de la compasión*, Alianza Editorial, Madrid

MOYANO ESTRADA, E., CASTRO, F. y PRIETO GÓMEZ, J. (2015), "Bases sociales y políticas del bienestar animal en la Unión Europea", en *Ambienta. La revista del Ministerio de Medio Ambiente*, núm.112.

MULÀ ARRIBAS, A. (2016), "La protección de los animales en la Convención

sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (CITES)", en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 34, mayo-agosto.

MUÑOZ MACHADO, S. y otros (1999), *Los animales y el Derecho*, Civitas, Madrid.

MUÑOZ MACHADO, S. (2006), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, Segunda Edición. Iustel. Madrid.

NIETO GARRIDO, E. (2001), *La protección de la fauna salvaje en el ordenamiento jurídico español*, Lex Nova, Valladolid.

NIETO GARRIDO, E. (2013), "La Fauna y la Flora silvestre" en las pp. 521 a 562 de ORTEGA ALVAREZ y ALONSO GARCIA (Dir) *Tratado de Derecho Ambiental*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

OLIVEROS R. y HERNÁNDEZ SORIA, M.A. (2017), *El impacto de la caza en España*, Ed. Ecologistas en acción.

ORTEGA ALVAREZ, L. (Coord.) (1998), *Lecciones de derecho ambiental*, Lex Nova, Valladolid.

ORTEGA ALVAREZ, L. (2013), "Concepto de Medio Ambiente" en las pp. 31 a 54 de ORTEGA ALVAREZ y ALONSO GARCIA (Dir) *Tratado de Derecho Ambiental*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

PAREJO ALFONSO, L. (1989), "Los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en las pp. 923 a 976 de GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Coord.), *Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Editorial Cívitas. Madrid.

PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A. (1990), "Sobre los derechos de los animales", en las pp. 543 a 558 del *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 7, Ministerio de Justicia-BOE-Sociedad española de Filosofía Jurídica y Política.

PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2005), *Animales de compañía. Régimen jurídico en*

el Derecho Administrativo, Bosch, Barcelona.

PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2015), "Marco jurídico de la protección animal en España desde 1929 hasta 2015: el lento y firme trote del mastín", en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 32.

PÉREZ MORENO, A. (1989), "Las bases de un Derecho Ambiental Europeo" en las pp. 1005 a 1017 de GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Coord.), *Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Editorial Cívitas. Madrid.

PRIEUR, M. (2015), *Droit de l'environnement, droit durable*, Éditions Bruylant, Belgique.

QUINTANA LÓPEZ, T. (2009), "De las epizootias a la sanidad animal: aproximación al marco normativo, al régimen de competencias y a los medios de prevención, de lucha, de control y de erradicación de las enfermedades de los animales", en la *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4 (BIB 2009\644), en www.aranzadidigital.es.

RECARTE VICENTE-ARCHE, A. (2001), "The animal rights movement in the United States: some thoughts about a new ethics", en las pp. 159-180 de *REDEN: Revista española de estudios norteamericanos*, núm. 21-22.

REGAN T. (2016), *En defensa de los derechos de los animales*. Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM. Fondo de Cultura Económica. México.

REQUERO IBÁÑEZ, J.L. (Dir.) (1994), "Protección administrativa del medio ambiente". En *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.

RÈMOND-GOUILLOUD, M. (1994), *El derecho a destruir*, Ed. Losada, SA, Buenos Aires.

RIDAO MARTÍN, J. (2017), "Toros: entre l'espectacle públic, el patrimoni cultural i la protecció animal", en las pp. 171-184 de *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 54. En línea en: www.revistes.eapc.gencat.cat.

RIERA DÍAZ, S. (2014), "Medio ambiente y comercio internacional: el caso de

los productos derivados de las focas", en las pp. 179 a 200 de la *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 30.

RINCÓN HIGUERA, E. (2014), "Animales como ciudadanos", en www.eldiario.es.

RODRÍGUEZ DONÍS, M. (2008), "Sobre la inteligencia animal. Crítica a Aristóteles y anticipación del mecanicismo cartesiano en Gómez Pereira", en las pp. 3 a 57 de la *Revista Fragmentos de Filosofía*, núm. 6. Editorial Universidad de Sevilla.

ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYNS, M.L. (2002), "Los animales domésticos y el Derecho: en particular, el régimen jurídico de los animales de compañía" en las pp. 1207 a 1240 de X. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y I. DEL GUAYO CASTIELLA (coords.), *Panorama jurídico de las administraciones públicas en el siglo XXI: homenaje al profesor Eduardo Roca Roca*, INAP-BOE.

ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYNS, M.L. (2012), "Animales potencialmente peligrosos: algunas consideraciones sobre su régimen jurídico administrativo". en las pp. 221-265 de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 39-40.

ROSALES, C.M. (2013), "La moral pública y los jueces", en las pp. 137-163 de *Foro, Nueva época*. Volumen 16. Núm. 1.

ROUSSEAU, J.J. (2010), *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*. Editorial Tecnos, Madrid.

RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Á. (2006), "La participación orgánica en materia ambiental: el Consejo Asesor de Medio Ambiente y los Consejos Asesores de las Comunidades Autónomas", en las pp. 93-118 de la *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 42.

RUIZ-RICO RUIZ, G. (2000), *El derecho constitucional al medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia.

SÁDABA, J. (2015), "Animales y Derechos", en las pp. 33-46 de BALTASAR

B., *El Derecho de los animales*. Marcial Pons, Madrid

SAFRAN FOER, J. (2011), *Comer animales*, Seix Barral. Barcelona

SALT, H.S. (1999), *Los derechos de los animales*, Los libros de la catarata, Madrid.

SAN MARTÍN SEGURA, D. (2011), "Prueba de elasticidad del concepto «Ciudadanía». Comentarios al libro Donaldson, Sue y Kymlicka, Will, *Zoopolis. A Political Theory of Animal Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 2011, 329 págs.", en las pp. 409 a 416 de la *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, 9 de diciembre de 2011.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2016), *Principios de Derecho Administrativo general, Tomo I*, Cuarta edición. Editorial Iustel

SANZ LARROCA, J.C. (2009), "Excomuniones y procesos judiciales contra seres irracionales en la España del siglo XVII", en las pp. 45 a 72 de *UNED. Espacio, Tiempo y Forma. Serie IV. Historia Moderna*, t. 22. En línea en: www.revistas.uned.es.

SARAMAGO, J. (2007), *La caverna*, Punto de Lectura SL, Madrid.

SETUÁIN MENDÍA, B. (2018), "El ámbito de operatividad del principio de prevalencia: algunas certezas, riesgos inevitables y muchas dudas. (A propósito de la doctrina derivada de la serie jurisprudencial iniciada por la STC 102/2016, de 25 de mayo)", en *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 47, enero.

SINGER, P. (2011), *Liberación animal*, Taurus, Madrid.

SOLER, A. (2016), *Apóstoles y asesinos*, Galaxia Gutenberg, Barcelona.

SORO MATEO, B. (2013), "Nuevos retos del derecho ambiental desde la perspectiva del bioderecho: especial referencia a los derechos de los animales y de las futuras generaciones", en las pp. 105 a 122 de la *Revista Via Iuris*,

núm. 13 julio-diciembre.

SOSA WAGNER, F. (1999), "Las llamadas alimañas", en las pp. 201 a 220 de MUÑOZ MACHADO, *Los animales y el Derecho*. Civitas. Madrid.

STEINFELD, GERBER, WASSENAAR, CASTEL, ROSALES y DE HAAN (2006), "La larga sombra del ganado: aspectos y opciones relacionados con el medio ambiente". Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO). En línea en: www.fao.org/publications/es/.

TAFALLA, M. (2013), "La apreciación estética de los animales. Consideraciones estéticas y éticas", en las pp. 72 a 90 de la *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 28. En línea en: revistes.ub.edu.

TAFALLA, M. (2007), "Darwin, Melville y el lugar del ser humano en la naturaleza", en las pp. 131 a 153 de HERRERA GUEVARA, A. (Ed.), *De animales y hombres. Studia Philosophica*. Biblioteca Nueva. Ediciones de la Universidad de Oviedo.

TAFALLA, M. (2006), "Sobre perros y justicia: a propósito de la prohibición del sacrificio de perros abandonados en Cataluña", en las pp. 1 a 5 de la *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 6. En línea en: www.revistes.ub.edu.

TAFALLA, M. y otros (2004), *Los derechos de los animales*, Idea Books. Colección Idea Universitaria-Filosofía, Barcelona.

TEROL GÓMEZ, R. (2015), "El bienestar animal y la regulación de la práctica deportiva con animales", en las pp. 131-167 de *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 31.

TOLSTOI, LEV. (2014), *Placeres crueles*, Trasantier, Valladolid.

UBACH, M. (2010), "Mi paso por la CEA (Comisión de Experimentación Animal de la Generalitat de Catalunya)", en las pp. 50 a 54 de *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 19, mayo. En línea en: www.revistes.ub.edu.

UNTERMAIER, J. (2017), "La protection de l'animal sauvage en droit français et euroéen: quelques remarques", en las pp. 21 a 33 de la *Revue des Affaires*

Européennes / Law & European Affairs (R.E.A.-L.E.A.) núm. 1.

VALDIVIELSO, J. & CAPELLÀ, A. (2009), "Animales productivos. El papel económico de los animales no humanos y los retos morales que implica", en las pp. 50 a 57 de la *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 17. En línea en: www.revistes.ub.edu.

VELASCO CABALLERO, F. (1994), "El Medio Ambiente en la Constitución: ¿Derecho público subjetivo y/o principio rector?", en las pp. 77 a 121 de la *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 19.

VIAL, C. (2015), "Transport des animaux au sein du marché intérieur: la Cour de justice contrainte d'abandonner les chiens errants à leur triste sort", en las pp. 769 a 781 de *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs (R.A.E. - L.E.A.)*, núm. 4.

VIAL, C. et PICOD, F. (2017), "L'animal en droit européen", en las pp. 7 a 12 de *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs (R.A.E. - L.E.A.)*, núm. 1.

VILLALBA, T. (2015), *40 años de bienestar animal: 1974-2014. Guía de la legislación comunitaria sobre bienestar animal*. Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. Madrid.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. et al. (2004), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Editorial Tecnos. Madrid

WAAL DE, F. (2016), *¿Tenemos suficiente inteligencia para entender la inteligencia de los animales?* Tusquets Editores. Barcelona

WISE, S. (2016), *Tant qu'il y aura des cages. Vers les droits fondamentaux des animaux*. Ed. Presses Universitaires du Septentrion. Villeneuve d'Ascq. France

WOLF, U. (2007), "Humano y animal. Formas capitales de esta relación y sus implicaciones éticas", en las pp. 155 a 169 de HERRERA GUEVARA, A. (Ed.), *De animales y hombres. Studia Philosophica*. Biblioteca Nueva. Ediciones de la Universidad de Oviedo.

ZAFFARONI, E.R. (2015), *La Pachamama y el humano*, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires.