

SUMARIO

Artículos

Los Organismos Modificados Genéticamente: su regulación en el derecho español
Por Pedro Rubens CASTRO
SIMANCAS

1

I. El derecho internacional y el comunitario derivado: el Protocolo de Cartagena y las Directivas europeas que regulan los Organismos Modificados Genéticamente (OMG). II. La legislación española. Antecedentes: la Ley 15/1994, de 3 de junio, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, a fin de prevenir los riesgos para la salud humana y para el medio ambiente. III. La normativa vigente: La Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, y su Reglamento. IV. Las competencias administrativas y la estructura orgánica creada para la aplicación de esta normativa. V. Especial consideración del régimen jurídico de la comercialización de organismos modificados genéticamente.

La posibilidad de limitar los derechos fundamentales en aras del bienestar animal
Por Gabriel DOMÉNECH
PASCUAL

12

I. Introducción. II. El rango infraconstitucional del bienestar animal. A) Bienestar animal y medio ambiente. B) Bienestar animal y derecho a la integridad física y moral. III. La doctrina de la reserva de Constitución. A) Jurisprudencia constitucional. 1. La línea jurisprudencial mayoritaria. 2. Contradicciones aparentes y reales. B) La reserva de Constitución en la doctrina. 1. La doctrina mayoritaria. 2. Voces discrepantes. IV. Crítica de la doctrina de la reserva de Constitución. A) El argumento de la unidad de la Constitución. B) El argumento de la superioridad jerárquica de la Constitución. C) El carácter fragmentario, abierto y pluralista de la Constitución española. V. La protección de los animales: un fin legítimo. A) La protección de los animales como una exigencia moral percibida por una buena parte de la población española. B) La protección de los animales como una exigencia de la integración europea. VI. Reflexión final.

Documentación

Real Decreto 178/2004, de 30 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general para el desarrollo y ejecución de la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente

28

Reglamento (CE) N.º 65/2004 de la Comisión, de 14 de enero de 2004, por el que se establece un sistema de creación y asignación de identificadores únicos a los organismos modificados genéticamente

56

La posibilidad de limitar los derechos fundamentales en aras del bienestar animal

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL (*)

I. Introducción. II. El rango infraconstitucional del bienestar animal. A) Bienestar animal y medio ambiente. B) Bienestar animal y derecho a la integridad física y moral. III. La doctrina de la reserva de Constitución. A) Jurisprudencia constitucional. 1. La línea jurisprudencial mayoritaria. 2. Contradicciones aparentes y reales. B) La reserva de Constitución en la doctrina. 1. La doctrina mayoritaria. 2. Voces discrepantes. IV. Crítica de la doctrina de la reserva de Constitución. A) El argumento de la unidad de la Constitución. B) El argumento de la superioridad jerárquica de la Constitución. C) El carácter fragmentario, abierto y pluralista de la Constitución española. V. La protección de los animales: un fin legítimo. A) La protección de los animales como una exigencia moral percibida por una buena parte de la población española. B) La protección de los animales como una exigencia de la integración europea. VI. Reflexión final.

La creciente preocupación social por el bienestar animal ha movido a la Unión Europea, al Estado, a todas las Comunidades autónomas y a no pocos Municipios a dictar diversas normas jurídicas que, para proteger a determinados animales frente al sufrimiento y la muerte, limitan las libertades científica, artística, religiosa, personal, general de actuar y de empresa, así como los derechos a la propiedad privada y a la tutela judicial efectiva. El problema es que estas limitaciones chocan con una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional español según la cual los derechos fundamentales no pueden ser limitados en aras de un fin carente de rango constitucional. El autor somete dicha jurisprudencia a un análisis crítico y expone por qué cabe restringir un derecho fundamental en atención a un fin, como el bienestar de los animales, que no ha sido consagrado, si bien tampoco proscrito, por la Constitución española.

I. Introducción

La cada vez más frondosa normativa reguladora del bienestar animal presenta varios puntos de gran interés, pero seguramente ninguno de tanta importancia teórica y práctica como el de las limitaciones que aquélla impone a diversos derechos reconocidos

en la Constitución española, tales como los derechos a la propiedad privada y a la tutela judicial efectiva, las libertades de producción y creación científica, técnica y artística, así como las libertades religiosa, personal, empresarial, profesional y general de actuar. De entre los muchos problemas jurídicos que aquí se plantean (1), uno destaca por su posición crucial: el Tribunal

(*) **Gabriel Doménech Pascual** es Doctor en Derecho. UCH-CEU. Valencia (gdomenec@uch.ceu.es).

(1) A tratarlos hemos dedicado nuestra monografía *Bienestar animal contra derechos fundamentales*, Atelier, Barcelona, 2004.

Constitucional ha declarado reiteradamente que los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos para satisfacer finalidades de rango constitucional, rango que no parece tener el bienestar de los animales; esta jurisprudencia pone en jaque, pues, la validez de las disposiciones legales y reglamentarias dictadas en la materia.

II. El rango infraconstitucional del bienestar animal

Dos argumentos cabría presentar en defensa del rango constitucional de este fin.

A) Bienestar animal y medio ambiente

El medio ambiente constituye sin duda alguna un bien protegido por la Constitución española, cuyo artículo 45.2 establece que «los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente...». Podría pensarse que la protección de los animales, al formar parte éstos del medio ambiente, de los «recursos naturales», goza igualmente 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 citado artículo 45, «con todas las consecuencias que ello conlleva» (2).

Esta conclusión debe ser rechazada, porque la Constitución ordena 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 aquélla 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 diáfamanamente el texto constitucional cuando dispone que «todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona» (artículo 45.1)

y vincula la utilización racional de los recursos naturales al fin de proteger y mejorar la calidad de la vida (artículo 45.2). Y así lo han certificado el Tribunal Constitucional y la doctrina: el concepto constitucional del medio ambiente es «esencialmente antropocéntrico» (3). 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» (4). En efecto, los sufrimientos infligidos a un cordero poco antes de su sacrificio, a un toro bravo durante su lidia o a un ratón en el curso de un experimento científico no perjudican en absoluto la conservación y mejora de las circunstancias que hacen posible la supervivencia y la calidad de vida de los hombres. Es más, los intereses medioambientales caminan a veces en sentido contrario al bienestar y la vida de ciertos animales. El restablecimiento del equilibrio en un ecosistema, por ejemplo, puede aconsejar el sacrificio masivo de algunos de ellos.

*La Constitución
ordena la defensa
del medio ambiente
desde una perspectiva
antropocéntrica,
ya que sólo protege
la naturaleza en la medida
en que dicha protección
sirve en última instancia
a la supervivencia
y a la calidad de vida
de las personas*

- (2) ROCA FERNÁNDEZ CASTANYNS, «Los animales domésticos y el Derecho: en particular, el régimen jurídico de los animales de compañía», *Panorama jurídico de las Administraciones públicas en el siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, dirs. Rodríguez-Arana Muñoz/Del Guayo Castiella, BOE-INAP, Madrid, 2002, p. 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”» (p. 1232).
- (3) STC 102/1995, de 26 de junio (FJ 4). En la doctrina, *vid.* BETANCOR RODRÍGUEZ, *Instituciones de Derecho ambiental*, La Ley, Madrid, 2001, p. 371; CANOSA USERA, *Constitución y medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 50 y 69; HABA GARCÍA, *Protección jurídica de la fauna y flora en España*, Trotta, Madrid, 2000, p. 43; LÓPEZ RAMÓN, *La protección de la fauna en el Derecho español*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1980, p. 17; LOZANO CUTANDA, *Derecho ambiental administrativo*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 53; NIETO GARRIDO, *La protección de la fauna salvaje en el ordenamiento jurídico español*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 56.
- (4) LOPERENA ROTA, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 68 y 69. Según HIGUERA GUIMERÁ, *La protección penal de los animales en España*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994, p. 36, considerar a los animales domésticos «recursos naturales» a los efectos del art. 45 CE «no es nada convincente».

Esta interpretación del artículo 45 CE viene corroborada por la de un precepto equivalente como es el artículo 2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en el que puede leerse que «la Comunidad tendrá por misión promover... un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente». Según el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, «el bienestar de los animales no forma parte de los objetivos del Tratado, tal y como se definen en el artículo 2» mentado (5).

B) Bienestar animal y derecho a la integridad física y moral

Diversos autores han considerado reprobable maltratar a los animales por la razón de que esta conducta produce un pernicioso efecto educativo favorecedor del maltrato a las personas. Ya Tomás DE AQUINO señalaba que «si la sagrada Escritura ha prohibido en algunas ocasiones usar de crueldad con los animales, como por ejemplo matar un ave que esté empollando, lo ha hecho o bien para quitar del espíritu del hombre toda crueldad que pueda ejercer con los demás hombres, pues si alguien se acostumbrara a ser cruel con los animales fácilmente lo será luego con sus semejantes...» (6). En este sentido, para KANT «el trato violento y cruel a los animales se opone mucho más íntimamente al deber del hombre hacia sí mismo, porque con ello se embota en el hombre la compasión por su sufrimiento, debilitándose así y destruyéndose paulatinamente una predisposición natural muy útil a la moralidad en la relación con los demás hombres» (7). Y un insigne jurista, IHERING, estimaba que «en el torturador juvenil de los animales tenemos y condenamos al futuro torturador de hombres; comienza en el animal y termina en el hombre. También aquí existe, según mi manera de ver, nuevamente una protección derivada, que es concedida al animal. En el animal se protege el hombre a sí mismo, la prohibición de la crueldad... exige que sea observada también frente al animal» (8).

Apoyándose en esta vieja idea, LÜBBE ha defendido que el Estado está constitucionalmente obligado a proteger a los animales a fin de cumplir de esta manera su deber de protección del derecho fundamental a la vida y a la integridad física de los hombres reconocido en el artículo 2.2 de la Ley Fundamental de Bonn (9). Pudiera pensarse que el argumento vale asimismo para el Derecho español, pues nuestra Constitución reconoce igualmente el derecho de todos a la integridad física (artículo 15), y, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia, también aquí los poderes públicos tienen la obligación positiva de proteger dicha integridad (10). Sin embargo, la afirmación de que el uso de animales en el ejercicio de actividades científicas, artísticas, religiosas y profesionales propicia el maltrato a los hombres constituye una suposición muy discutible que, desde luego, no está corroborada empíricamente (11). Tal vez sea cierto que atormentar durante la infancia a los animales aumenta la probabilidad de cometer luego delitos (12). Pero resulta verdaderamente atrevido afirmar que los musulmanes y judíos practicantes de sacrificios rituales o consumidores de carne *halal* o *kosher* y quienes se sirven de animales para experimentar científicamente, crear obras de arte o realizar actividades empresariales son más propensos a violar los derechos fundamentales que el resto de personas.

También KRIELE deduce del derecho a la integridad corporal humana el rango constitucional de aquel bien, aunque por razones distintas: el Estado debe proteger a los animales, limitando, por ejemplo, su empleo en la experimentación científica, porque muchas personas sufren en su salud al saber que se maltrata a estas criaturas (13). Pero esa solución resultaría desproporcionada por innecesaria, ya que hay otros medios para proteger la salud psíquica de aquellas personas menos restrictivos de la libertad individual, como garantizar que tales actividades se realizan en secreto (14). Y, además, conduce directamente

-
- (5) STJCE de 12 de julio de 2001 (*Jippes y otros*, C-189/01, § 71), comentada por SCHRÖTER, «Agrarmarkt ohne Tierschutz?», *NuR*, 2002, pp. 18-21.
- (6) DE AQUINO, *Suma contra los gentiles*, ¿1258-1264?, trad. González, Porrúa, México, 1998, lib. III, cap. 112, n. 13.
- (7) KANT, *La Metafísica de las costumbres*, 1797, trad. Cortina Orts/Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 1999, 2.ª parte, § 17.
- (8) IHERING, *El fin en el Derecho*, 1886, trad. Abad de Santillán, Comares, Granada, 2000, pp. 483 y 484.
- (9) LÜBBE, «Hat der Tierschutz Verfassungsrang?», *NuR*, 1994, pp. 471 y ss., quien cita a KANT.
- (10) Sobre las obligaciones positivas de protección que los derechos fundamentales imponen a los poderes públicos, *vid.* nuestro trabajo *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, en prensa.
- (11) En sentido similar, HUSTER, «Gehört der Tierschutz ins Grundgesetz?», *ZRP*, 1993, p. 328; SCHELLING, «Tierversuche und medizinische Forschungsfreiheit. Zur Notwendigkeit einer Staatszielbestimmung zum Tierschutz», *NuR*, 2000, p. 190.
- (12) VON LOEPER, «Tierschutz ins Grundgesetz», *ZRP*, 1996, p. 146, cita en este sentido algún estudio científico.
- (13) KRIELE, «Gesetzliche Regelungen von Tierversuchen und Wissenschaftsfreiheit», *Tierschutz. Testfall unserer Menschlichkeit*, ed. Händel, Frankfurt a. M., 1984, p. 120.
- (14) CIRSOVIUS, *Die Verwendung von Tieren zu Lehrzwecken*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 83.
-

a vaciar de sentido la doctrina del Tribunal Constitucional mencionada al comienzo del presente trabajo, pues cualquier bien tendría rango constitucional por el mero hecho de que una sola persona padeciese por la integridad del mismo.

III. La doctrina de la reserva de Constitución

A) Jurisprudencia constitucional

1. La línea jurisprudencial mayoritaria

Ya en la STC 11/1981, de 8 de abril, se declara que la determinación de los fines susceptibles de justificar una limitación legislativa de los derechos fundamentales está reservada al constituyente:

«Tampoco puede aceptarse la tesis del recurso de que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la Norma Fundamental. Una conclusión como ésta es demasiado estricta y carece de fundamento en una interpretación sistemática en la Constitución y en el Derecho constitucional, sobre todo si al hablar de límites derivados de la Constitución, esta expresión se entiende como derivación directa. La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos» (FJ 7).

«Ningún derecho constitucional, sin embargo, es un derecho ilimitado. Como todos, el de huelga ha de tener los suyos, que derivan, como más arriba se dijo, no sólo de su posible conexión con otros derechos

constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente protegidos» (FJ 9).

«El ejercicio del derecho de huelga puede quedar sometido en virtud de la ley a procedimientos o a algún tipo de formalismos o de formalidades, porque el artículo 53 de la Constitución permite que el legislador regule las "condiciones de ejercicio" de los derechos fundamentales. *Mas es preciso que el procedimiento y los formalismos no sean arbitrarios, tengan por objeto, como más arriba se dijo, proteger otros bienes e intereses constitucionalmente protegidos y que no sean tan rígidos o difíciles de cumplir que en la práctica hagan imposible el ejercicio del derecho*» (FJ 15; la cursiva es nuestra).

Interesa poner de relieve que la afirmación de la existencia de semejante reserva de Constitución era totalmente innecesaria para resolver el caso planteado. La Sentencia declaró inconstitucionales ciertas limitaciones legales impuestas al derecho de huelga, pero no por perseguir fines infraconstitucionales, pues cabía entender que todas ellas servían cuando menos al interés subyacente en la libertad de empresa, sino más bien por otros motivos.

Dicha doctrina se afirma en numerosas resoluciones posteriores (15), aunque de manera completamente gratuita e incidental, sin que la misma fuese decisiva para resolver los casos enjuiciados. Ni una sentencia hemos encontrado que haya declarado inválida la limitación legislativa de un derecho fundamental por perseguir un fin carente de rango constitucional. El Tribunal Constitucional ha dado buenas muestras de cómo interpretar ampliamente los preceptos de la norma suprema al objeto de entroncar en ellos bienes como «la continuidad de los servicios públicos» (16), «la intangibilidad de los fondos públicos» (17), «la efectividad del principio *par conditio creditorum*» (18), «el uso legítimo de los bienes de dominio público» (19), el ejercicio del *ius puniendi* estatal (20), la dignidad de las Cortes de Aragón (21) y el «debido respeto a los órganos y autoridades del Estado» (22). La verdad

(15) *Vid.* las SSTC 158/1987, de 20 de octubre (FJ 4); 4/1988, de 21 de enero (FJ 5); 60/1989, de 16 de marzo (FJ 4); 113/1989, de 22 de junio (FJ 2); 120/1990, de 27 de junio (FJ 8); 137/1990, de 19 de julio (FJ 6); 341/1993, de 18 de noviembre (FJ 5); 57/1994, 28 de febrero (FJ 6); 332/1994, de 19 de diciembre (FJ 5); 176/1995, de 11 de diciembre (FJ 6); 151/1997, de 29 de septiembre (FJ 5); 239/1999, de 20 de diciembre (FJ 5); 136/2000, 29 de mayo (FJ 4); 175/2000, de 26 de junio (FJ 2); 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 11); 311/2000, de 18 de diciembre (FJ 3); 14/2001, de 29 de enero (FJ 8); 27/2001, de 29 de enero (FJ 3); 124/2002, de 20 de mayo (FJ 3), y 154/2002, de 18 de julio (FEJJ 7 y 8).

(16) SSTC 107/1992, de 1 de julio (FJ 3), y 228/1998, de 1 de diciembre (FJ 3).

(17) STC 166/1988, de 15 de julio (FJ 9).

(18) STC 4/1988, de 21 de enero (FJ 4).

(19) ATC 1325/1987, de 23 de noviembre (FJ 2).

(20) STC 103/1992, de 25 de junio (FJ 5).

(21) STC 105/1990, de 6 de junio (FJ 2).

(22) STC 371/1993, 13 de diciembre (FJ 2).

es que el Tribunal tampoco ha tenido que esforzarse demasiado, pues en la Constitución española está «casi todo»: «no es difícil, en efecto, buscar un engarce constitucional positivo (implícito o explícito, directo o indirecto) para casi cualquier fin legal» (23).

Por lo que se refiere al fundamento de esta reserva, sólo en alguna ocasión se ha preocupado el Tribunal por intentar justificarla, aduciendo lacónicamente a tal efecto el «principio de unidad de la Constitución» (24).

2. Contradicciones aparentes y reales

Algunas resoluciones sugieren que los derechos fundamentales pueden ser limitados en aras de fines públicos legítimos pero no garantizados por la Constitución. Cabe citar el siguiente *obiter dictum* de la STC 83/1984, de 24 de julio (FJ 3):

«El Abogado del Estado ha aducido en apoyo de la legitimidad constitucional de la finalidad perseguida con la limitación el mandato del artículo 43.2 de la CE, y bien puede entenderse así, aunque, como es evidente, tampoco es ello necesario, pues si bien los principios rectores que contiene el capítulo tercero del Título II de la Constitución se imponen necesariamente a todos los Poderes Públicos, nada impide que éstos se propongan otras finalidades u objetivos no enunciados allí, aunque tampoco prohibidos.»

También se ha dicho que: «el derecho al trabajo constitucionalmente protegido no garantiza en modo alguno el derecho a que dicho trabajo se desarrolle en determinadas condiciones, con ausencia de limitaciones, sino que garantiza simplemente que el legislador, en el ámbito de la función pública, no va a imponer requisitos o condiciones que no respondan a los intereses públicos» (25); la libertad profesional puede ser limitada por el legislador «atendiendo a las exigencias del interés público», «como medio necesario para la protección de intereses generales» (26); «la intimidad personal puede llegar

a ceder en ciertos casos, y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas» (27); «el interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del *ius puniendi*» justifica una restricción del derecho a la intimidad corporal (28); la libertad de información puede quedar limitada en atención a «intereses de significativa importancia social y política respaldados... por la legislación penal» (29); el legislador no puede poner límites a la tutela judicial efectiva que sean «innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución», por lo que las exigencias formales «han de responder a la naturaleza del proceso y a las finalidades que justifiquen su existencia, que han de ser discernibles y tener entidad suficiente como para justificar la obstaculización del derecho por motivos exclusivamente rituarios» (30); los límites legislativos a la embargabilidad de los bienes —y, por consiguiente, a la tutela judicial efectiva— «pueden fundamentarse ya en la salvaguardia de un nivel económico mínimo para el deudor, ya... en otras razones de interés público», como asegurar la ejecución de las obras públicas (31); la limitación de derechos fundamentales puede justificarse en la persecución de un «fin constitucionalmente legítimo» (32) o «constitucionalmente lícito» (33), o de «finalidades... adecuadas al espíritu constitucional» (34). Y en alguna Sentencia parece apuntarse que el orden público protegido por la ley al que alude expresamente el artículo 16.1 de la Constitución permitiría al legislador limitar la libertad religiosa en atención a bienes infraconstitucionales: «El derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente; pero el derecho a manifestar sus creencias frente a terceros mediante su profesión pública, y el proselitismo de las mismas,

(23) JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 44.

(24) STC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 11).

(25) STC 42/1990, de 15 de marzo (FJ 4); la cursiva es nuestra.

(26) SSTC 122/1989, de 6 de julio (FJ 3), y 111/1993, de 25 de marzo (FJ 9).

(27) STC 37/1989, de 15 de febrero (FJ 7).

(28) STC 37/1989, de 15 de febrero (FJ 8).

(29) STC 159/1986, de 16 de diciembre (FJ 6).

(30) STC 48/1995, de 14 de febrero (FJ 2).

(31) STC 169/1993, de 27 de mayo (FJ 3).

(32) STC 66/1991, de 22 de marzo (FJ 2).

(33) STC 37/1981, de 20 de noviembre (FJ 2).

(34) SSTC 90/1983, de 7 de noviembre (FJ 2), y 46/1984, de 28 de marzo (FJ 2). En el mismo sentido, *vid.* la STC 3/1983, de 25 de enero (FJ 4), que sin embargo dice luego que el derecho a la tutela judicial efectiva «sólo puede limitarse... en aras de otro derecho o libertad fundamental constitucionalmente protegido» (FJ 6).



suma a los primeros los límites indispensables para mantener el orden público protegido por la Ley» (35). Conviene advertir, sin embargo, que todas estas declaraciones se hicieron en casos donde, en nuestra opinión, los fines legítimos perseguidos por el legislador tenían un entronque constitucional más o menos directo.

En alguna ocasión, el Tribunal se ha apartado aparentemente de su propia doctrina al admitir que los derechos fundamentales puedan ser limitados en aras de la moral pública, bien que no aparece mencionado en el texto constitucional (36). Esta jurisprudencia se inicia con la controvertida STC 62/1982 (FJ 3), donde se juzgaba la conformidad a la Constitución de una sanción penal impuesta a través de un proceso casi secreto por la publicación de un libro dirigido al público infantil y que supuestamente atentaba contra la moral sexual. Debe resaltarse, sin

embargo, la gratuidad de esta jurisprudencia, ya que las limitaciones enjuiciadas podían eventualmente fundarse, conforme a lo establecido por el artículo 20.4 de la Constitución, en la protección de la juventud, de la infancia y de otros bienes constitucionales, como el honor y la dignidad de las personas (37).

Otra excepción aparente viene constituida por la línea jurisprudencial que admite la posibilidad de restringir un derecho fundamental para salvaguardar la buena fe, que como tal no aparece mencionada en el texto constitucional. Sin embargo, debe notarse que la buena fe puede funcionar, y de hecho funciona normalmente, como un instrumento para la defensa de otros bienes constitucionalmente protegidos (38), aparte de que podría entenderse que este principio, correctamente entendido, deriva del de seguridad jurídica garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución (39).

(35) STC 141/2000, de 29 de mayo (FJ 4).

(36) SSTC 62/1982, de 15 de octubre (FJ 3), y 176/1995, de 11 de diciembre (FJ 5).

(37) En el mismo sentido, NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, CEC, Madrid, 2000, p. 402.

(38) *Vid.* al respecto, NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites...*, pp. 418 y ss.

(39) Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992.

Pero también encontramos excepciones reales, no aparentes. Algunas resoluciones han considerado lícita la limitación de un derecho fundamental en aras de un bien que difícilmente puede entenderse protegido por la Constitución. La STC 107/1992, de 1 de julio, por ejemplo, considera que «la soberanía y el principio de igualdad de los estados es fundamento suficiente para que se pueda legítimamente excluir la potestad ejecutiva respecto de los bienes que dichos Estados tengan en nuestro territorio», limitando de esa manera el derecho a la tutela judicial efectiva (FJ 3). «Al tratarse de un derecho de configuración legal, el Legislador puede establecer límites al pleno acceso a la ejecución de las Sentencias, siempre que los mismos sean razonables y proporcionales respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el Legislador en el marco de la Constitución» (FJ 2).

B) La reserva de Constitución en la doctrina

1. La doctrina mayoritaria

La mayoría de los iuspublicistas españoles sostiene que las restricciones de los derechos fundamentales deben fundarse en la salvaguarda de otro derecho o bien constitucionalmente protegido (40). En defensa de esta postura suele aducirse la superioridad jerárquica de la Constitución sobre la ley: se trata de «evitar una relajación de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales» (41); la tesis contraria «supondría dejar los derechos y libertades carentes de fuerza constitucional vinculante al albur de mayorías legislativas coyunturales» (42); en ese caso, «resultaría sencillo para los poderes públicos vaciar de contenido los derechos fundamentales mediante la invocación de esos supuestos principios o bienes» jurídicamente protegibles (43); se abriría «una vía sumamente peligrosa para una incesante limitación de los derechos» (44). Algún autor combina este argumento con el del principio de la unidad de la

Constitución: si éste es «el que justifica, en su caso, la imposición de un límite a un derecho fundamental, dicha restricción deberá ser reconducible necesariamente a la protección de un bien o derecho constitucionalmente garantizado. En otro caso, aquel principio no entraría nunca en juego, por lo que la supremacía de la Norma Fundamental aseguraría la plena eficacia del derecho fundamental» (45). Y añade que la valoración, a los efectos de limitar derechos fundamentales, de los bienes no garantizados constitucionalmente «ya la realiza la Constitución, al no estimarlos merecedores de su protección. No deja, por tanto, espacio alguno para otras consideraciones subjetivas de los poderes públicos» (46).

DE OTTO y VILLAVERDE adoptan una posición más matizada, distinguiendo según se trate de derechos sometidos o no a una reserva de limitación. En el primer caso, el legislador puede limitar un derecho en atención a bienes carentes de rango constitucional, siempre en los términos permitidos por la correspondiente reserva. En el segundo caso, el legislador sólo puede concretar los límites derivados de la salvaguarda de otros bienes constitucionalmente protegidos. La primera y fundamental premisa sobre la que se apoya esta tesis es que los derechos fundamentales sólo encuentran los límites queridos por la Constitución, que o bien los ha fijado ella misma directamente o bien ha remitido al legislador su determinación a través de una reserva: aquí late el argumento de la superioridad jerárquica de la norma suprema. La segunda premisa es que en la Constitución española existen, al igual que en la alemana, derechos sujetos a una reserva de limitación y otros reconocidos sin ella. La tercera es que los artículos 53.1 y 81 no establecen reservas generales que habiliten al legislador para limitar derechos fundamentales en atención a fines infraconstitucionales, pues en otro caso las reservas específicas contempladas en

(40) ABA CAYOIRA, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 162 y ss.; AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de los derechos fundamentales», *RCEC*, 15, 1993, pp. 21, 25, 27 y 28; ÁLVAREZ GARCÍA, «Bien jurídico y Constitución», *Cuadernos de Política Criminal*, 43, 1991, pp. 31 y ss.; CÁMARA VILLAR, *Derecho Constitucional* (Balaguer Callejón y otros), Tecnos, Madrid, 1999, t. II, pp. 60 y 61; CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 27 y ss. y 214; FERNÁNDEZ SEGADO, «La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional», *REDC*, 39, 1993, p. 239; MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 70 y ss.; NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites... passim*, esp. pp. 76, 82 y ss., 99 y 418; PÉREZ TREMPES, *Derecho constitucional*, con López Guerra y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, t. I, p. 154; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 60.

(41) MEDINA GUERRERO, *La vinculación...*, pp. 71 y 75.

(42) AGUIAR DE LUQUE, «Los límites...», p. 27.

(43) PÉREZ TREMPES, *Derecho...*, p. 154.

(44) ABA CAYOIRA, *La limitación...*, p. 167.

(45) NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites...*, p. 76.

(46) NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites...*, p. 76, n. 139.

algunos preceptos del texto constitucional perderían todo su sentido (47).

Resulta, sin embargo, muy discutible que la Constitución española haya copiado en este punto lo que —según la mayoría de la doctrina alemana— establece la Ley Fundamental de Bonn, distinguiendo entre derechos con y sin reserva de limitación y permitiendo al legislador restringirlos en aras de bienes infraconstitucionales sólo en el primer caso. Resulta forzado entender que el artículo 53.1 CE, al disponer que «sólo por ley podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales», no autoriza al legislador a efectuar esa restricción y, en cambio, interpretar que el significado de las reservas establecidas en otros preceptos —v. gr., en el artículo 20.1.d) CE, que dice que la ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de la libertad de información— consiste en habilitar al legislador para limitar estos derechos en atención a fines no garantizados constitucionalmente. Ello nos llevaría a situaciones chocantes. Un derecho no susceptible de amparo constitucional como la libertad de empresa gozaría en principio de mayor protección frente al legislador que la libertad ideológica, religiosa y de culto (artículo 16.1 CE), la libertad personal (artículo 17.1 CE), la de entrar y salir de España (artículo 19.11 CE), las de expresión, información y creación científica, técnica y artística (artículo 20.4 CE) y el derecho a acceder a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2 CE), derechos todos ellos tutelables a través del proceso de amparo y cuya regulación de desarrollo debe hacerse por ley orgánica.

La existencia de las reservas de ley enunciadas en los artículos 15 al 38 CE puede explicarse plausiblemente de otra manera, sin necesidad de considerarlas superfluas ni de entender que permiten limitar los derechos fundamentales en aras de fines infraconstitucionales. En algunos casos, la remisión al legislador buscaría dejar sentado que éste dispone de un

margen de «configuración» especialmente amplio para concretar el alcance definitivo del derecho. En otros, se trataría de dar instrucciones al legislador acerca de cómo debe ponderar los bienes constitucionalmente protegidos implicados y delimitar el alcance del derecho; la finalidad de estas reservas sería guiar, orientar, condicionar, en alguna medida el resultado de esa ponderación, en la que sólo podrían incluirse bienes de rango constitucional (48).

2. Voces discrepantes

En contra de la jurisprudencia y la doctrina dominantes, se ha sostenido que al legislador le está permitido limitar los derechos fundamentales en atención a fines carentes de rango constitucional (49).

Luis María Díez-PICAZO advierte que el Tribunal Constitucional puede mantener su consabida doctrina «sin demasiadas dificultades porque opera sobre un texto constitucional bastante reciente —y, en esa medida, aún no excesivamente alejado de los grandes debates que se producen en la sociedad— y muy prolijo en la proclamación de valores». Pero, «a medida que el paso del tiempo vaya haciendo aparecer intereses públicos cuya protección exige que el legislador democrático restrinja algún derecho fundamental y que no pueden ser razonablemente engarzados a ningún valor constitucionalmente declarado», aumentará la necesidad de abandonar aquella jurisprudencia (50).

JIMÉNEZ CAMPO señala cómo «la fórmula según la cual los derechos fundamentales son sólo “limitables” en atención a lo exigido por otros bienes y derechos constitucionales confunde el deber que pesa sobre el legislador en orden a realizar la Constitución en su conjunto —deber incuestionable— con la cuestión del fin o causa de la legislación» (51). Con estas palabras parece querer evidenciar una circunstancia que ya hemos advertido en páginas anteriores: la doctrina de los límites inmanentes no implica necesariamente la de la reserva de Constitución.

(47) 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», en *Derechos fundamentales y Constitución*, con L. Martín-Retortillo, Civitas, Madrid, 1988, *passim*, esp. pp. 151 y ss.; VILLASVERDE MENÉNDEZ, «Concepto, contenido, objeto y límites de los derechos fundamentales», en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, CEPC, Madrid, 2002, pp. 344 y ss.

(48) MEDINA GUERRERO, *La vinculación...*, pp. 76 y 77. Según SOLOZÁBAL ECHEVERRÍA, «Los derechos fundamentales en la Constitución española», *REP*, 105, 1999, p. 18, estas reservas indicarían la existencia de un mayor margen de actuación del legislador.

(49) Vid. BERNAL PUJLIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003, pp. 690 y ss.; FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, 1997, p. 247; GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Elcano, 2003, pp. 67, 68, 121 y 136; PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*; Trotta, Madrid, 2003, pp. 201 y 202; JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos...*, pp. 42 y ss. y 74 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990-1, p. 11.

(50) Díez-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 112 y ss.

(51) JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos...*, p. 74.

Este autor reprocha también a la doctrina mayoritaria que «conduce a debilitar, paradójicamente, la normatividad de la Constitución a la que así se quiere rendir tributo». Dado que no es difícil buscar un engarce constitucional positivo para casi cualquier objetivo legal, se corre el peligro de que fines evanescentes calificados de constitucionales sirvan de pretexto para dar cobertura a limitaciones injustificadas de los derechos fundamentales (52).

JIMÉNEZ CAMPO se apoya, además, en un dato empírico: «Quien se acerque a la jurisprudencia constitucional no tardará en ver... que, pese a la proclamación del criterio que cuestiono, se admiten con toda frecuencia fines simplemente conformes a la Constitución —no emanados de ella— para delimitar los derechos... por más que, en ocasiones, a tales fines legales se les busque —no es complicado— un decoroso estronque, más o menos remoto, en la propia Constitución o en normas a las que ella remite» (53).

Por último, aduce la posición que ocupa el poder legislativo en el marco de la Constitución española. La mencionada fórmula supondría que «la legislación quedaría privada, sin más, de todo contenido político o decisorio; el legislador... [tendría] que justificar su ordenación en la positiva defensa o garantía de otro derecho o bien de valor constitucional: la legislación se reduciría a la exégesis de la Constitución. Las cosas no son así, obviamente, y la Constitución no ha venido a sustituir, tampoco en este punto, la política por el reino del Derecho... Ni la necesaria atención a la totalidad de la Constitución ni la consiguiente exigencia de ponderación que también la ley ha de realizar excluyen, en suma, la orientación de la legislación legitimadora a la consecución de cualesquiera fines legítimos y compatibles con el respeto al contenido del derecho delimitado. La Constitución no es un programa» (54). Ni el legislador es un simple ejecutor suyo, se entiende.

En sentido similar, PRIETO SANCHÍS cree que deben aceptarse como fines legítimos susceptibles limitar la libertad «todos aquellos que no estén prohibidos por la Constitución o resulten abiertamente incoherentes con su marco axiológico», porque, si bien «en línea de principio pudiera pensarse que la

ponderación se establece entre normas del mismo nivel jerárquico, es decir, entre fines con igual rango constitucional..., en la práctica puede existir una deferencia hacia el legislador, un respeto hacia su autonomía política —que, en verdad, constituye en sí misma un valor constitucional—» (55).

BERNAL PULIDO aduce también que «el principio democrático lleva consigo el llamado “principio de libertad de fines del Legislador”. La atribución constitucional al Parlamento de la competencia para configurar los derechos fundamentales y para tomar las decisiones más importantes de la vida política implica necesariamente la atribución a este poder de la facultad de proponerse legítimamente cualquier fin, siempre y cuando no esté prohibido por la Constitución» (56). Y añade otros dos argumentos: la presunción de legitimidad de las leyes, que se extiende no sólo al texto de las disposiciones legislativas, sino también a la finalidad que éstas persiguen (57); y la circunstancia de que los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución establecen reservas generales de limitación de los derechos fundamentales. Estos preceptos transmitirían «su rango constitucional a los objetivos que el Parlamento persiga mediante sus intervenciones y que no aparezcan prohibidos explícita o implícitamente por la Constitución. Por esta razón, estos objetivos ostentan un rango constitucional de segundo grado» (58).

Permítasenos dudar de la pertinencia de estos dos últimos argumentos. El primero resulta superfluo, pues el fundamento de la presunción de legitimidad radica precisamente en el principio democrático antes esgrimido (59). Respecto del segundo, el autor, que mira e interpreta la Constitución española con anteojos germánicos, da por supuesto que ésta ha querido establecer en sus artículos 53.1 y 81.1 una reserva general de limitación aplicable a todos los derechos fundamentales con el significado que se atribuye a esta figura en el Derecho alemán. Pero, ¿por qué hemos de pensar que aquí nuestra Constitución quiso importar esta categoría forjada en Alemania, extendiéndola además a todos los derechos fundamentales, en vez de a sólo unos pocos, como hace la Ley Fundamental de Bonn? El autor no lo dice. Y nada hay en dichos preceptos que indique una voluntad

(52) JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos...*, pp. 44, 75 y 76.

(53) JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos...*, p. 75.

(54) JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos...*, p. 75.

(55) PRIETO SANCHÍS, *Justicia...*, p. 201.

(56) BERNAL PULIDO, *El principio...*, p. 692.

(57) BERNAL PULIDO, *El principio...*, p. 693.

(58) BERNAL PULIDO, *El principio...*, pp. 706 y ss.

(59) Cfr. FERRERES COMELLA, *Justicia...*, pp. 163 y ss.

tal. Los conceptos, categorías y teorías elaborados por la doctrina constitucional alemana no son ineluctablemente la medida de todas las cosas. Atribuir automática e irreflexivamente a los preceptos de nuestra Constitución el mismo significado que los autores alemanes otorgan a disposiciones aparentemente semejantes pero situadas en contextos muy distintos es un desacierto metodológico.

*L*a circunstancia de que razones de índole constitucional justifiquen que el legislador pueda perseguir fines carentes de reconocimiento constitucional no les otorga a éstos rango constitucional

Además, nos parece equívoco afirmar que todos los fines perseguidos por el legislador que no están ni garantizados ni prohibidos por la Constitución son «principios constitucionales de segundo grado». Ello podría causar la impresión de que esos fines tienen el mismo rango jerárquico que los protegidos por la norma suprema, lo que resulta inaceptable. La circunstancia de que razones de índole constitucional justifiquen que el legislador pueda perseguir fines carentes de reconocimiento constitucional no les otorga a éstos rango constitucional. De hecho, el propio autor reconoce que los principios de primer grado «ostentan un peso mucho mayor» que los de segundo (60). La diferencia de rango debe ser subrayada, porque desde luego no está desprovista de consecuencias jurídicas (61).

IV. Crítica de la doctrina de la reserva de Constitución

A) El argumento de la unidad de la Constitución

El Tribunal Constitucional y algunos autores han visto el fundamento de la reserva de Constitución en este principio, que impone que los preceptos de la norma suprema deben ser objeto de una «interpretación sistemática y global» (62): la unidad de la Constitución

«no toleraría que una de sus disposiciones se desvirtuase íntegramente por lo establecido en otra» (63); «el criterio de unidad de la Constitución... exige dotar de la mayor fuerza normativa a cada uno de sus preceptos» (64).

Nadie discute que los preceptos que reconocen derechos fundamentales deben ser interpretados no aislada, sino sistemáticamente, en el contexto del conjunto de la Constitución, de manera que habrá que reducir el vasto alcance que se deduce de su aislado tenor literal para armonizar su vigencia con la de otros derechos y bienes constitucionales. De una interpretación «unitaria» de la norma suprema resulta que tales derechos encontrarían, cuando menos, límites derivados de la protección de otros bienes constitucionalmente garantizados. Se trataría de los llamados límites no escritos o inmanentes (*immanente Grundrechtsschranken*).

Ahora bien, de ello no se sigue inexorablemente que los derechos fundamentales sólo puedan ser limitados en aras de otros bienes de rango constitucional. La doctrina de los límites inmanentes no implica lógicamente la de la reserva de Constitución. El que la norma suprema constituya una unidad no implica que se trate de una unidad absolutamente cerrada e impermeable, incapaz de ceder un ápice para posibilitar la atención de intereses no enunciados en ella pero valiosos según el legislador democrático.

La citada STC 11/1981, de 8 de abril, incurre en un defectuoso razonamiento al deducir la doctrina de la reserva de Constitución (FJ 15) de la teoría de los límites inmanentes (FF.JJ. 7 y 9). Que el contenido de estos derechos pueda ser restringido a fin de salvaguardar bienes de rango constitucional no conlleva necesariamente que sean ilícitas las limitaciones establecidas en atención a bienes desprovistos de tal rango. El Tribunal incurre aquí en la falacia de la negación del antecedente, consistente en inferir de la premisa de que α (limitación encaminada a proteger un bien de rango constitucional) implica β (licitud de la limitación) que si tenemos no α (limitación dirigida a proteger un bien de rango infraconstitucional) la consecuencia debe ser no β (ilícitud de la limitación). Esto es tanto como sostener que si los pollos tienen pico, entonces los patos carecen de él.

(60) BERNAL PULIDO, *El principio...*, pp. 711 y ss.

(61) Vid. GONZÁLEZ BELLUSO, *El principio...*, p. 136; JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos...*, pp. 56 y 57.

(62) SSTC 113/1994, 14 de abril (FJ 9); 179/1994, 16 de junio (FJ 5), 107/1996, de 12 de junio (FJ 6).

(63) SSTC 137/1986, de 6 de noviembre (FJ 3); 26/1987, de 27 de febrero (FJ 5), y 173/1998, de 23 de julio (FJ 5).

(64) STC 227/1988, de 29 de noviembre (FJ 13).

B) El argumento de la superioridad jerárquica de la Constitución

Éste es un argumento aparentemente muy sólido: un bien de rango superior, constitucional, no puede sufrir un menoscabo para proteger uno inferior, simplemente legal. Empero no creemos que la incuestionable superioridad jerárquica de la Constitución sobre la ley imponga necesariamente esa conclusión.

Aunque el concepto jerarquía no es unívoco (65), podemos entender a los efectos que aquí interesan que la existencia de una relación jerárquica entre dos normas significa que una de ellas tiene «un valor o fuerza de obligar superior» al de la otra (66). No obstante, conviene distinguir entre lo que podríamos llamar jerarquía en sentido «débil» y en sentido «fuerte». La primera consistiría en que una norma tiene un valor o fuerza de obligar simplemente superior. La segunda consistiría en que una norma tiene un valor o fuerza de obligar infinitamente superior.

La distinción carece prácticamente de relevancia cuando las normas en conflicto relacionadas jerárquicamente presentan un grado de concreción tal que no admiten diversos grados de realización, de manera que han de aplicarse a la manera de «todo o nada». Si dos normas de este tipo jerárquicamente relacionadas establecen consecuencias jurídicas incompatibles para un mismo supuesto de hecho, es claro que la aplicación de una de ellas, la de rango superior, desplazará completamente a la otra.

Las cosas cambian cuando las normas contradictorias están formuladas en términos muy abstractos y son susceptibles de ser realizadas con diversos grados de intensidad. La libertad artística, por ejemplo, ampara conductas que contravienen la prohibición enunciada categóricamente por alguna disposición legal de «provocar sufrimientos o malos tratos a los animales o causarles estados ansiedad o miedo» (67). En algunos supuestos se produce, por lo tanto, una incompatibilidad entre la norma que reconoce aquel derecho fundamental y la disposición que persigue este fin carente de rango constitucional. La antinomia puede resolverse siempre y en todo caso a favor del derecho, de modo que en la zona conflictiva éste alcance un grado de realización infinitamente superior al de la prohibición de causar daño o dolor a los animales, que en este dominio no tendría ninguna validez. Pero también puede

resolverse haciendo prevalecer la libertad científica en la gran mayoría de los supuestos conflictivos, no en todos. Y también entonces resulta plausible afirmar que el derecho fundamental tiene más fuerza de obligar que el mandato legal. Dicho con otras palabras, la jerarquía normativa exige que en la ponderación que ha de llevarse a cabo para resolver estas antinomias ha de otorgarse a los bienes constitucionales un peso superior al de los no garantizados por la Constitución, pero dicho principio no implica inexorablemente que dicha superioridad deba ser absoluta, infinita.

Es más, como ha observado perspicazmente JIMÉNEZ CAMPO, afirmar la superioridad jerárquica absoluta de la Constitución —o lo que es lo mismo, la reserva de Constitución— contribuye paradójicamente a debilitar su superioridad efectiva.

A diferencia de otras Constituciones dotadas de un contenido mucho más magro, la española protege mediante numerosas cláusulas generales casi cualquier fin que pueda considerarse socialmente valioso. En este contexto, aquella reserva carece normalmente de relevancia práctica, dada la facilidad de hallar un respaldo constitucional para casi todos los objetivos perseguidos por el legislador. Pero cuando a pesar de todo no es posible encontrar un respaldo tal, las consecuencias de aplicar la teoría que criticamos serán devastadoras para la correspondiente regulación legislativa, que incurrirá en inconstitucionalidad en cuanto afecte negativamente, siquiera de manera leve, a cualquiera de los abundantes derechos, valores, bienes o intereses protegidos por la norma suprema.

Habida cuenta de que el legislador representa a la mayoría de los ciudadanos, se comprende que un buen número de ellos pueda considerar inaceptable este demoledor resultado. Se entiende, asimismo, que intenten eludirlo interpretando laxamente la Constitución al efecto de encontrar en ella, no importa cómo, la consagración del fin perseguido por la ley. Esta laxitud interpretativa puede eliminar por completo la ya de por sí escasa relevancia de la teoría y, lo que es mucho más peligroso, borrar las diferencias jerárquicas existentes entre los bienes protegidos por el ordenamiento jurídico. Todos tendrían idéntico rango constitucional y, por lo tanto, ninguno de ellos gozaría del mismo.

(65) Vid. GUASTINI, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 376 y ss.; REQUENA LÓPEZ, *El principio de jerarquía normativa*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 93 y ss.

(66) SANIAMARIA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, CERA, Madrid, 1991, p. 315.

(67) Art. 2.4 de la Ley catalana 22/2003, de 4 de julio, de Protección de los Animales.

C) El carácter fragmentario, abierto y pluralista de la Constitución española

Para resolver el problema debe atenderse, en primer lugar y sobre todo, a los criterios que la propia norma suprema proporciona: ¿Qué es lo que satisface en mayor medida el conjunto de los principios y valores constitucionales? ¿Prohibir o permitir las restricciones legislativas de los derechos fundamentales en aras de un fin no protegido aunque tampoco proscrito por la Constitución?

La primera alternativa tiene la nada desdeñable ventaja de otorgar a los derechos fundamentales una resistencia absoluta frente a limitaciones impuestas en atención a fines de menor valor. En teoría se enerva la posibilidad de limitarlos, siquiera mínimamente, en estos casos y, además, se evita que la Administración y los Tribunales entren a realizar ponderaciones que constituyen un campo abonado para la arbitrariedad. El problema es que, en la práctica, siempre hay autores y Tribunales dispuestos a realizar las piruetas interpretativas más atrevidas e inimaginables con tal de entroncar en la Constitución el objetivo perseguido por el legislador. Y el escaso rigor en la determinación de los bienes constitucionalmente protegidos puede conllevar, paradójicamente, un debilitamiento de la superioridad jerárquica de la Constitución y, por consiguiente, de los derechos fundamentales.

Esta primera solución tiene, asimismo, un evidente coste para el principio democrático, al vedar al legislador, representante de la mayoría de los ciudadanos, atender intereses considerados por él dignos de protección. Esa mayoría se encontrará con la desagradable sorpresa de que se le niega cualquier tipo de protección jurídica para algunas de sus necesidades, aspiraciones o convicciones simplemente porque el constituyente no las ha mencionado. Todas ellas, así como las razones ofrecidas para sustentarlas, deberán ser completamente desatendidas, despreciadas. No podrán ser tenidas en cuenta, ponderadas, en cuanto entren en conflicto con cualquiera de los bienes constitucionales. Lo que equivale prácticamente a considerarlas proscritas, dado el vastísimo alcance de estos bienes.

No puede decirse que esta solución sea la más conforme con el valor del pluralismo proclamado

en el artículo 1.1 de la Constitución. Se trata, por el contrario, de una interpretación que reduce las opciones políticas e ideológicas a las que se reconoce la posibilidad de competir democráticamente con otras rivales y obtener protección jurídica en caso de contar con el respaldo de la mayoría de los ciudadanos.

De esa manera se menoscaba también una de las funciones más importantes que debe cumplir la Constitución: la de integrar en una unidad política la pluralidad de intereses, aspiraciones y conductas existentes en la sociedad. Entiéndase bien: no se trata de crear una comunidad racial, ideológica, religiosa o políticamente uniforme —de cuya inconveniencia e inviabilidad la historia ha dado numerosas pruebas—, sino de establecer los cauces adecuados para que los inevitables conflictos y tensiones generados por la necesaria y deseable pluralidad puedan resolverse pacíficamente con el menor coste social posible. Lo consecuente con esta función, como advierte HESSE, es dar preferencia a aquellas interpretaciones de la Constitución que tiendan a reforzar su eficacia integradora (68).

De acuerdo con este criterio, la interpretación que criticamos debería rechazarse, por cuanto excluye del proceso integrador, pacífico y democrático de resolución de conflictos a determinados intereses y convicciones ideológicas. Es una interpretación que genera marginados, proscritos, que puede propiciar un aumento de la tensión social y acabar poniendo en peligro la convivencia pacífica. Se corre el riesgo de que algunos de los muchos ciudadanos que ven cómo les cierran las vías democráticas de defensa de sus ideas no se resignen y decidan seguir otros caminos.

Podría replicarse que a estos ciudadanos siempre les queda la posibilidad democrática de modificar la Constitución. Pero la realidad es que ésta es una puerta prácticamente imposible de abrir. De un lado, porque el procedimiento que debe seguirse para ello es extraordinariamente gravoso, hasta el punto que parece diseñado para imposibilitar cualquier modificación (69). De otro lado, porque en España existe de hecho un verdadero «horror» a cambiar un texto que se considera poco menos que sagrado (70).

(68) HESSE, *Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Müller, Heidelberg, 1995, m. 5 y ss. y 74.

(69) DE VEGA GARCÍA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 148; PÉREZ ROYO, *La reforma de la Constitución*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pp. 156, 157, 190 y 202.

(70) La expresión entrecomillada es de CRUZ VILLALÓN, *La curiosidad...*, p. 114. *Vid.*, también, FERRERES COMELLA, «Una defensa de la rigidez Constitucional», en *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, coord. Carbonell, México, 2002, pp. 69 y ss. Sobre «la Constitución como libro sagrado», *vid.* GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español*, EUNSA, Barañáin, 1993, t. I, pp. 932 y ss.

El hecho de que el texto constitucional no mencione algunos intereses considerados hoy dignos de protección no debe interpretarse en el sentido de que ha querido proscribirlos

Debe señalarse, por último, que no hay nada en la Constitución que indique que ésta ha querido constituir un código completo, cerrado y taxativo de los fines que los poderes públicos, en especial el legislador, pueden perseguir democráticamente. Por las razones expuestas ha de entenderse más bien lo contrario: que la Constitución se compone de normas fragmentarias que sólo establecen una suerte de vinculación negativa para el legislador, en el sentido de que éste puede hacer no sólo lo que la norma suprema le permite expresamente, sino además todo aquello que no le prohíbe inequívocamente (71). La Constitución es un «marco de coincidencias» (72) y no un programa que determine agotadoramente las aspiraciones y los objetivos legítimos de la comunidad.

El hecho de que el texto constitucional no mencione algunos intereses considerados hoy dignos de protección no debe interpretarse en el sentido de que ha querido proscribirlos. Esta interpretación presupone que el constituyente de 1978, en un momento de omnisciencia, fue capaz de avistar todos los intereses humanos, presentes y futuros, para luego juzgarlos y acoger en su seno a la mayoría de ellos, condenando para siempre a los restantes al infierno de la inconstitucionalidad. La experiencia nos dice que hay que presuponer justamente lo contrario: que el constituyente, consciente de su limitada capacidad, simplemente no quiso efectuar semejante juicio universal-final.

V. La protección de los animales: un fin legítimo

La Constitución española no postula el bienestar de los animales, pero tampoco lo prohíbe, ni tan siquiera implícitamente. Nada hay en el texto o en el espíritu de la norma suprema que indique una valoración negativa del mismo. Así las cosas, y por las

razones de índole constitucional relativas al principio democrático ya expuestas, hemos de concluir que el legislador puede fundar en un fin como éste una limitación de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución. Pero también hay razones de otro tipo que hacen de éste un fin especialmente legítimo, esto es, aceptable por los destinatarios de las leyes.

A) La protección de los animales como una exigencia moral percibida por una buena parte de la población española

Nos atrevemos a decir que la gran mayoría de los ciudadanos españoles *cree*: que el sufrimiento de los animales es algo en sí mismo disvalioso, que causarles daños o padecimientos es, en principio, moralmente reprobable y que los hombres no deberían poder infligírselos con absoluta libertad. La intensidad, amplitud, ilustración y coherencia de estas creencias morales difieren notablemente según los individuos, como es natural. No todos rechazan consumir productos de origen animal ni dedican su tiempo libre a luchar por esta noble causa. Pero, en líneas generales, puede afirmarse que un amplísimo y creciente sector de nuestra sociedad las comparte y que son cada vez más fuertes, amplias, ilustradas y coherentes.

Es un dato muy significativo que casi todos los partidos políticos hayan considerado oportuno reformar el Código penal a los efectos de tipificar como delito, castigado nada menos que con pena de prisión de hasta un año, determinados maltratos a los animales (73). En el Congreso se ha podido escuchar que: las iniciativas legislativas en este sentido se hacen «eco de una necesidad de la sociedad que pide que haya una mayor represión penal para este tipo de conductas»; se trata de «marcar la obligación de carácter bioético que tiene toda persona a la hora de mantener unas determinadas relaciones con los animales que le impiden el maltrato, el exterminio o la muerte» (74); «pedimos a los grupos de la Cámara que tomen en consideración esta propuesta y entiendan que es una reivindicación de la calle, es una reivindicación social, no sólo de aquellas entidades o asociaciones de protección de los animales, no sólo de aquellas personas que pueden tener animales de compañía, es

(71) En sentido similar, *vid.* DE OTTO, *Derecho constitucional*, Ariel, Barcelona, 1995, pp. 47 y 48.

(72) Dicen, entre otras, las SSTC 11/1981, de 8 de abril (FJ 7), y 55/1996, de 28 de marzo (FJ 6), que «la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas».

(73) *Vid.* el art. 337 del Código Penal, redactado de acuerdo con la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

(74) Intervención del diputado BARRERO LÓPEZ (PSOE) en la sesión plenaria núm. 150, de 23 de abril de 2002, VII legislatura (DS Congreso, núm. 156, p. 7915), donde se consideraban cuatro proposiciones de ley presentadas por los grupos parlamentarios socialista, catalán, mixto y federal de Izquierda Unida.

una reivindicación de la sociedad, y ya se sabe que el Estado, el Gobierno y este Parlamento tienen que seguir las consignas, las opiniones mayoritarias de una sociedad democrática, adulta y civilizada» (75); la reforma «enlaza y coincide plenamente con un clamor social» (76); «es evidente que hay realidades que una democracia no puede tolerar que queden absolutamente impunes. El maltrato a los animales domésticos tiene que tener un rechazo en el Código Penal acorde con el rechazo y la indignación que suscita en la inmensa mayoría de una sociedad que comparte valores cívicos de tutela y defensa de los animales y de los derechos de los animales» (77).

B) La protección de los animales como una exigencia de la integración europea

Otra razón que contribuye a la legitimidad de la protección jurídica del bienestar animal es la necesidad de equiparar, o por lo menos de aproximar, nuestro ordenamiento jurídico al estándar internacional, especialmente al de la Unión Europea y sus países miembros, que, no hace falta decirlo, es más estricto que el español.

La Unión Europea viene dictando desde hace algún tiempo diversas disposiciones reguladoras del «buen vivir y el bien morir» de los animales (78) que afectan intensamente a derechos fundamentales como las libertades científica y empresarial. De hecho, la mayor parte de la regulación estatal española de la materia no es sino una transposición —bastante desgana, por cierto— de la normativa europea.

*L*a Unión Europea
ha dictado disposiciones
reguladoras del «buen vivir
y el bien morir» de los animales
que afectan intensamente
a derechos fundamentales
como las libertades
científica y empresarial

Acerca de la creciente densidad y relevancia de estas regulaciones ilustra el hecho de que el que podríamos llamar principio general de protección del bienestar animal haya ido adquiriendo una posición cada vez más elevada dentro del ordenamiento jurídico comunitario. Inicialmente, la Declaración 24 relativa a la protección de los animales, anexa al Acta final del Tratado de la Unión Europea, simplemente establecía que «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». Luego, el todavía vigente Protocolo sobre la protección y el bienestar de los animales, adoptado al mismo tiempo que el Tratado de Amsterdam y anexo al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, dispuso que «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». En un futuro próximo, estas exigencias gozarán del mayor rango. La Constitución Europea de 2004 establece dentro del Título relativo a las disposiciones de aplicación general a las políticas y funcionamiento de la Unión que «cuando definan y ejecuten la política de la Unión en los ámbitos de la agricultura, la pesca, los transportes, el mercado interior, la investigación y el desarrollo tecnológico y el espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias del bienestar de los animales como seres sensibles, al tiempo que respetarán las disposiciones legales o administrativas y los usos de los Estados miembros, en particular por lo que respecta a los ritos religiosos, las tradiciones culturales y los patrimonios regionales» (artículo III-121) (79).

Puede causar extrañeza que la Unión Europea pretenda acercar las disposiciones de los Estados

(75) Diputado PUIGCERCÓS I BOIXASSA (ERC), *ibidem*, p. 7918.

(76) Diputado MARTÍ I GALBIS (CIU), *ibidem*, p. 7919.

(77) Intervención del Sr. Ministro de Justicia, MICHAVIDA NÚÑEZ, en la sesión plenaria núm. 246, de 29 de mayo de 2003, VII Legislatura (DS Congreso, núm. 255, p. 13172)

(78) *Vid.* algunas de esas disposiciones en MUÑOZ MACHADO, *Los animales y el Derecho*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 84 y ss.

(79) Además, su art. III-154 admite las «prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito que estén justificadas por razones de... protección de la salud y vida de las personas y animales...».



miembros encaminadas exclusivamente a un fin, el bienestar de los animales, que aparentemente nada tiene que ver con los objetivos de integración económica y política de esta organización. Pero ello tiene su explicación. Las diferencias existentes entre los niveles de bienestar proporcionados por las distintas legislaciones nacionales incentivan, en un mercado común libre como el europeo, que las actividades empresariales que utilizan animales —*v. gr.*, la ganadería intensiva y la experimentación científica— se desplacen hacia los países como España donde el nivel es inferior y, por consiguiente, los costes económicos del cumplimiento de la legislación menores. Y claro, los Estados miembros que pretenden alcanzar un elevado nivel de bienestar animal, que son los más poblados y poderosos de Europa, quieren que ello les cueste cuanto menos mejor, para lo cual intentan que las autoridades comunitarias impongan un estándar lo más cercano posible al suyo. No hay que engañarse: el objetivo principal de la normativa comunitaria en este ámbito no es el bienestar de los animales, sino evitar que el funcionamiento del mercado común europeo haga excesivamente oneroso para algunos países desarrollar políticas propias en este terreno. La fiesta de los toros no preocupa en Europa tanto como el hecho de que los pollos españoles puedan criarse en jaulas mucho más estrechas que los alemanes, los

ingleses o los franceses. Lo que trata de evitar el Derecho comunitario es que el mercado común les salga demasiado caro a los Estados que quieren establecer una política peculiar —éticamente más exigente— en este ámbito, pues ello pondría en peligro la consecución de dicho mercado, al perder éste una buena parte de su atractivo para tales Estados. El fin último de las referidas normas comunitarias es asegurar la integración europea, conservando más o menos intacto el atractivo de la misma.

Por todo ello, puede decirse que la aproximación de la legislación española al nivel de la establecida por otros Estados miembros sirve al objetivo, indiscutiblemente legítimo, de la integración económica y política de Europa.

Esta necesidad de ajustar el Derecho español al comunitario constituye un argumento más en apoyo de la tesis según la cual cabe limitar los derechos fundamentales en aras de un fin, como el bienestar de los animales, carente de rango constitucional. Es claro que quien sostenga la tesis contraria estará afirmando la existencia de una contradicción entre el ordenamiento constitucional patrio y el comunitario, y deberá enfrentarse a la espinosa cuestión de cuál de ellos debe prevalecer. Pues bien, la mejor manera de resolver este controvertido problema es, obviamente, evitarlo.

Las normas jurídicas —con independencia de cuál ostente la supremacía— deben ser siempre objeto de una interpretación que trate de coherenciarlas y de evitar las antinomias entre ellas. En España, los Tribunales e incluso el legislador han proclamado en abundantes ocasiones que las leyes deben interpretarse de conformidad con la Constitución: si una disposición legal es susceptible de varias interpretaciones, debe escogerse alguna de las compatibles con la Constitución y rechazarse las que la contradigan (80). Pero ello no debe hacernos perder de vista que también hay que tratar de interpretar la Constitución de conformidad con las leyes (81). Es decir, si el texto constitucional admite dos o más interpretaciones, hay que preferir en principio alguna de las compatibles con la ley, a fin de salvar en la medida de lo posible lo establecido por el legislador democrático (82).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que las disposiciones de los Estados miembros deben de interpretarse conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico comunitario (83). Y aunque este Tribunal no haya proclamado explícitamente el principio inverso, lo cierto es que *de facto* también ha interpretado en más de una ocasión el Derecho comunitario conforme a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, especialmente conforme a los derechos constitucionales. En efecto, ante el grave problema que planteaba la eventual contradicción entre las normas comunitarias derivadas y los derechos reconocidos expresamente en las Constituciones nacionales pero no en los Tratados constitutivos de la Comunidad, el Tribunal de Luxemburgo «interpretó» que estos derechos formaban parte también del Derecho comunitario originario en calidad de principios generales del mismo (84). Hay que interpretar la Constitución *pro communitate* y el Tratado *pro constitutione* (85).

Debe entenderse que la Constitución española no prohíbe al legislador limitar los derechos fundamentales para proteger a los animales conforme a lo exigido por el Derecho comunitario

Así las cosas, en virtud de este criterio interpretativo, debe entenderse que la Constitución española no prohíbe al legislador limitar los derechos fundamentales para proteger a los animales conforme a lo exigido por el Derecho comunitario. Esa interpretación de nuestra norma suprema es desde luego la más ajustada a este último ordenamiento jurídico. El bienestar de los animales sería también desde este punto de vista un objetivo legítimo a los efectos mencionados.

VI. Reflexión final

La conclusión a la que acabamos de llegar no resuelve el problema de la licitud de las restricciones de los derechos fundamentales impuestas en aras del bienestar animal, sino que, paradójicamente, lo mantiene abierto. Partiendo de la premisa de que éste es un fin legítimo, susceptible de fundar tales restricciones, ahora habrá que ver cuáles son los requisitos que las mismas deben cumplir. Habrá que ver en qué medida son lícitas. Habrá que comprobar si respetan los límites establecidos por la Constitución en garantía de los derechos fundamentales afectados: la reserva de ley, el mandato de tipicidad, el principio de proporcionalidad, el procedimiento debido, la obligación de motivar, etcétera. Aquí se suscitan numerosas cuestiones que merecen ser objeto de discusión y análisis (86). □

(80) Vid. el art. 5.3 de la LOPJ y, entre otras muchas, las SSTC 164/2001, de 11 de julio (FFJJ 14, 16, 21, 25, 29 y 30), y 204/2002, de 31 de octubre (FFJJ 8 y 11). En la doctrina, vid. DÍAZ REVORIO, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 91 y ss.

(81) HESSE, *Grundzüge...*, m. 85.

(82) Vid., por ejemplo, la STC 108/1986, de 29 de julio (FJ 13), relativa a la interpretación del art. 122.3 de la CE, que establece que doce de los vocales del Consejo General del Poder Judicial se nombrarán «entre Jueces y Magistrados».

(83) Vid., entre otras muchas, las SSTJCE de 10 de abril de 1984 (*Von Colson y Kamann*, 14/84, § 26), 4 de febrero de 1988 (*Murphy*, 157/86, § 11) y 13 de noviembre de 1990 (*Marleasing*, C-106/89, §§ 8 y 9).

(84) Vid., entre otras muchas, las SSTJCE de 12 de noviembre de 1969 (*Stauder*, 29/69, § 7), 17 de diciembre de 1970 (*Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, § 4), 14 de mayo de 1974 (*Nold*, 4/73, § 13) y 13 de diciembre de 1979 (*Hauer*, 44/79, § 15).

(85) Así lo sugiere ALONSO GARCÍA, Ricardo, *El juez español y el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 123 y ss.

(86) Sobre el particular, vid. nuestro trabajo *Bienestar animal...*, pp. 155 y ss.