

# **El bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español**

**Enrique Alonso García**  
Consejero Permanente de Estado

**LA LEY 1120/2011**

## **I. INTRODUCCIÓN: EL ARTÍCULO 13 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA**

El 1 de diciembre de 2009 entró en vigor en toda Europa y, por tanto, en España, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (LA LEY 6/1957). Su art. 13 es claro y tajante:

«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.»

La pregunta a la que se trata de responder es, pues, bien simple: el que los animales no sean ya «cosa» (bien mueble -o inmueble según su vinculación como *instrumentum fundi*-) sino algo distinto (tampoco persona obviamente) y que, por ello, debe el ordenamiento procurar su bienestar, ¿es un principio general del Derecho español de rango constitucional?

La respuesta es obvia: sí. Y baste para ello, para los positivistas, con remitir a diversos textos tales como, por ejemplo, los dictámenes del Consejo de Estado n.º 2545/2004, de 14 de octubre de 2004 o n.º 2135/2006, de 23 de noviembre de 2006.

Lo que asombra es que esa «obviedad», sin embargo, se escapa a la inmensa mayoría de los juristas españoles y no porque desconozcan la doctrina del Consejo de Estado -lo cual tampoco es tan extraño- sino porque desconocen el Tratado, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y bastantes cosas más en relación con el estatus de los animales en los ordenamientos europeos y occidentales en general. Es curioso cómo los juristas como grupo social «eligen» de entre las normas, tanto de las importantes y como de las nimias, las que en realidad se ajustan mejor a sus propios valores subjetivos (en realidad a su ideología), rechazando el principio democrático esencial de que es la comunidad y no ellos mismos quienes son fuente del Derecho en una democracia constitucional.

Pero, limando las posibles asperezas que haya podido causar el comentario recién hecho, en gran parte no es de extrañar que este principio general del Derecho se haya «escapado» al conocimiento del Derecho de los juristas españoles. Ello se debe a que, antes de preguntarse siquiera si es o no esa norma un principio general del Derecho, lo que hacen es extrañarse de que el art. 13 del Tratado diga exactamente lo que se ha transcrito algo más arriba (y no se está hablando de un «oscuro art. 386 bis» perdido en medio del mismo, sino del 13: es decir, de los principios que informan el orden constitucional europeo). Pero ello tampoco es culpa realmente de los juristas españoles, sino probablemente de múltiples causas por las cuales es casi imposible saber qué dice exactamente el ininteligible Tratado de Lisboa (LA LEY 12533/2007) (por favor, que nadie lo lea, porque no se

entiende; es mejor ir directamente a la edición -«no oficial; sino a los meros efectos publicitarios-», del texto consolidado, publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea C 115*, de 9 de mayo de 2008, págs. 47 y ss.).

Pues sí, pasado ese momento de asombro (al menos ya no hay que hacer tanto esfuerzo como antes, cuando esa misma norma estaba también en el Tratado, desde 1999, pero no en su texto articulado sino en un Protocolo Anexo, el 33, ya que entonces sí habría que hacer algún esfuerzo para demostrar que esa norma constitucional europea existía, era real y estaba vigente) y dando por hecho que el jurista que esté leyendo estas páginas ya habrá tenido tiempo para ir corriendo a comprobar el texto exacto del art. 13 al sitio de especial relevancia de la biblioteca de su salón donde reposará el Tratado, la cuestión adquiere su auténtica dimensión de pregunta profunda, que se vuelve a repetir para que el lector no tenga que volver atrás: ¿consagra el art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (LA LEY 6/1957) que el bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes es un principio general de Derecho español de rango constitucional?

Ahora ya la obviedad puede que necesite algo más de explicación porque la incredulidad inicial tenderá a escudarse en miles de razones (simples, puros y duros prejuicios) por las cuales «no hay que tomarse muy en serio el Tratado», «en realidad no quiere decir lo que aparenta»..., cuando no reflejarán el vicio, tan español (*Machado* se equivocó, no es un vicio castellano, sino nacional), de «desprecia[r] cuanto [se] ignora» (1) .

Dejando de lado la base filosófica y ética (así como la científica) en que este principio general del Derecho se sustenta (2) , ya que, como acertadamente ha señalado Margarita *Beladiez Rojo*, los principios generales del Derecho son la imposición de un genérico deber de carácter negativo que consiste en prohibir actuar en contra de los valores jurídico-éticos de una comunidad, *pero ello es independiente de cuál sea el fundamento último de los mismos, que es el campo de la filosofía y la ética* -a lo que debería añadir, y la ciencia- (Margarita *Beladiez Rojo*, 1994, pág. 30), lo cierto es que la demostración de por qué son realmente un principio general del Derecho, y de rango cuasiconstitucional, exige un discurso que, por el desconocimiento total que del derecho del bienestar animal hay en España, requiere un análisis de las distintas fases que se han seguido en el reciente Derecho europeo y español por las que han transcurrido tanto su rango como su ámbito espacial y temporal, comenzando por las reformas del Derecho administrativo y civil en Europa y la constitucionalización del principio y su eficacia en derecho comparado, pasando por el silencio de la Constitución Española, su consagración el Tratado de Funcionamiento de la Unión y los pronunciamientos del Tribunal de Derechos Humanos, para concluir con lo inevitable de la recepción de todo ello en Derecho español, que ya se ha producido en parte.

## II. EL DERECHO CIVIL Y CONSTITUCIONAL COMPARADOS

Dejando de lado la historia de cómo, dónde y cuándo surge este derecho de protección de la dignidad y del bienestar de los animales (3) , lo cierto es que el derecho comparado, y en parte de su territorio -Cataluña- el Derecho español, han asumido ya, en sus códigos civiles y en algunas constituciones, el estatuto de «no cosa» de los animales.

El Código Civil español, promulgado en 1889, no llegó a tiempo de recibir el cambio de sensibilidad que los naturalistas, biólogos, físicos y antropólogos, entre otros científicos, estaban aportando, a los que obviamente habría que añadir filósofos y sociedad europea en su conjunto (4) , produciendo el «estancamiento del Derecho» que «ha consistido en mantener categorías atinentes a la relación hombre-animal que se habían creado en el periodo griego y romano» (Santiago *Muñoz Machado*, 1999, pág. 27).

Las referencias que el Código Civil español contiene desde entonces a los animales (arts. 334, 355, 357, 465, 610, 612, 1.491 a 1.499 y 1.905) no hacen sino reforzar su tratamiento como pura cosa. El daño a los animales no está regulado de manera alguna por lo que habrá que entender que su

régimen será de pura y simple compensación del daño a su dueño como si del daño en cosa ajena se tratara (art. 1.902) y el daño causado por animales es responsabilidad de su dueño o poseedor (art. 1.905: «El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Solo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa de que lo hubiese sufrido»), lo que obviamente es consecuencia derivada del régimen de daños causados a terceros por cosas (por negligencia en su cuidado, por ejemplo, por ruina de un edificio).

Ni siquiera se conservan las antiguas reglas bíblicas del Derecho hebreo de limitaciones a la venta de las crías separadas de la madre. El Código Civil solo se «preocupa» del estado de salud de los animales para fijar las reglas de a quién se atribuye entonces el perjuicio económico de ello derivado en caso de compra (arts 1.491 y ss.) o de limitaciones al tráfico jurídico para evitar el contagio (clásico límite por razones de salud pública y control de epizootías: art. 1.494).

El Código Civil español no era, sin embargo, excepcional en el panorama europeo. Tampoco lo hacían los derechos forales, y las compilaciones posteriores así lo reflejaron. Ningún otro código civil europeo decía nada distinto, ni cabe atribuir a la constancia expresa de la categoría de «cosas semovientes» en el Código Napoleón (art. 528) más valor que el de «ayudar» a determinar su propiedad como cosa: si iba o no aneja al fundo, o quién era el propietario tanto de los domésticos como de los silvestres (5) . Lo mismo cabe decir del *common law* anglosajón. Al fin y al cabo, como ha señalado Steven Wise recogiendo las fuentes originales, tanto en el derecho aplicable a los animales silvestres y de caza como el aplicable a los domésticos, el *common law* siguió siendo «genuinamente romano» (Steven Wise, 2000, pág. 42).

Resumidamente, ya que la exposición de los contenidos de todas estas normas llevaría muchas páginas, después del Código Civil ha habido otras muchas normas, muchas de ellas con rango de Ley, que poco a poco iban teniendo en cuenta que el que los animales sean sensibles-sentientes debe ser algo relevante para el Derecho en su conjunto. El *iter* normativo, y no simples cosas, ha pasado por las siguientes fases, con hitos claramente delimitadores del paso de unas a otras: normas esporádicas estatales muy variadas y crecimiento paulatino en el ámbito local (finales del siglo XIX a 1986); incorporación a la Unión Europea y proceso paralelo de incorporación parcial (todavía incompleta) a las políticas del Consejo de Europa, así como la incorporación a otras instituciones internacionales; y normas puramente internas, de Derecho español, de la segunda mitad de la década de los noventa, singularmente en el Derecho autonómico, a partir de la Ley 3/1988, de 4 de marzo (LA LEY 409/1988), de protección de los animales, de Cataluña (vigente hasta el 18 de abril de 2008), que supuso un cierto revulsivo en la legislación española al empezarse a legislar desde una perspectiva no totalmente sectorial, sino integral, y ciertos balbuceos del Derecho estatal administrativo y principios creados por la práctica administrativa y judicial (6) , hasta que en la esfera penal se criminaliza tímidamente el maltrato de los animales domésticos en la Ley Orgánica 15/2003 (LA LEY 1767/2003).

Pero, aunque la legislación europea y española contiene innumerables normas tendentes a «apreciar» la capacidad de dolor y sufrimiento de los animales y, por tanto, a poner límites al derecho de propiedad sobre los mismos, solo en los últimos años del siglo XX ello se ha trasladado, en la Europa allende los Pirineos, y un poco más abajo, lindante con ellos en Cataluña, a la modificación formal de su estatuto como cosa.

El derecho austriaco fue el primero en imponer cambios en el estatuto de los animales como «cosa» al introducir el 1 de julio de 1988 el art. 285.a) en el ABGB (Código Civil austriaco): «Tiere sind keine Sachen» (los animales no son cosa). Lo mismo hizo el Derecho alemán en 1999 y desde entonces el art. 20.a) del BGB (Código Civil alemán) también es tajante: «Tiere sind keine Sachen» (los animales no son cosa) (7) . También la ley federal de 4 de octubre de 2002 hizo lo mismo con el Código Civil suizo de 1907: «Art. 641.a: Les animaux ne sont pas des choses»; «Tiere sind keine

Sachen»; «Gli animali non sono cose».

Al igual que la Ley 3/1988, de 4 de marzo, de Cataluña, supuso un cierto revulsivo en el tratamiento relativamente integral de la protección de los animales, también ha sido la legislación catalana la primera legislación española que, siguiendo los modelos europeos recién descritos, modificó su derecho civil para cambiar el estatuto de «cosa» de los animales (como es sabido, en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución (LA LEY 2500/1978) (8) , Cataluña y otras comunidades autónomas tienen competencia en materia civil, unas más limitadas que otras, en función del grado de amplitud que tuviera su derecho histórico en el momento de promulgarse la Constitución). El art. 511-1, apartado 3, del Título I («de los bienes») del Libro Quinto, relativo a los derechos reales, de su Código Civil, desde la Ley 5/2006, de 10 de mayo (LA LEY 5055/2006), también dispone que: «Los animales, que no se consideran cosas, están bajo la protección especial de las leyes. Solo se les aplican las reglas de los bienes en lo que permite su naturaleza».

Otros países se han planteado también cambiar el código civil aunque el debate actualmente está en si modificar dicho código (o el estatuto civil de los animales en los países que no tienen códigos) o modificar la constitución dado que tanto una como otra norma cumplirían la función de aceptar ese dato (los animales son seres sensibles-sentientes; no cosa) al nivel simbólico necesario. Por ello, con independencia de la constitucionalización o no de principio de que los animales tienen dignidad o que deben ser protegidos -que se analiza en detalle a continuación- la reforma del código o legislación civil reguladora de las categorías de persona, cosa y situaciones intermedias ha sido una pieza esencial de la renovación jurídica de muchos ordenamientos europeos, renovación que, con el cambio de siglo, se considera esencial en los ordenamientos modernos.

Pero el Derecho comparado ha ido más allá. Ha reconocido ese estatuto especial en los textos constitucionales, es decir en las normas de máximo rango (9) .

Dejando de lado las normas de rango constitucional que incorporan la dignificación o el buen trato de los animales en su norma suprema de fuera de ámbito geográfico europeo (10) , Tres son los países que han promovido y logrado enmiendas constitucionales en este sentido: Suiza, Austria y Alemania.

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 esa 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.»

Desde 1992, sin embargo, el reconocimiento de la dignidad de los animales es directo. El apartado 2 del art. 120 de la Constitución Federal (art. 24 novies, apartado 3, de la anterior Constitución) otorga a todos los seres vivos la protección constitucional de su «dignidad», mencionando, en especial la de los animales, aunque lo hace en el contexto dedicado a los animales transgénicos (11) , de los

límites constitucionales a la biotecnología en seres no humanos: «La Federación promulgará normas sobre el uso de material reproductivo y genético de animales, plantas y otros organismos. Tomará para ello en cuenta la dignidad como criatura y la seguridad del ser humano, los animales y el medio ambiente, y protege la diversidad genética de las especies animales y vegetales», lo que ha llegado a ser interpretado como consagrador de un principio que se extiende a todo trato o uso por los humanos y no solo al que suponga daño, dolor o sufrimiento. De hecho se les protege frente la humillación por instrumentalización excesiva y por intervención en su apariencia o imagen (12) .

Como ha recordado Olivier Le Bot, «antes de la inclusión del principio de "dignidad de las criaturas" en la Constitución Federal, ya la Constitución del cantón de Argovia lo había incluido el 25 de junio de 1980 en su texto. También había sido utilizado por el Tribunal Federal en 1989, en una sentencia que reconoció que un animal "es un ser vivo y capaz de tener sensaciones, una criatura (...) para la que el respeto y apreciación debe constituir un postulado moral para el ser humano intelectualmente superior"» (Olivier Le Bot, 2007, pág. 17) (13) .

Ciertamente, en Suiza se ha llevado a la Constitución el «valor inherente» de todo animal (14) como ser vivo a través del reconocimiento constitucional de su dignidad (15) .

Otros artículos de la Constitución recuerdan el bienestar animal en la regulación del transporte transalpino (art. 84) y en la agricultura (art. 104.3.b. «La Federación se asegurará de que la agricultura tenga carácter multifuncional. A estos efectos tiene, en particular, las siguientes potestades: b) promover, mediante incentivos económicos, formas de producción que sean respetuosas con la naturaleza, el medio ambiente y los animales»).

En **Austria**, la Constitución Federal, desde 1992, incluye la mención de la protección de los animales pero lo hace exclusivamente para atribuir a los Länder la competencia (artículo 11.[1].8). Así pues, aunque Austria fue el primer país en suprimir con rango de ley ordinaria el estatuto de los animales como «cosa», no se han elevado a rango constitucional ni un estatuto especial ni un principio general del Derecho que imponga la consideración de los animales como bienes sensibles-sentientes o como titulares de dignidad o valor inherente. Efectivamente, cuando la Constitución se limita a distribuir competencias en materia de protección o de bienestar de los animales no se obliga a la Administración territorial competente a legislar sino que solo se determina cuál de ellas, en su caso, puede hacerlo. No han triunfado, pues, al menos hasta el momento, las diversas campañas (especialmente en 2004 y 2008) que pretendían llegar más allá (16) .

A la misma solución, de que se trata de un artículo que se limita a distribuir competencias, ha llegado, explícitamente, el Tribunal Administrativo Federal de **Alemania** en la interpretación del art. 74.1.20 de la Ley Fundamental de Bonn (17) . Sin embargo, Alemania, siguiendo la pauta de Suiza, después ha ido más allá. El bienestar animal ha entrado en la Constitución en forma de «Staatszielbestimmung» (objetivo estatal) a través del Art. 20.a).

Antes de su reforma, el art. 20.a) solo contenía el mandato, introducido el 30 de junio de 1994, de proteger «los fundamentos naturales de la vida», lo que incluía la protección de especies y su hábitat; no la protección de animales individuales, cuyo bienestar (hasta ese momento, protegido solo por leyes ordinarias), estaba ausente de la Constitución (*Grundgesetz* o Ley Fundamental de Bonn). A causa del creciente conocimiento de la capacidad de animales de sufrir y sentir y el avance de la ciencia y la investigación, la introducción de la protección de animales en la *Grundgesetz* comenzó a ser discutida ya a partir de los años noventa, especialmente en el periodo 1994-1996. Una primera iniciativa no consiguió la mayoría necesaria de dos tercios en el Parlamento Federal (*Bundestag*). Esta situación cambió después de la sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de enero de 2002, que hay quien ha señalado que sirvió de excusa para la reforma constitucional. La sentencia examinó un recurso interpuesto por un carnicero turco-musulmán que tenía una clientela básicamente de creyentes musulmanes y al cual le fue denegada la solicitud para obtener una

excepción, de las previstas en la norma de la Ley Federal de Protección de los Animales - *Tierschutzgesetz*-, al sacrificio de animales sin anestesia para hacerlo conforme al rito islámico. El Tribunal Constitucional señaló que no había posibilidad de ponderar los derechos fundamentales (en este caso la libertad de profesión, art. 12 y la libertad de confesión, art. 4, ambos de la *Grundgesetz*) con el bienestar animal. Además indicó que el art. 20.a) (en su redacción en aquel momento) no incluía la protección de animales en un sentido ético, es decir, no afectaba a animales individuales sino solo a especies y a su entorno natural (18) .

Fruto de ello y de otros factores, a los que no es ajeno el que la protección de los animales se cimentó entre 1992 y 2002 y en las constituciones de once de los dieciséis Estados federados alemanes (19) , es el art. 20.a) de la *Grundgesetz* en su redacción actual: «Protección de los fundamentos naturales de la vida. El Estado protegerá, teniendo en cuenta su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y a los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial» (20) .

En cuanto al significado de la inclusión de la cláusula «la reforma constitucional no reconoce derechos a los animales, ni por sí misma fortalece lo que es el Derecho actualmente vigente a nivel legal y reglamentario. El mayor efecto de dicha reforma consiste en permitir que la legislación refleje ya sin ambages el estatus que los animales han obtenido ya en la sociedad alemana, y reforzar la legitimidad en la aplicación de las leyes hasta el nivel de efectividad para el que fueron promulgadas» (K. M. *Nattrass*, 2004).

De hecho, la percepción social de la reforma fue bastante acertada. Como decía la agencia de noticias *Die Deutsche Welle*, el 31 de mayo de 2002 (21) :

«A partir de ahora, con la modificación constitucional, la protección de los animales adquirirá un nuevo peso, según hizo notar la ministra de Agricultura y miembro del partido de Los Verdes, Renate Künast. Puntualizó en este contexto que, en el futuro, los tribunales tendrán que sopesar entre la defensa de los animales y otros valores constitucionales, como la libertad de investigación o la religiosa. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la modificación aprobada no supondrá un cambio inmediato en la suerte de los animales. Su protección no queda garantizada efectivamente, ni se puede recurrir a los tribunales para hacerla valer. Solo figura entre las metas que se propone el Estado, como dar trabajo y vivienda a todos los ciudadanos. Algo que tampoco se puede reclamar ante la justicia.

La única voz disonante en medio del amplio respaldo a la iniciativa fue la de la Sociedad para la Salud y la Investigación, que calificó la jornada de «un día negro». La organización teme que se vea debilitada la posición de Alemania como centro de investigación y que muchos científicos opten por emigrar. Con el fin de disipar estos temores, la ministra subrayó que «el hombre sigue teniendo el lugar principal», y alabó el papel de pionero que asume así Alemania dentro de la Unión Europea. Pero éste es también un punto débil de la enmienda constitucional. Hoy en día, las medidas nacionales corren el peligro de no surtir el efecto deseado, si no se aplican a escala europea.»

La cuestión reside, en términos abstractos en cuál es la fuerza jurídica de los «*Staatszielbestimmungen*» (objetivos estatales) de la Constitución alemana (muy parecidos a nuestros principios rectores de la política social y económica), especialmente cuando se contrapesan con otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados (como los de libertad religiosa y otros). Los «objetivos estatales» son normas constitucionales con efecto vinculante, que se dirigen al Estado y sirven como directriz para cualquier actuación de todos los poderes públicos y, sobre todo, como principios de interpretación de las leyes y reglamentos. Aun así, no son derechos fundamentales ni por tanto directamente accionables ante los jueces. Tampoco otorgan automáticamente legitimación especial a las organizaciones de protección de los animales (22) . Sin

embargo, sí son principios contrapesables a éstos y pueden llegar a limitarlos. Los constituyentes conocían de sobra que el Tribunal Supremo había permitido que el artículo 20.a) en su redacción anterior pudiera limitar y constreñir la libertad artística cuando supone riesgo para el medio ambiente (23) .

Es ineludible pues el seguimiento de la jurisprudencia constitucional para ir evaluando sus efectos (24) . Así, por ejemplo, el Tribunal Contencioso-Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) ha matizado afirmaciones como las del Tribunal de Kassel en el sentido de que es un mandato exclusivamente dirigido al legislador y éste es el único que, después de la enmienda, puede matizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre sacrificios rituales. Según el BVerwG antes se trataba de comprobar si la prohibición (de la matanza sin anestesia) condicionada a la obtención de un permiso excepcional representa una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales del carnicero; ahora hay que comprobar, al revés, si el otorgamiento de un permiso excepcional es conforme con el Art. 20.a GG. Pero, aunque la introducción de la protección de animales en la Constitución ha conllevado su elevación de rango y mayor valor, no disfruta por ello este principio de prioridad automática sobre las demás garantías constitucionales. Los principios constitucionales de libertad religiosa y de protección de los animales son formalmente del mismo rango pero la constitucionalidad de la normativa o de los actos con rango inferior al constitucional que afecta a estos principios/derechos/bienes jurídicos se determina mediante la ponderación y el contrapeso de todos ellos en el caso concreto afectado (25) .

La última Constitución europea en incorporar la protección de los animales en su texto ha sido la de **Luxemburgo**, que en la revisión constitucional que se publicó en el *Journal Officiel* el 30 de marzo de 2007, tras haberse debatido a fondo los tres modelos: el suizo, basado en la «dignidad», el alemán, basado en la «protección» y el del entonces proyecto de Constitución para Europa: promoción del bienestar. La fórmula final del apartado 2 del art. 11 bis contiene la promoción (como objetivo público -*Staatsziel*-) de la protección y el bienestar: «Il [el Estado] promet la protection et le bien-être des animaux» (26) , una mezcla, pues, de las fórmulas alemana y de la Unión Europea.

Otros países algo más cercanos todavía, por su tradición jurídica, como Italia o Portugal han intentado también reformas constitucionales (27) , lo que en España, en cambio, no ha tenido lugar.

### **III. LA AUSENCIA DE «CONSTITUCIONALIZACIÓN» DE LA DIGNIDAD Y EL BIENESTAR DE LOS ANIMALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN**

La Constitución Española no contiene la más mínima referencia a los animales. Por consiguiente, visto como un ordenamiento aislado (es decir, fuera del contexto internacional y europeo) la recepción de la ciencia, filosofía, ética y sensibilidad social, si es que se ha producido, lo ha sido solo a nivel de legislación ordinaria y de la ley especial.

Dejando de lado, por el momento, la correcta interpretación de la Constitución, que no puede hacerse sino incluyendo sus arts. 93 y 10.2, lo que algunos euroescépticos y aislacionistas tienden a hacer demasiado fácilmente, y sobre lo que se volverá en el último apartado, lo cierto es que, interpretada la Constitución Española como fundamento de un ordenamiento aislado, no puede pretenderse el rango constitucional de este bien jurídicamente protegido, valor o principio general del Derecho, de la dignidad o del bienestar animal, ni mucho menos que haya mandato constitucional alguno directamente aplicable en este sentido.

Hay quien ha pretendido que, aún así, alguna de las cláusulas abiertas de la Constitución sí consagra su valor como bien de rango contrapesable u oponible a los valores constitucionales, bien conectándolo expresamente con alguna de las cláusulas constitucionales, bien haciéndolo indirectamente, mediante la «constitucionalización» de la moral pública. Ninguna de esas

interpretaciones es, sin embargo, correcta.

Así, por ejemplo, Luis *Lafont Nicuesa*, entiende que «en un sentido amplio, (...) es posible establecer dicho vínculo [de conexión del bienestar de los animales con el art. 45 de la Constitución (LA LEY 2500/1978), que constitucionaliza la protección del medio ambiente] aunque haya otros fundamentos más claros» (Luis *Lafont Nicuesa*, 2006, pág. 339), para, a continuación, explicar que esos fundamentos consisten en que la fauna forma parte del medio ambiente, siendo un bien escaso cuya ausencia constituiría un atentado al mismo.

Sin embargo, dicha concepción es errónea porque, en primer lugar, el bienestar de los animales y el medio ambiente poco o nada tienen que ver. Solo coinciden en una pequeña parte, en cuanto que se trate de especies amenazadas e incluso, en este caso, por casualidad, ya que la especie o la de biodiversidad de poblaciones o genética de sus individuos o bien hacen a veces exigible precisamente lo contrario, que haya que destruir o aniquilar, como sea, animales, o bien son neutros respecto al bienestar y la dignidad de cada individuo, además de que la capacidad «sentiente» no se predica de todos los seres vivos y ni siquiera de todos los animales (28) . Ningún Tribunal ha hecho esa interpretación de conectar bienestar y dignidad animal con biodiversidad y medio ambiente. Son dos valores jurídicos diferentes porque obedecen a ciencia, ideas y fundamentos de ética social muy diferentes, aunque haya un valor más abstracto por encima de ambos (biocentrismo (29) ) en el que ambos coinciden y aunque esa coincidencia también puede ocurrir en situaciones concretas, como ocurre con el derecho que regula la protección de las razas autóctonas y con los animales silvestres y marinos. Por ello precisamente Alemania reformó su Constitución, que ya protegía antes al medio ambiente y a la biodiversidad, pero no a los animales, y no porque con la inclusión expresa de los animales, junto a la biodiversidad, sea, como lo ve erróneamente Luis *Lafont Nicuesa*, «una mejor forma de resolverlos problemas de la fundamentación constitucional del bienestar animal» (Luis *Lafont Nicuesa*, 2006, págs. 339-340).

Desde otra perspectiva indirecta, a través de la errónea «constitucionalización» de la moral pública, también ha creído el mismo autor entender que la Constitución consagra el bienestar de los animales. Tomando como base el hecho indubitado de que la moral pública puede constituirse en un límite a los derechos fundamentales, lo que nadie discute, Luis *Lafont Nicuesa*, dejándose llevar por una jurisprudencia constitucional, la del Tribunal Constitucional Alemán, que está basada en una cláusula constitucional que sin embargo no existe en la Constitución Española, cree que hay un concepto constitucional autónomo de moral pública protegido por la Constitución y elevado a rango constitucional. Para ello invoca el sistema general de límites a los derechos fundamentales de la Convención Europea de Derechos Humanos (LA LEY 16/1950) (30) , las sentencias del Tribunal Constitucional 62/1982, de 15 de octubre (LA LEY 7232-JF/0000) y 176/1995 (LA LEY 720/1996), de 11 de diciembre y los arts. 10 (LA LEY 2500/1978) y 15 de la Constitución (LA LEY 2500/1978), que aunque dotan de autonomía, como bien constitucional, a la moral pública como límite constitucional, no por ello se constituye en un bien de rango constitucional.

Lo que la moral pública como límite a la Constitución significa, no porque lo haya dicho el Convenio Europeo de Derechos Humanos (LA LEY 16/1950), sino porque dicha cláusula, junto con la cláusula de salud y orden públicos, existe desde que en el siglo *XIX* se consagrara la misma -e incluso desde mucho antes, como cláusula limitadora del contenido de los convenios internacionales comerciales (31) -, es que en una sociedad democrática la mayoría tiene derecho a expresarse libremente y por ello puede pretender modelos de sociedad y de Estado propios y en cada generación. En una palabra, no puede pretenderse que el modelo constitucional consagre indirectamente, a través de una interpretación derivada -pero no explícita- del texto de la Constitución, un modelo social concreto. Técnicamente hablando, la moral, la salud y el orden públicos no son límites a la Constitución sino a la interpretación extensiva (y por tanto equivocada) de la misma (o de la Convención de Derecho Humanos).



Naturalmente que, conectado con el principio democrático, la sociedad y el Estado, en cada momento, pueden legítimamente imponer determinada visión de los fines estatales con independencia de los que estén expresamente en la Constitución, pero eso no hace a esos valores democráticamente asentados en la opinión mayoritaria (poder constituido) valores constitucionales (poder constituyente). No son principios constitucionales sino los límites a las interpretaciones expansivas de la Constitución por unos cuantos jueces que la sociedad democrática tiene perfecto derecho a imponer porque es a ella a quien corresponde hacer una interpretación distinta y en cada momento de sus valores (si no el constitucionalismo anularía la democracia). No son, pues, valores constitucionales (que el poder constituyente ha establecido como límites a la mayoría y, por tanto, a la democracia, salvo que se reforme la Constitución).

Por tanto, como mucho, la expresión concreta de la moral pública de que se trate recogida en normas que no se encuentran expresamente en la Constitución sino que son promulgadas por el legislador (o delegadas por éste en el reglamentador, si no hay reserva material de ley) no es un valor constitucional, ni un principio general del Derecho de rango constitucional. Será, como mucho, en su caso, un principio general del Derecho subsidiario con valor de ley o de simple reglamento, es decir, con valor (a efectos e los contrapesos de valores) meramente legal o reglamentario y su fuerza como límite a la Constitución deriva del principio democrático, no de su contenido mismo.

Por lo demás, se trata de una cuestión distinta a la de si la moral pública pueda ser impuesta por el poder democrático -función estatal de *soul-making*/«hacer almas»-, lo que algunos ultraliberales erróneamente cuestionan (32) -incluso en este campo de la dignidad o el bienestar animal- (33) .

En suma, claro que el legislador ordinario puede imponer (incluso como principio general del Derecho, por ejemplo, modificando el estatuto de «cosa» de los animales en el Código Civil) la dignidad y el bienestar de los animales no ya como moral pública sino como derecho puro y duro, y ello debe ser tenido en cuenta y protegido por el intérprete de la Constitución, como expresión de la voluntad soberana del pueblo, limitando su (la del intérprete, especialmente si no ha sido democráticamente elegido, como ocurre con los jueces constitucionales) interpretación de los preceptos constitucionales y derechos fundamentales, pero ello no hace de esa opción legislativa una norma, valor, bien jurídicamente protegido, o principio general del Derecho de rango constitucional. Su rango seguirá siendo el de legislación infraconstitucional.

Por lo demás, resulta obvio que ni las sentencias del Tribunal Constitucional citadas (STC 62/1982 (LA LEY 7232-JF/0000) y 176/1995 (LA LEY 720/1996) -que se limitan a aplicar la cláusula de moralidad pública del Convenio Europeo de Derechos Humanos (LA LEY 16/1950), en el que la moral pública tiene el significado expuesto-, ni la «dignidad humana» y la «integridad física y moral» de la que hablan los arts. 10.1 (34) y 15 (35) de la Constitución no son la moral pública, sino la individual (autonomía de la voluntad). Esto no ocurre en Alemania, donde el concepto de «moral» del art. 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn sí es el de moral pública en el sentido y con el rango realmente constitucional que veíamos le otorga Luis *Lafont Nicuesa* (36) . Sin embargo, en esto el sistema constitucional alemán y el español son distintos y ello es explicable por la especial necesidad de la *Grundgesetz* de apartarse radicalmente del sistema totalitario del nazismo y apelar a la ética como límite de la democracia.

Así pues, pese a estos intentos de igualar la dignificación y el bienestar de los animales con la sensibilidad social en forma de moral pública o la biodiversidad, a efectos de entender que aquéllos son valores, bienes o principios de rango constitucional, lo correcto para el ordenamiento español es afirmar exactamente lo contrario, es decir, que la dignidad y el bienestar de los animales **no tienen reconocimiento ni mucho menos rango constitucional**.

Curiosamente, hay otros autores que, aunque dan por sentado este dato, se resisten, aún así, a no encontrar un soporte constitucional todavía más indirecto que los antes examinados. Así, Gabriel

*Doménech Pascual* señala que «puede afirmarse que la protección de los animales goza de ese rango [constitucional] **de carácter mediato**, en la medida en que con ella se protegen bienes garantizados. Una regulación encaminada a evitar que determinados animales padezcan enfermedades, sufrimientos, dolores o la muerte puede servir a la vez, directa o indirectamente, a los propietarios de los mismos, a los intereses de los consumidores, a la biodiversidad, y, por consiguiente, al medio ambiente, a la salud de las personas, a la protección de la juventud y la infancia, a proporcionar a los hijos una educación conforme a las propias convicciones morales, a no verse obligado a realizar conductas que violenten la propia conciencia. En cualquiera de estos casos ha de concluirse que dicha regulación persigue un objetivo constitucionalmente legítimo».

Pero como él mismo aclara a continuación, «el problema (...) es que hay algunas regulaciones establecidas en interés de los animales que no parecen beneficiar sino más bien todo lo contrario, a ninguno de los fines postulados por la Constitución, Conviene analizar, pues, si efectivamente el bienestar animal es un objetivo totalmente garantizado por la norma suprema» (*Gabriel Doménech Pascual*, 2004, pág. 133).

Efectivamente, eso es lo que hay que determinar y no solo porque haya supuestos de contraposición con otros principios constitucionales (ya que por definición, como se verá después, y en eso reside la diferencia entre normas y principios, los principios constitucionales se contradicen entre sí casi por su propia esencia), sino porque en realidad la mera coincidencia con otros principios o valores de rango constitucional no dota del mismo rango al valor con ellos coincidente.

En suma, si se siguiera esa teoría de la conexión mediata por mera coincidencia todos los valores tendrían rango constitucional y ello es, de nuevo, un absurdo: el poder constituyente ha «constitucionalizado» precisamente unos valores y no ha constitucionalizado otros. Y la dignidad y bienestar animal están entre estos segundos; dependen de lo que el soberano, el legislador en un Estado democrático, quiera hacer.

Es cierto que, cuando se trata de «valores nuevos» (impensables para el constituyente), la interpretación constitucional puede contribuir a «incorporarlos» mediante su vinculación a otros valores, éstos sí, constitucionalmente reconocidos e incluso llegar a ser un indicador de futura hipotética constitucionalización de los valores concretos invocados en la cláusula de moral pública - véase, más adelante, el apartado 7-. Pero ello es una operación muy delicada que bordea los límites entre democracia y tiranía de los jueces que solo muy de vez en cuando se produce y con controles sociales a su vez muy rígidos. Podría defenderse que ello se puede hacer, es decir, que el Tribunal Constitucional podría llegar a «crear» esos derechos fundamentales o a dotar de rango constitucional a esos principios de dignidad y bienestar animal, pero *de lege lata*, es decir, como cuestión de derecho vigente, desde luego, ello no ha ocurrido, ni hay atisbos de que pudiera ocurrir. Y, además, siempre que en el Derecho comparado se han constitucionalizado, ha sido mediante una reforma expresa y *ad hoc* de la Constitución, como se vio en el apartado anterior.

Ahora bien, lo dicho hasta ahora es un ejercicio dialéctico ya que el propio texto de la Constitución Española prohíbe expresamente una interpretación cerrada, autosuficiente, de su contenido. Por el contrario permite y ordena acoger principios y normas ajenas al ordenamiento español e incluso sin cuestionar el valor que, desde la perspectiva del ordenamiento externo del que proceden, pueden tener, es decir, sin cuestionar que puedan tener, rango constitucional al incorporarlos como derecho interno al ordenamiento español. Los arts. 93 y 10.2 de la Constitución así lo dicen expresamente y, dados la extensión y el rango que la dignificación y el bienestar de los animales tienen en la Europa de la que España forma parte, no es de extrañar que estos dos artículos permitan incorporarlos con su propio rango a la estructura constitucional interna.

Es más, tanto en los países mediterráneos como en el resto de los de Europa continental, central, este y nórdica, lo que sí se ha asumido totalmente es que ese cambio más que simbólico que implica

la inclusión de la dignidad o bienestar de los animales bien en las constituciones, o bien en los códigos civiles, deviene en parte innecesario a partir del momento en que, con rango constitucional o cuasiconstitucional, la propia Unión Europea ha incorporado a sus Tratados Constitutivos el bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes (37) y ello es posible gracias al art. 93 de la Constitución (LA LEY 2500/1978).

Además, en España, también, como en otros muchos países europeos, la interpretación de la Constitución se rige por parámetros internacionales (art. 10.2), por lo que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son esenciales para entender nuestro propio texto constitucional. Ello exige repasar la jurisprudencia del citado Tribunal, lo que se analizará también, pues, en un apartado ulterior.

En suma no puede hacerse hoy una interpretación de la Constitución Española eludiendo el examen tanto del texto de los Tratados Constitutivos como de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Antes de entrar a examinar esta «incorporación» del Derecho europeo a España es necesario, sin embargo, examinar en qué consiste éste desde el punto de vista exclusivo de su propia lógica.

#### **IV. LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS. EL TRATADO DE LISBOA. LOS ANIMALES COMO SERES «SENSIBLES [SENTIENTES]»**

Dispone el art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (LA LEY 6/1957) (en adelante **el Tratado**) (38) que: «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».

Dicho artículo no es novedoso sino que procede, con modificaciones que no son nimias pese a que la doctrina no parece haberse dado cuenta del cambio, del Tratado de Ámsterdam de 1997, que había incluido un Protocolo Adicional sobre la materia (que pasó a ser el célebre Protocolo n.º 33 del texto consolidado (39) que sería finalmente modificado luego en el Tratado de Lisboa (LA LEY 12533/2007)), por lo tanto con pleno valor jurídico equivalente -al menos en teoría ya que el Tribunal de Justicia, como se vera más adelante, no entiende lo mismo- al del articulado del Tratado (40) .

Con anterioridad, el texto que luego pasaría en el Tratado de Ámsterdam a formar parte de los Tratados Constitutivos como Protocolo (41) , había figurado como mera Declaración aneja al Tratado de Maastricht 1992 (y por tanto con nulo valor jurídico (42) ), pero en ella no se hacía mención para nada de la consideración de los animales como «seres sensibles-sentientes» (43) .

Retrocediendo aún más en el tiempo, incluso antes de que se hiciera la Declaración conjunta al Tratado de Maastricht, el propio Tribunal de Justicia había admitido, en 1986, que en determinadas políticas comunitarias (en ese caso era la política agrícola) no pueden dejar de tenerse en cuenta requisitos relacionados con el interés público tales como la protección de la salud y vida de los animales, requisitos que deben ser tomados en consideración a la hora de elaborar normas por las instituciones comunitarias cuando ejercitan sus potestades y poderes (44) , por lo que, como ha sido puesto de relieve por la doctrina, «aunque el Tribunal no se refiriera al bienestar animal como tal, su referencia a la salud y vida de los animales en el contexto de la política agrícola común implica, al menos, algún reconocimiento de los intereses del bienestar animal aunque no está del todo claro si la motivación detrás de esos intereses pueden en realidad ser tanto el bienestar de los animales individuales como el valor comercial de las producciones de las granjas» (Tara *Camm* & David

Bowles, 2000, pág. 199).

De hecho, la normativa comunitaria precede en mucho, después de la «travesía del desierto de 1957 a 1974» (Id., pág. 198), a la Declaración de Maastricht. Dada la falta de base jurídica para estas normas europeas sobre bienestar animal, se recurrió a diversos artículos del Tratado tales como los que otorgaban competencia a la[s] entonces todavía Comunidad[es] Europea[s] en materia de política agrícola (antiguo art. 43 del Tratado de la CEE), mercado interior (antiguo art. 100A), política de comercio exterior (antiguo art. 113), medio ambiente (antiguo art. 130S) o incluso la cláusula genérica de poderes «implícitos» de la Unión Europea (antiguo art. 235) (Véanse los distintos supuestos en Tara *Camm* & David *Bowles*, 2000, págs. 198 y 199).

En cualquier caso, el Protocolo del Tratado de Ámsterdam solucionó este problema al reconocer esta competencia expresamente. El bienestar animal pasó a ser a partir de 1997, una política transversal de la Comunidad Europea.

Aunque los textos del Protocolo 33 del Tratado de Ámsterdam y del art. 13 del Tratado de Lisboa (LA LEY 12533/2007) parecen idénticos, el Tratado de Lisboa ha introducido hasta cuatro cambios, todos ellos de gran importancia, en el texto anterior del Protocolo: 1) se añade la política de pesca; 2) se añade la política de desarrollo tecnológico; 3) se añade la política espacial; y 4) se incluye expresamente el carácter de «seres sensibles» en la parte dispositiva (en el Protocolo estaban en el preámbulo del mismo y no en su parte normativa, lo cual supone un reforzamiento considerable de la supresión del principio de los «animales-cosa») (45) ya que ahora es un mandato y no un mero razonamiento interpretativo pero no vinculante.

## 1. Rango y eficacia del art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Desde la lógica del propio sistema europeo las normas, al igual que ocurre en el Derecho español interno, están organizadas jerárquicamente. Aunque por razones que ahora no vienen al caso, se desechara la idea de llamar formalmente «Constitución Europea» (46) a las normas más importantes, es decir, a las que estructuran el conjunto del sistema de la misma manera que en los Estados miembros lo estructuran las respectivas constituciones, los denominados Tratados Constitutivos (en la actualidad los dos Tratados tal y como han quedado tras el Tratado de Lisboa (LA LEY 12533/2007): el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (LA LEY 6/1957)) (47), cumplen una función similar hasta el extremo de que el propio Tribunal de Justicia llama a los Tratados Constitutivos la «carta constitucional básica» (48). «En cuanto "Constitución" comunitaria, es la norma suprema que sirve tanto de parámetro de validez como de interpretación del ordenamiento jurídico comunitario y del Derecho nacional con él conectado» (Ricardo *Alonso García*, 1994, pág. 213); «el Tratado es, en definitiva, la norma suprema del ordenamiento jurídico comunitario y en cuanto tal norma suprema, condiciona la interpretación y la validez de las demás normas comunitarias no solo en sus aspectos procedimentales [es decir, si se han aprobado siguiendo los procedimientos regulados por el Tratado y por el órgano competente, y con el quórum de voto, para ello], sino también sustanciales [es decir, si lo que dice la norma contradice lo que dice un precepto del Tratado]» (Ricardo *Alonso García*, 2007, pág. 101) (49). En suma, las normas que están explícitamente en los Tratados Constitutivos tienen mayor valor que las miles de directivas, reglamentos, decisiones, tratados... (lo que se denomina «el Derecho comunitario derivado») que constituyen el conjunto del Derecho europeo.

En el caso del art. 13 del Tratado, que, como se vio, es el que consagra que los animales son seres sensibles-sentientes y que ese dato hace que su bienestar tenga que ser tenido en cuenta al formular y aplicar determinadas políticas de la Unión, no cabe, pues, duda alguna de que se trata de un precepto que está expresamente en uno de los Tratados (ambos tienen igual valor (50)) y, por tanto, **de rango constitucional**, de manera que bien por motivos procedimentales (no tener en cuenta el dato a la hora de promulgar normas de Derecho derivado, por eludir realizar una evaluación de

riesgos o no utilizar una metodología equivalente para examinar cómo influirá la nueva norma o la política comunitaria implantada en el bienestar de los animales afectados por ellas) bien por motivos de fondo (por no atribuirle al principio el peso adecuado derivado de esa evaluación de riesgos o metodología equivalente) el Tribunal de Justicia puede anular la medida de Derecho derivado de que se trate (Tara *Camm* & David *Bowles*, 2000, pág. 203).

No hay duda, pues, de que la validez (y la interpretación correcta) de todo el ordenamiento jurídico comunitario (relacionado con las materias en dicho art. 13 mencionadas: agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, lo que en la «jerga comunitaria» se denominan «los campos relevantes» -*the relevant fields*- (51) ) como la de todo el Derecho nacional -para nosotros, el Derecho español- con él conectado (salvo las excepciones que el mismo lista: *las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional*) depende de que se respete el bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes.

Cualquier norma comunitaria (o española promulgada para su aplicación en España) agrícola o, por ejemplo, sobre desarrollo tecnológico o investigación, que cause malestar a un animal puede en principio ser declarada ilegal y nula por contradecir al art. 13 de la Constitución de la Unión Europea salvo que, por ejemplo, afecte a un rito religioso (por ejemplo una norma europea que permita el sacrificio de corderos conforme al rito musulmán o judío).

Dado que la Constitución de la Unión es también constitución en España (con los matices que se verán más adelante, en el apartado 8) no cabe duda alguna de que el bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes tiene (también con los matices que inmediatamente se examinan) en principio el mismo rango constitucional.

Sin embargo, de la misma manera que los preceptos que forman una Constitución no tienen todos el mismo valor (52) , los distintos preceptos del Tratado también tienen distinto valor, entre otras cosas porque el propio Tratado puede matizar el valor de parte de su contenido o de un precepto (53) , o porque, aunque nada se diga explícitamente al respecto, su valor puede depender de la naturaleza intrínseca de su estructura (54) .

Nada dice el art. 13 acerca de que su valor esté limitado -de hecho «su lenguaje es claramente prescriptivo en vez de descriptivo» (Tara *Camm* & David *Bowles*, 2000, pág. 200) -salvo en lo que al ámbito se refiere: en sentido positivo («los campos relevantes»: solo se aplica en las materias listadas, agricultura, pesca...) y en sentido negativo («las excepciones»: no prevalece sobre normas o costumbres relativas a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional). Pero, al menos según su texto, intrínsecamente su valor no está limitado. Es un mandato que aparentemente contiene una norma pura y dura y no un principio o un valor o una norma condicionada en su eficacia, etc.

Es muy dudoso, sin embargo, incluso aunque en hipótesis sea una norma, que sirva de base en sí misma para la promulgación de normas europeas de bienestar animal porque es solo una «**disposición de aplicación general**» (55) como recuerda el *Eurogroup for Animals* (56) . Es decir, no es una política autónoma de la Unión, sino una política de aplicación transversal. No puede la Unión promulgar normas cuya finalidad exclusiva sea el bienestar de los animales (57) si no es en conexión con alguna de las políticas concretas listadas explícitamente en el art. 13. Ello supone el inconveniente de que las normas de bienestar animal de la Unión tienen que ir siempre directa o indirectamente ligadas a la política concreta de que se trate -por lo que normalmente serán normas en el seno de normas más amplias; por ejemplo, artículos concretos sobre bienestar animal en el seno de los reglamentos que tienen por objeto la regulación más amplia y completa de las ayudas agrícolas para determinado periodo.

Además, es chocante que la lista de políticas comunitarias en donde se aplica no incluya dos políticas

«clásicas» donde se ha venido haciendo desde antaño. Llama, pues, la atención que no esté listada entre ellas la política ambiental, nuevo ejemplo de que el bienestar animal puede colisionar con aquella y en ese caso prevalece la política ambiental y no la de bienestar animal; también es curioso que no mencione la *política comercial* -relaciones comerciales con terceros Estados- cuando son de sobra conocidas las normas de la Unión que han generado enormes conflictos y que, dígame lo que se diga, tienen un fundamento real en el bienestar animal, como son la prohibición de importación de pieles de animales cazados con cepos -Reglamento N.º 3254/1991, anterior incluso al Tratado de Maastricht y cuya base legal invocada por la Comunidad Europea expresamente fue precisamente el art. 130S que le otorga competencias en materia de medio ambiente, además de invocarse el art. 113, base legal de la competencia en política exterior con terceros Estados- o la prohibición de importación de pieles de bebés foca -Directiva 83/129/CEE (LA LEY 629/1983), en la que, aunque no se invocó el art. 113 sino la cláusula de «poderes implícitos» de la Unión (art. 235) es obvio que también se ejercían competencias de política comercial exterior puesto que se trataba, en el mismo art. 1, de prohibir las importaciones-.

Esta «omisión» de estas políticas concretas en las que precisamente el bienestar animal había dado sus primeros pasos más importantes antes del Tratado de Maastricht no parece tener una explicación clara. Como han señalado Tara *Camm* & David *Bowles*, «una notable omisión entre los «campos relevantes» son las políticas ambientales de la Comunidad. Se omitieron cuando, además, el Tratado al mismo tiempo introdujo en su texto las normas claves de dichas políticas ambientales comunitarias. «Esto puede quizá explicar el olvido - no hay prueba alguna de que la omisión fuera deliberada» (Tara *Camm* & David *Bowles*, 2000, pág. 202).

Este argumento, sin embargo, tiene sentido si expresado en los noventa, poco después de los Tratados de Maastricht y de Ámsterdam, pero es totalmente incorrecto si aplicado al texto del Tratado de Lisboa (LA LEY 12533/2007) donde no solo los Estados miembros, en su papel constituyente, eran plenamente conscientes del supuesto «olvido» y no lo remediaron, mientras que sí añadieron con plena conciencia e intención otras políticas adicionales a los «campos relevantes» (de pesca, de desarrollo e innovación tecnológica -el debate sobre animales transgénicos o clonados ya había empezado, véase el último capítulo- y espacial). Por ello, es más fiable entender que en principio las políticas ambientales, en caso de conflicto con el bienestar de los animales, no se ven afectados por este último, aunque ello no acabe de ser digerible por mucha gente. Tara *Camm* & David *Bowles* prefieren decir que «hay abundante experiencia del pasado que ha dejado bien claro que si bien las políticas ambientales son relevantes para el bienestar animal sin embargo también existen potencialmente conflictos entre las exigencias de ambos. El Tratado no se ocupa de esta tensión (...) Queda por ver si, en la práctica, [el Protocolo] se aplicará también a las políticas ambientales» (Id.).

A su vez, la exclusión de toda mención de la política comercial también tiene plena lógica habida cuenta del enorme conflicto que en el seno del GATT y de la Organización Mundial de Comercio está generando la pretensión de la Unión Europea de que se puedan bloquear las importaciones de productos cuando a los países de origen sus costes son llamativamente menores por no implementar, precisamente, normas de bienestar animal en los procesos de producción (58) .

Pero, a su vez, el hecho de que sea un mandato **transversal** obliga a crear metodologías que aseguren dicha aplicación transversal y, por tanto, como ya propugnaran en el año 2000, poco después de entrar en vigor el Protocolo 33, Tara *Camm* y David *Bowles* (59) , a analizar el impacto en el bienestar animal de todo proyecto de norma relacionada con alguna de esas políticas. Es decir, el art. 13 obliga a llevar a cabo una especie de análisis de impacto normativo en el bienestar animal de toda norma relacionada con la agricultura, la pesca, la investigación, etc. (*animal welfare impact assessment*), lo que se concreta en un sistema de **evaluación de riesgos** de todo proyecto de norma sobre alguna de esas políticas para luego sopesarlo con los beneficios económicos o de otro tipo que pueda perseguir la misma.

Finalmente, se hace necesaria una última precisión. El art. 13 del Tratado, ¿es en realidad una norma o es un principio general del Derecho?

La diferencia entre normas y principios en el Derecho es una cuestión «vieja» y sutil ya que, en muchos casos, los principios necesitan apoyarse en normas e incluso se crean a partir de éstas y, en otros muchos, los principios pueden tener contenido normativo claro y tajante.

Aunque en la teoría del Derecho la diferencia entre las normas y los principios generales del Derecho ha dado lugar a ríos de tinta, dichas diferencias (que en realidad simplemente supone describir qué sean en realidad los principios generales del Derecho), sin ánimo de polémica, pueden resumirse en los siguientes puntos (William *Ewald*, 1995, págs. 2.129-2.136; Margarita *Beladéz Rojo*, 1994).

Los principios generales del Derecho son los valores jurídico-éticos de una comunidad (con independencia de cuál sea el fundamento último de los mismos, que es el campo de la filosofía y la ética), que no establecen directamente una obligación jurídica. Corresponde a esas otras fuentes del Derecho (a veces denominadas, precisamente para distinguirlas de los principios, normas, es decir, las normas escritas -a veces también la costumbre-) esa función de establecimiento de las obligaciones y de los derechos subjetivos, mientras que el mandato jurídico de determinado principio general del Derecho se traduce solo en la imposición de un genérico deber de carácter negativo que consiste en prohibir actuar en contra del valor por él consagrado.

Los principios no describen un supuesto de hecho definido a priori (que es lo típico de las otras normas, que solo pueden ser aplicadas cuando se produce ese supuesto de hecho) sino que describen un valor con el mandato de ser respetado cada vez que se aplique una norma o se realice un acto concreto. Tienen «carácter informador del ordenamiento jurídico», dice el art. 1.4 del Código Civil (LA LEY 1/1889).

El que ni establezcan obligaciones jurídicas ni derechos subjetivos (solo la comunidad, a través de las leyes, los reglamentos o, excepcionalmente, las costumbres -derecho público- o la propia autonomía de la voluntad de un individuo en sus relaciones con otros- derecho privado- pueden crearlos) es una consecuencia, además, del nivel de abstracción con el que se estructuran los principios generales del Derecho, nivel que les hace inadecuados para guiar la conducta. Hacen falta las normas, que tienen mucho más detalle, para solucionar las dudas que se plantean en situaciones específicas y evitar la confusión.

Además, como las normas están diseñadas para ser obligatoriamente aplicadas cuando se da la situación que prevén, normalmente son cuestión de todo o nada. Los principios, por el contrario, son más fluidos y elásticos, varios principios pueden aplicarse a una misma situación y entrar en conflicto, debiéndose entonces contrapesar entre si para decidir, en relación con esa situación concreta, y en qué grado, cuál es el más importante y hasta dónde alcanza esa importancia. Ello tiene una trascendencia decisiva en las operaciones de contrapeso entre unos y otros principios y las normas que «dependen» de ellos (o de uno de ellos).

En el caso del bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes no existe una obligación del legislador europeo, ni de los Estados miembros, de asegurar dicho bienestar, pero sí de evitar que las normas que puedan afectar a ese bienestar lo desconozcan totalmente tanto en el momento de tomar la decisión (aspecto procedimental) como en el resultado (aspecto sustantivo).

William *Ewald* añade además lo siguiente como esencia de la diferenciación entre principios y normas:

- 1.** Las normas describen y prescriben cómo debe comportarse la gente o estipulan las consecuencias jurídicas de una determinada conducta o acción. Los principios, en cambio, normalmente proporcionan la justificación subyacente de la norma. Las normas dicen qué debe hacerse y los principios explican por qué.

- 2.** Cuando se dice que un principio proporciona las razones que explican la norma se hace referencia a eso y no a las razones para obedecer o cumplir la norma, que están implícitas en la propia estructura de la norma (por ejemplo, por temor a la sanción, porque el contrato es nulo, porque me puede reclamar indemnización un tercero...). Otra cosa es que haya ciudadanos «concienciados» o «virtuosos» que cumplan la norma porque entienden y comulgan con el principio que la subyace.
- 3.** Lo típico de las normas es que las razones para cumplirlas no necesitan ser entendidas, deben cumplirse como tales. En realidad se presupone que si la norma es obedecida, se favorecerá al cumplimiento del principio; éste opera en un nivel más abstracto.
- 4.** Precisamente por ese nivel de abstracción, el principio es inadecuado para guiar la conducta. Hacen falta las normas, que tienen mucho más detalle, para solucionar las dudas que se plantean en situaciones específicas y evitar la confusión.
- 5.** Los principios se mueven en el plano de la lógica de las razones son esencialmente cognitivos. En realidad solo conoce bien un principio quien es capaz de razonar acerca del mismo, decir lo que implica, y explicar cómo interactúa con otros principios. Por el contrario, la norma se preocupa de regular aspectos del comportamiento externo, no le preocupan los motivos internos de la acción y muchas veces se promulgan precisamente para evitar que los agentes afectados tengan que llevar a cabo una operación mental de contrapeso entre principios. No se debe requerir un proceso mental complejo; basta con comprender los hechos regulados y las consecuencias.
- 6.** El razonamiento principial necesita una base de conocimiento e intelección de las creencias, deseos y ambiciones individuales y del conjunto de la sociedad, todos los cuales fluyen dinámicamente. Se puede profundizar casi sin límite en su comprensión. Por esencia son abiertos, pueden evolucionar para adaptarse a las circunstancias cambiantes. Las normas por el contrario están diseñadas para ser rígidas y para ser aplicadas solo dentro de una serie bien definida de circunstancias.
- 7.** El razonamiento jurídico sobre las normas consiste en subsumir y aplicarlas a casos concretos. En su forma más simple consiste en un silogismo en el que la premisa mayor es la norma y la menor los hechos, aunque esta operación de subsunción requiere siempre el ejercicio de la razón práctica y a veces implica un razonamiento también extremadamente complejo. Pero es distinto del razonamiento que tiene lugar cuando se trata de aplicar principios.
- 8.** Las normas no solo están diseñadas para ser aplicadas a situaciones específicas sino que, además, se supone que no pueden tener implicación alguna respecto de hechos o conductas ajenas a las situaciones presupuestas por ellas. Por el contrario, los principios, al moverse en el plano de una red de razones más amplias, normalmente se aplican a múltiples situaciones y, por ello, no entienden de las divisiones dogmáticas del Derecho. No pueden ser encapsulados en áreas de conocimiento o disciplinas. El principio de buena fe, o de la autonomía de la voluntad o el de libre desarrollo de la personalidad son aplicables en mayor o menor medida en todo tipo o grupo de normas y normalmente es incoherente negar su aplicación en algún campo concreto.
- 10.** Los principios están interconectados en una especie de red, dentro del espacio de razonamiento que permite la lógica, hasta el extremo de que dado el modo en que se produce el razonamiento humano, si hay dos principios aparentemente no relacionados entre sí, la razón humana intentará, explorando sus fundamentos y su ámbito y alcance, reconciliarlos, atrayéndolos dentro del paraguas de un principio todavía más general que los unifique. En último término, el razonamiento jurídico utilizando principios no es sino un tipo de razonamiento práctico (en el sentido kantiano del término). Sin necesidad de profundizar más, baste con señalar que, sea ésta (la razón práctica kantiana) u otra la razón, los principios de un sistema jurídico desarrollado no



se organizan como islas. No se pueden encontrar, en los sistemas jurídicos modernos, dos o más grupos de principios del derecho totalmente no relacionados entre sí o unos con otros, de manera que un grupo gobierne un área del derecho impidiendo que se apliquen los del otro grupo sin que puedan nunca interactuar en ningún supuesto de circunstancias jurídicas. (William *Ewald*, 1995, págs. 2.129-2.136).

A ello habría que añadir que el propio ordenamiento puede jerarquizar los principios, dotándoles de mayor o menos importancia o rango. No es lo mismo un principio «creado» por un juez a partir de la abstracción, de varios reglamentos o leyes que los explícitamente declarados como tales por el legislador en una ley. Tampoco es lo mismo un principio consagrado en una o varias leyes que un principio creado expresamente y reconocido como tal por la Constitución. En este caso el principio general del Derecho tiene valor de ser parámetro de validez de todo el ordenamiento jurídico. Pero ello nada tiene que ver con su estructura como principio sino que es una consecuencia (que se aplica tanto a principios como a normas) del denominado «principio de constitucionalidad» (de la misma manera que los principios abstraídos o escritos en las leyes tienen mayor rango que los que están plasmados o se crean a partir del contenido de los reglamentos son más importantes debido al principio de jerarquía normativa y no a nada que tenga que ver con su estructura como principio).

Como ha señalado Margarita *Beladiez Rojo*, existen principios jurídicos que, al estar admitidos por el texto constitucional, tienen el mismo rango que éste, pero en estos casos su primacía en la jerarquía de fuentes se la da el hecho de venir recogidos por la Constitución, y no su condición de principios jurídicos (Margarita *Beladiez Rojo*, 1994, pág. 103, nota 10). Así, por ejemplo, como dejó claro en su primera sentencia el Tribunal Constitucional español, por poner un ejemplo, puede haber leyes que sean nulas por contradecir el principio de autonomía local.

**Sobre estas premisas resulta obvio que en el caso del art. 13 del Tratado estamos ante un auténtico principio general del Derecho.** Es verdad que se trata de un principio general del Derecho de alto contenido sustancial desde la perspectiva filosófica, ética y científica que incorpora en su contenido. Pero **los principios generales del Derecho nunca son neutrales.** Es falsa realmente la distinción entre principios rectores de políticas públicas y principios generales del Derecho aparentemente (y solo aparentemente) neutros a los valores sociales. Todos reflejan juicios de valor (Enrique *Alonso García*, 1984, págs. 32 y ss.). Se trata, además, de un principio establecido en la propia norma constitucional europea y no «creado» jurisprudencialmente por el Tribunal de Justicia (60) .

En suma, el art. 13 del Tratado es un principio general del Derecho de rango constitucional, de reconocimiento, como valor, del bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes, que despliega, como principio general explícitamente creado por el constituyente europeo, eficacia a la vez interpretativa y reguladora, que hay que contrapesar con otros valores y principios constitucionales aunque su eficacia solo es desplegada respecto de determinadas políticas comunitarias (agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio) y que permite limitaciones en función de otros valores y principios que los Estados miembros han reservado a su soberanía manifestada en forma de leyes, reglamentos y costumbres relacionadas con los ritos religiosos, tradiciones culturales o el patrimonio regional.

## 2. Bienestar de los animales como seres... ¿sensibles o sentientes?

Hasta ahora se ha venido hablando intencionadamente como si el texto del artículo del Tratado dijera «animales como seres sensibles-sentientes». Sin embargo, no es así, o al menos la versión española del Tratado (desde que se introdujo esta frase en el preámbulo del Protocolo del Tratado de Ámsterdam a efectos en aquel entonces meramente interpretativos) claramente habla de «animales como seres sensibles». Este texto -«sensibles»- es prácticamente común a todos los idiomas salvo el

inglés y el italiano (61) que hablan de «sentientes» (62) .

Ello plantea el problema de si realmente el texto español es una elección consciente del término o simplemente una traducción rutinaria que no ha caído en la cuenta que no es lo mismo decir «seres sensibles» que decir «seres sentientes». Hay cosas o seres inanimados que son sensibles (a la erosión, a la luz.) y nadie duda que las plantas son seres sensibles (de nuevo, a la luz, a la humedad...). Es obvio que en el Tratado se ha querido expresar algo muy distinto y que solo es aplicable a los animales (y probablemente solo los superiores y en concreto a los vertebrados, aunque la ciencia acabará aclarándolo).

Los textos italiano e inglés no han dudado en resaltarlo utilizando otro término que también existe en español: **sentiente**.

Efectivamente, según el *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 («La palabra **sentiente** no está en el Diccionario (63) »), aunque, si se buscan significados a partir de la palabra «sentir», sí que lo hace: «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: «La energía estimular solo es potencialmente estimulante; para que de hecho estimule precisa del otro término de la relación, el organismo sentiente» (*Pinillos, Psicología* [Esp. 1975]). No obstante, la variación vocálica que el verbo *sentir* presenta en su raíz *-sentimos, sintió-* ha favorecido la creación de la variante *sintiente*, también válida: «Ponen especial énfasis en no dañar a ningún ser sintiente» (*Calle, Yoga* [Esp. 1990]).

No se entiende entonces por qué el traductor oficial del texto de los Tratados al Español no ha utilizado ese término. Si *Zubiri*, el autor de *La Inteligencia Sentiente* levantara la cabeza...

Pero lo cierto es que ello tampoco aclara mucho. Desde luego *Zubiri* niega, en su acepción del término, que puedan los animales tener dicha inteligencia y, aunque claramente la distingue de la inteligencia racional, por ser nada más el impulso previo primario, que la precede, también la predica solo del ser humano y la niega a los animales. El problema es que los avances de las ciencias cognitivas parecen ir quitando la razón a los filósofos.

Lo cierto es, que, en cualquier caso, si hay algo que en todos los idiomas en que está el Tratado 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 cosa, 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 incluibles en el grupo de animales sentientes, al menos hoy en día, todos los animales de los taxones de los vertebrados: mamíferos, aves, reptiles, anfibios y peces; es decir todos los que, en palabras de *Zubiri*, han hecho de la estimulación una función biológicamente autónoma (64) .

Si bien se puede discutir el alcance concreto de esta «esencia» de los animales desde las distintas perspectivas filosóficas o científicas, lo cierto es que jurídicamente este es el nuevo punto de partida o contenido del principio constitucional aplicable en todos los países de la Unión Europea.

«La referencia a los animales como seres sensibles-sentientes en [el Protocolo] por supuesto no

excluye el trato a los animales como bienes o productos agrícolas en otros contextos. Sin embargo en las circunstancias en que es aplicable [el Protocolo], las políticas que tradicionalmente los trataban exclusivamente como bienes o productos agrícolas se ven ahora afectadas por la obligación [del Protocolo] de tener plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles» (Tara *Camm* & David *Bowles*, 2000, pág. 201). Efectivamente, el texto del art. 13 no quiere decir que los animales hayan dejado de ser susceptibles de tráfico jurídico, sino que ese tráfico jurídico tiene ahora por objeto no cosas sino seres sensibles-sentientes y ello permite matizar o modificar el ordenamiento que normalmente se utiliza para las cosas hasta el extremo de poder, llegado el caso, incluso suprimirlo (y, por supuesto, puede sufrir múltiples matizaciones). Es decir, no puede trasladarse sin más la regulación del derecho de cosas o mercaderías a los animales.

### 3. El contrapeso con otros principios constitucionales del propio Derecho comunitario

El propio art. 13, al excluir determinadas políticas comunitarias del ámbito de acción del principio del bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes, parece haber hecho una opción de gran calado. En la parte del Tratado donde se determina cuáles son las políticas sobre las que la Unión tiene competencias (65) no se menciona este principio. Hasta qué punto ello hace «inexportable» determinados mínimos a dichas políticas, sin embargo, es una cuestión que dista de estar clara (antes se ha mencionado la paradoja que supone el no haberlo extendido a la política ambiental ni a la de comercio exterior con terceros Estados).

Además, incluso en las políticas «abarcadas» por el principio, y en particular de los de contenido más «moral», y aunque no sean «políticas» comunitarias como puede ser, por ejemplo, la de libertad religiosa (más abajo se examinan los límites derivados de este y otros derechos fundamentales), es el propio Tratado el que obliga a contrapesarlos (texto del art. 13 y principio de no discriminación por razón de religión o convicciones del art. 10).

Más discutible sin embargo es, que -probablemente para acallar temores- se haya optado por aplicar a este principio el bienestar animal la prevalencia de otros principios que el Tratado solo prevé como límites a otras políticas pero no al principio de bienestar animal. Así, por ejemplo, hay un principio, el de exigencia de base científica para la validez de la norma de que se trate, que solo se menciona en el Tratado para limitar la política y el derecho ambiental (66) . Es más, si bien en esas 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 actuar), sin embargo, la exigencia de base científica *casí total*, sin matización por 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», dice el Plan de Acción (67) 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 art. 13 y tendrán que pasar años hasta que se concreten estos aspectos.

### 4. Las excepciones: «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»

Esta cláusula limitativa de la eficacia del art. 13 del Tratado, aparte de otros problemas (68) , presenta múltiples interrogantes, muchos de los cuales están también por resolver.

Baste por el momento señalar que es dudoso hasta qué punto quedaron congeladas las posibles medidas nacionales. Ciertamente las costumbres necesitan tiempo para afirmarse y, por ello, difícilmente pueden ser invocadas «costumbres nuevas», posteriores a 1999. Pero ¿y las «leyes y reglamentos»? aún así la lista abierta pero ejemplificativa de los valores a respetar apela a un pasado consolidado y no a algo a consolidar en el futuro: patrimonio, tradiciones y ritos religiosos. Si acaso es más dudoso en este tercer caso ya que pueden surgir convicciones religiosas nuevas o implantarse en Europa, ligadas a procesos migratorios, otras existentes en el exterior que tengan tradiciones rituales. En cualquier caso, parece claro que «salvar» la tauromaquia estuvo claramente en la mente del constituyente europeo (véase, en este sentido, Tara *Camm* & David *Bowles*, 2000, pág. 203).

Pero lo que no es dudoso es que, si bien el Tratado, cuando habla de las excepciones, exige algo más que tenerlas en cuenta (habla de **respeto**), ello no supone una exclusión de esos ámbitos a las políticas de bienestar animal ya que ese «respeto» hay que practicarlo **«al mismo tiempo»** que se ponen en marcha las correspondientes medidas comunitarias de bienestar animal. No cabe duda de que, si hay alternativas que, manteniendo las costumbres y normas de los Estados miembros relacionadas con los ritos religiosos, las tradiciones y el patrimonio regional, permiten más bienestar, el Derecho comunitario podría optar por estas alternativas.

## 5. La insensibilidad (por no decir ignorancia jurídica) del Tribunal de Justicia: la perplejidad generalizada ante la asombrosa sentencia en el asunto *Jippes*

Dejando de momento de lado los cambios que pueda suponer en la praxis real el art. 13 Tratado de Lisboa (LA LEY 12533/2007) respecto del Protocolo 33 derivado del Tratado de Ámsterdam, lo cierto es que, desde una perspectiva formal, ya había más que de sobra fundamentos con el Protocolo del Tratado de Ámsterdam para entender que el bienestar animal es un principio de rango constitucional europeo, dado, como antes se ha señalado, el valor idéntico de los Protocolos a los del articulado según mandato expreso del propio Tratado. Habiendo el Protocolo entrado en vigor el 1 de mayo de 1999, es lógico que haya habido tiempo suficiente para que el Tribunal de Justicia se haya pronunciado acerca del valor jurídico del reconocimiento del rango constitucional del bienestar animal.

En realidad, «lo que queda[ba] por ver es hasta qué punto [el Protocolo] contemplar[ía] una elevación de los estándares de bienestar, tanto en el Derecho comunitario escrito como en su praxis. Pero como mínimo debería esperarse que [el Protocolo] elevará el perfil de las cuestiones relacionadas con el bienestar animal en Europa y ello es un buen augurio para las perspectivas de futuro éxito sustancial» (Tara *Camm* & David *Bowles*, 2000, pág. 205).

¿Ha tenido ocasión el Tribunal de Justicia de la Unión de confirmar ese valor? ¿Cuál ha sido su posición? ¿Confirmó las referidas expectativas?

Asombrosamente, aunque, como luego se verá, en el peor caso y en el peor momento de todos los posibles, el Tribunal de Justicia, en 2001, sentó una doctrina que, dado lo difícil, por no decir imposible, de entender, ha dado lugar a ríos de tinta. De hecho, sin perjuicio de que haya motivos jurídicos más que suficientes para entender las circunstancias del caso y limitar la doctrina sentada por el Tribunal a los hechos que motivaron el proceso y la sentencia, la misma refleja la dura resistencia del conservadurismo del *establishment* jurídico que ha caracterizado desde siempre la postura de los jueces europeos ante los nuevos paradigmas sociales.

En el **asunto *Jippes***, resuelto por sentencia (la primera vez que se utilizaba el procedimiento especial de urgencia creado muy poco antes, por lo que no intervino el Abogado General, y ello obviamente se nota), de 12 de julio de 2001 (69), el Tribunal tuvo que contestar a una cuestión prejudicial (es decir, en asuntos que se encuentran *sub iudice* y donde el Tribunal nacional suspende la decisión para pedir aclaraciones al Tribunal de Justicia acerca de en qué consiste exactamente el

Derecho comunitario aplicable al caso (70) ) planteada al mismo por un Tribunal de Holanda, con motivo de un litigio que estaba a su cargo entre, por una parte, la Sra. Jippes y dos secciones de una asociación holandesa para la protección de los animales y, por otra, el Ministro de Agricultura, Gestión de los Recursos Naturales y Pesca. La Sra. Jippes cuestionaba la obligatoriedad de sacrificar a seis cerdos de su propiedad (que tenía como animales de compañía) sin que pudiera alternativamente vacunarlos, por haberlo así impuesto la legislación europea-holandesa promulgada para hacer frente al brote de fiebre aftosa (71) que casi paraliza toda Europa y su tráfico con Estados Unidos.

Al formular la duda acerca de la validez del Derecho comunitario, el Tribunal holandés fue claro en vincular la respuesta con el Protocolo recientemente aprobado en Ámsterdam: entre los distintos argumentos utilizados para preguntar acerca de la validez de estas normas comunitarias, dio cuenta de que la Sra. Jippes y las asociaciones codemandantes sostenían que la prohibición de vacunación y el sacrificio obligatorio son contrarios a un principio general del Derecho comunitario que invocan, según el cual deben tomarse todas las medidas apropiadas para garantizar el bienestar de los animales y asegurar que no se los exponga a dolores o sufrimientos innecesarios ni se les causen lesiones innecesarias, lo que para el Tribunal holandés suscitaba «la cuestión de si tal norma forma parte del ordenamiento jurídico comunitario como principio general del Derecho a la luz del cual debe apreciarse la prohibición de vacunación y, en su caso, si el alcance de dicho principio puede originar la nulidad de tal prohibición por ser contraria a él». Independientemente de ello cuestionaba también si el sacrificio, sin la alternativa que supone la vacuna, era o no acorde con el principio de proporcionalidad, cuando se produce una epizootia de fiebre aftosa de gran amplitud que, como en el presente caso, no se limita a ciertos lugares en la Comunidad y, finalmente, otras cuestiones acerca de la razonabilidad en el sistema de fijación de zonas de sacrificio obligatorio versus otras donde la vacuna era posible.

La respuesta del Tribunal de Justicia fue tajante:

«71. Con carácter preliminar, procede recordar que garantizar el bienestar de los animales no forma parte de los objetivos del Tratado, tal como se definen en el art. 2 del Tratado, y que el art. 33 del Tratado, que describe los objetivos de la política agrícola común, no menciona tal exigencia.

73. Por lo que se refiere al Protocolo, de su propio tenor literal se desprende que no establece un principio general del Derecho comunitario con un contenido claramente determinado que se imponga a las instituciones de la Comunidad. En efecto, aunque impone que se tengan "plenamente en cuenta" las exigencias en materia de bienestar de los animales al formular y aplicar las políticas comunitarias, limita esta obligación a cuatro ámbitos específicos de la actividad de la Comunidad y prevé que se respeten las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional.

74. Un principio de aplicación general tampoco puede deducirse del Tratado, que (...) no contiene una obligación clara, precisa e incondicional, ni de la Declaración n.º 24, superada por el Protocolo y redactada de manera aún menos vinculante que éste.»

En los fundamentos de derecho siguientes, da cuenta de que ni el art. 30 del Tratado (luego se comenta) ni las varias disposiciones de Derecho derivado comunitario existentes sobre el bienestar de los animales proporcionan, tampoco, indicaciones que permitan considerar la exigencia de velar por el bienestar de los animales como un principio general del Derecho comunitario.

A continuación, sin embargo, el Tribunal de Justicia recuerda que ha hecho constar, en varias ocasiones, el interés de la Comunidad en la salud y la protección de los animales y en concreto «que los objetivos de la política agraria común [...] no pueden perseguirse sin tener en cuenta las exigencias de interés general, como la protección de [...] la salud y la vida de [...] [los] animales, exigencias que las instituciones comunitarias deben tener en cuenta al ejercer sus competencias» para terminar señalando lo siguiente: «79. El Protocolo ha querido reforzar la obligación de que se

tomen en consideración la salud y la protección de los animales imponiendo que se tengan plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales al formular y aplicar las políticas comunitarias, en particular, la política agrícola común, al tiempo que reconoce que en la actualidad aún existen diferencias entre las normativas de los Estados miembros y sensibilidades diversas entre éstos. El cumplimiento de esta obligación puede verificarse, en particular, en el marco del control de la proporcionalidad de la medida»; lo que pasó a hacer a continuación con detalle, para acabar concluyendo que, dada la discrecionalidad que en general deben tener las instituciones comunitarias en la política agrícola común y el riesgo que supone la extensión generalizada de la epidemia de fiebre aftosa, cuando la vacunación no ha probado ser totalmente efectiva, la medida no podía ser considerada desproporcionada.

Ello obliga a plantearse a) cuál es la lectura que el Tribunal hizo del Protocolo; b) si la doctrina sentada por el Tribunal es lo radicalmente errónea que parecen reflejar sus numerosos *obiter dicta* o hay una lectura más razonable que el propio Tribunal podría adoptar para salir en algún caso en el futuro de su tremendo error sin llamar mucho la atención; y c) si la traslación del bienestar animal al Tratado el 1 de diciembre de 2009 puede o no suponer algún cambio.

Respecto a lo primero, el Tribunal parte de cometer dos errores palmarios de interpretación del proceso constituyente de 1997: cree que el Protocolo se limitó a «codificar» el *statu quo* previo del Derecho comunitario que se limitaba a sentencias sobre la salud y la vida de los animales dictada al amparo del art. 36 (antiguo art. 30) del Tratado y que se examina en el epígrafe siguiente. Sin embargo, en el Protocolo, el bienestar animal tiene un tratamiento muy distinto ya que en esta jurisprudencia no se examina, ni mucho menos, si tiene rango constitucional, sino simplemente si una sociedad democrática puede legislar sobre la materia (incluida en su caso, la Unión) (72) . Para ello, además, en contra de lo que expresamente dice el Tratado, el Tribunal de Justicia dio menos valor a lo que está en un Protocolo que a lo que está en el articulado del Tratado (73) , aunque el texto del Tratado diga rotundamente lo contrario.

Respecto a lo segundo, no cabe duda que tiene razón Carol Lyons cuando afirma que el caso era *un mal caso* para pretender que el Tribunal impulsara el bienestar animal al tratarse de varios cerdos, lo que era comparativamente minúsculo, con los miles de animales potencialmente afectados por la extensión de la fiebre aftosa, *planteado en un mal momento*, en plena crisis epidemiológica (Carol Lyons, 2002, pág. 93). Este factor ha sido relativamente poco resaltado por la doctrina crítica de la sentencia (74) , es decir, por los especialistas en derechos de los animales, que se han centrado en criticar más la grandilocuencia de la interpretación incorrecta del Tribunal de lo que es realmente un Protocolo (Ámsterdam) versus una Declaración previa (Maastricht) que en la conexión de los fundamentos jurídicos con el fallo. De hecho, este caso ha pasado a los anales y tratados y cursos de Derecho comunitario al uso como el caso típico donde se hace un correcto análisis del principio de proporcionalidad en Derecho comunitario, en términos abstractos, es decir, desconectado con el hecho de que el Protocolo hubiera incorporado recientemente al tratado el bienestar animal (75) . Por ello, desde esta perspectiva del principio de proporcionalidad y en relación con las situaciones de crisis, la doctrina sentada por el Tribunal es salvable e inobjetable ya que en este tipo de situaciones ciertamente el principio es que la salud humana y el poner a salvo la mayor parte posible de los animales prima sobre cualquier otro tipo de consideraciones. De hecho este argumento fue resaltado por el Tribunal haciéndose eco de las alegaciones de muchas de las partes en el proceso: «97. Es inexacto sostener que tal política no ha tenido en cuenta la protección y la salud de los animales. En efecto, su objetivo era mejorar el estado sanitario de toda la cabaña preservando a los animales de una enfermedad especialmente temida».

Sin embargo, pese a estas posibles interpretaciones más benévolas, lo cierto es que el Tribunal, debido a lo limitado de la políticas de la Unión a las que el Protocolo declaraba aplicable el principio y entendiendo que «en la actualidad aún existen diferencias entre las normativas de los Estados

miembros y sensibilidades diversas entre éstos», niega expresamente la existencia de un principio de aplicación general que pueda deducirse del Tratado, al menos mientras esté en uno de los Protocolos (fundamento de derecho 74).

En una palabra, para el Tribunal hay principios generales de Derecho comunitario que lo son tales y otros que no en función de la interpretación que haga de si realmente son totalmente comunes en todos los Estados miembros o si el consenso reflejado en el texto del Tratado realmente no es tal bien porque los Estados miembros no admiten que lo haya habido, bien porque no haya reflejado realmente la sensibilidad del conjunto de sociedades que constituyen la Unión Europea. En el fondo, parece haber pesado en la decisión del Tribunal la interpretación de que el Protocolo fue un «apaño» final entre la supuesta «Europa civilizada» y la «Europa del Sur» (76) , cuando en realidad, si fue un «apaño», lo fue entre europeos que querían ir mucho más allá en la supresión de la experimentación animal y de la producción ganadera industrial masiva y europeos que estimaron que podían compatibilizarse algo estos tres objetivos de la Unión (producción agrícola, investigación e innovación y bienestar animal) (77) , por lo que sí hubo consenso generalizado entre los Estados miembros acerca de ese equilibrio pero un Consenso del que el Tribunal de Justicia simplemente ni se enteró.

Dados estos errores tan groseros del Tribunal de Justicia, que en este caso en realidad solo acertó en el fallo y en aplicar el principio de proporcionalidad (podía haber llegado a exactamente el mismo fallo sin mostrarse tan abiertamente hostil a lo que la sociedad europea, representada por sus Estados miembros había decidido, sin ningún género de dudas, en el Tratado constitutivo a través del Protocolo) ..., ¿es pensable que haya cambiado algo la entrada en vigor del Tratado de Lisboa?

Ciertamente así lo opina la doctrina que veía en la rotundidad de la inclusión del bienestar animal en uno de los primeros artículos del Tratado como una solución a las vacilaciones del Tribunal acerca del valor que había tenido su inclusión en el Protocolo (78) . Si a ello se une el aumento del número de políticas afectadas (el aumento de los «campos relevantes») y que la esencia del principio, que ello se debe a que los animales no son cosa sino «seres sensibles-sentientes» en la parte dispositiva misma del Tratado (y no en los razonamientos introductorios, no vinculantes), unido, por supuesto, a un cambio de mentalidad en los miembros del Tribunal que los aleje de la tiranía de sus creencias personales para que puedan así interpretar el Derecho objetivamente, el art. 13 del Tratado ofrecerá sin duda una oportunidad excelente para que el Tribunal reconozca lo que es obvio.

Pero para ello el Tribunal de Justicia tendrá que mostrar más sensibilidad en otro campo donde también se ha apartado de lo que exige realmente el Tratado: el de la confrontación entre el establecimiento del mercado interior y los límites que pueden suponer al mismo las medidas de bienestar animal. De hecho esta jurisprudencia es en gran parte anterior y es la que el Tribunal tuvo en cuenta para interpretar -erróneamente- que el Protocolo se limitaba a recogerla y «codificarla».

Esta jurisprudencia también era simultánea a otra, anterior igualmente al Protocolo, en la que el Tribunal había tenido que enjuiciar muchos casos de incumplimiento por los Estados miembros de las normas europeas de bienestar animal, promulgadas como parte de otras políticas sectoriales concretas, (por ejemplo, recientemente, incumplimiento por Italia de sus obligaciones de control de redes de deriva, sentencia de 29 de octubre de 2009, asunto C-249/08 (79) ). Pero en estos casos no es necesario invocar el rango constitucional del Protocolo 33 puesto que se trata solo de exigir el cumplimiento, a algún Estado miembro, de normas europeas concretas cuya validez desde la perspectiva del Derecho europeo nadie cuestiona, luego las normas de bienestar animal del Tratado mismo no están en cuestión ni por ello necesitan ser aplicadas ni interpretadas. A veces, sin embargo, esto último sí ocurre (por ejemplo, cuestionamiento por Francia de la prohibición de experimentación de animales para fabricación de productos cosméticos, sentencia de 25 de mayo de 2005 (80) ). Y en estos casos el Tribunal ha mantenido la validez de la acción comunitaria, aunque los Estados han rehuído cuestionar la validez de la norma comunitaria de Derecho derivado desde la

perspectiva de no ajustarse al Protocolo (por ejemplo, en el caso citado sobre cosméticos Francia alegaba infracción del principio de seguridad jurídica).

Sin embargo, la doctrina que contrapesa mercado interior y bienestar animal fue más bien expresiva de la misma falta de capacidad del Tribunal para entender la dignidad de los animales y el su bienestar como nuevo paradigma social, filosófico, económico, científico y, por tanto, jurídico. Ello también se manifiesta en la total falta de recepción en el Derecho comunitario de la incipiente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionada con la vinculación entre bienestar animal y otros derechos fundamentales (acceso a la justicia, derecho de propiedad...), por lo demás es muy corriente en otros muchos campos, lo que también se explica en este mismo apartado 6, más adelante.

## 6. El bienestar animal como límite del mercado interior

Si bien en general en todas las políticas comunitarias a las que abarca el principio del art. 13 del Tratado el mismo se va implantando poco a poco, es decir, a medida que se va estableciendo la correspondiente política, en cambio en la de mercado interior (que está entre las incluidas en el art. 13) el mecanismo de implantación del principio constitucional del bienestar animal es algo más complejo y requiere pronunciamientos «constitucionales» del Tribunal de Justicia.

Ello no es algo que se derive de la estructura de este principio, sino del hecho de que en general la política de mercado interior se fija por el Tribunal de Justicia al interpretar la esencia misma de la Unión: no puede haber restricciones cualitativas ni cuantitativas, de ningún tipo, al mercado intracomunitario. La política se detalla no en normas comunitarias (que también las hay) sino esencialmente en sentencias, es decir, en la revisión de la validez de las acciones de los Estados miembros limitativas o distorsionadoras de ese mercado ya que, cuando un Estado pone en marcha medidas que directa o indirectamente son proteccionistas, la Comisión (a veces otros Estados miembros) intentan anularlas o minimizarlas recurriéndolas ante el Tribunal. Este es el juego esencial de la columna vertebral del sistema jurídico de la Unión Europea desde la creación de las Comunidades Europeas y del Mercado Común en los años cincuenta.

La clave está entonces en la interpretación del célebre art. 30 del Tratado (hoy art. 36): creado el mercado interior por los arts. 34 y 35, que consagran el principio de total libertad de importaciones y exportaciones de productos entre los Estados miembros, sin que sean válidas ni restricción alguna cualitativa o cuantitativa ni conducta alguna que pueda producir ese efecto u otro equivalente, el art. 36 (antiguo art. 30 TCE) establece lo siguiente: «Las disposiciones de los arts. 34 y 35 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».

En resumen, los Estados miembros pueden establecer cuantas limitaciones quieran a ese mercado interior, siempre cuando esas restricciones estén basadas en alguna de esas razones (u otras de equivalente relevancia para una sociedad democrática -por ejemplo, la preservación del medio ambiente, la protección de los consumidores etc.-, añadió el Tribunal de Justicia hace años, haciendo de la lista una lista abierta).

Normalmente los límites basados en la salud-vida de los animales (la moralidad nunca se ha invocado en este campo del bienestar animal) se entendían como cuestiones ajenas a dicho bienestar y más bien ligadas a la sanidad animal. La cláusula es la histórica desde tiempos inmemoriales para evitar que las importaciones de algún animal enfermo o contaminado pudiera causar epidemias y epizootías o envenenar a la población. Sin embargo, cuando algún Estado miembro ha empezado a



poner restricciones al mercado interior con el argumento de que se trataba de proteger el bienestar de los animales, el Tribunal no ha tenido más remedio que plantearse si dicho razón es también válida o no, es decir, si está amparada o no por el art. 36 (antiguo 30).

A través de esta vía se produce el mismo efecto que cuando el bienestar de los animales intenta limitar otros principios constitucionales. Aunque no adquiere rango constitucional, sí es examinado si tiene relevancia suficiente para ser tenido en cuenta y limitar a un principio constitucional: la libre circulación de mercancías.

Pues bien, el hecho de que la política de mercado interior esté entre las expresamente listadas en el art. 13 permite afirmar que indudablemente está mucho más legitimada una acción unilateral estatal de defensa del bienestar animal. Es como si se hubiera incluido expresamente en el art. 36 (antiguo 30). En este caso, al ser el mandato explícitamente constitucional, no cabe duda de que el juego de la vinculación entre los arts. 13-30 contribuye a afianzar, a largo plazo, el rango constitucional del principio. De hecho, esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia que había dado lugar a que se hable de que el bienestar animal es un «interés comunitario» (*community interest*) ahora tiene el fundamento adicional de que es un principio constitucional comunitario.

Sería demasiado extenso «reparar» aquí la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre límites al mercado interior debidos al bienestar animal, anterior al Tratado de Lisboa (LA LEY 12533/2007) (casos de prohibiciones de exportación de terneros desde Gran Bretaña a otros países (81) ; o corderos, también desde el Reino Unido a España, por el Estado como que supuestamente se encontraban las instalaciones españolas -aunque el Tribunal declaró no probadas esas imputaciones- (82) ) y, además, todos los autores «clásicos», como, por citar algún ejemplo, Lorna Woods, 2004, págs. 127 y ss., la recogen (83) . Baste ahora con señalar -la cuestión se analiza de nuevo al final del siguiente apartado 5-, a) que el Tribunal sí ha incluido y admitido que el bienestar de los animales puede ser válidamente invocado por algún Estado miembro para bloquear el comercio, ello desde una sentencia, por supuesto anterior al Protocolo 33, que data de 1982 (84) ; b) por otro, que la doctrina, incluso la especializada en mercado interior, concuerda en que en los casos en que el bienestar de los animales está en juego, el Tribunal tiende a no ser sensible a este dato y a bloquear toda posible autonomía de los Estados para imponer criterios de mínimos en la protección de los animales incluso interpretando que las directivas habían armonizado la materia -cuando en otros campos textos muy similares son interpretados en sentido opuesto- (85) , por lo que en la práctica es muy difícil lograr lo que se admite como principio, el bienestar animal, al no admitirse la razonabilidad y proporcionalidad de esas medidas unilaterales (86) ; y c) por otro, que las sentencias contrarias a la admisión de estas medidas unilaterales de bienestar animal son de las que han dado lugar a una jurisprudencia más compleja sobre responsabilidad por daños para paliar los efectos producidos por las medidas restrictivas del comercio del Estado que invocaba el bienestar animal. (Asunto *Hedley Lomas* (87) ).

## **V. LA DIGNIDAD Y EL BIENESTAR DE LOS ANIMALES COMO DERECHO FUNDAMENTAL «PROCEDIMENTAL» POR SU «VINCULACIÓN INDIRECTA CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES». LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN**

Pese a que desde el 15 de octubre de 1978 exista la denominada **Declaración Universal de los Derechos del Animal**, por proclamación en la UNESCO del texto adoptado el 23 de septiembre de 1977, después de la tercera reunión sobre los derechos del animal (en un acto celebrado en Londres durante el año 1977) por la Liga Internacional de los Derechos del Animal y por las Ligas Nacionales y personas físicas afiliadas, es claro que *no tiene valor jurídico*. Es dudoso que tenga valor incluso como «derecho suave» (*soft law*); de hecho, la dignidad y el bienestar de los animales (y mucho menos los derechos de los animales) no están reconocidos en ningún texto internacional relacionado con derechos fundamentales (y tampoco es calificado, cuando está reconocido como norma o

principio constitucional, como tal derecho fundamental, en ninguna constitución -recuérdese que los derechos fundamentales tienen un valor mayor que el resto de las normas y principios constitucionales-).

De momento otros intentos como los del **Proyecto Gran Simio** (*Great Ape Project*) o la **Declaración Universal sobre Bienestar Animal** (88) , tampoco se han consolidado.

En suma no hay conexión alguna entre dignidad o bienestar de los animales y derechos fundamentales (salvo la ya analizada en el apartado 1, del bienestar animal como componente, en una sociedad democrática, de la moral pública que puede limitar la extensión de otros derechos fundamentales). ¿Es esta afirmación absoluta?

Hay normalmente dos formas de «crear» derechos fundamentales; la usual, a través de las constituciones y tratados de derechos humanos; la indirecta: a través de la «ampliación», mediante interpretación del texto abstracto y abierto de las enunciaciones de derechos de los anteriores, por los tribunales con jurisdicción constitucional o los tribunales internacionales de derechos humanos. Normalmente éstos, los tribunales, son reacios a crear directamente derechos sustantivos nuevos de esta manera, aunque no es raro que lo hagan (89) . Pero sí es más normal que, eludiendo pronunciarse acerca de si el reconocimiento de un derecho implica necesariamente el de otro nuevo, se reconozca un nuevo derecho fundamental de naturaleza participativa o procesal, a través de la combinación o «vinculación» (*linkage*) de un derecho no explícito con otro sí explícito, cuando con ello no se «crea» un nuevo derecho sustantivo sino que solo se reconoce que se tiene derecho en una sociedad democrática a *pretender su defensa*.

No es lo mismo el derecho a un medio ambiente adecuado que el derecho a que las decisiones sobre lo que afecta al medio ambiente se tomen de manera abierta, con auténtica participación de todos los ciudadanos. O no es lo mismo la defensa de intereses privados que la de intereses colectivos y difusos, por lo que el acceso a la justicia en el caso de estos últimos debe ser más generosa con las reglas acerca de quien puede representarlos (90) . A veces esta conexión es tan clara, que los derechos de participación y acceso a la justicia en determinada área de relevancia constitucional acaban siendo explícitamente reconocidos como más importantes que el propio área, que no llega a tener *per se* rango constitucional. Así, por ejemplo, el acceso a la justicia (a ir a los tribunales) es un derecho fundamental mientras que no lo es el derecho a que dichos Tribunales realmente hagan justicia (resultado); o el acceso a la información, a la participación en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en cuestiones que afectan al medio ambiente ha acabado siendo objeto de uno de los derechos fundamentales o derechos humanos internacionalmente reconocidos más importante: Convenio de Aarhus sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en temas medioambientales de 25 de junio de 1998 (91) .

Pues bien, ha sido esta variante, es decir, del derecho de los ciudadanos a defender en el libre mercado de las ideas en una sociedad democrática, la dignidad y el bienestar de los animales, la que ha sido especialmente protegida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### **1. Los derechos de participación. El «estatus» constitucional especial de las actividades de promoción de la protección de los animales por la sociedad civil en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)**

En su sentencia de 28 de junio de 2001, en el **asunto VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland** , el TEDH, que es órgano de autoridad llamado a fijar la interpretación del alcance de los derechos humanos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (LA LEY 16/1950) (CEDH) y sus Protocolos, una asociación de protección de los animales alegó que la denegación por la televisión suiza de la petición de emisión de un anuncio publicitario de 55 minutos, que había elaborado como reacción frente a diversos anuncios de las industrias cárnicas (92) , había violado el art. 10 del Convenio (libertad de expresión (93) ), así como el 13 (necesidad de que exista no solo acceso a la

justicia, sino también un remedio jurídico adecuado para poder hacer efectivo el derecho fundamental de que se trata) y el 14 (principio de igualdad; por trato discriminatorio si comparado con el que recibían las industrias cárnicas). Entre las causas de la denegación (se ofrecieron alternativas -no aceptadas- suavizando el contenido del anuncio) se alegaba por la compañía que gestionaba la publicidad de la televisión suiza que no podía ésta ser obligada a publicitar anuncios contrarios a sus intereses comerciales y que siempre se reservaba el derecho editorial de lo emitido. Remitían -lo que enfatizaron los tribunales suizos- al ejemplo del carácter limitado de la publicidad puramente política.

El TEDH reconoció que no era un anuncio con finalidad comercial, sino que reflejaba, a través de imágenes dramáticas y de su exhortación final, opiniones controvertidas acerca de la sociedad moderna en general y que forman parte del núcleo de al menos parte de los debates políticos. Ello en teoría obligaba a las autoridades suizas a controlar la publicidad aplicando las leyes que limitan la publicidad política para que los partidos apoyados por intereses financieros potentes no tengan una ventaja excesiva en la arena democrática. Sin embargo, el TEDH entendió que, como el art. 10 exige en una sociedad plural el poder defender posturas minoritarias incluso aunque puedan resultar ofensivas para la mayoría, la administración de la publicidad política televisiva por el Estado debería siempre procurar y garantizar una cierta igualdad entre las distintas fuerzas sociales de manera que resultaba desproporcionado aplicarle el estatuto que rige para los partidos políticos clásicos (94) .

Aunque esta sentencia ha generado cierta perplejidad porque es verdad que el TEDH no acaba de razonar correctamente por qué este tipo de asociaciones, cuya agenda social tiene ciertamente contenido político, tienen que tener un trato especial (distinto -y más favorable- del dado a los partidos o de la propaganda política por otros grupos privados en general), lo cierto es que la defensa de estos nuevos paradigmas ha adquirido un estatuto especial. No se puede hacer una interpretación correcta de esta sentencia sin pararse a la esencia del contenido de lo enjuiciado: el derecho de la sociedad civil a cambiar paradigmas de poder con su discurso. Y, en este caso, paradigmas que eran inequívocos: el cuestionamiento de la dignidad y del bienestar de los animales producidos en masa para abastecer los modernos mercados de carne. Es la conexión entre el art. 10 (el célebre «libre mercado de las ideas») con la naturaleza misma de la idea (dignidad y bienestar animal) lo que hizo nacer, mediante esta vinculación (*linkage*) el derecho fundamental de las asociaciones de la sociedad civil a prestar su voz a quien no la tiene por sí mismo.

Por lo demás, no son pocos los sistemas nacionales que les dan derechos especiales de participación a las ONG de defensa de los animales (o más bien los derechos que les corresponden) en la elaboración de leyes y reglamentos (95) , ni son pocos los Tribunales nacionales que admiten generosamente la legitimación procesal de los grupos de defensa de los animales (recuérdese que Alemania está pendiente de reconocerles una legitimación especial, parecida a los de las ONG ambientales), incluso reconociendo que esos «privilegios» son «utilizados» -legítimamente, se entiende- para llamar la atención, a modo de campañas publicitarias (96) (Carol *Harlow* & Richard *Rawlings*, 1992).

Esta interpretación favorable a la participación en los litigios (en realidad, acceso a la justicia) no es del todo pacífica. Así, mientras muchas jurisdicciones lo han interpretado en el sentido indicado (más abajo se examina el caso español), sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (cuyas relaciones tanto con el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos (LA LEY 16/1950) como con la jurisprudencia del TEDH son muy complicadas y se ha intentado regularlas varias veces en normas europeas (97) ) ha sido insensible a este «nuevo» derecho fundamental.

En cualquier caso, como ha resaltado Carol *Harlow*, en las ocasiones en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha podido ampliar la legitimación para impugnar normas o actos en defensa del principio del bienestar de los animales se ha mostrado reacio, llegando incluso a sentar una doctrina más restrictiva en cuanto a la posibilidad de que organizaciones defensoras de estos valores puedan participar en procesos de impugnación directa, a que la que el mismo Tribunal ha sentado cuando se

trata de «dar voz» a las entidades representativas de intereses económicos y comerciales, como si la construcción de un mercado interior fuese cosa de las grandes corporaciones. Es fácil llegar a esa conclusión si se comparan otros casos donde incluso el Tribunal de Justicia ha sido generoso con la apertura a la participación en el proceso de asociaciones representativas de intereses difusos, como son aquéllos donde pide intervenir el BEUC (*Bureau Européen des Unions des Consommateurs*) con los asuntos donde se restringe el mercado interior por cuestiones relacionadas con el bienestar animal (98) .

Es verdad que Carol *Harlow* excusa en cierto modo al Tribunal de Justicia sobre la base de que en los procesos previos a la llegada del asunto ante el Tribunal, y en las propias alegaciones ante el mismo, no había habido una discusión mínimamente seria de las cuestiones relacionadas con el bienestar animal. Ello suele «sentar el tono» del debate en el que el Tribunal acabó rechazando los argumentos basados en la legitimación de asociaciones para defender el bienestar animal (99) .

Aún con todo, señala Carol *Harlow*, el fracaso de estos pronunciamientos del Tribunal de Justicia en el sentido de evitar tomarse en serio las cuestiones de bienestar animal debe tomarse como una clara justificación de que las ONG que lo defienden deberían poder participar para que así el Tribunal resulte mínimamente ilustrado. Es curioso que a nivel nacional estos grupos en todos estos casos no tengan (al menos en el Reino Unido) el más mínimo problema de legitimación procesal y puedan intervenir sin trabas en los procesos, mientras que en el Derecho comunitario europeo *sus derechos de participación y acceso a la justicia son prácticamente nulos*, pese a la jurisprudencia del TEDH.

De hecho, en los pocos casos en que les ha sido reconocida esta posibilidad de participar, ello se debe a que se trata de cuestiones prejudiciales del art. 267 del Tratado (antiguo art. 177). Al ser parte en el juicio nacional no puede el Tribunal negarles su participación en la resolución de la duda de Derecho comunitario. Pero si se tratara de asuntos de impugnación directa de actos de la Comisión ante el Tribunal (al amparo del art. 263 del Tratado -antiguo art. 173-) Carol *Harlow* es tajante: «las puertas del Tribunal probablemente se les habrían cerrado a cal y canto. Es claro que puede argumentarse que debe modificarse el Derecho comunitario y admitirse la participación en asuntos de este tipo si es que se quiere que las cuestiones relacionadas con los derechos humanos estén suficientemente representadas ante los tribunales comunitarios europeos» (Carol *Harlow*, 2000, págs. 198 y 199).

## 2. El problema de las leyes antiactivismo (SLAPPS)

Un problema distinto es el de la legislación explícitamente promulgada (o intencionadamente aplicada) para reprimir la libertad de acción de los grupos y asociaciones de defensa de los animales, es decir, la utilización de acciones creadas bien explícitamente por ley para ello, o bien creadas por interpretación de los tribunales, con finalidad meramente intimidatorio, para «ejemplarizar» a quienes hacen uso de diversas formas (a veces poco convencionales) de expresión para avanzar el principio de la dignidad y el bienestar de los animales; es decir, la aplicación en este campo de lo que en materia de medio ambiente se conoce como SLAPPS (*strategic law suits against public participation*) (100) .

Se trata de los casos extremos en los que no se trata de aplicar a estas asociaciones o grupos de defensa de los animales «el mismo» rasero que a otras (lo que, como se ha visto puede incluso ser ilegal, porque la defensa de estas ideas debe tener otro estatuto más protector por su función político-social, según la doctrina sentada por el TEDH en el asunto *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*) sino de aplicarles leyes específicamente promulgadas para reprimir su actividad. No son pocos los Estados que promulgan legislación especial para tipificar como infracciones o delitos especialmente graves lo que en otros campos o áreas de interés económico o social serían infracciones menores o incluso legítimo ejercicio de acciones cuya finalidad es ser especialmente llamativas como ejercicio de la libertad de expresión.

Un ejemplo de ello es la denominada «Model Animal and Ecological Terrorism Act» que, elaborada por el American Legislative Exchange Council (101), han promulgado varios Estados de los EE.UU. Uno de sus artículos, por ejemplo, tipifica como delito especialmente grave «privar al dueño de un animal, mediante la obstrucción al mismo del uso legal del animal permanentemente o por periodo de tiempo, que impida gozar del mismo, por medio de coacción, miedo, intimidación o daño a la propiedad cuando con ello se dañe a actividades de negocios», lo que es utilizada por corporaciones farmacéuticas, agroindustria, etc. para ejercer acciones intimidatorias de manera ejemplificadora contra algún activista cuyas acciones no tienen en realidad ese contenido sino el de expresar de manera poco convencional sus convicciones. Esta Ley agrava la pena solo en estos supuestos si se compara con la tipificada para esas conductas *per se* (102), por ejemplo no se castiga con la indemnización del valor de lo perdido sino con una indemnización mucho mayor o incluso con penas privativas de libertad.

Lo que plantea el bienestar animal como principio general del Derecho, de rango constitucional, es si estas leyes o su aplicación son inconstitucionales (103) y se trata de un área muy difícil porque ciertamente se infringe la ley -y ello se admite; pero como manera o forma de expresión, por lo que se está cerca de lo que en el constitucionalismo clásico es la desobediencia civil (104).

De nuevo, los pronunciamientos que califiquen de ilegales su aplicación o la constitucionalidad misma de la ley serán expresión de un mayor valor de los fines que estas organizaciones pero en último término es el derecho «vinculado», la libertad de expresión, lo protegido en su caso y no un derecho «autónomo» de los animales a su bienestar.

## **VI. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN OTRAS MATERIAS: RITOS RELIGIOSOS Y DERECHO A QUE NO SE CAZE EN LA PROPIEDAD DE QUIEN SE OPONE A LA CAZA POR CONVICCIONES MORALES**

El asunto *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland* no ha sido el único donde el TEDH se ha mostrado más sensible a estos valores que el Tribunal de Justicia.

Otros dos ejemplos son llamativos.

En el primero, asunto, ***Cha are Shalom Ve Tsedek v. France***, el TEDH, en sentencia de 27 de junio de 2000, llegó a una conclusión distinta de la del BVerfGH alemán en el tratamiento de los sacrificios rituales religiosos [la libertad religiosa, junto con la de conciencia y la de pensamiento, está recogida en el art. 9 del CEDH] ya que denegó la protección, frente a Francia, a una minoría ultraortodoxa judía (ni siquiera estaba reconocida oficialmente en Francia) a sacrificar la carne por el rito *glatt*, distinto del *kosher* tradicional judío, estimando como proporcionadas las alternativas dadas por Francia a los carniceros de dicha minoría (incluso la de obtener la carne sacrificada conforme al rito *glatt* a través de la red de carniceros *kosher* a la que no accedieron los miembros de la corriente ultraortodoxa al fallar, por motivos económicos, un proyecto de acuerdo) (105).

En el segundo, asunto ***Chassagnou y otros c. Francia***, el TEDH, en sentencia de 29 de abril de 1999, analizó una demanda que se basaba en la infracción de tres artículos: el art. 1 del Protocolo n.º 1 (derecho de propiedad), el art. 11 (libertad de asociación), art. 9 (libertad de pensamiento y de conciencia) y el art. 14 (prohibición de discriminación). La demanda la presentaron varios propietarios de las parcelas (de menos de 20 hectáreas en una zona y de menos 60 hectáreas en el caso de aquellos que vivían en otra zona) porque, conforme a la Ley de 10 de julio de 1964, conocida como la «Ley Verdeille», sobre la organización de aprobación municipal o de otras asociaciones de cazadores municipio (ACCA y AICAS), todos los solicitantes, que se opusieran a que se cazara en su propiedad tenían que convertirse obligatoriamente en miembros de la citadas ACCA creadas en sus municipios y transferir los derechos de caza sobre sus tierras a estas asociaciones para que todos los cazadores que viven en el municipio correspondiente pudieran cazar. No podían

eludir la obligación de afiliarse a la Asociación y transferir sus derechos de caza a menos que el área de su tierra superase un umbral determinado, que variaba de un Departamento a otro (20 hectáreas en Dordogne y Gironde y 60 hectáreas en Creuse). Este no era el caso.

El TEDH apreció una infracción (con distintas mayorías) de todos los artículos. Respecto del derecho de propiedad observó que el hecho de que los propietarios que no deseen cazar en sus tierras y se opusieran, por razones éticas, a que otros pudieran ir a su tierra para cazar, que estén obligados a tolerar cada año la presencia de hombres armados y perros de caza en sus tierras era una restricción en el libre ejercicio del derecho de uso de la propiedad que constituía una injerencia en el disfrute de sus derechos como propietarios, derecho que no resultaba indemnizado como tal a partir de ninguno de los sistemas ofrecidos como alternativa por la ley francesa. Obligar a pequeños propietarios a transferir los derechos de caza de sus tierras para que otros puedan hacer uso de ellos de una manera totalmente incompatible con sus creencias es una carga desproporcionada que no estaba justificada con arreglo al párrafo segundo del art. 1 del Protocolo n.º 1.

Respecto del derecho a la igualdad, el TEDH estimó que la diferencia de trato entre los grandes y pequeños propietarios (solo los primeros tenían derecho a utilizar sus tierras de conformidad con su conciencia) constituía una discriminación en el contenido del derecho de propiedad contraria al art. 14 de la Convención. El permitir solo a los grandes terratenientes, para evadir la obligación de afiliación, usar la tierra para establecer un santuario o reserva natural evitando así la caza mientras esta posibilidad no existía para los pequeños es también, según el TEDH, una discriminación que constituye una violación del art. 11 del Convenio en relación con el art. 14.

Respecto de la libertad de asociación, el TEDH, si bien consideró que la interferencia con el derecho a la «libertad negativa» de la asociación (es decir, el derecho a no pertenecer a una asociación contra su voluntad) prescrito por la ley perseguía un objetivo legítimo (la protección de los derechos y de las libertades de los demás: el derecho a cazar de otros pequeños propietarios o vecinos; lo que Francia denominaba «la participación democrática en la caza»), dicha interferencia no era proporcional en relación con los motivos éticos en los que se basaban las convicciones de los afectados: la obligación de que personas opuestas a la caza se unan y formen parte de una asociación de cazadores es incompatible con el art. 11.

A la luz de las conclusiones a que había llegado con respecto a la violación del art. 1 del Protocolo N.º 1 y el art. 11 de la Convención, adoptadas tanto por separado y en relación con el art. 14, el Tribunal no consideró necesario realizar un examen por separado del asunto desde el punto de vista del art. 9 de la Convención, pero del peso dado a las convicciones éticas contra la caza de los reclamantes deja clara la conexión con la libertad de pensamiento y de conciencia.

La vinculación entre estos varios derechos fundamentales y el principio subyacente de dignidad animal consistente en no hacer un deporte del hecho de matar animales, como opción de vida personal, es obvia.

Es claro, pues, que hay una cierta tendencia a que la dignidad y el bienestar de los animales, mediante su conexión con otros derechos fundamentales, vaya poco a poco adquiriendo peso.

No es de extrañar que, a la vista de estas posiciones del TEDH, se vayan llevando cada vez más casos cercanos al núcleo duro de los derechos de los animales. Está actualmente planteado ante la Comisión de Derechos Humanos del Convenio (paso previo para llegar al TEDH) el célebre y triste caso del chimpancé **Matthew Pan** (familiarmente llamado «Hiasl»). Capturado ilegalmente para investigación en África en 1982, fue «liberado» a su llegada a Viena. Después de numerosos pleitos puestos por la compañía «propietaria» acabó viviendo en una familia humana y luego en un refugio a las afueras de Viena. Ante las dificultades financieras del refugio, al no poder cuidarlo, en 2006 las autoridades amenazaron con «deportarlo». Diversas asociaciones comenzaron un litigio para lo cual reclamaron el derecho del chimpancé a que se le nombrara un custodio, tutor o curador (*guardian*)

que pudiera representarle en juicio. El 6 de febrero de 2007 la asignación de custodia fue denegada por el Tribunal del distrito de Mödling aplicando el ABGB austriaco y el 5 de septiembre fue rechazada la apelación por el Tribunal de Wiener Neustadt, lo mismo que después, el 23 de mayo de 2008, hizo el Tribunal Supremo en asuntos civiles (*Oberster Gerichtshof*). La cuestión, pues, ha llegado a instancias europeas.

## **VII. LOS LÍMITES A LA PROTECCIÓN DE LOS ANIMALES BASADOS EN OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES O PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES**

De cuanto se lleva dicho es fácil deducir que, una vez reconocido por el legislador en una sociedad democrática ciertos mínimos de protección de los animales, el que haya límites a esa acción legislativa o reglamentaria (o a actos concretos de aplicación de los mismos) no implica el reconocimiento de valor o rango constitucional a los principios en que se basan los citados actos, reglamentos o leyes. Es la democracia lo que se defiende.

Por ello, la relativamente extensa jurisprudencia sobre limitaciones a esos actos, reglamentos o leyes, o a determinadas interpretaciones o aplicaciones de los mismos, no añade nada desde la perspectiva del rango que ocupa el principio de la dignidad o bienestar animal.

Sin embargo, no deja de tener cierta razón la doctrina cuando señala que el examen de los objetivos o finalidades perseguidos por el legislador no es neutro y que, en cierto modo, si determinadas opciones legislativas son sistemáticamente anuladas por los tribunales constitucionales (o ni siquiera intentadas por el legislador) su posición como bien jurídicamente protegido es mucho menor que la de otras opciones que el legislador se atreve a favorecer, incluso cuestionando la extensión de principios constitucionales o derechos fundamentales que se oponen a ellas. En último término todo juicio de constitucionalidad sitúa al valor infraconstitucional en una posición de mayor o menor legitimidad según se afirmen frente a ellos más o menos tajantemente los principios constitucionales con los que aquél entra en conflicto.

Por ello, el hecho de que la defensa del bienestar animal entre en conflicto constante con determinados derechos fundamentales, si bien puede verse -lo que es absolutamente correcto- como una constatación del rango infraconstitucional del principio, también puede verse -y sería también correcto- como una afirmación de potencial de valor que la sociedad se atreve democráticamente a oponer incluso a determinados derechos fundamentales, limitándoles más de lo que suele ser normal. Es decir, como una pretensión social de aumento de rango del principio de la dignidad y el bienestar de los animales. Eso sí, es pretensión, no realidad. Pero en derecho constitucional, son estas pretensiones. cuando se generalizan y se repiten en el tiempo, las que acaban llevando a un reconocimiento mayor de los principios originariamente infraconstitucionales. Si nadie hubiera afirmado originariamente el derecho a un juicio público, jamás habría consagrado ese derecho.

Por ello, no debe desdeñarse la larga y cada vez más frecuente jurisprudencia constitucional en que estos principios infraconstitucionales se enfrentan a otros de cuyo rango constitucional nadie duda.

No tiene sentido ahora entrar a examinar los supuestos en que la dignidad y el bienestar animal (o mejor dicho, sus afirmaciones concretas en leyes, reglamentos o actos) se han contrapuesto a principios constitucionales o derechos fundamentales. Ya se han examinado algunos en apartados anteriores. A otros no nos hemos referido todavía.

Así, la libertad religiosa (en su manifestación a través de los sacrificios rituales musulmanes y judíos) ha sido contrapesada con el bienestar animal en prácticamente todos aquellos Estados que han intentado, desde la lógica de la minimización del sufrimiento de los animales, imponer limitaciones a su dolor regulando el acto de su sacrificio masivo para producción de carne. De hecho, Suecia, Noruega, Islandia y Suiza y algunos Länder de Austria no permiten excepciones a la regla de la anestesia *pre-mortem*. Por el contrario, hay excepciones generalizadas para los ritos religiosos en

Holanda, España (para corderos y cabras), Francia, Reino Unido, Dinamarca, Irlanda, Bélgica, Italia o Portugal (Florence *Bergeaud-Blackler*, págs. 9 y 10). Así, a los supuestos de Alemania y del TEDH (106) pueden añadirse muchos más, como las resueltas por el Tribunal Supremo de Estados Unidos relativos a las prácticas de la santería en favor de sus prácticas desde *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993) (107) , o de tribunales supremos estatales en torno a la cuestión de los derechos de los vegetarianos veganos (en relación con despidos o derechos de desempleo por no aceptar puesto de trabajo para los que es necesario estar vacunado si el vegano alega que no quiere vacunarse si la vacuna es elaborada con experimentación en animales -por ejemplo, la vacuna contra las paperas que se experimenta en crías de pollo (108) -).

También lo han sido, sin ánimo exhaustivo, la libertad de la ciencia (109) , la libertad artística (110) , la libertad comercial de venta de dibujos o imágenes de crueldad animal en sus aspectos conectados, además, con la libertad de expresión (111) , la libertad profesional y de empresa (112) , o el derecho a la ejecución de lo juzgado (acceso a la justicia) en relación con la inembargabilidad de animales de compañía (113) . Se ha llegado, también, a examinar la constitucionalidad de limitar la propiedad privada en general (114) o de animales (115) , o de privar de libertad personal (por comisión de delitos de maltrato animal) (116) o incluso la libertad misma de actuar como a uno le place (117) .

En general, en todos estos casos, las distintas situaciones, a veces, han permitido bien limitar esos «supuestos» derechos (solo lo son en realidad en su formulación abstracta) bien protegerlos en función de cada situación concreta.

Solo una correcta evaluación -que a veces se hace de manera demasiado simplista-, permite saber hasta qué punto los casos en que no alcance la formulación abstracta de esos derechos fundamentales a anular las restricciones basadas en el bienestar animal impuestas por el legislador en uso del poder democrático constituyen, en su caso, una cierta cuasiconstitucionalización de la dignidad o el bienestar animal en los argumentos utilizados para legitimar, frente al derecho que se limita, la acción del legislador en una sociedad democrática.

En suma, el seguimiento de estos pronunciamientos es clave como análisis prospectivo de en qué áreas el principio la dignidad y el bienestar animal puede acabar contrapesándose con principios constitucionales, especialmente cuando el mismo tiene «rango constitucional» como puede ocurrir en España en la medida en que, como se verá en el apartado siguiente, el principio del art. 13 del Tratado es plenamente aplicable.

## **VIII. LA RECEPCIÓN EN ESPAÑA DEL RANGO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DEL BIENESTAR DE LOS ANIMALES COMO SERES SENSIBLES**

Como se ha señalado en el apartado 3, estos valores y principios no están recogidos en la Constitución Española tomada como un texto cerrado.

Sin embargo, la Constitución tiene dos artículos que permiten -más bien obligan- a recibir como propios principios constitucionales de instancias inter o supranacionales; el art. 10.2 (118) y el 93 (119) .

No es este el momento para explicar *in extenso* cómo juegan los mismos pero, en último término, obligan, el primero a no hacer una interpretación de los derechos fundamentales (arts. 14 (LA LEY 2500/1978) a 30 de la Constitución (LA LEY 2500/1978)) divergente de la que se adopte en las instancias internacionales relacionadas con los derechos humanos y el segundo, a dar prevalencia, con su propio sistema de fuentes y, por tanto, su propio rango, al derecho de la Unión Europea (120) .

Y si bien las sentencias del TEDH tienen tradición en nuestro ordenamiento y por ello son usadas ordinariamente en la interpretación, no es sin embargo tan sabido, respecto de los principios generales del Derecho comunitario, que su eficacia consiste en que «una vez elaborados (...) éstos se



imponen no solo a las instituciones comunitarias, sino también a las autoridades de los Estados miembros en cuanto ejecutoras del Derecho comunitario (asunto *Eridiana*, 1979 (121) ) lo que implica que los principios generales comunitarios actúan como derecho uniformador o en su caso armonizador de los derechos internos en los sectores comunitarizados» (Ricardo *Alonso García*, 2007, pág. 119).

Así pues, «habrá casos, desde luego, en los que los tribunales nacionales se encontrarán en una posición en la que no tendrán más remedio que anular la medida de nacional de implementación del Derecho comunitario bien cuando la misma no haya respetado en absoluto las exigencias de bienestar animal, bien donde haya habido un error manifiesto en la metodología usada en la evaluación de sus exigencias o donde habiéndola no se le haya dado el peso que le corresponde» (Tara *Camm & David Bowles*, 2000, pág. 204).

Es más, esta aplicación generalizada en las múltiples normas y actos del Estado y de las comunidades autónomas relacionadas con «los campos relevantes» (las políticas en las que se aplica el bienestar animal según el art. 13 del Tratado) es previsible que acaben teniendo un efecto lateral de interiorización en España del principio, para su generalización como principio interpretativo siempre que apliquen el derecho en general. De hecho, como ha puesto de relieve Ricardo *Alonso García*, el principio de interpretación conforme al Derecho comunitario del Derecho nacional:

- se trata de un principio prevalente y vinculante para el operador jurídico nacional, inherente al propio Tratado, que como el de primacía o de eficacia directa, recibe su legitimidad del propio Derecho comunitario, sin que pueda oponerse ninguna cláusula interna, constitucional o legal, que lo matice o haga perder fuerza;
- es aplicable respecto de todos los instrumentos comunitarios jurídicamente vinculantes [y mucho más si está en el propio texto del Tratado, podría añadirse];
- la «interpretación conforme al Derecho comunitario» tiene una clara vocación de homogeneidad en el sentido de que tiene que ser manejado de manera análoga por todos los operadores de todos los Estados miembros;
- no se trata de interpretar el texto nacional aisladamente y, en caso de duda, acudir a la lectura de texto europeo. Se trata de interpretar el texto nacional, desde el comienzo, de conformidad con el Derecho comunitario, de manera que la norma nacional no entre en conflicto con los derechos fundamentales o con los demás principios generales de Derecho comunitario;
- el juez nacional está obligado a «hacer todo lo posible» en la búsqueda de una interpretación conforme con el Derecho comunitario; llega incluso a imponer un cambio en la metodología hermenéutica jurídica nacional (Ricardo *Alonso García*, 2008).

Pues bien, tanto la aplicación de la jurisprudencia del TEDH como la utilización del art. 13 del Tratado como principio constitucional informador del nacional son ya una realidad. Han comenzado a ocurrir con toda normalidad en el Derecho español.

Prueba de ello es el **dictamen del Consejo de Estado n.º 2545/2004, de 14 de octubre de 2004**, en el que se examinaba el proyecto de Real Decreto de transposición al Derecho interno español principalmente de la Directiva 2003/15/CE (LA LEY 3729/2003), del Parlamento y del Consejo, de 27 de febrero de 2003. En el expediente de elaboración del proyecto se habían seguido todos los trámites que impone la Ley 50/1997 (LA LEY 4058/1997) del Gobierno para la elaboración de reglamentos, habiéndose certificado por el Ministerio proponente que se había dado audiencia a los sectores interesados (122) .

Sin embargo, el Consejo de Estado apreció que:

«... desde el punto de vista del procedimiento, el proyecto adolece de una carencia esencial ya que

no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el art. 24.1.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre (LA LEY 4058/1997), del Gobierno (...) Normalmente esta [motivación sobre el procedimiento escogido para dar audiencia] no suele ser expresa porque de la lista de organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que agrupan o representen los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, lista que usualmente acompaña a los proyectos de reglamentos en sus fases iniciales de tramitación, se suelen deducir con facilidad los criterios utilizados para la selección de aquéllas a las que se otorga audiencia. El hecho de que normalmente la cobertura de intereses sea amplia y diversa hace del procedimiento usualmente empleado una actividad prácticamente autoexplicativa.

Por ello, este trámite no sería especialmente relevante, en principio, si no fuera porque en la tramitación del presente proyecto de Real Decreto es especialmente llamativo el modo en que se han determinado las organizaciones y asociaciones a las que debía consultarse; consulta a los interesados que, debe recordarse, no solo es una obligación legal (...) del art. 24.1.c) de la Ley del Gobierno, sino un imperativo constitucional que, derivado de la noción de Administración participada que inspira nuestra Norma Fundamental, consagra expresamente su art. 105.A (123) .

Efectivamente, aunque en el proyecto se ha dado audiencia a una multiplicidad de organizaciones y asociaciones, lo cierto es que no se ha dado audiencia a aquellas que representan los intereses que la norma pretende regular.

Sigue a continuación un párrafo en el que se describe que, si bien el proyecto pretende regular la producción de cosméticos, contiene preceptos que regulan la experimentación en animales de laboratorio para producirlos.

"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: 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 legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional", *que igualmente figura como Protocolo número 33 del Texto Consolidado posterior al Tratado de Niza (DOCE de 24 de diciembre de 2002).*

Pues bien, pese a todo ello, no se ha dado audiencia a ninguna organización ni asociación representativa de este tipo de intereses difusos o colectivos. Cuantos han participado en la elaboración del proyecto son exclusivamente (quizás con la excepción de los Colegios de Farmacéuticos, que tienen una representación de carácter más general) representativos del sector de producción y distribución de los cosméticos, pero no han participado las organizaciones o asociaciones legalmente constituidas para la defensa del bienestar de los animales."

Por ello, se entendía que la tramitación del expediente no estaba completa y había que asegurar la participación de asociaciones constituidas para la promoción de la protección de los animales, especialmente cuando algunas de ellas habían participado en la elaboración de la propia Directiva europea: «Si en el ámbito europeo es posible la participación, lo lógico es que en el español también lo sea como garantía de que en la transposición del contenido de aquélla se siguen las pautas regladas por el Derecho europeo. Pero, además, hay otras muchas asociaciones similares a nivel nacional en España, tales como (...) y prácticamente todas las Universidades Españolas tienen constituidos Comités de Ética de Experimentación Animal.

Por consiguiente, aunque por las razones que fuere (entre las cuales no es menos importante la consistente en que casi toda la política de bienestar animal es de ámbito autonómico [las 17 comunidades autónomas tienen leyes generales de protección de los animales]), el Ministerio de Sanidad no tuviera constancia de estos esfuerzos organizativos de la sociedad española, lo cierto es que no puede entenderse la representación de derechos e intereses afectados, a efectos del art. 24 de la Ley del Gobierno, como exclusivamente aplicable a la representación de intereses económicos, los cuales, por pura lógica, son distintos de los que motivan esta regulación concreta del sector. Y ello debido a que la sociedad civil española tiene unas manifestaciones mucho más heterogéneas y ello debe ser especialmente respetado cuando la norma no persigue la regulación per se de un sector, sino la implantación de nuevos paradigmas recogidos en principios de políticas públicas tendentes a implementar intereses difusos.»

Esta doctrina ha sido aplicada después en otros dictámenes, destacando el **Dictamen n.º 2135/2006, de 23 de noviembre de 2006**, en el que, aplicando la doctrina anterior, se dio por sentado el rango cuasi-constitucional del principio y la obligatoriedad por ello tener una política de Estado equivalente, en su carácter transversal, a la comunitaria europea y se señaló la necesidad de combinarla con el asentamiento del mismo principio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en otras políticas como la relativa a los principios que deben regir la publicidad y sus límites:

«... la interpretación del art. 9.1.c) de la Ley 25/1994 de 12 de julio (LA LEY 2499/1994), por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE (LA LEY 4105/1989), sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva ("La publicidad de contenido esencial o primordialmente político, o dirigida a la consecución de objetivos de tal naturaleza, sin perjuicio de lo establecido en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General", que es ilícita según este artículo) debe interpretarse en el sentido de entender que la publicidad orientada a defender el bienestar de los animales no es lenguaje político prohibido, sino todo lo contrario, dado que está amparada por la libertad de expresión según jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia del TEDH de 28 de junio de 2001 en el asunto *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*)».

En resumidas cuentas, la recepción en España de este principio general del Derecho de rango constitucional o cuasiconstitucional, más allá del importante dato que supone su consagración como principio general en Cataluña a través de la reforma del derecho civil de 2006, es también en parte un hecho consumado en la legislación administrativa aunque se esté en los inicios de la constatación generalizada de ello y siga pendiente de la gran reforma en todos los ámbitos, incluido el civil para el resto de España.

## BIBLIOGRAFÍA

Alonso García, Enrique, *La Interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

- *El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea*, Civitas, vol. I, 1993.

Alonso García, Enrique, *Voz Derechos Humanos y Medio Ambiente*, en *Diccionario de Derecho Ambiental*, Iustel 2006, págs. 483 y ss.

Alonso García, Enrique y Recarte Vicente Arche, Ana, *Voz Animales, Teoría General y Régimen de los Domésticos*, en *Diccionario de Derecho Ambiental*, Iustel, 2006, págs. 78 y ss.

Alonso García, Ricardo, *Derecho Comunitario: Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

- *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, 2007.

- «La Interpretación del Derecho de los Estados conforme al derecho Comunitario: Las Exigencias y los Límites de un Nuevo Criterio Hermenéutico», en *Revista Española de Derecho europeo*, n.º 28, octubre-diciembre 2008, págs. 385 y ss.

Araújo, Fernando, *The Recent Developments of Portuguese Law in the Field of Animal Rights*, en *1 Journal of Animal Law* 61 (2005).

Beladéz Rojo, Margarita, *Los Principios Jurídicos*, Tecnos, 1994.

Bergeaud-Blackler, Florence, «Nouveaux Enjeux autour de l' Abattage Rituel Musulman: Une Perspective Européenne», en *Cahiers d' Économie et Sociologie Rurales*, n.º 73, 2004.

Bolliger, Gieri, *Europäisches Tierschutzrecht* (Schultness Juristische Medien 2000).

Bolliger, Gieri, *Constitutional and Legislative Aspects of Animal Welfare in Europe*, *Stiftung für das Tier im Recht*, Brussels, 1 febrero 2007.

Braun, Susanne, «Tierschutz in der Verfassung und was nun?: Die Bedeutung des neuen Art. 20a GG», en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 12/2003, págs. 488-493.

Camm, Tara y Bowles, David, «Animal Welfare and the Treaty of Rome: Legal Analysis of the Protocol on Animal Welfare and Welfare Standards in the European Union», en *Journal of Environmental Law*, vol. 12 (2) 197-205 (2000).

Caspar, Johannes, *Zur Stellung des Tieres im Gemeinschaftsrecht*, Nomos, 2001.

Caspar, Johannes y Geissen, Martin, «Das neue Staatsziel «Tierschutz» in art. 20a GG», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2002, n.º 8, pág. 913.

Castán Tobeñas, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo Primero, Introducción y Parte General*, volumen Segundo, 13.ª ed., revisada y puesta al día por Jose Luis de los Mozos, Reus 1982.

Chalmers, Damian y Tomkins, Adam, *European Union Public Law: Text and Materials*, Cambridge University Press, 2007.

Commission Federale d'ethique pour le genie genetique dans le domaine non humain (CENH) et de la Commission Federale pour les experiences sur animaux (CFEA) de Suiza, *La dignité de l' animal. Prise de position conjointe de la Commission fédérale d' éthique pour le génie génétique dans le domaine non humain (CENH) et de la Commission fédérale pour les expériences sur animaux (CFEA), relative à la concrétisation de la dignité de la créature chez l' animal*, Berna, febrero 2001.

Custodio, H. B, «Crueldade contra Animais e a Proteção destes como Relevante Questão Jurídico-ambiental e Constitucional», en *Revista de Direito Ambiental* 1997, vol. 2, n.º 7, págs. 54-86.

Dennett, Daniel, *Kinds of Minds: Towards an Understanding of Consciousness*, Perseus Books, 1996.

Dillard, Courtney L, *Civil Disobedience: A Case Study in Factors of Effectiveness*, en Susan Armstrong y Richard Botzler, *The Animal Ethics Reader*, Routledge (2003).

Doménech Pascual, Gabriel, *Bienestar Animal contra Derechos Fundamentales*, Atelier, 2004.

Eberle, Edward, *Free Exercise of Religion in Germany and the United States*, en *78 Tulane Law Review* 1023 (2004).

Eddy, Ethan Carson, «Privatizing the Patriot Act: The Criminalization of Environmental and Animal Protectionists as Terrorists», en *22 Pace Environmental Law Review* 261 (2005).

Eurogroup For Animals, *Lisbon Treaty Briefing*, diciembre 2009.

Ewald, William, «Comparative Jurisprudence (I): What Was it to Try a Rat?» en *143 University of Pennsylvania Law Review* 1889 (1995).

Gerick, Nicole, *Recht., Mensch und Tier: Historische, philosophische und ökonomische Aspekte des*

*tierethischen Problems*, Nomos 2005.

Harlow, Carol y Rawlings, Richard, *Pressure Through Law*, Routledge, (1992).

Harlow, Carol, «Citizen Access to Political Power in the European Union European University Institute», *Working Paper RSC*, n.º 99/2 (1999).

- «Access to Justice as a Human Right: The European Convention and the European Union», en Philip Alston, *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 2000, págs. 198 y 199.

Hilson, Chris, «New Social Movements: The Role of Legal Opportunity», en *9 Journal of European Public Policy* 247 (2002).

Lafont Nicuesa, Luis, «La Protección de los Animales y su Colisión con otros Derechos en la Jurisprudencia», en *Revista Vasca de Administración Pública*. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, n.º 74, 2006, págs. 335-368.

Le Bot, Olivier, «La Protection de l'Animal en Droit Constitutionnel: Etude de Droit Comparé», en *Lex Electronica*, vol. 12 n.º 2 (Automne/Fall 2007).

Lorz, Albert & Metzger, Ernst, *Tierschutzgesetz mit allgemeiner Verwaltungsvorschrift, Rechtsverordnungen und europäische Übereinkommen, sowie Erläuterungen des Art. 20.a GG*, 6.ª ed, Beck Pub, 2008.

Ludwig, Rasso y O'Gorman, Roderic, «A Cock and Bull Story? Problems with the Protection of Animal Welfare in EU Law and Some Proposed Solutions», en *Journal of Environmental Law* Vol. 20, n.º 3, 2008, págs. 363-390.

Lyons, Carol, «Perspectives on Convergence within the Theatre of European Integration», en *Convergence and Divergence in European Public Law*, Paul Beaumont, Carol Lyons & Neil Walker, eds., Hart Publishing, 2002, págs. 79 y ss.

Menninger, II, Karl A., «Interference with the Right to Free Exercise of Religion», en *63 American Jurisprudence Proof of Facts* 3d. Database updated June 2005, apartado IV.A. § 21. Animal sacrifices.

Muñoz Machado, Santiago, *Los Animales y el Derecho*, Civitas, 1999.

Natross, Kate M, «... und die Tiere, Constitutional Protection for Germany's Animals», en *10 Animal Law* 283 (2004).

Olsen, Chad, «In the Twenty-first Century's Marketplace of Ideas, Will Religious Speech Continue to Be Welcome?: Religious Speech as Grounds for Defamation», en *37 Texas Tech Law Review* 497 (2005).

Pag, Donna D, «Veganism and Sincerely Held «Religious» Beliefs in the Workplace: No Protection Without Definition», en *7 University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law* 363 (2005).

Passantino, Annamaria, *La tutela giuridica del sentimento dell'uomo per gli animali*, Aracne Editrice (2007).

Passantino, Annamaria, «Companion Animals: An Examination of Their Legal Classification in Italy and the Impact on their Welfare», en *4 Journal of Animal Law* 59 (2008).

Prätorius, I. y Saladin, P. «Die Würde der Kreatur (Art. 24 novies Abs. 3 BV)», en *Schriftenreihe Umwelt* Nr. 260 (Office fédéral de l'environnement, de la forêt et des paysages), Berna, 1996, págs. 87 y ss.

Radford, Mike, *Animal Passions, Animal Welfare and European Policy Making*, in Paul Craig y Carol Harlow eds, *Lawmaking in the European Union*, Kluwer, 1998, págs. 412-432.

Recarte Vicente-Arche, Ana, «The Animal Rights Movement in the United States: Some Thoughts about New Ethics», en *Revista Española de Estudios Norteamericanos*, n.º 21-22, 2001, págs. 159-180.

Shiffrin, Steven H., «The Pluralistic Foundations of the Religion Clauses», en *90 Cornell Law Review* 9 (2004), págs. 17 y ss.

Spaventa, Elanor, «Case C-189/2001. H. Jippes», en *39 Common Market Law Review* 1159 (2002).

Van Calster, Geert & Deketelaere, Kurt. «Amsterdam, The Intergovernmental Conference and the Greening of the EU Treaty» en *7 European Environmental Law Review* 12 (1998).

Wagener, Renee, «L Etat, adhérent au principe de la dignité de la créature, garantit la protection des animaux: Pour un ancrage des droits des animaux dans la Constitution», en *Mensch und Tier*, julio 2003, págs. 37 y ss.

Wilkins, David B, *Animal Welfare in Europe: European Legislation and Concerns* (Kluwer, 1997).

Wise, Steven M, *Rattling the Cage: Toward Legal Rights for Animals*, Perseus Publishing, 2000.

Woods, Lorna, *Free Movement of Goods and Services within the European Community*, Ashgate Publishing, 2004.

Zubiri, Xavier, *Inteligencia Sentiente*, Alianza Editorial, 1980.

- (1) Antonio Machado, *A orillas del Duero*, «Castilla miserable, ayer dominadora, envuelta en sus andrajos desprecia cuanto ignora».
- (2) Para el análisis en profundidad de qué entienden la ciencia -en concreto la denominada Ciencia Aplicada del Bienestar Animal y las ciencias cognitivas de la inteligencia y las emociones animales- la economía, la filosofía, la ética y el derecho por bienestar animal, se remite a los cuatro primeros capítulos de la obra, de próxima publicación, *Bienestar animal: legislación, ejecución y control*, Enrique Alonso García, director, editor y autor, *et al*, Iustel-Ministerio de Medio Ambiente, y Medio rural y Marino, 2010.
- (3) *Id.*
- (4) *Id.*
- (5) Son bienes muebles porque pueden desplazarse (aunque los domesticados se consideran parte integrante de los inmuebles - arts. 522 y 524-), es decir, aunque se les reconoce «ánima», por contraposición a las cosas inanimadas, que son muebles porque pueden cambiar de lugar por efecto solo de una fuerza ajena, la única relevancia que ese reconocimiento tiene es que sirve, aún así, para categorizarlos como cosas muebles. Como ha resumido la doctrina civilista más extendida: «a la clasificación de las cosas en muebles e inmuebles ha venido agregando la tradición jurídica un tercer grupo, constituido por los semovientes (que se mueven por sí mismos), o sea los animales. pero en rigor son una variedad de los bienes muebles, y quizá, por ello, pasa en silencio esta categoría el Código Civil» (José CastánTobeñas-JoseLuis de los Mozos, 1982, pág. 586).
- (6) Véase, *op. cit.* nota 1.
- (7) Véase, en general, GregorMühe, *Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht*, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 36/1990, págs. 2.238 y ss.; Lorz, *Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht*, *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)* 1990, págs. 1.057 y ss.; JohannBraun, *Symbolische Gesetzgebung und Folgelast*, en *Juristische Schulung (JuS)* 1992, págs. 962 y ss.; RolfSteding, § 90a BGB: *Nur juristische Begriffs kosmetik?- Reflexion zur Stellung des Tieres im Recht*, en *JuS* 1996, págs. 962 y ss.
- (8) «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8.ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas

de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respecto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial».

- (9) Acerca de la opción entre la reforma del Código Civil y la constitución como únicas realmente posibles para incorporar la noción de seres sensibles-sentientes en países de tradición todavía más cercana a la española, como **Portugal** (donde los animales son cosa, como en España, y ello no ha cambiado tampoco en la ley especial promulgada ad hoc: *Proteção aos Animais, Lei n.º 92/1995 de 12 de Setembro*) o **Italia** (donde sí hay categoría de semovientes, como en Francia, aunque sin mayor significado que el necesario para determinar el derecho que regula las transacciones que los tienen por objeto, para distinguirlos del tráfico inmobiliario, véanse los arts. 812, 820 y 1.496 del Codice Civile), véanse, respectivamente, Fernando Araújo, *The Recent Developments of Portuguese Law in the Field of Animal Rights*, en *1 Journal of Animal Law* 61 (2005) y Annamaria Passantino, *Companion Animals: An Examination of Their Legal Classification in Italy and the Impact on their Welfare*, en *4 Journal of Animal Law* 59 (2008). En Italia el **Accordo Stato-Regionisul benessere degli animali da compagnia e pet-therapy, 6 febrero 2003**, publicado en la *Gazzetta Ufficiale* n.º 51 del 3 de marzo de 2003 y ratificado por el Gobierno nacional el 28 de febrero (*Gazzetta Ufficiale* n.º 52, de 4 de marzo de 2003) **introdujo una nueva dimensión de los animales como tertium genus**, mediante la vía indirecta de establecer obligaciones y responsabilidades concretas a los poseedores y a quienes realizan transacciones con los animales de compañía), aunque han fracasado, como en Portugal, otros intentos de modificar el Código Civil expresamente.
- (10) Véase, por ejemplo, el art. 51A (g) de la Parte IV (Deberes Fundamentales) de la Constitución **India**: «será un deber de todo ciudadano de India (g) proteger y mejorar en medio ambiente natural incluyendo los bosques, lagos, ríos, y vida silvestre, **y tener compasión con todos los seres vivos**». (Artículo, como toda esta Parte IV, introducido por la 42.ª enmienda, Ley 1976, s. 11 [w.e.f. 3-1-1977]). También la Constitución de **Brasil** de 1988, en su art. 225.1.VII, dispone lo siguiente: «Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras. 1. Para asegurar la efectividad de este derecho, incumbe al poder público: VII proteger la fauna y la flora, prohibiéndose, en la forma de la ley, las prácticas que pongan en riesgo su fusión ecológica, provoquen la extinción de especies o **sometan a los animales a trato cruel**». Véase, en general, H. B. Custodio, *Crueldade contra Animais e a Proteção destes como Relevante Questão Jurídico-ambiental e Constitucional*, en *Revista de Direito Ambiental* 1997, vol. 2, n.º 7, págs. 54-86. Las **culturas indígenas**, allí donde sus derechos sobre los recursos naturales están reconocidos en la Constitución, lo cual es normal en los países de la órbita occidental, también plantean, sobre todo en relación con la fauna silvestre, problemas de primer orden de rango constitucional. A veces dichos problemas derivan de la denominada «excepción cultural» que también está reconocida tanto para poblaciones indígenas como para regiones o incluso Estados miembros en la Unión Europea. Acerca de estos problemas remitimos al lector a la obra citada en la nota 1.
- (11) Acerca de los límites del derecho a la utilización de técnicas de ingeniería genética en animales vivos, véase el último capítulo de la obra citada en la nota 1.
- (12) Véase, *Stiftung Für Das Tier Im Recht, Constitutional and Legislative Aspects of Animal Welfare in Europe*, Brussels, 1 de febrero de 2007.
- (13) Tribunal Fédéral Suisse, ATF 115 IV 254, citado, a su vez, por A. Goetschel, *Lanimal, ni chose ni sujet de droit. Où en sommes nous avec la dignité de l'animal et son statut juridique en Suisse et à l'étranger?*, en D. Müller et H. Poltier dir., *La dignité de l'animal. Quel statut pour les animaux à l'heure des technosciences? Labor et Fides, coll. Le Champ Éthique*, Genève, 2000, pág. 114. Acerca de la asombrosa diferencia entre los textos oficiales alemán e italiano (que hablan de dignidad como criaturas: *Würde der Kreatur, dignità della criatura*) con el texto francés (que habla de *intégrité des organismes vivants*), apartándose de la redacción del anterior art. 24 novies, véase Oliver Le Bot, *La Protection de l'Animal en Droit Constitutionnel: Etude de Droit Comparé*, en *Lex Electronica*, vol. 12 n.º 2 (Automne/Fall 2007), págs. 17 y 18. Precisamente, según dicho autor, con la intención, en parte, de adaptar la anterior ley de protección de los animales a las exigencias de dignidad como criatura de la Constitución, el Parlamento federal promulgó una nueva Ley de Protección de los Animales de 16 de diciembre de 2005.
- (14) «L'homme est appelé à manifester du respect et de la retenue par rapport à la nature, dans son propre intérêt à une utilisation durable de la nature, comme dans l'intérêt de la **valeur intrinsèque** attribuée aux autres êtres vivants», dijo en 2001 el Informe Oficial de los dos órganos colegiados federales suizos con competencia sobre la materia: *La dignité de l'animal. Prise de position conjointe de la Commission fédérale déthique pour le génie génétique dans le domaine nonhumain (CENH) et de la Commission fédérale pour les expériences sur animaux (CFEA), relative à la concrétisation de la dignité de la créature chez*

*lanimal. Berne, février 2001. Acerca del «valor inherente» de los animales véase Ana RecarteVicente-Arche, 2001.*

- (15) Oliver Le Bot, *La Protection...*, págs. 19 y 20.
- (16) El nuevo artículo de la Constitución federal de Austria rezaría así: «Die Gesellschaft schützt das Leben und das Wohlbefinden der Tiere aus der besonderen Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf». La sociedad protege la vida y el bienestar de los animales como responsabilidad de los seres humanos hacia el animal como co.criatura» (el término alemán *Mitgeschöpf* podría traducirse así [«co-criatura»] ya que alude a las similitudes entre los seres humanos y los animales como expresión de que ambos fueron creados [*schöpfer*] conjuntamente). Véanse las páginas web de algunos de los grupos promotores de la campaña de reforma constitucional: <http://www.tierschutz-in-die-verfassung.at/organisationen/index.php>. Acerca del estado en que se encuentra esta iniciativa popular en 2009 puede verse [http://www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20090429\\_OTS0050](http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20090429_OTS0050). En Austria, el Tribunal Constitucional también ha tenido que enfrentarse, como en Alemania, a la cuestión de la constitucionalidad o no (con sentencia en sentido positivo) de los sacrificios religiosos rituales. Véase Austrian Constitutional Court Judgement from December 17th, 1998 B 3028/1997, VfSlg 15394. La cuestión se examina más adelante.
- (17) BVerwG, 6 C 5.96 du 18 juin 1997. Por cierto, aunque este inciso del art. 74.1.20.<sup>a</sup> de la Ley Fundamental de Bonn no se ha modificado en la amplia 52.<sup>a</sup> enmienda de junio de 2006 que recogió el nuevo pacto federal alemán, sin embargo, al estar formalmente incluido en el apartado 2, y no en el 3, del art. 72 se ha visto afectado por una mayor «centralización» potencial de las potestades legislativas en la materia de la propia Federación. Véase al respecto Antonio ArroyoGil, *La Reforma constitucional del Federalismo Alemán: Estudio Crítico de la 52.<sup>a</sup> Ley de Modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*, Institut d'Estudis Autònomic, Generalitat de Catalunya, 2009, págs. 48 y ss.
- (18) BVerfG, *Urteil vom 15. 1. 2002* (BVerfGE 104, 337 = NJW 2002, 663). Puede verse un extenso comentario a dicha sentencia en Luis LafontNicuesa, *op. cit.*, págs. 341 y ss., y en Gabriel DoménechPascual, *op. cit.*, págs. 102 y ss.
- (19) Brandeburgo (1992), Sajonia (1993), Turingia (1993), Berlín (1995), Baja Sajonia (1997), Bremen (1997), Baviera (1998), Sarre (1999), Rhenania-Palatinado (2000), Renania Norte-Wesphalia (2001) y Baden-Wurtemberg (2001).
- (20) El añadido del subrayado en que consistía la enmienda constitucional requería 374 votos para alcanzar la mayoría de dos tercios. Obtuvo 542 votos a favor y hubo 15 abstenciones. Los únicos 19 votos negativos fueron 18 del partido demócratacristiano CDU/CSU and 1 del liberal FDP. Acerca de los antecedentes y del proceso de discusiones en que consistió la reforma, puede verse Kate M. Natrass, «...und die Tiere», *Constitutional Protection for Germanys Animals*, en 10 *Animal Law* 283 (2004).
- (21) *Deutsche Welle* 31.05.2002. Protección de animales con rango constitucional. [http://www.dw-world.de/popups/popup\\_printcontent/0, 524839,00.html](http://www.dw-world.de/popups/popup_printcontent/0, 524839,00.html).
- (22) Esta legitimación especial y derecho a ejercer acciones en nombre de los animales (*Verbandsklagerecht*) se puede obtener, sin embargo, con reformas legales que se los reconozcan expresamente, como ocurre con la legitimación especial de las ONG ambientales.
- (23) 1 BvR 1762/1995; 1 BvR 1787/1995 (2000).
- (24) Véase, en general, Johannes Caspar & Martin Geissen, *Das neue Staatsziel «Tierschutz» in Art. 20a GG*, en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2002, n.º 8, págs. 913 y ss.; Karl Hain & Peter Unruh, *Neue Wege in der Grundrechtsdogmatik?* en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2003, págs. 147 y ss.; Susanne Braun, *Tierschutz in der Verfassung und was nun?: Die Bedeutung des neuen Art. 20a GG*, en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 12/2003, págs. 488-493; y, sobre todo, Albert Lorz & Ernst Metzger, *Tierschutzgesetz mit allgemeiner Verwaltungsvorschrift, Rechtsverordnungen und euroäische Übereinkommen, sowie Erläuterungen des Art. 20a GG*, 6.<sup>a</sup> ed, Beck Pub. 2008. O, en los comentarios generales a la constitución alemana: Scholz, en Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, 53.<sup>a</sup> ed., 2009, Art. 20.<sup>a</sup> GG; Murswiek, en Sachs, *Grundgesetz: Kommentar*, 5.<sup>a</sup> ed., 2009, Art. 20.<sup>a</sup> GG; o en Jarass, en Jarass/Pierrot, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 10.<sup>a</sup> ed., 2009, Art. 20a GG.



- (25) VGH Kassel, *Urteil* vom 24.11.2004 - 11 UE 317/2003 revocada por BVerwG, *Urteil* vom 23.11.2006 - 3 C 30/2005 (VGH Kassel). Puede verse un extenso comentario a la primera de las sentencias en Hans-Georg Kluge, *Das Schächten als Testfall des Staatszieles Tierschutz*, en NVwZ 6/2006 Heft 6, págs. 650 y ss. Como ejemplo de aplicación del artículo en relación con la libertad de ciencia puede verse la sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de Bremen: Verwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, 5 V 3719/2008, de 19 de diciembre de 2008. En esta sentencia se trataba de enjuiciar la constitucionalidad provisional de una medida cautelar (revisable en juicio posterior plenario) de prohibición de determinados experimentos. El Tribunal acordó la nulidad de la prohibición pero basándose en que la misma afectaba a una metodología y actividad investigadora que había venido llevándose a cabo, sin cuestionarse, los años anteriores.
- (26) Acerca de los debates, en detalle, véase Oliver Le Bot, *op. cit.*, págs. 13-15. Para una visión articulada de los distintos modelos posibles para Luxemburgo véase el texto mismo de la proposición ante la Cámara de Diputados de texto de revisión n.º 4.990 de la Constitución formulada el 9 de julio de 2002 por Mme René Wagener. Renee Wagener, *Proposition de révision de l'article 11 de la Constitution concernant la protection des animaux*, n.º 4.990, 9 juillet 2002, que puede consultarse en la página web de los archivos parlamentarios de la la Cámara de diputados. [www.chd.lu](http://www.chd.lu). Véase, también, como una breve exposición coherente de las diferencias entre el modelo alemán y el suizo: Renee Wagener, *LEtat, adhérent au principe de la dignité de la créature, garantit la protection des animaux: Pour un ancrage des droits des animaux dans la Constitution*, en *Mensch und Tier*, julio 2003, págs. 37 y ss. (También se puede encontrar en internet: [http://www.forum.lu/pdf/artikel/5063\\_228\\_Wagener.pdf](http://www.forum.lu/pdf/artikel/5063_228_Wagener.pdf)).
- (27) Véase para ambos países, la antes citada obra de Annamaria Passantino, *Companion Animals: An Examination of Their Legal Classification in Italy and the Impact on their Welfare*, en *4 Journal of Animal Law* 59 (2008), nota a pie de pág. 21 (para el intento en la reforma de 2001 de la Constitución de Portugal de 1976, donde se incluiría el principio de dignidad y protección de los animales como seres sensibles en el art. 73 del nuevo texto) y en págs. 73 y 74 (para la reforma, en 2008, del art. 9 de la Constitución Italiana; allí se analizan también otras proposiciones de reforma de los años 2001, 2003 y 2004).
- (28) Véanse, por todos, Peter Wenz, *Environmental Ethics Today*, Oxford University Press, 2001 y en general todos los autores citados en el capítulo III; Enrique AlonsoGarcía & Ana RecarteVicenteArche, *Voz Animales, Teoría General y Régimen de los Domésticos*, en *Diccionario de Derecho Ambiental*, Iustel, 2006, págs. 78 y ss.; Gabriel DoménechPascual, *Bienestar Animal contra Derechos Fundamentales*, Atelier, 2004.
- (29) Véase Enrique AlonsoGarcía, *Voz Ética Ambiental y Derecho*, en *Diccionario de Derecho Ambiental*, Iustel, 2006, págs. 629 y ss. Además, la interpretación -equivocada probablemente- del concepto de medio ambiente que da al art. 45 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) el Tribunal Constitucional -véase, por todas la STC 102/1995, de 26 de junio- (LA LEY 13115/1995) es totalmente antropocentrista.
- (30) Como es sabido, la Convención Europea de Derechos Humanos (LA LEY 16/1950) suele añadir expresamente, en un segundo párrafo, la moral pública, junto con otros valores -el orden o la salud pública- como límite a cada uno de los derechos humanos expresamente reconocidos. A modo de ejemplo, pueden verse los arts. 8 a 11:
- Art. 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.*
- 1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
  2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, **la protección de la salud o de la moral**, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.
- Art. 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.*
1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.
  2. 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.
- Art. 10. Libertad de expresión.*
1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañen deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, **la protección** de la salud o **de la moral**, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

*Art. 11. Libertad de reunión y de asociación.*

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación incluido el derecho de fundar con otros sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública la defensa del orden y la prevención del delito **la protección** de la salud o **de la moral**, o la protección de los derechos y libertades ajenos, El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado.

- (31) Véase, por todos, Enrique AlonsoGarcía, *Introduction to International Environmental Law: Handbook with Cases and Materials for American Lawyers*, Friends of Thoreau-IUIEN, 2.ª ed., 2009, Chapter 12. La cláusula de moral, salud y orden público está en el art. 36 del Tratado de la Unión Europea (LA LEY 109/1994) en el capítulo sobre mercado interior y está en la cláusula que permite apartarse de los acuerdos comerciales a nivel global, el artículo XX del GATT.
- (32) Véanse, por todos, Kwame AnthonyAppiah, *The Ethics of Identity*, Princeton University Press, 2005, págs.155 y ss., y Enrique AlonsoGarcía, *Environment Conservation as a Conflict Prevention Tool*, Ponencia marco para la Conference on Sustainable Development and Ethics del Consejo de Europa, 28 de enero de 2003, CO-DBP/EE (2003).
- (33) Convendría que todos los autodenominados liberales leyeran la crítica feroz de Stuart Mill dedica a quienes, desde un supuesto liberalismo, pretenden que la sociedad a través del Estado no puede imponer el bienestar animal, incluso contra las fiestas o tradiciones culturales cuya esencia es maltratar animales. Véase John StuartMill, *Principios de Política Económica*, Capítulo IX, apartado 7 (1848). Recuérdese que en España la tauromaquia no se la debemos a ningún liberal sino al mismísimo Fernando VII, que nada más llegar al trono abolió las civilizadas pragmáticas de Carlos III y Carlos IV.
- (34) «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».
- (35) «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra». Por lo demás, es obvio que «todos» no incluye a los seres no humanos.
- (36) Art. 2 [Libertad de acción, libertad de la persona] (1) *Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral*. Ello explica en parte la equivocada postura de Luis LafontNicuesa antes descrita de interpretar que también la moral pública está «constitucionalizada» en España.
- (37) Véanse, por todos, Annamaria Passantino, *La tutela giuridica del sentimento delluomo per gli animali*, Aracne Editrice (2007); Oliver Le Bot, *op. cit.*, págs. 11 y ss.; Gieri Bolliger, 2007.
- (38) El Tratado de Lisboa (LA LEY 12533/2007), que ha entrado en vigor el 1 de diciembre de 2009, en realidad era una modificación muy detallada, artículo por artículo, de los dos Tratados hasta entonces vigentes: el Tratado de de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (que entre otras cosas cambia de nombre para pasar a llamarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (LA LEY 6/1957)). La modificación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que introduce en el articulado el nuevo art. 13 llevándolo allí de un Protocolo anexo que es como constaba hasta entonces en el texto consolidado del Tratado Constitutivo, desde el Tratado de Ámsterdam, está en el art. 2, apartado 19, del Tratado de Lisboa (LA LEY 12533/2007) que insertó un nuevo art. 6 ter en el Tratado Constitutivo. Este art. 6 ter es el 13 del texto consolidado. Se utilizará para mayor facilidad, pues, la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (LA LEY 6/1957) publicada en el *Diario Oficial de la unión Europea*, n.º C 115 de 9 de mayo de 2008, págs. 47 y ss.

- (39) Versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea publicada en el *Diario oficial* n.º c 321e de 29 diciembre 2006. Decía el citado Protocolo 33: 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 legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional».
- (40) Que los Protocolos anexos al Tratado de Ámsterdam tienen exactamente el mismo valor (constitucional) que los propios artículos de los Tratados Constitutivos lo dijo ya entonces el Tratado de Ámsterdam expresamente en su art. 239 (311 en el texto consolidado posterior): «Los protocolos que, de común acuerdo entre los Estados miembros, sean incorporados como anexos al presente Tratado serán parte integrante del mismo». Ello, sin embargo, fue desmentido por el Tribunal de Justicia en el *asunto Jippes*, que se examina más adelante y que dio a entender que el que el bienestar animal estuviera en un Protocolo y no en el texto articulado mismo del Tratado es una cuestión esencial para no atribuirle el valor relevante que se merece.
- (41) Acerca de las interioridades, respecto al Protocolo sobre bienestar animal, del proceso constituyente de 1997 que llevó al Tratado de Ámsterdam, véanse, por todos, Geert Van Calster & Kurt Dektelaere, *Amsterdam, The Intergovernmental Conference and the Greening of the EU Treaty* en *7 European Environmental Law Review* 12 (1998); y David B. Wilkins, *Animal Welfare in Europe: European Legislation and Concerns* (Kluwer, 1997).
- (42) Las Declaraciones no son parte de los Tratados y por tanto no están sometidas a la ratificación de los Estados miembros (Ricardo AlonsoGarcía, 2007, págs. 98 y 99). Por ello, pese a que, como ya se vió, el bienestar de los animales estuviera ya en el Tratado de Maastricht de 1992 (LA LEY 109/1994), que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, sin embargo, no tenía valor jurídico de tratado constitutivo.
- (43) **Declaración (n.º 24): Relativa a la protección de los animales.** *La Conferencia invita al Parlamento Europeo, al Consejo y 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.*
- (44) Sentencia *Reino Unido contra Consejo*, Asunto 131/1986 [1988] ECR 905. Se examinaba un caso relacionado con una de las Directivas sobre gallinas ponedoras.
- (45) El art. 2.19 del Tratado de Lisboa (LA LEY 12533/2007) dice literalmente: «Se inserta un art. 6 ter con el texto del dispositivo del Protocolo sobre la protección y el bienestar de los animales; se añade el término "pesca" tras "agricultura", las palabras "...e investigación" se sustituyen por "investigación y desarrollo tecnológico y espacio", y se añaden las palabras "como seres sensibles" tras "en materia de bienestar de los animales"».
- (46) El **Tratado** por el que se establece una **Constitución para Europa** (TCE), más conocido como Constitución Europea o **Tratado** Constitucional, también conocido como *Constitución Europea*, había sido aprobado el 18 de junio de 2004 y firmado en Roma por los jefes de Gobierno de los países que forman la Unión Europea el 29 de octubre de 2004. Aprobado por el Parlamento Europeo el 12 de enero de 2005 por 500 votos a favor, 137 en contra y 40 abstenciones, tenía que ser aprobado en referéndum por todos los Estados miembros. Pero en los celebrados en Francia y Holanda fue rechazado por la mayoría de los electores votantes, lo que provocó una crisis institucional europea que acabó resolviéndose con pequeñas reformas entre las que se encuentran las de los símbolos (por ejemplo el nombre mismo de los Tratados Constitutivos) fueron las principales. El Tratado que lo sustituyó, el de Lisboa, evitó pues esa denominación. En el caso del art. 13 del Tratado, que es el que nos interesa, el texto del Tratado de Lisboa (LA LEY 12533/2007) es exactamente igual que el que figuraba, con el número de artículo III.121, en el TCE.
- (47) La Unión Europea (primero se denominó Comunidades Europeas, después Comunidad Europea y finalmente Unión Europea) se basa desde su origen, en los Tratados Constitutivos (Tratados de París y de Roma) y los Tratados y Actas que los modifican (Bruselas, Acta Única Europea, Maastricht, Ámsterdam, Niza, Lisboa y los sucesivos Tratados de Adhesión -específicos para cada país o grupo de países a medida que se van incorporando a la Unión-). Estos Tratados Constitutivos fijan sus normas de funcionamiento y actuación. El Tratado de Lisboa (LA LEY 12533/2007) reemplaza a los anteriores.

- (48) Sentencia (294/1983) en el caso *Los Verdes contra el Parlamento Europeo*, de 23 de abril de 1986. Acerca de la «naturaleza constitucional del Tratado» véase, por todos, Ricardo AlonsoGarcía, *Derecho Comunitario: Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, págs. 212 y ss.; y *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, 2007, pág. 100.
- (49) Por tanto, toda norma europea de Derecho derivado (Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, Reglamento de la Comisión Europea, Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, Directiva de la Comisión Europea, Decisión, Tratado firmado por la Unión con otros Estados o con los propios Estados miembros, etc.) que contradiga lo que está en los Tratados Constitutivos es nula (lo cual solo puede declararlo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea), de la misma manera que una ley o reglamento español que contradiga la Constitución es nula (lo cual solo puede declararlo el Tribunal Constitucional si es una ley; o cualquier tribunal o juez si es un Reglamento). . Si la directiva, el reglamento o el tratado pueden interpretarse de varias maneras es obligatorio hacerlo de la que se ajuste más al espíritu de lo que diga el Tratado, de la misma manera que, en Derecho español, una ley o reglamento, si puede interpretarse de varias maneras, debe serlo de la más favorable a lo que dice la Constitución.
- (50) «La Unión se fundamenta en el presente Tratado y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (LA LEY 6/1957) (en lo sucesivo denominados "los Tratados"). *Ambos Tratados tienen el mismo valor jurídico. La Unión sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea*» (art. 1, párrafo tercero, del Tratado de la Unión).
- (51) Véase Tara Vamm & David Bowles, *op. cit.*, págs. 202 y ss.
- (52) Los derechos fundamentales por ejemplo, están más «protegidos» ya que establecerlos, eliminarlos o disminuirlos exige un procedimiento especial y además cualquiera puede acudir a un juez para pedir su reconocimiento inmediato. Así, por ejemplo, para que los derechos fundamentales de los españoles queden protegidos, el art. 53.2 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) señala literalmente que «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (...)». Otros preceptos constitucionales, los que «menos valor» tienen solo lo tienen como principios y no como normas: solo se pueden invocar como valor a tener en cuenta en la interpretación de otra norma, no se puede acudir a un juez para pedir su aplicación -sí se puede pedir al juez que interprete la ley o reglamento de la manera más favorable a su aplicación y reconocimiento- y, aunque su contenido esencial mínimo sí debe ser respetado por el legislador, éste tiene un margen de maniobra muy amplio. Así por ejemplo, el art. 53.3 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) señala literalmente que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III [los denominados, en la constitución española principios de la política social y económica, entre los que está, por ejemplo, el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado; muy parecidos a los *Staatziele* o a los de la Constitución alemana] informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen». Otros, los más, tienen valor ordinario. Por un lado, no son principios sino normas y una ley o reglamento que los contradiga será nulo. Sin embargo, no tienen tanto valor como los derechos fundamentales ya que no hay un procedimiento especial ante los jueces para aplicarlos inmediatamente.
- (53) Así, por ejemplo, ante las dudas que planteaba el valor jurídico de los preceptos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (véase Ricardo AlonsoGarcía, 2007, págs. 249 y ss.) el art. 6 del otro Tratado Constitutivo, es decir, del Tratado de la Unión Europea (LA LEY 109/1994), señala que «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 (LA LEY 10902/2000), tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo (LA LEY 12415/2007), la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del Título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones». En una palabra, los derechos fundamentales que no estén en los Tratados, sino en la citada Carta, tienen un valor muy concreto en función de lo que exactamente dice este art. 6 (el subrayado es del autor para resaltar las expresiones que aumentan o disminuyen el valor).
- (54) Así, por ejemplo, el art. 3.3 del mismo Tratado de la Unión Europea (LA LEY 109/1994) señala en su segunda frase que «[La Unión Europea] obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la

estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente». A su vez, el art. 5.1, segunda frase, establece que «El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad». Aunque solo en el segundo caso (en el art. 5.1) se diga expresamente que la subsidiariedad y la proporcionalidad son principios jurídicos y no normas estrictas (atribución de valor explícito en el texto, como en el supuesto del art. 6 de la nota anterior), es obvio que la calidad del medio ambiente y el desarrollo sostenible del art. 3.3 son también principios jurídicos y no normas.

- (55) Las «disposiciones de aplicación general» (*provisions having general application*), que están en el Tratado (Título II de la Parte Primera, arts. 7 a 17) desde el de Lisboa, aunque algunas de ellas existían, sin ese calificativo, con anterioridad, introducen en el Tratado normas y principios que deben aplicarse transversalmente, es decir, o bien siempre, o bien cuando se trate de normas de una política pública a la que el Tratado limite la aplicación de aquéllas. Pero no atribuyen competencia a la Unión para legislar *per se* en esa materia, salvo que, a su vez, esa «disposición» sea en sí misma una política de la Unión. Por ejemplo, la protección de medio ambiente es a la vez una «disposición de aplicación general» (art. 11) y un área de competencia y por tanto, de posible creación de una política específica de la Unión (arts. 4.2.e -enunciación general- y 191-193). El bienestar animal es solo lo primero.
- (56) *EUROGROUP FOR ANIMALS*. Lisbon Treaty Briefing, diciembre 2009.  
<http://www.eurogroupforanimals.org/legislation/pdf/briefinglisbon1209.pdf>.
- (57) El caso más conocido es el del debate generado en las últimas fases de elaboración de la Directiva zoos (Directiva 1999/22/CE (LA LEY 6012/1999)) en el que tanto Alemania como Holanda y otros países se negaron a admitir que la Unión tuviera competencia para regular lo que esencialmente era una directiva de bienestar animal. La búsqueda de otros títulos, fundamentalmente internacionales, relacionados con los Convenios *CITES* y de Biodiversidad salvó *in extremis* su aprobación. El debate fue justo anterior a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam.
- (58) Véase el Capítulo VI de la obra citada en la nota 1.
- (59) Tara Camm & David Bowles, *Animal Welfare and the Treaty of Rome: Legal Analysis of the Protocol on Animal Welfare and Welfare Standards in the European Union*, en *12 (2) Journal of Environmental Law* 197-205 (2000).
- (60) Acerca de la creación por el Tribunal de Justicia de principios generales del Derecho comunitario que no están en los Tratados Constitutivos y de su estatus constitucional véase Ricardo AlonsoGarcía, 2007, *op. cit.*, págs. 116 y ss. para las matizaciones recientemente introducidas en la teoría de los principios generales del Derecho comunitario «creados» por el propio Tribunal de Justicia, matizaciones introducidas en el caso *Audiolux* (Asunto C-101/2008) véase *id.*, segunda edición, 2010, en prensa.
- (61) «Since animals are **sentient** beings» dice el texto inglés; «animali in quanto esseri **senzienti**», el italiano; «Tiere als **fühlende Wesen**», el alemán; «animaux en tant qu êtres **sensibles**», el francés; «animais, enquanto seres **sensíveis**», el portugués...
- (62) En inglés existe también el término «sensible» y en italiano el de «*sensibile*» con significado igual o idéntico al español.
- (63) <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta>; el 1 de enero de 2010.
- (64) Para facilitar al usuario la lectura, debería remitirse a la obra de filósofos como *Zubiri* o Daniel *Dennett*. Remitimos, pues, a la obra citada en la nota 4. Sin embargo reproducimos a continuación el párrafo de la misma que resume el pensamiento de *Zubiri*: *En todo ser viviente las cosas determinan el proceso vital como estímulos. Toda célula vegetal o animal es estimulable y está estimulada. Así pues, todo ser viviente, incluso el vegetal, tiene lo queZubirillamasusceptibilidad. Pero en los animales la susceptibilidad tiene un carácter propio: aunque todo viviente es estimulable, el animal ha hecho de la estimulación una función biológicamente autónoma. Esa autonomización de la estimulación es lo que Zubiri denomina sentir (o mejor, puro sentir). En los animales primitivos es un sentir difuso (que él denomina **sentiscencia**). En los superiores hay una sistematización (sistema nervioso) que centraliza de manera sistémica el estímulo. Es lo que Zubiri denomina **sensibilidad**.*
- (65) El listado de las políticas competencia de la Unión está en los arts. 3 a 5 del Tratado, que distingue entre competencias

exclusivas, competencias concurrentes y acciones de la Unión.

- (66) Art. 191.3: «En la elaboración de su política en el área del medio ambiente, la Unión tendrá en cuenta: - los datos científicos y técnicos disponibles...». Véase, al respecto, Enrique *AlonsoGarcía*, *El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea*, Vol-I, Civitas, 1993.
- (67) Punto 4 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a un Plan de Acción Comunitario sobre Protección y Bienestar de los Animales 2006-2010, Bruselas, 23.1.2006 COM(2006) 13 final.
- (68) Por ejemplo, al haber sido introducida a partir del 1 de mayo de 1999, ¿es aplicable a las normas de bienestar animal previamente promulgadas, por ejemplo, en materia de sacrificio de animales? Contestando negativamente y afirmando la plena validez de las normas anteriores, véase Tara *Camm & David Bowles*, 2000, pág. 203, lo cual es más que discutible debido a una eficacia retroactiva que tienen las normas constitucionales que reflejan profundos valores sociales y que llevaría mucho tiempo y espacio explicar en este contexto. Véase, en general, Enrique *AlonsoGarcía*, *¿Es retroactiva la Constitución?*, en Estudios en Homenaje a José Antonio *García-Trevijano Fos*, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, págs. 1-18.
- (69) Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001 en el asunto C-189/2001 (petición de decisión prejudicial planteada por el *College van Beroep voor het bedrijfsleven*).
- (70) Art. 267 del Tratado (antiguo art. 177). Acerca de las cuestiones prejudiciales de Derecho de la Unión Europea (parecidas a las cuestiones de constitucionalidad en las relaciones entre los Tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional español), véase Ricardo *AlonsoGarcía*, 2007, págs. 147 y ss.
- (71) La Sra. Jippes cuestionaba por ello, ante el Tribunal holandés, la validez de la legislación en que se basaba la orden de sacrificio: el art. 13 de la Directiva 85/511/CEE del Consejo, de 18 de noviembre de 1985 (LA LEY 2752/1985), por la que se establecen medidas comunitarias de lucha contra la fiebre aftosa (DO L 315, pág. 11; EE 03/39, pág. 33), en su versión modificada por la Directiva 90/423/CEE del Consejo, de 26 de junio de 1990 (LA LEY 3924/1990) (DO L 224, pág. 13), así como de la Decisión 2001/246/CE (LA LEY 5255/2001) de la Comisión, de 27 de marzo de 2001, por la que se establecieron las condiciones para el control y la erradicación de la fiebre aftosa en los Países Bajos en aplicación del art. 13 de la Directiva 85/511 (DO L 88, pág. 21), en su versión modificada por la Decisión 2001/279/CE (LA LEY 5742/2001) de la Comisión, de 5 de abril de 2001 (DO L 96, pág. 19).
- (72) Véase, en este sentido, Rasso *Ludwig & Roderic O gorman*, *A Cock and Bull Story? Problems with the Protection of Animal Welfare in EU Law and Some Proposed Solutions*, en *Journal of Environmental Law*, vol. 20, n.º. 3, págs. 363-390 (2008), págs. 367 y 368.
- (73) Ello se deduce claramente del fundamento de derecho 74 antes transcrito. Así lo ha entendido, además, la doctrina más autorizada. Véanse al respecto Rasso *Ludwig & Roderic O gorman*, *op. cit.*, pág. 380. De todas formas, con independencia de que esta sentencia así parece confirmarlo, esta idea de que no es lo mismo incluir el bienestar de los animales en un Protocolo que en el articulado del Tratado, lamentándose en cierto modo de que ello disminuiría su valor jurídico, ya había sido anunciada y ha seguido manteniéndose como una realidad pese a la afirmación tajante de la doctrina y del texto del art. 239 (311 en el texto consolidado posterior) del Tratado de Ámsterdam antes transcrito. Véase al respecto, por ejemplo, Johannes *Caspar*, *Zur Stellung des Tieres im Gemeinschaftsrecht*, *Nomos*, 2001, pág. 82; o Nicole *Gerick*, *Recht, Mensch und Tier: Historische, philosophische und ökonomische Aspekte des tierethischen Problems*, *Nomos* 2005, pág. 99.
- (74) Véase, por todos, Rasso *Ludwig & Roderic O´Gorman*, 2008, *op. cit.*, págs. 366-370.
- (75) Véase, por todos, Damian *Chalmers & Adam Tomkins*, *European Union Public Law: Text and Materials*, Cambridge University Press, 2007, 452-454. Desde un primer momento esta fue la interpretación de los comentaristas. Véase al respecto Elanor *Spaventa*, *Case C-189/2001. H. Jippes*, en *39 Common Market Law Review* 1159 (2002), pág. 1.163. *El principio de proporcionalidad* examina si una medida adoptada por el legislador es **manifiestamente inadecuada** y no si es la única o la mejor posible porque entonces los jueces estarían sustituyendo a los poderes democráticamente elegidos.

- (76) Que el Protocolo podía interpretarse conforme a esos estereotipos no es solo una opinión del Tribunal. También hay doctrina que hacía esa interpretación. Véanse, al respecto, Gieri *Bolliger*, 2000, y Chris *Hilson*, *New Social Movements: The Role of Legal Pppportunity*, en *9 Journal of European Public Policy* 247 (2002). También parecen pensarlo así Rasso *Ludwig & Roderic O 'Gorman*, 2008, *op. cit.*, págs. 384 y 385 y Carol *Lyons*, *op. cit.*, págs. 87 y ss y, sobre todo, 92 y ss., quien toma el caso como modelo de cuando es posible la convergencia europea en valores y principios y cuando éste resulta imposible, para valorar positivamente la función en este sentido (aunque no precisamente en este caso) del Tribunal de Justicia.
- (77) Véase, en este sentido, David B. *Wilkins*, *op. cit.*
- (78) Véase, por todos, Rasso *Ludwig & Roderic O 'Gorman*, 2008, *op. cit.*, págs. 382 y ss., aunque propugnaban que el reconocimiento se hiciera no tanto como política transversal sino como competencia directa de la Unión y aunque fuera concurrente con la de los Estados miembros.
- (79) Asunto C-249/2008: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 29 de octubre de 2009. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana
- (80) Asunto C-244/2003, República Francesa contra el Parlamento y el Consejo de la Unión, acción de anulación al amparo del art. 230. solicitando la nulidad parcial del art. 1 (2) de la Directiva 2003/15/CE (LA LEY 3729/2003).
- (81) Asunto C-1/1996, [1998], sentencia de 19 de marzo de 1998, *The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Compassion in World Farming Limited* [1998] ECR I-1251, [1998] 2 CMLR 661.
- (82) Asunto *Hedley Lomas*, citado más abajo.
- (83) Puede verse también la jurisprudencia recogida en Rasso *Ludwig & Roderic O gorman*, *A Cock and Bull Story? Problems with the Protection of Animal Welfare in EU Law and Some Proposed Solutions*, en *Journal of Environmental Law*, vol. 20, n.º 3, 2008, págs. 363-390.
- (84) Asuntos 141-3/1981 *Holdijk* [1982] ECR 1299.
- (85) Véanse, por todos, Rasso *Ludwig & Roderic O gorman*, 2008, *op. cit.*, págs. 370-378; y Carol *Lyons*, *op. cit.*, págs. 93 y ss.
- (86) Por su propia naturaleza siempre son medidas unilaterales porque si la medida de que se trate está armonizada para toda la Unión a través del procedimiento de aproximación de legislaciones (es decir, si el bienestar animal forma parte de una Directiva o un Reglamento), la cuestión pasa a estar regulada exclusivamente por el Derecho comunitario (es decir por la directiva o el reglamento que haya armonizado la regulación de esa materia para todos los Estados y no por los arts. 30-36). Véase, por todos, Enrique *AlonsoGarcía*, 1993.
- (87) Asunto C-5/1994, *The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hedley Lomas (Ireland) Ltd., May 23*, 1996, 1996 E.C.R. 1-2553. Pueden verse dos comentarios en Geert *Van Calster*, *Case Law: Hedley Lomas en 3 Columbia Journal of European Law*. 132 (1996); Hans *Somsen*, en *European Court of Justice: Case Report*, en la *European Environmental Law Review*, octubre 1996, págs. 287 y ss. Gerrit *Betlem*, *Cross-Border Private Enforcement of Community Law*, en J. A. E. *Vervaele et al. (eds.)*, *Compliance and Enforcement of European Community Law*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, págs. 7 y ss.
- (88) La **Declaración Universal sobre Bienestar Animal** (DUBA-UDAW en las siglas en inglés), es un proyecto de convenio intergubernamental puesto en marcha para reconocer que los animales son sensibles-sentientes, para prevenir la crueldad y reducir su sufrimiento, y para promover las normas sobre el bienestar de los animales como animales de producción, de compañía, de laboratorio, silvestres y de recreo. Acerca de este proceso, que si culmina ciertamente tendría valor jurídico. Fue concebida por la World Society for the Protection of Animals (WSPA), que actúa como su Secretaría, y fue apoyada por cuatro socios principales: the American Society for the Prevention of Cruelty to Animals (ASPCA), Compassion in World Farming, the

Royal Society for the Prevention of Cruelty to Animals (*RSPCA*) and the Humane Society of the United States (*HSUS*) y varios Estados (reunión de Manila 2003) e importantes organizaciones internacionales. Véase <http://www.udaw.org/>.

- (89)** El caso más conocido es el derecho al medio ambiente creado a partir de del derecho a la intimidad de la vida privada familiar que sí está consagrado, este último, expresamente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 8 (LA LEY 16/1950) (caso *López Ostra contra España*, sentencia del *TEDH* de 9 de diciembre de 1994. En el contexto en que se mueve esta obra puede por ejemplo constituir un supuesto parecido el reconocimiento expreso del derecho a llevar a cabo sacrificios rituales (que no está en ningún texto) a partir del derecho a la libertad religiosa (que sí suele estar expresamente reconocido en las constituciones o tratados).
- (90)** Acerca de esta manera de crear nuevos derechos «procedimentales» o «participativos» (*procedural fundamental rights*) véase, por todos, Enrique *AlonsoGarcía*, 2009, Chapter 10: *Human Rights and the Environment*.
- (91)** Convención que en España se aplica a través de la incorporación al Derecho interno de la Directiva (que a su vez, internalizaron la Convención en el derecho de la Unión Europea), realizado por la Ley Ley 27/2006, de 18 de julio (LA LEY 7386/2006), por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE (LA LEY 2700/2003) y 2003/35/CE).
- (92)** En la primera escena salía una cerda construyendo un refugio para sus cochinitos en el bosque y, con un fondo de música suave, una voz en *off* hacía referencia, entre otras cosas, al sentido de familia que tienen los cerdos en general. La segunda escena mostraba una nave ruidosa con cochinitos en sus jaulas mordiendo nerviosos los barrotes de hierro. La voz en *off* decía, entre otras cosas, que la cría de cerdos en estas circunstancias pos de medicinas. Concluía con la siguiente exhortación: «Coma menos carnes, por su salud, por los animales y por el medio ambiente».
- (93)** Su texto exacto aparece transcrito literalmente en la nota anterior sobre los límites a los derechos fundamentales basados en la moral pública.
- (94)** Las otras impugnaciones fueron rechazadas, la del art. 13 porque hubo derecho al recurso judicial ante las autoridades suizas y la del trato igual, art. 14, porque la industria cárnica recibe un trato económico comercial conforme a su propia esencia mientras ese no es el objeto de la asociación de protección de los animales (ni el de su publicidad) luego la situación de partida no era igual. No siendo igual no puede haber derecho al trato igual.
- (95)** Véase, por todos, Mike *Radford*, *Animal Passions, Animal Welfare and European Policy Making*, in Paul *Craig* & Carol *Harlow* eds, *Lawmaking in the European Union*, Kluwer, 1998, págs. 412-432. Desde una perspectiva más general, aunque incluye el examen de la participación de grupos de defensa de los animales, Carol *Harlow*, *Citizen Access to Political Power in the European Union*, European University Institute, Working Paper RSC No 99/2 (1999).
- (96)** Véase, por todos, Carol *Harlow* & Richard *Rawlings*, *Pressure Through Law*, Routledge, (1992), págs. 217-222.
- (97)** Dice el art. 6.2 (LA LEY 109/1994) y 3 del Tratado de la Unión Europea 2 que «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (LA LEY 16/1950). Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados» y que «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (LA LEY 16/1950) y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales». Téngase en cuenta que el *TEDH* es de una organización internacional, el Consejo de Europa, de Estados miembros, que nada tiene que ver con el sistema institucional de la Unión Europea. Acerca de la aplicación del *CEDH* por el Tribunal de Justicia (no por el *TEDH*), véase Ricardo *AlonsoGarcía*, 2007, págs. 247 y ss.
- (98)** Cita, en concreto, los asuntos, ya comentados antes, C-5/1994, *Ministry of Agriculture and Fisheries ex parte Hedley Lomas (Ireland) Ltd* [1996] ECR I 2553 y el único asunto del boicot generalizado desde el Reino Unido a la exportación de terneros que logró llegar al Tribunal de Justicia: el asunto C-1/1996, [1998], sentencia de 19 de marzo de 1998, *The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Compassion in World Farming Limited* [1998] ECR I-1251, [1998] 2 CMLR 661.



- (99)** De los casos mencionados en la nota anterior, en el primer caso, que, una vez armonizada la legislación sobre transporte y cuidado de animales de producción por el Derecho comunitario, los Estados no podían invocar el art. 30 (antiguo 36) y, en el segundo, que los Estados miembros no tienen competencias ejecutivas para aplicar directamente el Derecho comunitario fuera de su territorio y que el Ministerio de Agricultura y Pesca británico no había realmente demostrado que las instalaciones españolas fueran deficientes.
- (100)** Véase, al respecto, Enrique AlonsoGarcía, *Voz Derechos Humanos y Medio Ambiente*, en *Diccionario de Derecho Ambiental*, Ed Iustel 2006, pág. 496.
- (101)** El *American Legislative Exchange Council* es una asociación conservadora, creada en 1981, que elabora iniciativas legislativas para luego hacer *lobby* para su adopción por los parlamentos estatales. Véase <http://www.alec.org/>.
- (102)** Véase, por todos, Ethan CarsonEddy, «Privatizing the Patriot Act: The Criminalization of Environmental and Animal Protectionists as Terrorists», en *22 Pace Environmental Law Review* 261 (2005)
- (103)** Pueden verse algunos ejemplos de autos o sentencias anti-SLAPPS, que se fundamentan en la inconstitucionalidad de la SLAPP, dictados por tribunales, en la página web del Animal Liberation Front: [http://www.animalliberationfront.com/News/2008\\_05/LAASwinsLaw.htm](http://www.animalliberationfront.com/News/2008_05/LAASwinsLaw.htm). A veces son los propios parlamentos los que promulgan legislación anti-SLAPP, es decir, legislación prohibiendo aplicar el derecho para intimidar a quien infringe levemente alguna norma como manera de ejercer la libertad de expresión. Véase, como ejemplo reciente, la legislación anti-SLAPP del Parlamento de Québec el 4 de junio de 2009.
- (104)** Véase Courtney L. Dillard, *Civil Disobedience: A case Study in Factors of Effectiveness*, en Susan Armstrong & Richard Botzler, *The Animal Ethics Reader*, Routledge (2003), págs. 568-572 y en general todos los artículos incluidos en el Capítulo X, *Animal Law/Animal Activism*, págs. 537 y ss. del citado libro.
- (105)** Acerca de una defensa del voto minoritario, que entendía que estos argumentos suponían una injerencia en los asuntos religiosos, dado que todas las comunidades, sean o no más o menos mayoritarias, deberían ser tratadas iguales, véanse Luis LafontNicuesa, *op. cit.*, págs. 356 y ss.; Gabriel DoménechPascual, *op. cit.*, págs. 54 y ss.; y Joaquín BrageCamazano, *Libertad Religiosa, Libertad de Profesión y Matanza de Animales*, en *Teoría y Realidad Consitucional*, n.º 12-12, 2003-2004, págs. 419 y ss.
- (106)** Por supuesto, pueden verse también Luis LafontCinuesa, *op. cit.*, págs. 341 y ss.; y Gabriel DoménechPascual, *op. cit.*, págs. 52 y ss.
- (107)** Véanse, al respecto, Chad Olsen, *In the Twenty-first Century s Marketplace of Ideas, Will Religious Speech Continue to Be Welcome?: Religious Speech as Grounds for Defamation*, en *37 Texas Tech Law Review* 497 (2005) págs. 512 y ss.; Karl A. Menninger, II, J. D., *Interference With the Right to Free Exercise of Religion*, en *63 American Jurisprudence Proof of Facts 3d. Database updated June 2005, apartado IV.A. § 21. Animal sacrifices*; Steven H. Shiffrin, *The Pluralistic Foundations of the Religion Clauses*, en *90 Cornell Law Review* 9 (2004), págs. 17 y ss. Véase también el estudio comparado entre la jurisprudencia alemana y norteamericana en Edward J. Eberle, *Free Exercise of Religion in Germany and the United States*, en *78 Tulane Law Review* 1023 (2004), págs. 1.056 y ss..
- (108)** Véase Donna D. Pag, *Veganism and Sincerely Held «Religious» Beliefs in the Workplace: No Protection Without Definition*, en *7 University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law* 363 (2005) págs. 387 y ss., comentando *Friedman v. Southern California Permanente Medical Group*, 125 Cal. Rptr. 2d 663, 665 (Cal. Ct. App. 2002).
- (109)** Véanse Luis LafontCinuesa, *op. cit.*, págs. 363 y ss.; Gabriel DoménechPascual, *op. cit.*, págs. 33 y ss.; Katharine M. Swanson, *Carte Blanche for Cruelty: The Non-Enforcement of the Animal Welfare Act*, *35 University of Michigan Journal of Law Reform* 937, 938-43 (2002); o Barry P. McDonald *Government Regulation or Other «Abridgements» of Scientific Research: The Proper Scope of Judicial Review under the First Amendment*, en *54 Emory Law Journal* 979 (2005). Véanse los capítulos 28 a 30.

- (110)** Véanse Luis *LafontCinuesa*, *op. cit.*, págs. 358 y ss.; Gabriel *DoménechPascual*, *op. cit.*, págs. 45 y ss.; En España el caso clave es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de julio de 2001 sobre la muerte de un toro con motivo de un montaje de la ópera *Carmen*, ampliamente comentada por ambos. Véase el capítulo 26.
- (111)** Véase el comentario a *United States v. Stevens*, 533 F.3d 218 (3d Cir. 2008) en *Recent Cases*, en *122 Harvard Law Review* 1239 (2009).
- (112)** Véase Gabriel *DoménechPascual*, *op. cit.*, págs. 63 y ss. (además del comentario a la sentencia del BVerfG comentada en el apartado 1).
- (113)** Véase Gabriel *DoménechPascual*, *op. cit.*, págs. 61 y 62. Véanse los capítulos VIII, XXI y XXII.
- (114)** Véase la sentencia del TEDH en el caso *Chassagnou y otros c. Francia* antes comentada.
- (115)** Véase Gabriel *DoménechPascual*, *op. cit.*, págs. 68 y ss.
- (116)** Véase Gabriel *DoménechPascual*, *op. cit.*, págs. 62 y ss.
- (117)** Véase Gabriel *DoménechPascual*, *op. cit.*, págs. 70 y ss.
- (118)** *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 (LA LEY 22/1948) y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*
- (119)** *Mediante Ley orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos Tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.*
- (120)** Véase, por todos, el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español (14 de febrero de 2008). En <http://www.consejo-estado.es/bases.htm>.
- (121)** Asunto 239/1978. *STJCE*, 27 de septiembre de 1979.
- (122)** Dispone su art. 24.1.c, primer párrafo, que: «Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado».
- (123)** «La ley regulará: la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten».