

THOMSON

CIVITAS



TM

Revista española de Derecho Administrativo

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL

Libertad artística y espectáculos
taurino-operísticos.

121

*ENERO
MARZO
2004*



LIBERTAD ARTÍSTICA Y ESPECTÁCULOS TAURINO-OPERÍSTICOS

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL CASO «CARMEN, ÓPERA ANDALUZA DE CORNETAS Y TAMBORES»
- III. OTROS EJEMPLOS DE UTILIZACIÓN DE ANIMALES EN EL ARTE
- IV. EL DERECHO FUNDAMENTAL A UTILIZAR ANIMALES CON FINES ARTÍSTICOS—1. *Tres maneras de enfocar el problema*—2. *Contenido «prima facie» y contenido definitivo de los derechos fundamentales*—3. *El contenido «prima facie» de la libertad artística*
- V. LOS LÍMITES DEL DERECHO A UTILIZAR ANIMALES EN EL ARTE—1. *Doctrina general*—2. *La interpretación del artículo 4 de la Ley catalana 3/1988-A. Tres interpretaciones judiciales distintas*—B. *Finalidades de la regulación*—C. *El carácter desproporcionado de la prohibición de los espectáculos taurino-operísticos*—3. *La reacción del legislador catalán*
- VI. RECAPITULACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Hasta en España ha aumentado últimamente la sensibilidad social por el bienestar de los animales, considerado no como un instrumento para la satisfacción de necesidades humanas —que también—, sino como algo intrínsecamente valioso. El reflejo jurídico de este fenómeno es bien visible. Impulsados en gran medida por acuerdos internacionales y el Derecho comunitario, el Estado, las Comunidades Autónomas e incluso algunos Municipios han dictado diversas normas legales y reglamentarias al objeto de regular «el buen vivir y el buen morir de los animales»¹.

Lo llamativo y pintoresco de estas regulaciones no debe impedirnos ver los problemas jurídicos de gran calado que plantean. El de si los animales tienen, pueden o deberían tener derechos es hasta la fecha el que mayor atención ha concitado entre los pocos autores españoles que se han adentrado en este campo². Se trata, sin embargo, de una cuestión de dudoso interés práctico. Lo relevante jurídicamente no es considerar a los animales como personas y atribuirles derechos que obviamente nunca podrán ejercer por sí mismos, sino imponer a los humanos obligaciones en aras del bienestar animal y establecer los mecanismos adecuados para asegurar su cumplimiento.

En este campo hay problemas que, la verdad, nos parecen más interesantes y acuciantes, como por ejemplo el de las restricciones que las Leyes protectoras de los animales imponen a varios derechos reconocidos en la Constitución. Aquí están en juego cuando menos: la libertad científica y técnica, con ocasión de la experimentación con animales³; la libertad religiosa, en relación con los sacrificios rituales practicados en algunas comunidades⁴; la libertad personal, una vez entre en vigor la Ley Orgánica de reforma del Código Penal que castiga con penas de prisión determinados malos tratos⁵;

¹ Vid. MUÑOZ MACHADO, *Los animales y el Derecho*, Civitas, Madrid, 1999, pgs. 79 y ss.

² Vid. BELLVER CAPELLA/CATALÁ BAS, «El estatuto ético-jurídico de los animales. Revisión de la legislación española», *Rev. General de Derecho*, 589-590, 1993, pgs. 9633-9653; DE LORA, «Los animales como sujetos de derechos», *Estado, justicia, derechos*, ed. Díaz, Alianza, Madrid, 2002, pgs. 435-464; GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español*, EUNSA, Barañáin, 1994, t. II, pgs. 180 y ss.; MOSTERÍN, *¡Vivan los animales!*, Debate, Madrid, 1998, pgs. 318 y ss.; MUÑOZ MACHADO, *ob. cit.* (nota 1), pgs. 63 y ss. y 100 y ss.; RIECHMANN, *Animales y ciudadanos*, con Mosterín, Talasa, Madrid, 1995, pgs. 173 y ss.

³ Vid. RIECHMANN, «La experimentación con animales», en *Bioética, Derecho y sociedad*, ed. Casado, Trotta, Madrid, 1998, pgs. 221-259.

⁴ Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Sacrificios rituales de animales, autorización administrativa y libertad religiosa», *RAP*, 161, 2003, pgs. 221-238.

⁵ Según el nuevo art. 337 del Código Penal, redactado según la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, «los que maltrataren con ensañamiento e injustificadamente a animales domésticos causándoles la muerte o provocándoles lesiones que produzcan

la tutela judicial efectiva, afectada por alguna disposición que declara inembargables los animales de compañía⁶; y la propiedad y las libertades profesional y de empresa, limitadas por numerosos preceptos reguladores de la tenencia, cría, compraventa, adiestramiento, custodia, diagnóstico y tratamiento de enfermedades, acicalamiento, recogida, transporte y sacrificio de animales. Estos conflictos entre derechos fundamentales y bienestar animal sí tienen interés práctico, como lo ilustran los abundantes pleitos surgidos en países europeos donde las Administraciones públicas, al parecer, hacen cumplir las Leyes. Si en España no ha ocurrido algo similar no es porque aquí tratemos mejor a los animales o porque nuestra legislación sea mucho más permisiva –aunque algo de esto último hay–, sino porque las autoridades han tolerado en líneas generales el incumplimiento de la normativa vigente.

El caso que comentamos es, salvo error nuestro, el primero enjuiciado por los Tribunales españoles que versa sobre las restricciones de los derechos fundamentales impuestas en aras del bienestar animal. Aquí se daban circunstancias muy singulares que propiciaron que la Administración pusiera un empeño fuera de lo común en ejecutar, con acierto o sin él, las normas vigentes en este ámbito. Pero hay indicios de que las cosas pueden cambiar y de que a este litigio le pueden seguir otros.

II. EL CASO «CARMEN, ÓPERA ANDALUZA DE CORNETAS Y TAMBORES»

Cierta sociedad mercantil había solicitado a la Generalidad de Cataluña autorización para representar en la Plaza Monumental de Barcelona esta obra ideada por el dramaturgo sevillano Salvador TÁVORA, advirtiendo que en el intermedio se realizaría la corrida de un solo toro mediante el arte del rejoneo con arreglo a lo exigido en el reglamento de espectáculos taurinos.

La Generalidad prohibió la representación aduciendo que «el rejoneo de un solo toro previsto durante el intermedio del espectáculo de la ópera «Carmen» no se puede llevar a cabo por no encontrarse en ninguno de los dos supuestos de excepción previstos en el artículo 4 de la Ley [catalana] 3/1988, de Protección de Animales, dado que forma parte integrante del citado espectáculo». Conviene transcribir lo que este precepto legal –hoy derogado– decía, y que no difiere demasiado de lo establecido en la legislación de otras Comunidades Autónomas:

«1. Se prohíbe el uso de animales en espectáculos, peleas y otras actividades si ello puede ocasionarles sufrimiento o pueden ser objeto de burlas o

un grave menoscabo físico, serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales».

⁶ Vid. el art. 2.3 de la Ley catalana 22/2003, de 4 de julio, de Protección de los Animales.

tratamientos antinaturales, o bien si puede herir la sensibilidad de las personas que los contemplan.

2. Quedan excluidas de forma expresa de dicha prohibición:

a) La fiesta de los toros en aquellas localidades en donde, en el momento de entrar en vigor la presente Ley, existan plazas construidas para celebrar dicha fiesta.

b) Las fiestas con novillos sin muerte del animal (*corre-bous*) en las fechas y localidades donde tradicionalmente se celebren»⁷.

La sociedad interesada impugnó la resolución a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, pero el juzgador de primera instancia desestimó el recurso por entender que la actora, limitada al ámbito mercantil de explotar la representación, no era titular del derecho a la creación y producción artística invocado.

Interpuesto recurso de apelación, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de julio de 2001 (RJCA 2001, 1495) lo estimó declarando la conculcación de la libertad artística y reconociendo el derecho de la actora a obtener una indemnización de cuarenta millones de pesetas. Esta Sentencia, que en adelante designaremos *Carmen I*, venía acompañada de un interesante voto particular.

La posterior desestimación del recurso de casación en interés de la Ley formulado por la Generalidad tiene un interés menor para nosotros, pues el Tribunal Supremo no entró en el fondo del asunto al entender, en primer lugar, que la normativa aplicada al caso era autonómica y, en segundo

⁷ El art. 4 de la Ley balear 1/1992, de 8 de abril, de Protección de los Animales que viven en el Entorno Humano, exige que las corridas «se celebren en locales denominados plazas de toros, cuya construcción sea de carácter permanente y cuya puesta en funcionamiento sea anterior a la entrada en vigor de esta ley»; y el art. 4.2.a) de la Ley madrileña 1/1990, de 1 de febrero, de Protección de los Animales Domésticos, permite la fiesta de los toros «en aquellas fechas y lugares donde tradicionalmente se celebra», estableciendo que «su extensión, a otras localidades requerirá la autorización previa de las autoridades competentes, y el cumplimiento de las condiciones que reglamentariamente se establezcan». Otras leyes autonómicas permiten las corridas sin imponer semejantes requisitos adicionales. *Vid.* la disp. adicional 1.ª de la Ley castellano-manchega 7/1990, de 28 de diciembre, de Protección de los Animales Domésticos; el art. 6 de la Ley cántabra 3/1992, de 18 de marzo, de las Normas reguladoras de Protección de Animales; el art. 5 de la Ley gallega 1/1993, de 13 de abril, de Protección de Animales Domésticos y Salvajes en Cautividad; el art. 3.1.d) de la Ley vasca 6/1993, de 29 de octubre, de Protección de Animales; los arts. 2.2.n) y 4 de la Ley Foral Navarra 7/1994, de 31 de mayo, de Protección de los Animales; el art. 6 de la Ley castellano-leonesa 5/1997, de 24 de abril, de Protección de los Animales de Compañía; el art. 6 de la Ley riojana 5/1995, de 22 de marzo, de Protección de los Animales, redactado con arreglo a la Ley 2/2000, de 31 de mayo; el art. 4 de la Ley 5/2002, de 23 de mayo, de Protección de los Animales en la Comunidad Autónoma de Extremadura; el art. 2.2.b) de la Ley asturiana 13/2002, de 23 de diciembre, de Tenencia, Protección y Derechos de los Animales; y el art. 33 de la Ley 11/2003, de 19 de marzo, de Protección Animal en la Comunidad Autónoma de Aragón; y el art. 2.b) de la Ley andaluza 11/2003, de 24 de noviembre, de Protección de los Animales.

término, que lo singularísimo del espectáculo hacía innecesario sentar una doctrina legal aplicable en lo sucesivo, ya que difícilmente iban a darse situaciones similares en el futuro⁸. No concurrían, pues, los requisitos exigidos por el artículo 100.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para utilizar este recurso.

Pero ahí no acabó el sainete. Antes de que se pronunciara el Supremo, los interesados ya habían solicitado de nuevo autorización para representar en la misma plaza «Carmen, ópera andaluza de cornetas y tambores, según la Leyenda primitiva contada por viejas cigarreras de Triana». La Administración catalana autorizó esta vez la representación, pero «siempre y cuando no se [llevase] a término el rejoneo». A la vista del precedente, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente declaró que esta resolución vulneraba la libertad artística, y lo propio hizo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de junio de 2003 (en lo sucesivo *Carmen II*)⁹, que por cierto cuenta con dos jugosos votos particulares.

III. OTROS EJEMPLOS DE UTILIZACIÓN DE ANIMALES EN EL ARTE

Sólo el panorama europeo actual proporciona no pocos ejemplos de creaciones artísticas en las que se han empleado estos materiales. Encontramos, en primer lugar, obras elaboradas con animales muertos, sacrificados previamente para la ocasión.

Damien HIRST, «el *enfant terrible* del arte británico actual»¹⁰, ha saltado a la fama principalmente por ser el autor de impactantes composiciones en las que aparecen cadáveres de diversos animales —peces, tiburones, cerdos, corderos, vacas, mariposas, etc.— en estado de putrefacción, disecados, seccionados, laminados y/o flotando en estanques de formaldehído. En 1995 le fue otorgado el prestigioso premio *Turner* por su contribución al arte contemporáneo¹¹.

Hermann NITSCH, uno de los más significados integrantes del llamado accionismo vienés, todavía continúa en activo representando de vez en cuando su teatro del misterio orgiástico (*Orgien Mysterien Theater*), espectáculo de seis días de duración donde el sexo, la violencia, las crucifixiones, la revulsión, la provocación, la sangre —últimamente de pega— y las vísceras juegan un papel protagonista¹².

No tan conocida pero aparentemente más espectacular fue la *performance* llevada a cabo por el polifacético Wolfgang FLATZ en julio de 2001 en Berlín. Justo en el momento en que este artista austriaco aparecía completamente

⁸ STS de 28 de enero de 2003 (RJ 2003, 2013)).

⁹ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, rollo de apelación 23/03.

¹⁰ ¿Es esto arte? (<http://www.el-mundo.es/larevista/num121/textos/artel.html>)

¹¹ Vid., por ejemplo, <http://www.artcyclopedia.com/artists/hirst—damien.html>.

¹² Vid. <http://www.nitsch.org/>

desnudo, ensangrentado y suspendido por una grúa a cuarenta metros de altura, irrumpió un helicóptero desde el que se arrojó el cadáver de una vaca trufado con artículos pirotécnicos. Al estrellarse contra el suelo y explotar, por así decirlo, entraron en escena varias parejas de bailarines sobre los cuales el autor dejaba gotear su propia sangre desde arriba al tiempo que cantaba su nueva canción «*Fleisch*». Todo ello en mitad de un gran escándalo¹³.

También se han empleado animales vivos. El griego Jannis KOUNELLIS, una de las figuras más destacadas del *arte povera*, lleva utilizándolos desde la década de los años sesenta. Hemos de recordar que el Museo Reina Sofía, ante las protestas que estaba levantando una composición suya en la que aparecía un papagayo, decidió retirarlo de la obra siguiendo los consejos nada menos que de la Guardia Civil, «a pesar de que el animal se encontraba perfectamente y, por así decirlo, tenía los papeles en regla»¹⁴.

En Francia se ha suscitado recientemente una fuerte polémica en torno a la adquisición por el Museo de Arte Moderno de París de la escultura de Marcel BROODTHAERS (1924-1976) titulada «*Ne dites pas que je ne lai pas dit, le perroquet*», en la que aparece un loro vivo enjaulado al lado de un magnetófono que repite incesantemente la frase «*moi je dis, moi je dis*»¹⁵.

En Alemania hay que reseñar dos representaciones que desembocaron en sendos procesos. La primera era una *performance* a través de la cual la artista Siglinde KALLNBACH, con ocasión del cuadragésimo aniversario de la República Federal, pretendía llamar la atención sobre los peligros del neofascismo y el maltrato a las mujeres, a los niños y a los marginados. Tras llevar a cabo diversas acciones, la artista, vestida de negro, rojo y amarillo, terminaba llenando una pecera con una masa viscosa compuesta por huevos y restos de salchichas para, a continuación, introducir repetidamente en ella un periquito al compás del himno nacional. La artista fue sancionada administrativamente por encajar los hechos en el tipo «causar sin justificación razonable dolor, padecimientos o lesiones a un animal vertebrado» (§ 18.1.1 *Tierschutzgesetz*), pero un Tribunal de Kassel anuló la sanción por considerar que la actuación venía legitimada por la libertad artística, que no podía ser limitada para salvaguardar un bien jurídico, como la protección de los animales por sí mismos, carente de rango constitucional¹⁶.

La segunda era una pieza de teatro titulada «*Algunas bestias*» en la que uno de los actores decapitaba una gallina con un cuchillo embadurnándose

¹³ Vid. <http://kultur.orf.at/orfon/kultur/010716-5755/5782txt—story.html>

¹⁴ Vid. *El Mundo* de 11 y 12 de enero de 1997.

¹⁵ El día 16 de junio de 2003, el Alcalde de París ha comunicado que no adquirirá finalmente la obra (vid. <http://www.paris.fr/FR/La—Mairie/executif/communiques/mandature—actuelle/COMM—MAIRE/COM18062003—2.htm>).

¹⁶ Resolución del *Amstgericht Kassel* de 5 de octubre de 1990 (NStZ, 1991, pgs. 443 y ss.). En segunda instancia, la Resolución del *Oberlandesgericht Frankfurt* de 4 de junio de 1991 (NJW, 1992, pgs. 1639 y 1640) consideró que los hechos no eran típicos debido a la escasa intensidad de los padecimientos ocasionados al periquito

luego su cuerpo desnudo con la sangre resultante en protesta por los derechos humanos. El *Landesgericht* de Colonia consideró que esta acción encajaba en el tipo penal «matar sin justificación razonable a un animal vertebrado» (§ 17.1 *Tierschutzgesetz*) y no venía cubierta por las libertades de expresión o artística¹⁷.

A un célebre artista brasileño afincado en los Estados Unidos de América, Eduardo KAC, debemos la creación que más nos ha sorprendido: una coneja albina que se vuelve verde fluorescente y brilla en la oscuridad cuando se la expone a rayos ultravioleta o a luz azul. Esta peculiaridad de Alba –así se llama la criatura– obedece a que le hicieron las modificaciones genéticas oportunas a fin de que expresara la *GFP* (proteína verde fluorescente) característica de la medusa *Aequorea Victoria*. Ha nacido el arte transgénico¹⁸.

Y qué les vamos a contar de España. Bien mirado, también el toreo constituye o puede constituir una manifestación artística, según reconocen incluso algunas disposiciones legales y reglamentarias. El preámbulo de la Orden del Ministerio de la Gobernación de 10 de febrero de 1953, de edad, peso y defensas de las reses, por ejemplo, advierte que «se funden en la llamada fiesta nacional facetas de valor, destreza, riesgo y gracia, que dan elevado rango artístico a lo que sin ellas pudiera ser estimado cruento sacrificio de un noble y bravo animal». Y en el preámbulo del Real Decreto 145/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica y da nueva redacción al reglamento de espectáculos taurinos, se nota cómo la lidia del toro bravo «no puede ser objeto de una regulación pormenorizada de todas sus secuencias, al estar sujeta a otro tipo de normas... motivadas por criterios artísticos...». Pero la disposición más clara en este punto es el artículo 6.2 de la Ley cántabra 3/1992, de 18 de marzo de Protección de los Animales, que excluye a las fiestas de los toros de la prohibición de usar animales en espectáculos y actividades que puedan ocasionarles sufrimientos, pues aquéllas, «como conjunto de actividades artísticas y culturales, son exponentes de nuestro acervo histórico».

IV. EL DERECHO FUNDAMENTAL A UTILIZAR ANIMALES CON FINES ARTÍSTICOS

La primera cuestión que plantea el caso analizado es si la libertad artística del artículo 20.1.b) de la CE ampara la realización de obras –v. gr., un espectáculo taurino-operístico– donde se maltrate o cause sufrimiento a un animal.

1. Tres maneras de enfocar el problema

Las dos Sentencias del Tribunal Superior de Justicia catalán dan una res-

¹⁷ Resolución del *Landesgericht Köln* de 2 de febrero de 1989 (NuR, 1991, pgs. 42 y ss.).

¹⁸ Vid. www.ekac.org/

puesta afirmativa al problema planteado, pero apenas se detienen en justificarla convincentemente:

«No surge, pues, como dudoso que el espectáculo “Carmen, ópera andaluza de cornetas y tambores” emerja como una creación artística en un conjunto único en que se establece un paréntesis... para realizar la lidia del toro conforme a lo establecido en la normativa al respecto... Constituye, pues, conculcación del derecho fundamental esgrimido la no autorización del espectáculo en su totalidad cuando ambas partes, la teatral-musical y la taurina, se ajustan a la vigente normativa sobre espectáculos» (STSJ *Carmen I*).

«Bajo la apariencia de autorizar el espectáculo, sometiéndolo a la condición de supresión en el mismo del rejoneo, viene, en definitiva, a prohibir una parte de la total creación artística que... se trataba de representar» (STSJ *Carmen II*).

La postura contraria se sostiene en el voto particular del Magistrado BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT a la Sentencia *Carmen II*. El argumento invocado es que el maltrato a los animales constituye un ilícito penal:

«La libertad de producción y creación artística que garantiza el art. 20.1.b) de la Constitución no ampara el hecho de representar o realizar espectáculos teatrales u operísticos en que se proceda a maltratar o provocar sufrimiento a los animales.

La inclusión en la Ópera Carmen... de un acto de rejoneo de un toro bravo que supone la causación de graves maltratos, no está preservada en el contenido constitucionalmente garantizado de la libertad de creación artística, al tipificarse en el Código Penal, en el artículo 632, como falta contra los intereses generales, la acción de maltratar cruelmente a los animales domésticos o a cualquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente».

Por último, la Magistrada CLÈRIES NERIN advierte en sus dos votos particulares que, si bien el artista goza de libertad para crear sus obras, éste no es un derecho absoluto, sino de configuración legal, que debe respetar los límites establecidos en el artículo 20.4 de la CE y en las Leyes que lo desarrollen. Pues bien, la legislación catalana establecía limitaciones determinantes de la prohibición del espectáculo cuestionado que encontraban una cobertura suficiente en los motivos indicados en dicho artículo 20.4. Si el Tribunal consideraba que estas limitaciones legales contravenían la norma suprema, lo que debería haber hecho es elevar una cuestión de inconstitucionalidad.

2. Contenido «prima facie» y contenido definitivo de los derechos fundamentales

El texto constitucional reconoce este y otros derechos fundamentales en unos términos extremadamente abstractos y, por lo tanto, amplios: prácticamente se limita a enunciar un bien –v. gr., la vida, la educación, la creación y producción artística– para cuya satisfacción se otorga el derecho, sin precisar las conductas a las que se tiene derecho. Interpretados literal y teleológi-

camente, los correspondientes preceptos otorgarían derechos a realizar cualesquiera conductas que interesasen a determinados bienes¹⁹.

Sin embargo, es obvio que los derechos fundamentales no pueden tener un contenido tan vasto. A nadie se le ocurre decir que la Constitución permite asesinar a una persona en el marco de una zarzuela, pintar un autorretrato en un transitado cruce de calles o decorar con un *spray* la propiedad ajena. El problema es cómo reducir el alcance que se deduce de aquella interpretación literal y teleológica. En la doctrina alemana, que es donde se ha estudiado el problema con mayor profundidad, existe un amplio consenso acerca de que el método a seguir responde al siguiente esquema²⁰.

En primer lugar, hay que determinar el supuesto de hecho o ámbito de protección (*Schutzbereich*) del derecho fundamental. Esta expresión designaría el bien jurídico protegido por éste, bien que a su vez indicaría el alcance potencial o *prima facie* del derecho. De acuerdo con la concepción amplia del ámbito de protección, el mismo comprendería cualesquiera conductas que interesaran al bien para cuya satisfacción se otorga el derecho²¹. Así, la libertad artística permitiría *en principio* llevar a cabo todas las acciones mentadas en el párrafo anterior. Hay quien sostiene, sin embargo, concepciones más estrechas de este ámbito, excluyendo del mismo algunas actuaciones aparentemente cubiertas por el tenor literal del correspondiente precepto constitucional, como por ejemplo las que supongan un ejercicio abusivo.

El segundo paso consiste en determinar si una concreta actuación de los poderes públicos supone una intervención (*Eingriff*) en dicho ámbito²², es decir, si perjudica o recorta las posibilidades de actuación reconocidas *prima facie* por la Constitución. La prohibición de realizar las actividades pictóricas señaladas constituiría, por lo tanto, una intervención en —o limitación o restricción de— la libertad artística.

Por último, hay que juzgar si la intervención está suficientemente justificada, es decir, si cumple los requisitos de índole formal y material exigidos por la Constitución. Entre los formales destaca la reserva de Ley y el mandato de tipicidad: sólo son lícitas las intervenciones que estén predeterminadas en una Ley con el suficiente grado de detalle como para que los ciudadanos puedan calcular las consecuencias de sus comportamientos y se evite la arbi-

¹⁹ En sentido similar, *vid.* VILLAVERDE MENÉNDEZ, «Concepto, contenido, objeto y límites de los derechos fundamentales», *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, CEPC, Madrid, 2002, pgs. 528 y ss.

²⁰ *Id.*, por ejemplo, DREIER, *Grundgesetz Kommentar*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, t. I, Vorbemerkungen vor Art. 1 GG, m. 78 y ss.; ISENSEE, «Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, dirs. ISENSEE, KIRCHHOF y MÜLLER, Heidelberg, 1988, t. V, § 111, m. 37 y ss.

²¹ *Id.*, por todos, ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1986, trad. Garzón Valdés, CEC, Madrid, 1993, pgs. 311 y ss.

²² Sobre este concepto, *vid.* los trabajos de BETHGE y WEBER-DÜRLER publicados en *VVDStRL*, 57, 1998.

triedad de los poderes públicos encargados de intervenir²³. Los requisitos materiales se resumen en que el Estado corre con la carga de justificar la proporcionalidad de la intervención²⁴, es decir, que ésta resulta útil, necesaria y no excesiva para lograr un fin legítimo. Así, la prohibición legal de pintar en una cruce de calles es lícita debido a que se trata de una intervención proporcionada para proteger, cuando menos, la libertad de circulación y la integridad física de peatones y conductores.

Nótese que el alcance definitivo del derecho fundamental resulta de reducir justificadamente su alcance *prima facie*. El contenido definitivo del derecho se obtiene limitando su contenido potencial conforme a ciertas reglas.

Hay autores, sin embargo, que consideran que el contenido de estos derechos debe ser precisado «de un solo golpe», sin seguir el método escalonado expuesto. De acuerdo con esta tesis, no existiría un contenido *prima facie* y un contenido definitivo del derecho, sino sólo un contenido a secas. Entre los partidarios de esta postura, destaca DE OTTO, quien siguiendo de cerca los pasos de MÜLLER²⁵ sostiene que el contenido de los derechos fundamentales debe determinarse mediante una interpretación directa de la norma constitucional. El lema rezaría: «Nada de [ponderación], sino exégesis de los preceptos constitucionales en presencia, determinación de su objeto propio y del contenido de su tratamiento jurídico»²⁶.

A nosotros nos parece preferible seguir el método escalonado y, además, partir de una concepción amplia del supuesto de hecho o ámbito de protección, porque de esa manera se garantizan mejor y más efectivamente los derechos fundamentales: por un lado, se amplía el alcance de las garantías formales establecidas para salvaguardarlos frente a la arbitrariedad estatal –v. gr., la reserva de Ley y el mandato de tipicidad–; y, por otro, se aumenta la racionalidad del método a través del cual se determina el contenido de estos derechos.

Los defensores de teorías estrechas y del método que podríamos llamar «monofásico» suelen utilizar criterios carentes de fundamento constitucional para estrechar el ámbito de protección o determinar el contenido de los derechos fundamentales. MÜLLER, por ejemplo, considera que la Constitución sólo protege las «modalidades estructuralmente necesarias, específicas», del ejercicio del correspondiente derecho, entendiendo por tales aquellas que no son «intercambiables», es decir, aquellas respecto de las cuales

²³ Vid. ISENSEE, *ob. cit.* (nota 20), § 111, m. 69 y ss.

²⁴ ISENSEE, *ob. cit.* (nota 20), § 111, m. 71.

²⁵ MÜLLER, *Die Positivität der Grundrechte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, *passim*, esp. pgs. 18 y ss.

²⁶ DE OTTO, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», *Derechos fundamentales y Constitución*, con L. MARTÍN-RETORTILLO, Civitas, Madrid, 1988, pg. 144. En esta línea, *vid.* DE DOMINGO, *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, CEPC, Madrid, 2001, pgs. 95 y ss. y 356 y ss.; MARTÍNEZ PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1997, pgs. 64 y ss.

no existen posibilidades equivalentes de ejercicio²⁷, de manera que pintar en un cruce de calles no estaría permitido por la libertad artística²⁸. Empero esta tesis de la intercambiabilidad no encuentra apoyo ni el texto ni en los antecedentes ni en el espíritu de la Ley Fundamental alemana. Además, conduce a resultados inaceptables por cuanto elimina prácticamente la libertad, ya que ésta presupone el poder elegir entre varias opciones igualmente lícitas, es decir, «intercambiables».

A la teoría amplia del supuesto de hecho se le ha criticado que resulta inconsecuente y deshonesto prometer *prima facie* libertades potenciales que no tienen ninguna posibilidad seria de superar el tercer paso del referido esquema y consolidarse como libertades definitivas²⁹, crítica que podría hacerse extensiva al método escalonado. Pero, como señala ALEXY, en realidad resulta más honesto y convincente para los ciudadanos explicarles que la denegación del ejercicio de un derecho fundamental se justifica porque [de acuerdo con lo declarado por el legislador] la misma es útil, necesaria y no excesiva para salvaguardar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, que decirles simplemente que su comportamiento no entra dentro del contenido del derecho³⁰.

El principal reproche dirigido a la tesis a la cual nos adherimos es el protagonismo que la misma concede al criterio de proporcionalidad –en especial, al de ponderación– al objeto de juzgar la licitud constitucional de las intervenciones estatales. Ello supone un menoscabo de la igualdad y la seguridad jurídica, pues el encargado de ponderar –en última instancia, un juez– no dispone de una escala segura que le indique el peso exacto de los bienes en juego, por lo que se remitirá en mayor o menor medida a consideraciones subjetivas, casuísticas y amenazadas por la arbitrariedad³¹. Como dice DE OTTO, «la determinación del alcance de los derechos y bienes en juego se deja a una ponderación de bienes en la que éstos se comparan sin que existan criterios teóricos reconocibles que permitan valorar correctamente sus magnitudes... la decisión en favor de aquél o de éste no podrá tener más fundamento que una ponderación en la que todo es inseguridad y juicios de valor subjetivos y con la que se pone en peligro la unidad de la Constitución y su misma prioridad jerárquica, porque la obligada hermenéutica constitucional, sin la que no es posible una dogmática de los derechos fundamentales, se sustituye por un trabajo de Sísifo en el que otra vez se ha de resolver sin guía fiable problemas que renacen en cada encuentro de bienes»³².

Esta crítica nos parece infundada, pues la proporcionalidad no sustituye ni desplaza a los restantes criterios de la hermenéutica constitucional, sino que

²⁷ MÜLLER, *ob. cit.* (nota 25), esp. pgs. 87 y ss.

²⁸ MÜLLER, *ob. cit.* (nota 25), pgs. 99 y 100.

²⁹ ISENSEE, *ob. cit.* (nota 20), § 111, m. 174.

³⁰ ALEXY, *ob. cit.* (nota 21), pg. 315.

³¹ ISENSEE, *ob. cit.* (nota 20), § 111, m. 175.

³² DE OTTO, *ob. cit.* (nota 26), pg. 121.

se añade a los mismos y en consecuencia antes bien reduce la discrecionalidad del órgano encargado de interpretar los derechos fundamentales, en la medida en que le impone adicionalmente la carga de argumentar la racionalidad –utilidad, necesidad y ponderación– de sus interpretaciones. Prescindir de este criterio implica todavía una mayor discrecionalidad, subjetividad y peligro de arbitrariedad en esta tarea interpretativa³³. Debe resaltarse, además, que la extensión de la reserva de Ley aumenta con la ampliación del referido ámbito de protección, por lo que cuanto más abarque éste mayor deberá ser el papel del legislador en la interpretación de los derechos fundamentales y, por consiguiente, más legitimadas democráticamente estarán esas interpretaciones y menor será el margen de apreciación que en este campo les quede a los órganos administrativos y judiciales.

La tesis de MÜLLER y DE OTTO nos parecería aceptable si del texto de los preceptos que establecen derechos fundamentales se dedujese inequívocamente con toda precisión cuál es el alcance concreto de cada uno de ellos. Pero no es el caso. La gran abstracción e indeterminación de esos preceptos da lugar a innumerables casos problemáticos y dudosos, como lo indican los cientos de miles de páginas escritas por la doctrina y los Tribunales llenas de opiniones discrepantes. Pues bien, dado que éste es un terreno donde están en juego bienes jurídicos de la mayor importancia y en el que, sin embargo, reina la duda, se hace especialmente necesario racionalizar, justificar y legitimar democráticamente la delimitación del alcance concreto de tales derechos, exigiendo que ésta se ajuste al criterio de proporcionalidad y que sea efectuada por el legislador.

El Magistrado BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT parece sostener una concepción estrecha: no quedarían amparadas por la libertad artística aquellas conductas constitutivas de ilícito penal. Esta tesis es insostenible, no ya sólo por carecer de fundamento constitucional y de todos los inconvenientes típicos de las teorías estrechas, sino además porque con arreglo a ella el legislador podría prohibir todo tipo de manifestaciones artísticas sin que tal cosa afectara en nada a este derecho fundamental; tan sólo tendría que tipificar penalmente la realización de esas manifestaciones; dicha libertad constitucional quedaría completamente a merced de la Ley.

Además, la aplicación que de esta tesis se hace al caso enjuiciado no nos parece muy acertada. El Magistrado parte implícitamente de la premisa de que aquí resulta aplicable el todavía vigente 632 del CP que, recordémoslo, dispone que «los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente, serán castiga-

³³ Vid. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003, pgs. 471 y ss. Como señala NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, CEC, Madrid, 2000, pg. 61, una interpretación reductora del ámbito de protección implica una mayor libertad del intérprete, «al cubrir con el manto de la ficticia objetividad lo que no es sino fruto de una valoración relativa de bienes enfrentados. Se evita de este modo la argumentación requerida para una tal valoración, impidiendo, además, el control de la decisión».

dos con la pena de multa de diez a sesenta días»³⁴. La deficiente redacción de este precepto lo hace susceptible de dos interpretaciones. De acuerdo con la primera, este tipo penal recoge dos supuestos: el maltrato cruel a los animales domésticos y el maltrato cruel a cualesquiera animales realizado en un espectáculo no autorizado. De acuerdo con la segunda, se tipificaría un solo supuesto: el maltrato de animales, domésticos o de cualquier otro tipo, realizado en un espectáculo no autorizado³⁵. A nuestro juicio, la primera interpretación resulta más ajustada al tenor literal del precepto, en primer lugar, «por haberse introducido en el texto una conjunción disyuntiva que denota diferencia, separación alternativa entre dos supuestos»³⁶ y, en segundo lugar, porque de lo contrario no se entendería la referencia expresa a los animales domésticos³⁷. De todas maneras, este problema interpretativo carece de relevancia en el presente caso, pues salta a la vista que un toro bravo no es un animal doméstico: «en aras de la interpretación restrictiva de los tipos, no debe entenderse un concepto tan amplio de animal doméstico... como aquellos que se hallen bajo el control efectivo de sus dueños o responsables...; como doméstico, en conjunción con la doctrina más autorizada, debe entenderse el animal de compañía que cohabita con su dueño o propietario»³⁸. Sólo ha lugar, por lo tanto, a preguntarse si el espectáculo «Carmen» constituye un supuesto de «maltrato a un animal en un espectáculo no autorizado legalmente».

Y aquí hay que poner de manifiesto que se incurre en una evidente petición de principio cuando, para justificar que no cabe autorizar este espectáculo, se aduce que el mismo encaja en el artículo 632 citado, es decir, ¡que constituye un espectáculo no autorizado legalmente! Este razonamiento circular es inaceptable, pues da por supuesto precisamente lo que pretende demostrar.

A nosotros nos parece más acertado el punto de partida sugerido por la Magistrada CLÈRIES NERIN: la libertad artística ampara en principio la representación de la obra taurino-operística «Carmen», sin perjuicio de que su prohibición pueda constituir o no una limitación justificada sobre la base del artículo 20.4 de la CE.

3. El contenido «prima facie» de la libertad artística

Se ha dicho que lo pretendido por el artículo 20.1.b) de la norma suprema

³⁴ Sobre este precepto, *vid.* HIGUERA GUIMERÁ, «Los malos tratos crueles a los animales en el Código Penal de 1995», *Actualidad Penal*, 16, 1998, pgs. 343-362.

³⁵ Acogen esta segunda interpretación la SAP de Cantabria de 1 de septiembre de 1998 (ARP 1998, 5198) y la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de febrero de 2000 (ARP 2000, 615).

³⁶ SAP de Valencia de 9 de diciembre de 2000 (JUR 2001, 94010).

³⁷ SAP de Segovia de 15 de septiembre de 1998 (ARP 1998, 3755).

³⁸ SAP de Segovia de 15 de septiembre de 1998 (ARP 1998, 3755), que estima que un caballo no encaja en este concepto.

es la constitucionalización de los derechos de autor³⁹. No adivinamos la razón por la cual deba interpretarse tan restrictivamente este precepto. Los términos producción y creación indican literalmente que el constituyente ha querido proteger la libertad de realizar cualesquiera actividades que puedan llamarse literarias, artísticas, científicas o técnicas. De todos es sabido que producir y crear arte o ciencia no se reduce a –ni tan siquiera consiste principalmente en– aprovechar económicamente los resultados de las propias obras o investigaciones limitando el uso que otras personas puedan hacer de los mismos.

En general, se observa la tendencia a subsumir la libertad artística en la de expresión⁴⁰. Ciertamente, el arte es una forma de expresión y, por consiguiente, la libertad artística constituye una modalidad de aquélla, pero esto no debe llevarnos a entender que su mención constitucional es gratuita. Las manifestaciones artísticas tienen un especial valor, tanto para el artista como para la sociedad en general, lo que justifica que el Derecho las proteja en mayor medida⁴¹. Además, el tenor del artículo 20.1.b) indica claramente que se protege no sólo la faceta comunicativa –de expresión– del arte y la ciencia, sino también las actividades previas de creación y elaboración.

¿Y qué es el arte? Dar una respuesta no resulta nada fácil⁴². En su célebre resolución *Mephisto*, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha ensayado una definición a los efectos de precisar el ámbito protegido por este derecho reconocido en el artículo 5.3.I de la Ley Fundamental, que dice que «el arte y la ciencia... son libres»:

«*Lo esencial de la acción artística es la libre configuración creativa*», en la cual se plasman intuitivamente por medio de un determinado lenguaje formal las impresiones, experiencias y vivencias del artista. Toda actividad artística es una confluencia de procesos conscientes e inconscientes que no pueden ser descifrados racionalmente. En la creación artística actúan conjuntamente

³⁹ FERNÁNDEZ-MIRANDA/GARCÍA SANZ, «Artículo 20», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dir. ALZAGA VILLAAMIL), EDESA, Madrid, 1996, t. II, pg. 547.

⁴⁰ Vid. la STC 176/1995, de 11 de diciembre (F. 2), que encuadra dentro del ejercicio «ilícito» de la libertad de expresión la publicación de «una serie en la que con dibujos y texto se compone un relato, “historieta” o “tebeo” según el Diccionario de la Real Academia, cómic en la lengua franca de nuestros días, con una extensión de casi noventa páginas. Por su contenido narrativo y su forma compleja, gráfica y literaria, es una obra de ficción, sin la menor pretensión histórica... en cuya trama dialéctica y su urdimbre literaria se entremezclan ingredientes diversos, con preponderancia del crítico, reflejado en los muy abundantes juicios de valor». En cambio, la SAP de La Coruña de 4 de octubre de 2001 (JUR 2002, 30383) distingue clara y acertadamente esta libertad de las de expresión e información.

⁴¹ Así, la Ley Fundamental alemana fija expresamente algunos límites a la libertad de expresión que, en principio, no se predicán de la libertad artística. Vid. al respecto las Resoluciones del *Bundesverfassungsgericht* de 24 de febrero de 1971 (BVerfGE 30, 173, 191) y 3 de noviembre de 2000 (1 BvR 581/00, § 16).

⁴² Como advierte FERRATER MORA, «Arte», *Diccionario de Filosofía*, Alianza, Madrid, 1979, t. I, pg. 227, hoy en día «se ha hecho problemática la división entre “arte” y “no arte”».

la intuición, la fantasía y la pericia artística; no se trata primariamente de información, sino de expresión, y ciertamente de la más inmediata expresión de la personalidad individual del artista»⁴³.

«El significado y la función del derecho fundamental del art. 5.3.I GG es, sobre todo, mantener libres de cualquier injerencia del poder público los procesos, comportamientos y decisiones determinados por consideraciones estéticas y que obedecen a las leyes propias del arte. Si el proceso de creación artística debe poder desarrollarse libremente, no cabe imponerle al artista el tipo y la manera de tratar la realidad y de configurar los procesos que él experimenta en dicho tratamiento. Sobre la “corrección” de su posición frente a la realidad sólo el artista puede decidir. En esa medida, *la garantía de la libertad artística significa la prohibición de actuar sobre los métodos, contenidos y tendencias de la actividad artística*, restringiendo el margen de configuración artístico o sometiendo ese proceso creativo a reglas vinculantes generales»⁴⁴.

Obsérvese que este Tribunal viene a dar un concepto de arte absolutamente vacío de contenido material. Y es que la historia nos ha enseñado que no hay unos determinados contenidos, métodos, medios, objetos o materiales que necesariamente deban concurrir para que exista arte. A muchas obras pioneras consideradas en su día como no arte se les atribuye hoy un incalculable valor artístico. Definir esta actividad humana en función de cualquiera de aquellos elementos supondría un empobrecimiento del propio arte y una restricción *a priori* lamentable e injustificada de la libertad artística. Una obra es arte si su autor considera que es arte. Por todo ello debe concluirse que este derecho fundamental otorga a sus titulares la libertad *prima facie* de elegir libremente los medios a utilizar para expresarse artísticamente, lo que implica el poder de emplear libremente animales con ese fin.

V. LOS LÍMITES DEL DERECHO A UTILIZAR ANIMALES EN EL ARTE

1. Doctrina general

Como ya hemos apuntado, la reducción del contenido *prima facie* de un derecho fundamental debe cumplir varios requisitos formales y materiales para ser conforme con la Constitución Española. Básicamente, ha de respetar las exigencias de los principios de legalidad (art. 53.1 CE) y proporcionalidad. Por un lado, debe estar predeterminada en una norma de rango legal con el suficiente grado de detalle como para que los ciudadanos puedan preverla razonablemente y se eviten posibles actuaciones arbitrarias de las autoridades encargadas de aplicar la norma al caso concreto⁴⁵. Por otro

⁴³ Resolución de 24 de febrero de 1971 (BVerfGE 30, 173, 188 y 189). La cursiva es nuestra

⁴⁴ *Ibidem*, pg. 190. La cursiva es nuestra

⁴⁵ *Vid.*, por ejemplo, la STC 292/2000.

lado, la limitación ha de ser proporcionada, es decir: útil o adecuada para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo; necesaria, de manera que de todas las medidas útiles se escoja la menos restrictiva del derecho afectado; y ponderada o no excesiva, por superar sus beneficios a sus costes⁴⁶.

2. La interpretación del artículo 4 de la Ley catalana 3/1988

A. *Tres interpretaciones judiciales distintas*

En ningún momento se ha cuestionado la conformidad con la Constitución de este precepto legal. Las discrepancias habidas en el seno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se debían simplemente a que los Magistrados que lo integraban opinaban de distinta manera acerca de su significado y aplicación en el caso enjuiciado.

La mayoría de ellos venía a entender que la Ley catalana autorizaba los espectáculos llamémosles mixtos, formados por una parte en la que no se utilizan animales y por otra taurina, cada una de las cuales, consideradas aisladamente, cumplen la normativa vigente: «constituye, pues, conculcación del derecho fundamental esgrimido la no autorización del espectáculo en su totalidad cuando ambas partes, la teatral-musical y la taurina, se ajustan a la vigente normativa sobre espectáculos» (STSJ *Carmen I*).

La Magistrada CLÈRIES NERIN sostenía la postura contraria: «al tratarse de un acto unitario, no resulta factible que en el mismo concurren dos regulaciones diversas y contradictorias en cuanto a sus resultados, salvo que se admita una partición del espectáculo con el único objetivo de evitar la aplicación de la legislación vigente y, especialmente, la Ley 3/1988, de 4 de marzo, partición que, al tener como único motivo la evitación de la aplicación de la legislación vigente, debe considerarse como un fraude de Ley». «El rejoneo de un toro no “es un complemento o accesorio de una representación teatral” sino que forma parte de esta representación. Por ello, aun cuando el lugar donde se debía efectuar fuera una plaza de toros y se cumplieran las medidas exigidas..., al no ser posible aplicar a una parte del espectáculo (la ópera Carmen) la legislación general y en el “intermedio” (el rejoneo) la excepción, debería haberse dado estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Ley catalana 3/1988..., pues en el espectáculo se empleaban animales» (STSJ *Carmen I*).

El Magistrado BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT opinaba, por su parte, que no cabía «asimilar la lidia de un toro, por su contenido y desarrollo, con la celebración de una tradicional corrida de toros» a los efectos de la mencionada disposición legal.

B. *Finalidades de la regulación*

Recordemos que la Ley catalana 3/1988 establece una regla general, consti-

⁴⁶ Vid., por todos, BERNAL PULIDO, *ob. cit.* (nota 33), *in toto*; GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Elcano, 2003.

tuida por la prohibición de los espectáculos donde se maltrate a un animal (art. 4.1), y dos excepciones, entre las cuales se encuentra la permisión de «*la fiesta de los toros* en aquellas localidades en donde, en el momento de entrar en vigor la presente Ley, existan plazas construidas para celebrar dicha fiesta» (art. 4.2.a), como desde luego es el caso de Barcelona.

Interesa determinar cuáles son los objetivos pretendidos por esta prohibición general y por su excepción, no sólo porque las normas han de interpretarse atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad (art. 3.1 CC), sino también porque, como ya sabemos, los derechos fundamentales únicamente pueden ser restringidos en la medida en que ello resulte útil, indispensable y no excesivo para lograr un fin legítimo.

a. Finalidades de la regla general: protección del bienestar animal y de los espectadores

Ésta y otras prohibiciones establecidas en la Ley catalana 3/1988 sirven al fin explicitado en su exposición de motivos de garantizar unas condiciones mínimas de buen trato a los animales. Se trata de evitarles en cierta medida sufrimientos, padecimientos, estrés y dolor, de asegurarles un cierto nivel de bienestar.

¿Es éste un fin legítimo a los efectos de fundar una restricción de los derechos fundamentales? Obviamente, el legislador no puede restringirlos en aras de un fin proscrito por la Constitución. La duda es si el objetivo perseguido por la Ley debe estar garantizado por la norma suprema –tener rango constitucional– o simplemente ser compatible con ella. Aunque el Tribunal Constitucional se ha pronunciado ambigualmente en algunas resoluciones, su doctrina mayoritaria es rotunda: los derechos fundamentales sólo pueden ser limitados para salvaguardar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos⁴⁷.

De acuerdo con esta doctrina, en cuya crítica no podemos detenernos ahora, la licitud constitucional de las restricciones impuestas a cualquiera de estos derechos en aras *exclusivamente* del bienestar animal sería más que dudosa, pues este fin no ha sido reconocido, ni tan siquiera implícitamente, por la Constitución Española.

Podría pensarse que el bienestar de los animales, al formar parte éstos del medio ambiente, de los «recursos naturales», goza de rango constitucional. En esta dirección parecen apuntar quienes opinan que los animales, incluidos los domésticos, deben incluirse en el concepto de medio ambiente del artículo 45 de la CE, «con todas las consecuencias que ello conlleva»⁴⁸.

⁴⁷ Vid. las SSTC 11/1981 (F. 15), 3/1983 (FF. 1 y 6), 22/1984 (F. 3), 158/1987 (F. 4), 4/1988 (F. 5), 60/1989 (F. 4), 113/1989, (F. 2), 120/1990 (F. 8), 137/1990 (F. 6), 341/1993 (F. 5), 57/1994 (F. 6), 332/1994 (F. 5), 176/1995 (F. 6), 151/1997 (F. 5), 239/1999 (F. 5), 136/2000 (F. 4), 175/2000 (F. 2), 292/2000 (F. 11), 311/2000 (F. 3), 14/2001 (F. 8), 27/2001 (F. 3), 124/2002 (F. 3) y 154/2002 (FF. 7 y 8).

⁴⁸ ROCA FERNÁNDEZ CASTANY, «Los animales domésticos y el Derecho: en particular, el régimen jurídico de los animales de compañía», *Panorama jurídico de las Administraciones*

Sin embargo, la Constitución postula la defensa del medio ambiente desde una perspectiva antropocéntrica. No se protege la naturaleza, ni cada uno de los elementos minerales, vegetales y animales que la componen, en aras del bienestar o de un supuesto interés propio de aquella o de éstos, sino sólo en la medida en que dicha protección sirve en última instancia a la supervivencia y a la calidad de vida de las personas. Así lo indica diáfana-mente el texto constitucional cuando dispone que «todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona» (art. 45.1) y vincula la utilización racional de los recursos naturales al fin de proteger y mejorar la calidad de la vida (art. 45.2). Y así lo ha certificado el Tribunal Constitucional: el concepto constitucional del medio ambiente es «esencialmente antropocéntrico»⁴⁹. Por esta razón se ha dicho que «un asunto que nada tiene que ver con la protección ambiental, en sentido estricto, es la legislación que trata de prevenir los sufrimientos de los animales domésticos y de los destinados al consumo humano. Es evidente que ello responde a nobles sentimientos que manifiestan un nivel de desarrollo civilizatorio elevado. Pero es igualmente palmario que el mantenimiento de los parámetros de la biosfera, objeto principal del Derecho ambiental, nada tiene que ver con este tipo de normativas»⁵⁰. Es más, los intereses medioambientales caminan a veces en sentido contrario al bienestar y a la vida de ciertos animales. Nótese, por ejemplo, que la llamada fiesta nacional ha contribuido decisivamente a la conservación de dehesas de alto valor ecológico así como a evitar la extinción de los toros bravos y la consiguiente pérdida de biodiversidad. Con todo, vamos a suponer que el bienestar animal constituye un fin susceptible de fundar una limitación legal de los derechos fundamentales.

Cabe afirmar que la normativa catalana aplicada en el presente caso buscaba también proteger a la juventud y a la infancia, objetivo mencionado de manera expresa por el apartado 4 del artículo 20 de la CE precisamente como uno de los límites de los derechos reconocidos en dicho precepto, entre los cuales se halla la libertad artística. Y puede aceptarse que dicha normativa perseguía salvaguardar los intereses de los consumidores, en concreto de los espectadores, por lo que encontraba el respaldo adicional del artículo 51.1 de la CE. Un espectáculo sangriento donde se hace sufrir y se da muerte a un animal puede herir desde luego la sensibilidad de algunos espectadores y quizás pueda perjudicar la educación de algunas personas que por su edad todavía no han alcanzado un grado de madurez suficiente para asimilar determinadas informaciones.

públicas en el siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca, dirs. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ/ DEL GUAYO CASTIELLA, BOE-INAP, Madrid, 2002, pg. 1209, quien añade que la obligación impuesta a los poderes públicos de velar por la utilización racional de los recursos naturales (art. 45.2 CE) es para proteger y mejorar la calidad de vida, «y no hay duda que a esa mejora de la calidad de vida contribuyen los animales domésticos o “de compañía”» (pg. 1232).

⁴⁹ STC 102/1995 (F. 4).

⁵⁰ LOPERENA ROTA, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Civitas, Madrid, 1998, pgs. 68 y 69.

Ahora bien, no nos parece que este objetivo constitucionalmente lícito justifique que el Estado caiga en el paternalismo, protegiendo a los espectadores adultos en contra de su voluntad libremente formada⁵¹. El Estado no salvaguarda los intereses de éstos cuando les impide contemplar un espectáculo al que han decidido asistir consciente y libremente, sino más bien lo contrario: con esta prohibición, menoscaba el derecho al libre desarrollo de su personalidad. Ello implica, además, una falta de respeto a la dignidad de estas personas, a quienes implícitamente se les está diciendo que son incapaces de saber lo que les conviene.

Lo único que justifica este objetivo es que el legislador establezca las medidas oportunas para asegurar que la decisión de los consumidores sea verdaderamente consciente y libre, lo cual exige principalmente que éstos dispongan de información suficiente acerca de las características del espectáculo, especialmente de aquellas que pudieran dañar su sensibilidad.

b. Finalidades de la excepción: protección de la libertad artística y del acervo histórico cultural

La Ley catalana 3/1988 no ha explicitado cuál es la finalidad de la excepción contemplada en su artículo 4.2.b), pero cabe entender que la misma se ha establecido en aras de la libertad artística y, como señala el precepto equivalente de Ley cántabra 3/1992, en atención a que las corridas de toros, «como conjunto de actividades artísticas y culturales, son exponentes de nuestro acervo histórico».

Interesa notar que esta excepción implica además un aumento de la libertad empresarial de los organizadores de espectáculos así como de la libertad general de actuar de los potenciales espectadores, quienes disponen de una mayor oferta de espectáculos lícitos para elegir.

C. *El carácter desproporcionado de la prohibición de los espectáculos taurino-operísticos*

A nosotros nos parece incuestionable que la lidia de un solo toro mediante el arte del rejoneo con arreglo a lo exigido por el reglamento de espectáculos taurinos, considerada aisladamente, encaja sin dificultad en el concepto de «la fiesta de los toros» mencionada en este precepto. El que se lidie un solo toro, en vez de seis como es costumbre, no debe llevar a la conclusión contraria. Resultaría además un tanto ilógico que una prohibición encaminada a salvaguardar el bienestar de los animales únicamente pudiera ser excepcionada cuando se sacrificaran seis de ellos, pero no cuando se utilizara un solo ejemplar.

La cuestión radica, pues, en determinar si una corrida de toros, en sí misma lícita, viene amparada todavía por la excepción del artículo 4.2.a) cuando queda integrada en un espectáculo más amplio cuyas otras partes no tienen

⁵¹ Sobre el paternalismo estatal, *vid.* los trabajos de GARZÓN VALDÉS, DIETERLEN, CAMPS, ATIENZA, RESTA y DE LUCAS publicados en *Doxa*, 5, 1988, pgs. 155 y ss.

carácter taurino. O dicho de otra manera, se trata de ver si este precepto prohíbe los espectáculos mixtos, compuestos por una parte taurina y otra no taurina. A nuestro juicio, debe darse una respuesta afirmativa por varias razones.

Por de pronto, debe rechazarse la afirmación de que no es factible que a las diversas partes de un mismo espectáculo les sean aplicables normas jurídicas distintas. A nuestro juicio es no sólo factible, sino también lo más razonable. Imaginemos un espectáculo compuesto de dos partes, una operística y otra pirotécnica, que generan respectivamente 80 y 100 decibelios. Imaginemos que la Ley prohíbe los espectáculos nocturnos cuyas emisiones acústicas superen los 90 decibelios, salvo que se trate de espectáculos pirotécnicos, en cuyo caso el límite es de 105. Siguiendo el razonamiento de la Magistrada CLÈRIES NERIN, este espectáculo mixto sería ilícito, «al no ser posible aplicar a una parte del mismo la regla general y a la otra parte la excepción», lo cual nos parece absurdo.

En segundo lugar, podría traerse aquí la reiterada jurisprudencia constitucional según la cual las Leyes han de interpretarse de la manera más favorable para la efectividad del correspondiente derecho fundamental afectado⁵². Cabría entender, en consecuencia, que el artículo 4 de la Ley catalana permite los espectáculos taurino-operísticos, ya que ésta es la interpretación que más conviene a la libertad artística. Dicha jurisprudencia, sin embargo, nos parece demasiado tosca, pues la interpretación más favorable a un determinado derecho fundamental constituye con frecuencia la interpretación más perjudicial para otros derechos y bienes igualmente protegidos por la Constitución. De hecho, el Tribunal Constitucional se ha desdicho de su propia doctrina al afirmar, por ejemplo, que el derecho a la tutela judicial efectiva no impone forzosamente la selección de la interpretación más favorable a la admisión de la demanda, sino «la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican»⁵³. Este último inciso nos parece muy atinado: lo hay que hacer es escoger la interpretación que optimice la efectividad del conjunto de los mandatos constitucionales implicados, desechando, pues, interpretaciones que reduzcan desproporcionadamente el alcance *prima facie* de los derechos fundamentales en juego.

Pues bien, en nuestra opinión, la restricción de la libertad artística que supone la prohibición de un espectáculo taurino-operístico cuyas partes se ajustan al ordenamiento jurídico resulta injustificada, desproporcionada, en atención a los diversos intereses legítimos implicados.

⁵² *Vid.*, entre otras, las SSTC 14/1982 (F. 3), 67/1982 (F. 1), 110/1985 (F. 3), 159/1986 (FF. 6 y 8), 76/1987 (F. 2), 1/1989 (F. 3), 191/1991 (F. 3), 63/1992 (F. 2), 161/1992 (FF. 1 y 2), 287/1994 (F. 2), 39/1996 (FF. 2 y 3) y 87/1999 (F. 3).

⁵³ *Vid.*, entre otras, las SSTC 88/1997 (F. 2), 38/1998 (F. 2), 207/1998 (F. 3), 48/1998 (FF. 3 y 4) y 122/1999 (F. 3).

¿Qué es lo que se gana con esta prohibición cuando las dos partes del espectáculo pueden celebrarse lícitamente por separado? Desde luego, no parece que el hecho de que se lidie al toro en el intermedio de una ópera aumente el sufrimiento causado al animal: por este lado, la restricción es inútil. El único interés legítimo al que puede servir una prohibición tal es el de los espectadores no avisados que acudan a la plaza creyendo que van a contemplar una pieza teatral u operística al uso y se encuentren con la sorpresa desagradable de que están pagando además por ver un espectáculo en el que se hace sufrir y se sacrifica sangrientamente un animal vertebrado. Pero la restricción nos sigue pareciendo entonces desproporcionada por innecesaria, pues hay otras alternativas igualmente eficaces para lograr este fin legítimo que restringen en menor medida la libertad artística del autor y el derecho de los espectadores al libre desarrollo de su personalidad, como por ejemplo advertir clara y previamente a quienes pretendan comprar una entrada y asistir al espectáculo que en el curso del mismo se lidiará y matará un toro.

Tal vez la prohibición de un espectáculo taurino-operístico como éste persiga otro objetivo: estigmatizar las corridas de toros; impedir cualquier asociación entre esta sangrienta tradición española y el arte; evitar que los ciudadanos puedan tener la impresión de que esta práctica cruenta tiene algo que ver con la cultura, con una manifestación artística tan refinada como la ópera. Empero no nos parece que esta finalidad de adoctrinamiento tenga el peso suficiente como para justificar las restricciones analizadas.

3. La reacción del legislador catalán

El ambiguo artículo 6 de la reciente Ley catalana 22/2003, de 4 de julio, de Protección de los Animales, titulado «prohibición de peleas de animales y demás actividades», reza:

«1. Se prohíbe el uso de animales en peleas y espectáculos u otras actividades, si pueden ocasionarles sufrimiento o pueden ser objeto de burlas o tratamientos antinaturales, o bien si pueden herir la sensibilidad de las personas que los contemplan, tales como los siguientes:

- a) Peleas de perros.
- b) Peleas de gallos.
- c) Matanzas públicas de animales.
- d) Atracciones feriales de caballitos donde se utilizan animales.
- e) Tiro de pichón y demás prácticas asimilables.

2. Quedan excluidas de estas prohibiciones:

- a) La fiesta de los toros en las localidades donde, a la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/1988, de 4 de marzo, de Protección de los Animales, hubieran plazas construidas para su celebración, a las que debe prohibirse el acceso a las personas menores de catorce años.

b) Las fiestas con novillos sin muerte del animal («correbous») en las fechas y localidades donde tradicionalmente se celebran. En estos casos, está prohibido inferir daños a los animales.

3. Se prohíbe matar, maltratar, causar daños o estrés a los animales utilizados en producciones cinematográficas, televisivas, artísticas o publicitarias, de modo que el derecho a la producción y la creación artística, cuando se desarrolle dentro de un espectáculo, queda sujeto a normas de policía de espectáculos, tales como la previa autorización administrativa. La difusión audiovisual de este tipo de producciones queda restringida a horarios en que no puedan ser observados por menores y herirles en su sensibilidad».

La redacción y el orden sistemático de este precepto presentan notables deficiencias. Una de ellas es que el legislador no ha dejado claro si resulta lícito maltratar animales en producciones artísticas que no constituyen espectáculos públicos, por ejemplo, porque permanecen todavía inéditas o porque son objeto únicamente de exposición privada. El inciso «de modo que el derecho a la producción y la creación artística, cuando se desarrolle dentro de un espectáculo...» y la referencia a la difusión audiovisual de estas producciones indican, con todo, que la prohibición legal no alcanza a las obras de arte desarrolladas fuera de un espectáculo.

Obsérvese, asimismo, que aparentemente no tiene sentido volver a establecer en el apartado 3 de este artículo 6 una prohibición, la de maltratar animales en espectáculos u otras actividades (*sic*), que ya se contiene en el apartado 1. Esta reiteración podría ser interpretada en el sentido de que las excepciones contempladas en el apartado 2, relativas a la fiesta de los toros y a los *correbous*, sólo serían predicables de los espectáculos enunciados en el apartado 1, pero no de los mencionados en el apartado 3. Es decir, que la prohibición de «matar, maltratar, causar daños o estrés a los animales utilizados en producciones cinematográficas, televisivas, artísticas o publicitarias» no podría ser excepcionada con ocasión de una corrida de toros o de un *correbous*. Es decir, que los espectáculos mixtos artístico-aurinos como el de «Carmen» estarían prohibidos.

Aunque tal vez ésa haya sido la *voluntas legislatoris*, creemos que dicha interpretación debe ser rechazada. De un lado, porque, como ya hemos intentado evidenciar, constituye una restricción desproporcionada –inconstitucional– de la libertad artística prohibir estos espectáculos mixtos cuando cada una de las partes que los integran, juzgadas por separado, se ajustan al ordenamiento jurídico. De otro lado, resulta absurdo que se autorice la lidia de un toro realizada sin fines artísticos y, en cambio, se prohíba la lidia de un toro en el marco de un espectáculo artístico, que debería gozar de mayor protección por quedar amparado, en principio, por el derecho fundamental reconocido en el artículo 20.1.b) de la CE.

VI. RECAPITULACIÓN

La reciente y cada vez más frondosa normativa encaminada a proteger el

bienestar de los animales plantea interesantes problemas jurídicos, entre los cuales destaca el de las numerosas restricciones que en aras de este objetivo el legislador ha impuesto a varios derechos reconocidos en la Constitución.

En el presente trabajo se comentan las primeras resoluciones judiciales españolas que se han ocupado del tema, en concreto, al juzgar la prohibición de un espectáculo operístico en cuyo intermedio se lidiaba un toro con arreglo a las disposiciones reguladoras de los espectáculos taurinos. La Administración entendió que, en virtud de cierto precepto legal que prohibía maltratar a los animales en espectáculos públicos salvo que tratase de la fiesta de los toros, no cabía autorizar un espectáculo artístico mixto como éste, integrado por una parte taurina y otra no taurina.

Esta interpretación supone una restricción inconstitucional del derecho fundamental a la libertad artística, que en principio ampara la posibilidad de crear obras de arte con animales, por mucho dolor o sufrimiento que ello les cause. El único interés legítimo eventualmente beneficiado por la prohibición de realizar conjuntamente estos dos espectáculos, que por separado se ajustan a Derecho, es el de los espectadores mal informados acerca del contenido de la obra, cuya sensibilidad puede quedar dañada al contemplar inesperadamente el sangriento sacrificio de un toro bravo. Pero esta prohibición resulta desproporcionada por innecesaria, pues hay otras alternativas igualmente útiles para proteger este interés que restringen en menor medida la libertad artística, como, por ejemplo, obligar a los organizadores del evento a informar previamente sobre su contenido a los potenciales espectadores.

Es probable que la creciente preocupación social por el bienestar de los animales haga que tarde o temprano surjan pleitos semejantes a éste, donde los Tribunales se vean obligados a responder a interrogantes que de momento permanecen abiertos, como el de si y en qué medida cabe limitar un derecho fundamental en atención exclusiva a un fin que no está protegido, aunque tampoco proscrito, por la Constitución.

Gabriel DOMENECH PASCUAL