Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, *Bienestar animal contra derechos fundamentales*, Barcelona, Atelier, 2004.

I. Vivimos en una época crecientemente sensible hacia el medio-ambiente, y también, en particular, hacia los animales, domésticos o no, hasta el punto de que, ya hace muchos años, algunos hablan incluso de los "derechos de los animales". Este planteamiento, enteramente absurdo desde nuestro punto de vista, pone de relieve, en todo caso, la relevancia de la protección de los animales.

En este libro que se comenta, el profesor Doménech Pascual se plantea la interesante problemática de si esa protección de los animales puede tener alguna operatividad frente a los derechos fundamentales, algo que en principio parece que habría de qué excluir, pues en una valoración en abstracto, estamos ante dos bienes de valor bien diverso: los derechos más esenciales de la persona, núcleo de su personalidad (sobre la cual gira nuestro entero sistema constitucional ex artículo 10.1, CE), frente al interés en la protección de unos animales. Sin embargo, la realidad nos muestra que la protección de los animales también puede operar como límite a los derechos fundamentales. La cuestión que se plantea es la de la legitimidad de lo anterior, y sus términos o condiciones, y esto es lo que, en síntesis, estudia a fondo Doménech.

II. El autor comienza por estudiar, en concreto y con numerosos ejemplos, los derechos fundamentales que más pueden verse afectados restrictivamente por la protección de los animales como límite (legítimo o no) a los mismos, para lo cual el autor parte de una claridad dogmática de teoría general muy poco frecuente entre nosotros, exponiendo sus ideas con una sencillez y agudeza que realmente llaman la atención, y yendo enseguida al estudio de diversos casos particulares. Los derechos fundamentales (entendido este concepto en un sentido lato, como es lo más correcto) que analiza en particular Doménech Pascual son los siguientes, con relación a los "tipos de casos" que enuncian también: *a)* Libertad científica y técnica: la libertad de experimentar con animales y sus límites por la protección a los animales;

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año XLI, núm. 122,
mayo-agosto de 2008, pp. 1117-1123

b) Libertad artística: la utilización de los animales en el arte; *c)* Libertad religiosa. Sacrificios rituales; *d)* Tutela judicial efectiva. La inembargabilidad de los animales de compañía; *e)* Libertad personal: Prisión para los maltratadotes de animales; *f)* Libertades profesional y de empresa; *g)* La propiedad privada. Un caso, cada vez más frecuente, que el autor no comenta (quizás por no plantear en sí ningún problema con derechos fundamentales) es la cirugía canina para dejar a los perros sin cuerdas vocales con la finalidad fundamental de que sus ladridos no resulten molestos a sus dueños (barbarie que no es ilegal en algunas comunidades autónomas, sí en otras, en España hoy).

III. A continuación, Doménech se plantea si la protección de los animales es un fin que puede autorizar una restricción de derechos fundamentales, algo muy discutido, hace ya años, en Alemania (véase, sobre ello, BVerfGE 101,1). La cuestión, de hecho, sigue siendo allí discutida incluso después de la reciente reforma constitucional, de 26 de julio de 2002, que introdujo la tutela de los animales en el artículo 20a. LF como objetivo de Estado [Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Staatsziel Terschutz)]. Ahora el artículo 20a de la LF reza: "El Estado, teniendo en cuenta su responsabilidad con las generaciones futuras, protegerá, 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" (cursiva nuestra). Entre nosotros, la cuestión apenas se había abordado hasta este trabajo de Doménech.

El autor considera que la protección de los animales no es un fin de rango constitucional, aunque sí sea un fin adoptado por el legislador ordinario que no es inconstitucional, y que puede limitar los derechos fundamentales, aludiendo al consenso político-parlamentario al respecto (aunque esto tiene un valor muy relativo, nos parece, pues precisamente los derechos fundamentales tienen con toda frecuencia el sentido de proteger a las minorías, que discrepan del sentir mayoritario, y así ocurre justamente en muchas ocasiones respecto de la protección de los animales, que pretende operar como límite a los derechos fundamentales de una minoría religiosa, por ejemplo). Sea como sea, para llegar a esta conclusión, el autor examina previamente las distintas posiciones doctrinales, y el propio posicionamiento dominante de la jurisprudencia constitucional, sobre si sólo los bienes y

derechos de rango constitucional son hábiles para restringir derechos fundamentales (reserva de Constitución), posición doctrinal dominante y tesis que sigue el Tribunal Constitucional, con alguna excepción (más bien aparente); y su análisis es digno de leerse, exponiendo las distintas argumentaciones a favor y en contra.

En nuestra opinión, sin embargo, como tantas veces ha dicho el Tribunal Constitucional y como nosotros hemos argumentado en otro momento,[1] sólo los fines constitucionales (en el sentido de que tienen ese rango) pueden restringir los derechos fundamentales, pues así lo impone, a nuestro juicio, el principio de unidad de la Constitución (ésta no puede "vaciarse" por medio de normas que carecen de ese rango), como es mérito de Hesse haber destacado y explicado con claridad meridiana y sencillez insuperable, bien que en un contexto normativo diferente (como el alemán):

> Dado que las garantías de las libertades iusfundamentales se fundan en la Constitución, así los límites a estas garantías sólo en la Constitución pueden encontrar su fundamento. A causa de la importancia de los derechos fundamentales para el estatus del individuo y para el orden en su conjunto de la Comunidad, se trata de tomar en serio la Constitución escrita en la limitación de los derechos fundamentales; y esto tanto más cuando la Constitución escrita regula aquellas posibilidades de limitación no a través de una cláusula general, sino a través de reservas de ley específicas, cuidadosamente escalonadas. Por ello, hay que tener especial precaución, como regla, con las limitaciones no escritas. Se necesita la verificación de que se trata de limitaciones de derecho constitucional no escrito. La mera afirmación de que la protección de un "bien de la comunidad de rango superior" exige la limitación, no es para ello suficiente.

Ahora bien, a nuestro juicio, la exigencia de que un bien o derecho tenga rango constitucional no obsta a considerar a la protección de los animales como un posible límite legítimo a los derechos fundamentales, ya que la misma puede considerarse un fin de rango consti-

[1] En nuestro libro *Los límites a los derechos fundamentales*, pról. de F. Fernández Segado, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 369 y ss. Compréndanse, y discúlpense, estas "autocitas" como una remisión, en aras de la brevedad, a una exposición mucho más detallada desarrollada en otros momentos sobre estos temas.

tucional (aunque no totalmente expreso ni directo, sino implícito e indirecto), pues para ello bastan, en una interpretación de conjunto, las normas que establecen las competencias del Estado o las comunidades autónomas sobre la ganadería, la pesca, caza marisqueo, acuicultura, y el medio ambiente, así como el propio derecho a un medio ambiente adecuado y a la utilización racional de los recursos naturales (lo que incluye a la fauna, como uno de los reinos clásicos de la naturaleza), pues creemos que las normas competenciales pueden habilitar restricciones a los derechos fundamentales en cuanto que encierren un interés no neutral de la Constitución por la protección amparo de ciertos bienes jurídicos.[2] Esto significa que la protección de los animales es un fin de rango constitucional, hábil, pues, en abstracto, para restringir derechos fundamentales, siendo cuestión distinta que sea hábil (sin entrar ahora en si la restricción es o no proporcionada) para restringir uno u otro derecho fundamental en concreto en un determinado caso o supuesto, que es algo a determinar caso a caso (así, por ejemplo, será más fácil encuadrar a la protección de animales entre los derechos de todo el título I como límite de las libertades del artículo 20, CE, o entre el "orden público con peligro para personas y bienes" como límite de la libertad religiosa, por ejemplo).

IV. Y esto último es algo que Doménech aborda ya en la parte final de su libro. Una vez aclarado que la protección de los animales es un fin constitucionalmente legítimo para restringir derechos fundamentales, aun no teniendo rango constitucional, Doménech se refiere a otros tests que tiene que pasar la medida restrictiva del derecho fundamental que persiga dicho fin de protección de animales para poder ser considerada conforme a la Constitución,[3] y aquí se refiere

[2] La cuestión, que Doménech no aborda ex profeso, la hemos tratado en *ibidem*, pp. 175 y ss.

[3] Sobre estos tests, en detalle, véanse nuestras amplias consideraciones en *ibidem*, pp. 311 y ss. A nuestro modo de ver, estos requisitos serían: 1. Reserva de ley; 2. Exclusividad jurisdiccional en el proceso penal y reserva jurisdiccional general; 3. Generalidad de las leyes restrictivas; 4. No retroactividad de las leyes restrictivas; 5. Principio de proporcionalidad: A. Finalidad constitucional de la medida; B. Adecuación o idoneidad: a. Adecuación formal o procedimental; b. Adecuación objetiva; c. Adecuación subjetiva; C. Necesidad; D. Proporcionalidad en sentido estricto; E. Contenido esencial.

el autor, ante todo, a la proporcionalidad (con sus tres subprincipios de adecuación, idoneidad o utilidad; necesidad; y proporcionalidad en sentido estricto), al principio de legalidad y a la motivación de los actos restrictivos de derechos fundamentales (que, en nuestro criterio, es algo que forma parte de la proporcionalidad, en concreto del subprincipio de adecuación o idoneidad formal o procedimental, pues un acto administrativo restrictivo de derechos fundamentales desprovisto de motivación no puede nunca ser adecuado para restringir tales derechos desde una perspectiva formal o procedimental). Son especialmente valiosas las consideraciones del autor sobre la necesidad de precisión y previsión normativas de la intervención o injerencia en el derecho fundamental, y sobre las posibilidades de colaboración reglamentaria en la materia, así como la habilidad de las normas comunitarias (o su transposición mediante Reglamentos nacionales) para prever restricciones a los derechos fundamentales nacionales, aunque no podamos tampoco compartir, en su generalidad, la tesis del autor de que "debe admitirse la posibilidad de realizar intervenciones en dicho ámbito desprovistas de la obligada cobertura legal en la medida en que resulten adecuadas, necesarias y no excesivas para proteger otro bien constitucional", pues tomarse en serio las exigencias constitucionales para la restricción de los derechos fundamentales, como sin duda lo hace Doménech, conlleva, a nuestro modo de ver, asumir hasta sus últimas consecuencias su aplicación escalonada y, desde luego, tomarse también en serio la reserva de ley, pues aquí, como tantas veces en derecho, pero de modo particularmente intenso en este caso, las formas son sustancia.[4]

Es decir, la Constitución no exige, para que una restricción a un derecho fundamental sea legítima, que la misma respete la reserva de ley o esté prevista en una norma general o irretroactiva, o persiga un fin constitucional, o sea adecuada o idónea, o sea necesaria —es decir proporcionada— en sentido estricto, o no viole su contenido esencial, etcétera, sino que la Constitución exige que respeten todos y cada uno de esos requisitos, y por ello hay que analizar su concurrencia de un modo escalonado, y si alguno de tales requisitos

[4] Pero esta es una cuestión espinosa apenas trabajada en nuestra doctrina, y que Doménech vuelve a plantear provocadoramente en su último libro, recién publicado, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Madrid, CEPC, 2006.

no se observa, el derecho se habrá vulnerado, y no será preciso continuar ya el examen de las restantes exigencia (aunque un Tribunal Constitucional, con poco rigor dogmático pero de modo a veces comprensible, pueda continuar dicho examen para dotar de más peso a sus razonamientos tendentes a la declaración de ilegitimidad constitucional de la restricción, como argumentación *ad abundantiam* en suma). Ello implica que una restricción a un derecho fundamental, para ser legítima constitucionalmente, habrá de respetar la reserva de la ley, y estar prevista en una norma general e irretroactiva, y perseguir un fin constitucional, ser adecuada o idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto y no vulnerar su contenido esencial (son exigencias cumulativas, copulativas, no disyuntivas). No es, por ello, admisible, en concreto, admitir una suerte de "sanación" de los defectos de la previsión o precisión normativas (reserva de ley) por medio de una aplicación más cuidadosa o estricta de la proporcionalidad, ni siquiera en los casos en que el Tribunal Constitucional así lo ha hecho para tratar de eludir, burdamente desde nuestro punto de vista,[5] las exigencias derivadas del Convenio Europeo en su interpretación por el Tribunal de Estrasburgo, tras la condena a España en el caso "Valenzuela" (compartimos, en este sentido, el atinadísimo voto particular de Cruz Villalón a la STC 49/1999: "las carencias de previsibilidad no son susceptibles de una subsanación ex *post facto*"), y mucho menos puede admitirse una generalización de esa doctrina tan excepcional como injustificada, como parece propugnar Doménech, si bien sin precisar más sus consideraciones. No nos parece, pues, que sea admisible la que hemos llamado utilización *contra cives* del principio de proporcionalidad para suplir deficiencias en la ley, pues la proporcionalidad no es una suerte de varita mágica que permita convertir en lícitas (sanar) restricciones a los derechos fundamentales que no son legítimas en tanto que no respetan la reserva de ley, ya que ello reduciría virtualmente a la nada un requisito que, histórica y jurídicoconstitucionalmente, tiene una trascendencia enorme y un fundamento profundamente democrático.[6] Sin embargo, el propio Domé-

[5] Muy críticos, al respecto, nos mostramos en *op. cit.*, nota 1, pp. 316 y ss.

[6] No obstante, podría haber casos excepcionales cuando se trate de equilibrar bienes constitucionales colisionantes, especialmente en el marco de deberes constitucionales de protección por parte de Estado, pero ello es algo a examinar con mucha

nech, más allá de su afirmación inicial en el sentido comentado, luego no parece proyectar esa interpretación sobre el asunto concreto analizado, ya que habla de "cumplimiento estricto" del que llama "principio de legalidad" (reserva de ley) de la necesidad de que sus exigencias se cumplan "de manera especialmente estricta", algo que merecería que el autor aclarara en estudios ulteriores, y parece ser que lo ha hecho así ya en su último libro, antes mencionado, que tenemos pendiente de leer.

V. Estamos, pues, ante una obra de lectura recomendada no sólo ya para los interesados por la problemática de la protección de los animales como posible límite a los derechos fundamentales,[7] sino, más allá de ello, para todos los preocupados por las restricciones a los derechos fundamentales y su tratamiento jurídico constitucional, pues las reflexiones del autor con frecuencia trascienden al concreto objeto de su examen y, desde luego, sus consideraciones se formulan desde un enfoque dogmático jurídico constitucional riguroso, algo que no abunda entre nosotros, como lo pone de manifiesto que este libro de ocasión, en este comentario, debate sobre cuestiones generales de la dogmática de los derechos fundamentales más allá de su concreta proyección sobre la protección de los animales. Esto indica altura conceptual, que Doménech además hace compatible con una gran claridad expositiva, y sólo por ello este libro merece bien una lectura de todos los interesados por los derechos fundamentales.

Joaquín Brage Camazano*

precaución. Sobre ello, véase *ibidem*, p.182 (nota 474). Mucho más discutible es ya la operatividad de la llamada cláusula de orden público respecto de los derechos fundamentales. Pero precisamente lo que debe hacerse es discutir y polemizar sobre estas cuestiones para tratar de llegar a conclusiones lo más racionales posibles.

[7] Sobre ello, *cfr*. Nuestro trabajo "Libertad religiosa, libertad de profesión y matanza de animales (comentario a dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 12-13, 2003, pp. 397, y es accesible en internet en *www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons//cont/12/not/not13.pdf*.

* Universidad Complutense de Madrid.