

EL CRONISTA

Director
Santiago Muñoz Machado

del Estado Social y Democrático de Derecho

¿ES CONSTITUCIONAL PROHIBIR LAS CORRIDAS DE TOROS?

PABLO DE LORA

PIERRE SUBRA DE BIEUSSES

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL



La cadena perpetua
BORJA MAPELLI CAFFARENA

Extranjeros en el padrón municipal
IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ

La economía sostenible
JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE

El espíritu dúctil de las leyes
MASSIMO LA TORRE

La disciplina en la escuela
PABLO MEIX CERECEDA

Responsabilidad del Estado-Legislador:
reformulación de la teoría
M.^a CONSUELO ALONSO GARCÍA

Austeridad: empresas, fincas y otros
despilfarros
SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

LA PROHIBICIÓN DE LAS CORRIDAS DE TOROS DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL*

I. EL PROBLEMA EN SU CONTEXTO

La prohibición viene persiguiendo a los espectáculos taurinos desde hace siglos¹. Las primeras hostilidades fueron desencadenadas por las autoridades de la Iglesia Católica. Mediante la

* Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universitat de València-Estudi General.

¹ La obra de referencia acerca de la evolución histórica del régimen jurídico de las corridas de toros sigue siendo la escrita por T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Reglamentación de las corridas de toros. Estudio histórico y crítico*, Espasa-Calpe, Madrid, 1987, pp. 25 y ss. Vid., también, del mismo autor, «La ordenación legal de la fiesta de los toros», *Revista de Administración Pública*, núm. 115, 1988, pp. 31 y ss.; así como E. ARANA GARCÍA, «Régimen jurídico administrativo de los espectáculos taurinos», en *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, pp. 91 y ss.; E. CARA FUENTES, «Espectáculos taurinos: de la prohibición al fomento, del mantenimiento del orden público a la defensa de los espectadores», en *Panorama jurídico...*, *op. cit.*, pp. 183 y ss.; D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, *El régimen jurídico de los festejos taurinos populares y tradicionales*, Globalia, Salamanca, 2009.

bula *De salutis gregis domini* (1567), el Papa Pío V llegó a prohibir no sólo su celebración, sino también que se diera cristiana sepultura a quienes murieran durante su transcurso, además de anular las autorizaciones dadas para correr reses en honor de los santos y conminar con la excomunión a los eclesiásticos que asistieran a los festejos. La censura no venía motivada por una consideración del sufrimiento animal ni nada por el estilo, sino por razones muy humanas: se invocaba principalmente el peligro y el daño que sufrían los corredores y eventualmente el público, aunque también se aludía a la ociosidad a la que contribuían, el despilfarro que suponían y la perniciosa mezcla de estamentos nobles y populares, de hombres y mujeres, que tenía lugar en la plaza.

Los ilustrados también se significaron en su enemiga hacia la Fiesta, consiguiendo que los Borbones la prohibieran. Primero lo hizo Carlos III, en 1785, con algunas salvedades. Y luego Carlos IV, en 1805, esta vez sin excepción alguna. Se aducía el daño que el sacrificio de las reses y la distracción del público



Libro de los Castigos del Rey don Sancho.

suponían para la economía del país, así como la opinión negativa que los extranjeros pudieran formarse de los españoles.

La prohibición, sin embargo, pronto devino letra muerta. Los poderes públicos no sólo toleraron manifiesta y ampliamente las corridas, sino que las regularon, promovieron y organizaron en multitud de ocasiones. Estos espectáculos estaban arraigados en la realidad social del país con la suficiente profundidad como para sobrevivir a los paternalistas intentos de supresión impuestos por minorías eclesiásticas o ilustradas en contra de los deseos de la abrumadora mayoría.

Las densas regulaciones establecidas en este campo durante los dos últimos siglos no han pretendido limitar o suprimir la celebración de los espectáculos taurinos, sino proteger el orden público y la integridad física de los participantes, defender los intereses de los espectadores y fomentar los festejos, al margen de alguna medida puntual dirigida a mitigar su carácter cruento, como la introducción de los petos protectores de los

caballos. La Fiesta adquiere una consideración positiva, como una suerte de bien público, una típica actividad cultural que el mercado no produce en la medida suficiente y que por ello merece la ayuda del Estado. El artículo 4 de la Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades en materia de espectáculos taurinos, por ejemplo, contempla la posibilidad de que la Administración estatal adopte «medidas destinadas a fomentar y proteger las actividades a las que se refiere la presente Ley, en atención a la tradición y vigencia cultural de la fiesta de los toros». En un país democrático, los poderes públicos tienden a satisfacer las preferencias y demandas de la mayoría de sus ciudadanos.

Precisamente por esta razón pudiéramos estar comenzando a desandar el camino que en los últimos doscientos años nos ha llevado desde la prohibición hasta el fomento. Es un hecho que la Fiesta ya no suscita la misma afición ni tiene tanta presencia como antaño en determinadas esferas de la sociedad española. Muy probablemente haya influido en ello la creciente preocupación social por el bienestar animal, preocupación que ha

encontrado su reflejo en un cada vez más nutrido cuerpo de normas internacionales, comunitarias, estatales, autonómicas y locales por las que se regulan múltiples aspectos del buen vivir y del bien morir de los animales, y cuyos principios inspiradores son esencialmente opuestos a la lidia.

Nótese que todas las leyes autonómicas promulgadas en este campo configuran los espectáculos taurinos como una excepción a la regla general que prohíbe utilizar animales en espectáculos en los que se les pudiera ocasionar sufrimientos, con las connotaciones negativas inevitablemente asociadas a toda regulación excepcional. Ciertamente, la mayoría de estas leyes permite estos festejos sin más limitaciones que las dirigidas a garantizar su ordenada celebración. Pero no es menos cierto que algunas Comunidades Autónomas han ido más allá.

En Canarias, las corridas han sido categóricamente abolidas. El artículo 5 de la Ley 8/1991, de 30 abril, de protección de animales, prohíbe «la utilización de animales en peleas, fiestas, espectáculos y otras actividades que conlleven maltrato, crueldad o sufrimiento», y sólo contempla una excepción para las peleas de gallos, aunque bajo ciertas restricciones, pues «si bien pueden argüirse en su defensa los aspectos tradicionales y aun culturales, es evidente que son tradiciones cruentas e impropias de una sociedad moderna y evolucionada», por lo que «esta Ley propicia su desaparición natural, mediante mecanismos normativos que impiden su expansión» (en palabras de su preámbulo). El elocuente silencio que el legislador canario guarda en relación con las corridas de toros no obedece a un olvido, sino a la voluntad inequívoca de no permitir las, al quedar comprendidas por la prohibición general de los espectáculos donde se ocasionen sufrimientos a los animales. Esta regulación tiene mucho que ver con el hecho de que estos festejos nunca arraigaron en las Islas, lo que también explica que la medida no haya suscitado apenas controversias.

Cataluña y Baleares, por su parte, han dejado a los espectáculos taurinos en una situación similar a la de las peleas de gallos en Canarias. El legislador los tolera, de momento, pero también congela su difusión, sujetándolos a requisitos dirigidos a impedir su expansión y hacerlos languidecer. La legislación balear 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»². La legislación catalana dispone que los festejos populares que no conllevan la muerte del animal (los llamados *correbous*) sólo pueden ser autorizados en las fechas y localidades donde vengán celebrándose tradicionalmente. Y sólo se permiten las corridas de toros en aquellas localidades en donde, en el momento de entrar en vigor la Ley 3/1988, existiesen plazas construidas para celebrar dicha fiesta. El artículo 6.2 de la Ley 22/2003 ha vedado además el acceso de los menores de catorce años a las corridas.

Una parte de la sociedad catalana, sin embargo, ha considerado insuficientes estas limitaciones. Después de que no pocos Ayuntamientos, entre ellos el de Barcelona, hubieran caldeado el ambiente declarando simbólicamente el carácter «anti-

taurino» de sus respectivas ciudades, *Esquerra Republicana de Catalunya* e *Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Alternativa* presentaron en abril de 2005 sendas proposiciones de ley por las que se prohibían las corridas de toros y los espectáculos que incluyesen la muerte del animal y la aplicación de las suertes de varas, de banderillas y del estoque³. Caducadas estas propuestas como consecuencia de la finalización de la legislatura, los abolicionistas han vuelto a la carga con una iniciativa legislativa popular avalada por más de 180.000 firmas. Se propone modificar el artículo 6 de la Ley 22/2003 a fin de prohibir «las corridas de toros y los espectáculos con toros que incluyan la muerte del animal y la aplicación de las “suertes” de la pica, las banderillas y el estoque, así como los espectáculos taurinos de cualquier modalidad que se celebren en las plazas de toros o fuera de ellas», con la excepción de «las fiestas con novillos sin muerte del animal (*correbous*) en las fechas y localidades donde tradicionalmente se celebran», siempre que no se infieran daños a los animales. Para justificar la reforma se aducen varios motivos: 1.º) la protección de todos los animales, sin hacer salvedades para las corridas, que suponen objetivamente un maltrato y comportan sufrimiento y dolor para los toros, cuyo sistema neurológico y emotivo es muy próximo al de la especie humana; 2.º) la creciente sensibilidad de la sociedad catalana hacia la protección del bienestar animal, y la superación de la visión de la humanidad como poseedora de derechos absolutos e ilimitados que permiten la práctica de conductas destructivas y violentas sobre los animales; 3.º) el hecho de que otros países democráticos prohibieran en el pasado este tipo de espectáculos; 4.º) el notable descenso de la afición catalana a la tauromaquia; y 5.º) el continuado rechazo que en los extranjeros que visitan el país producen las corridas, que además se nutren parcialmente de dinero público⁴.

No causa extrañeza que estas propuestas hayan desatado una viva polémica. Aquí se está librando una formidable batalla entre los partidarios de una secular tradición que, pese a su evidente declive, todavía conserva cierto vigor⁵ y los militantes del cada vez más poderoso «movimiento de liberación animal». Una batalla sobre la que mucha gente tiene puesta la mirada, porque de su desenlace debería depender, en buena lógica, el de otros conflictos semejantes que con toda probabilidad van a sucederse en un futuro próximo. Aunque seguramente son las connotaciones políticas del problema las que lo hacen tan controvertido y resonante: muchas personas opinan que los políticos que apoyan la reforma, so pretexto de proteger a los animales, buscan en realidad extirpar de la sociedad catalana uno de los elementos definitorios de la esencia de lo español, pretenden desespañolizar Cataluña, allanando el terreno para una futura secesión.

³ La proposición de *Esquerra* se publicó en el *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya* (en adelante BOPC), VII legislatura, núm. 173, de 18 de abril de 2005, pp. 7 y 8. La de *Iniciativa*, en el BOPC, VII legislatura, núm. 175, de 25 de abril de 2005, pp. 18 y 19. En esta última también se proponía prohibir «els correbous amb aplicació de torxes a les banyes o correbous de foc, i els correbous amb l'ús de sogues o bous capllaçats».

⁴ BOPC, VIII legislatura, núm. 353, de 17 de noviembre de 2008, p. 84.

⁵ De acuerdo con las estadísticas publicadas por el Ministerio del Interior (<http://www.mir.es/SGACAVT/juegosy espec/toros/estadistica/>), durante el año 2002 se celebraron en Cataluña 45 festejos —aquí se incluyen corridas de toros, corridas de rejones con toros, festivales, festejos mixtos, rejones con novillos y novilladas con picadores—; en 2003, 47; en 2004, 49; en 2005, 27; en 2006, ninguna; en 2007, 18; y, en 2008, 16.

² Artículo 4 de la Ley 1/1992, de 8 de abril, de protección de los animales que viven en el entorno humano.

No es mi intención entrar en apasionados debates sobre cuestiones éticas, identidades nacionales, estrategias políticas o motivos ocultos. Aquí tan sólo pretendo analizar desde una perspectiva estrictamente jurídica y de *constitutione data* si el legislador catalán puede imponer semejante prohibición. ¿Es esta medida compatible con la Constitución que nos dimos en 1978, que todavía sigue vigente, que propugna la libertad y el pluralismo como valores superiores del ordenamiento jurídico, que consagra el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y que protege a todos los españoles y pueblos de España en el disfrute de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones?

II. ¿SON COMPETENTES LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA PROHIBIR LAS CORRIDAS DE TOROS?

I. La competencia autonómica en materia de espectáculos públicos



Cataluña ha asumido en el artículo 141.3 de su Estatuto de Autonomía la competencia exclusiva en materia de espectáculos, mas ello no significa que sea exclusivamente competente para regular en su integridad los taurinos. Como bien ha señalado Fernández Rodríguez, la competencia sobre espectáculos no otorga a las Comunidades Autónomas el poder de ordenar exhaustivamente la fiesta de los toros, sino tan sólo potestades generales de policía para regular algunos aspectos puntuales y parciales de este fenómeno⁶. El del espectáculo no es sino uno de los títulos competenciales que confluyen en la Fiesta, junto con los del mantenimiento del orden público, defensa de los consumidores y usuarios, sanidad, ganadería, legislación fiscal, civil, laboral y de la seguridad social, fomento de la cultura, etc.

La competencia sobre espectáculos, tal como ha sido entendida tradicionalmente, únicamente permite fijar determinadas condiciones externas bajo las cuales deben desarrollarse éstos a los solos efectos de salvaguardar la moralidad pública y asegurar la vida y la integridad física de los participantes, la tranquilidad de los afectados por el espectáculo y la comodidad de los espectadores⁷. No hay motivo para pensar que los Estatutos de Autonomía hayan querido dar a este título un sentido distinto del que siempre ha tenido.

Parece claro, por consiguiente, que dicha competencia no permitiría a las Comunidades Autónomas prohibir las corridas de

toros. Esta medida no sería útil para preservar el orden público o los intereses legítimos de los espectadores, más bien al contrario. Y tampoco resultaría adecuada para proteger la moralidad pública. En primer lugar, porque esta concepción de la normativa de espectáculos como instrumento de tutela de la moral pública no casa bien con los valores de la democracia y el pluralismo⁸. El respeto de la pluralidad exige una interpretación restrictiva del concepto de moral pública en cuanto que elemento limitativo de la libertad personal, por lo que aquí no cabe incardinar cualesquiera creencias, sino tan sólo aquellas admitidas por la generalidad de los ciudadanos –la jurisprudencia habla de la «sensibilidad moral del espectador medio»⁹–, dentro de las cuales no me parece que pueda incluirse la creencia en la inmoralidad de las corridas. En segundo término, la normativa de espectáculos no pretende proteger la sensibilidad moral de los ciudadanos en general, sino tan sólo la de los espectadores. Y es obvio que no son los sentimientos morales de los adultos asistentes a una corrida de toros los que se quiere salvaguardar prohibiéndolas.

De todas maneras, tampoco sería descabellado sostener que el artículo 141.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, interpretado a la vista de la realidad social actual, permite al legislador catalán regular los espectáculos en atención a otros fines públicos distintos de los tradicionales pero considerados legítimos y cuya gestión no ha sido inequívocamente encomendada al Estado por la Constitución. De hecho, prácticamente todos los legisladores autonómicos han interpretado en este sentido los preceptos equivalentes de sus respectivos Estatutos, al prohibir por regla general los espectáculos en que se maltrate a los animales, sin que las autoridades estatales hayan discutido nunca estas prohibiciones.

2. La protección de los animales en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña

El hecho de que, inicialmente, en ninguno de los Estatutos de Autonomía se contemplara específicamente la competencia sobre protección de los animales no ha sido óbice para que todas las Comunidades Autónomas hayan emulado a la catalana, regulando la materia. Es cierto que muchas de las disposiciones contenidas en los respectivos textos legislativos pueden dictarse al amparo de las competencias autonómicas sobre ganadería, sanidad animal, caza, pesca, medio ambiente, espectáculos públicos, etc. Pero es sumamente dudoso que estos u otros títulos puedan dar cobertura a algunas de las medidas previstas

⁶ T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La ordenación legal...», p. 36.

⁷ Vid., en este sentido, la STC 148/2000 (FJ 10), que cita, a su vez, las SSTC 54/1990 (FJ 3) y 313/1994 (FJ 6). En la doctrina, por todos, F. A. CASTILLO BLANCO y P. ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, *Espectáculos públicos y actividades recreativas. Régimen jurídico y problemática actual*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 53 y ss.

⁸ F. A. CASTILLO BLANCO y P. ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, *Espectáculos...*, pp. 58 y 59. El Preámbulo de la Ley canaria 1/1998, de 8 de enero, de espectáculos públicos y actividades clasificadas, la considera «superada».

⁹ Vid. la STC 49/1984 (FJ 4) y la STS de 18 de diciembre de 1993 (Sala 3.ª, Secc. 6.ª, rec. 6857/1992).

en dichas leyes con el fin de proteger el bienestar de los animales –v. gr., de los de compañía–. Recordemos que «la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado» (art. 149.3 CE).

Sea como fuere, la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, ha venido a enmendar el «olvido», al establecer en su artículo 116.1.d) que corresponde a la *Generalitat* la competencia exclusiva sobre «la sanidad vegetal y animal cuando no tenga efectos sobre la salud humana y la protección de los animales». De este modo quedan despejadas las dudas eventualmente existentes acerca de la competencia del legislador catalán para regular en principio cualesquiera actividades con el fin de salvaguardar el bienestar animal.

3. El respeto de la competencia estatal en materia de fomento de la cultura

Sabemos que las competencias «exclusivas» asumidas por las Comunidades Autónomas en una determinada materia lo son siempre sin perjuicio de las que en esa misma materia corresponden «exclusivamente» al Estado en virtud del artículo 149.1 de la Constitución. La competencia autonómica en materia de espectáculos no quita, por lo tanto, que el Estado pueda regular diversos aspectos de los festejos taurinos en virtud, por ejemplo, de sus competencias sobre seguridad pública (art. 149.1.29.^a CE) y fomento de la cultura (art. 149.2 CE)¹⁰. Según ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional, varias Administraciones pueden actuar sobre una misma realidad social, siempre que el ejercicio de la competencia que corresponda a cada una de ellas no interfiera o perturbe el de las atribuidas a las restantes Administraciones¹¹.

Al Estado compete la «preservación del patrimonio cultural común» (art. 149.1.28.^a CE)¹². Es discutible que este título asigne al Estado las «competencias generales sobre la ordenación de la Fiesta de los Toros», como defiende Fernández Rodríguez, a cuyo juicio pesa sobre el legislador estatal la responsabilidad de «sentar las bases de la defensa y protección del derecho colectivo “de todos los españoles y pueblos de España” al ejercicio de “sus culturas y tradiciones”»¹³.

Ahora bien, tampoco cabe afirmar que dicha competencia estatal carezca aquí de relevancia. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 20 de octubre de 1998 (Sala 3.^a Secc. 6.^a, rec.



8162/1992), ha dejado sentado que la «conexión existente entre la fiesta de los toros y el patrimonio cultural español» permite al Estado ordenar aquellos aspectos de este espectáculo «mediante los que se persigue el sometimiento de su celebración a reglas técnicas y de arte uniformes que eviten su degradación o impidan que resulte desvirtuada en lo que podríamos considerar sus *aspectos esenciales*». En cambio, «no parece que la competencia estatal pueda referirse a materias que, aun afectando a ésta, poco tienen que ver con la regulación de aspectos no esenciales a la fiesta taurina, como son los relacionados con su celebración en plazas no estables o su relación con espectáculos tradicionales de índole popular».

De acuerdo con el criterio sentado en esta misma Sentencia, es evidente que la prohibición de las corridas de toros interfiere de la manera más intensa posible en el ejercicio de la competencia estatal dirigida a conservar en sus elementos esenciales esta tradición cultural común a prácticamente todos los pueblos de España, pues sencillamente impide con

carácter absoluto dicha conservación.

III. EL LÍMITE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Derechos fundamentales afectados

El artículo 35.1 de la Constitución española reconoce la libertad de elegir –e, implícitamente, de ejercer y dejar de ejercer– cualquier actividad profesional u oficio. Y el artículo 38 del mismo texto reconoce la libertad para acometer, sostener, organizar y abandonar cualquier empresa. Resulta incuestionable que la prohibición de las corridas restringe de manera muy intensa las libertades empresarial y profesional de un gran número de personas: matadores, banderilleros, picadores, subalternos, empesarios del sector, apoderados, periodistas especializados, ganaderos. Tampoco es dudoso que la prohibición limita la denominada libertad genérica de actuar, de realizar en principio cualesquiera actividades, derecho que se deduce de los artículos 1.1, 10.1, 9.3 y 16.1 de la Constitución¹⁴.

Más problemática es la cuestión de si el derecho a la creación y a la producción artísticas [art. 20.1.b) CE] ampara *prima facie* las corridas. Hay quien lo niega rotundamente, por estimar que «el arte es representación, ficción, y por eso el toreo no es arte»; una corrida de toros no es «arte, puesto que nada hay en ella de ficticio o imaginado». La libertad artística, en consecuencia,

¹⁰ Vid., en este sentido, el preámbulo de la Ley 10/1991, de 4 de abril.

¹¹ SSTC 15/1998 (FJ 3), 110/1998 (FJ 2), 166/2000 (FJ 3), 38/2002 (FJ 7) y 123/2003 (FJ 2).

¹² STC 49/1984 (FJ 6).

¹³ T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La ordenación legal...», p. 36.

¹⁴ L. PRIETO SANCHÍS, «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», *Derechos y Libertades*, núm. 8, 2000, pp. 442 y ss. y 459 y ss.

sería la libertad de crear ficciones, que nada tendría que ver con la libertad de «torturar y matar de verdad»¹⁵.

No nos parece muy acertada esta definición tan reduccionista del arte, que por de pronto no explica por qué hay abundantes obras elaboradas con «animales de verdad» que han sido consideradas artísticas por sus autores, el público y los críticos, llegando incluso a ilustrar manuales universitarios de teoría del arte¹⁶.

La Historia –advierte J. Jiménez– nos ha enseñado que el concepto de arte es sumamente cambiante en el tiempo y el espacio: «Cada época, cada situación específica de cultura, ha entendido como “arte” cosas muy diversas». Y la Historia, en especial sus últimos cien años, nos ha enseñado igualmente que no hay unos fines, materiales, contenidos, formas, objetos, instrumentos o cánones específicos de la actividad artística, que permitan deslindar *a priori* el arte del no arte. «El arte ha ido adquiriendo un status de plena libertad expresiva: *no hay un “canon” previo, predeterminado, ni puede haberlo*. Los materiales, soportes y temas del arte en ningún caso pueden fijarse previamente desde instancias externas a la propia práctica artística». Por eso el «*arte es todo aquello a que los hombres llaman arte... arte es hoy un conjunto de prácticas y actividades humanas completamente abierto*»¹⁷.

Cualquier actividad o cosa puede ser arte –a los efectos del artículo 20.1.b) de la Constitución– si así lo considera su autor. Sólo si conceptuamos abiertamente el arte queda garantizada una producción artística verdaderamente libre. Este derecho fundamental exige que el artista tenga, en principio, plena libertad para elegir los fines, métodos, materiales, soportes y contenidos de su actividad artística. En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Federal alemán: «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»; «sobre la “corrección” de su posición frente a la realidad sólo el artista puede decidir»; «la garantía de la libertad artística significa la prohibición de actuar sobre los métodos, contenidos y tendencias de la actividad artística»¹⁸.

Debe entenderse, en consecuencia, que este derecho permite en principio a los ciudadanos utilizar animales¹⁹ y, en particular, lidiar reses bravas para expresarse artísticamente. Esta conclusión viene corroborada por las numerosas medallas al mérito en las Bellas Artes, en su categoría de oro, que el Gobierno ha concedido a diversos matadores de toros²⁰, así como por diversas dis-

posiciones legales y reglamentarias que declaran explícitamente que el toreo constituye una actividad artística²¹.

Nadie discute que el legislador puede restringir esos y otros derechos, ninguno de los cuales es absoluto. Ahora bien, las restricciones deben respetar ciertas garantías para ser lícitas.

2. ¿Puede un fin carente de rango constitucional fundamentar la restricción de un derecho fundamental?

El Tribunal Constitucional español ha declarado en innumerables ocasiones que los derechos fundamentales sólo pueden ser limitados para salvaguardar otros derechos o bienes de rango constitucional. No basta que el fin perseguido sea simplemente compatible con la Constitución; ha de estar protegido por ella²².

Esta jurisprudencia se erige en un serio obstáculo para la prohibición de las corridas de toros por la sencilla razón de que el fin perseguido, el bienestar animal, no ha sido garantizado por la norma suprema de nuestro ordenamiento. No creo, por ejemplo, que se pueda declarar inconstitucional una ley por desproteger a los animales frente a determinados tipos de sufrimientos. Aunque, como todo el mundo sabe, en Derecho hay abogados hasta para las causas más peregrinas, prestos siempre a realizar las acrobacias interpretativas más osadas.

El artículo 45.2 de la Constitución 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 del bienestar de los animales, al formar parte éstos del medio ambiente, de los «recursos naturales», constituye igualmente un mandato constitucional²³.

Esta conclusión debe ser rechazada, porque la Constitución ordena la defensa del medio ambiente desde una perspectiva antropocéntrica. No se protege la naturaleza, ni los elementos minerales, vegetales o 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 diáfanoamente 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

¹⁵ J. MOSTERIN, en su prólogo al libro de P. DE LORA, *Justicia para los animales*, Alianza, Madrid, 2003, pp. 13 y 14.

¹⁶ Vid. J. JIMÉNEZ, *Teoría del arte*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 36 y ss.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 43, 50 y 51. Las cursivas son del original.

¹⁸ Sentencia de 24 de febrero de 1971 (BVerfGE 30, 173, 190 – *Mephisto*).

¹⁹ Así lo entiende incluso J. CASPAR, *Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 315 y ss., seguramente el jurista alemán que más se ha significado en la defensa de las tesis más favorables a la protección de los animales.

²⁰ Vid. los Reales Decretos 2734/1996, de 27 de diciembre; 2049/1997, de 26 de diciembre; 1935/1999, de 17 de diciembre; 159/2001, de 16 de febrero; 203/2002, de 15 de febrero; 1349/2002, de 13 de diciembre; 1785 y 1786/2003, de 19 de diciembre; 562/2005, de 13 de mayo; 836/2006, de 30 de junio; 784/2007, de 8 de junio; 815/2008, de 9 de mayo; 238/2009, de 23 de febrero; y 241/2010, de 26 de febrero.

²¹ Vid. el preámbulo de la Orden del Ministerio de la Gobernación de 10 de febrero de 1953, de edad, peso y defensas de las reses; 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; y el artículo 6.2 de la Ley cántabra 3/1992, de 18 de marzo, de protección de los animales.

²² Sobre esta doctrina, vid. nuestro trabajo *Bienestar animal contra derechos fundamentales*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 73 y ss. y 113 y ss.

²³ Vid. M. L. ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, «Los animales domésticos y el Derecho: en particular, el régimen jurídico de los animales de compañía», en *Panorama jurídico de las Administraciones públicas en el siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, dirs. Rodríguez-Arana Muñoz/Del Guayo Castilla, BOE-INAP, Madrid, 2002, pp. 1209 y 1232; L. LAFONT NICUESA, «La protección de los animales y su colisión con otros derechos en la jurisprudencia», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 74, 2006, pp. 338 y ss.; J. BRAGE CAMAZANO, en su recensión de nuestro libro *Bienestar...*, (*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 122, 2008, p. 1120).

de proteger y mejorar la calidad de la vida (art. 45.2). Es claro que esta norma se refiere no a la calidad de vida de todos los seres vivos, como algún autor afirma²⁴, sino a la de los humanos.

Y así lo han certificado el Tribunal Constitucional y la mayoría de la doctrina: el concepto constitucional del medio ambiente es «esencialmente antropocéntrico»²⁵; «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... el mantenimiento de los parámetros de la biosfera, objeto principal del Derecho ambiental, nada tiene que ver con este tipo de normativas»²⁶. 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.

Esta interpretación del artículo 45 CE viene corroborada por la de un precepto equivalente como era el artículo 2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, donde podía 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, «el bienestar de los animales no forma parte de los objetivos del Tratado, tal como se definen en el artículo 2» mentado²⁷.

Apoyándose en la vieja idea, verdadera o no, de que maltratar a los animales produce en los hombres una predisposición a hacer lo propio con sus semejantes, se ha defendido que el Estado está 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. «La salvaguarda de los animales sería una línea avanzada de protección de la persona»²⁸. La proposición de ley presentada en abril de 2005 por *Esquerra* afirmaba en su exposición de motivos la existencia de «estudios que indican que la violencia hacia los animales tiene con mucha frecuencia una relación directa con otras formas de violencia hacia los miembros de la sociedad percibidos por los agresores como más débiles, como puedan ser las mujeres, los niños, los ancianos o las personas inmigrantes»²⁹. No es descartable, en mi opinión, que ciertas formas de violencia ejercida sobre los animales puedan tener algún tipo de correlación con el maltrato a la gente. Pero de ahí a concluir que la participación en las corridas de toros, como actor o espectador, aumenta la probabilidad de convertirse en un maltratador de mujeres, niños, ancianos, inmigrantes o, en general, de cualquier persona, media un abismo. Esta hipótesis carece por completo de fundamento empírico.

²⁴ J. M. PÉREZ MONGUIÓ, *Animales de Compañía*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 226.

²⁵ STC 102/1995 (FJ 4). En la doctrina, *vid.*, por todos, B. LOZANO CUTANDA, *Derecho ambiental administrativo*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 86.

²⁶ D. LOPERENA ROTA, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 68 y 69. *Vid.*, en sentido parecido, E. HABA GARCÍA, *La tutela penal de los animales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 113 y 114.

²⁷ STJCE de 12 de julio de 2001 (*Jippes y otros*, C-189/01, § 71).

²⁸ L. LAFONT NICUESA, «La protección...», p. 338.

²⁹ *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, VII legislatura, núm. 173, 18 de abril de 2005, p. 7.

Se ha utilizado también otra vía para deducir del derecho a la integridad corporal humana el rango constitucional del bienestar de los animales: el Estado debe protegerlos porque muchas personas sufren en su salud al saber que se maltrata a estas criaturas. «La exigencia de respeto hacia aquellas personas que integran en sus convicciones éticas la protección de los animales exige la proscripción de aquellas conductas que atentan contra este sentimiento»³⁰. Pero esta tesis conduciría directamente a vaciar de sentido la jurisprudencia que estamos analizando, pues cualquier bien tendría rango constitucional por el mero hecho de que una sola persona padeciese por la integridad del mismo. Todo podría estar fundamentado en la Constitución, que devendría en un superhuevo cósmico, en el germen del mundo entero.

El problema se ha planteado en el Derecho alemán en términos muy similares. La consolidada doctrina del Tribunal Constitucional Federal según la cual las libertades científica, artística y religiosa sólo pueden ser restringidas en aras de un bien de rango constitucional ponía en jaque la validez de ciertos preceptos legales que limitaban esos derechos a fin de salvaguardar el bienestar animal. De hecho, los Tribunales alemanes vinieron a declarar ilícitas varias de esas limitaciones, ante la imposibilidad de afirmar que la Ley Fundamental de Bonn protegiese dicho bienestar. Lo cual motivó que en 2002 se reformase su artículo 20a con el objeto de constitucionalizar este bien jurídico y convalidar las disposiciones legales cuestionadas³¹. Si nos tomáramos nuestras Constitución y jurisprudencia constitucional tan en serio como los alemanes se toman las suyas, habríamos de concluir que en el vigente marco constitucional español no cabe una prohibición de las corridas de toros.

Semejante conclusión, sin embargo, parte de una premisa que no comparto. En mi opinión sí cabe restringir los derechos fundamentales para satisfacer fines no protegidos, aunque tampoco proscritos, por la Constitución, como creo es el caso del bienestar animal³². Hay que notar, por de pronto, que la referida jurisprudencia no es fruto de una reflexión detenida que el Tribunal Constitucional se haya visto en la necesidad de llevar a cabo para resolver casos reales sometidos a su juicio. Siempre que el Tribunal la ha deslizado en sus sentencias lo ha hecho de modo completamente incidental e innecesario, sin que fuese decisiva para resolver los casos planteados.

Se ha visto el fundamento de esta doctrina en el llamado «principio de unidad de la Constitución», que impone que los preceptos de la norma suprema deben ser objeto de una «interpretación sistemática y global»³³. Es cierto que los preceptos que reconocen derechos fundamentales deben ser interpretados sistemáticamente, cohonstando su vigencia con la de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos. Pero de ello no se sigue inexorablemente que los derechos fundamentales sólo puedan ser limitados en aras de otros bienes del mismo rango. 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 inte-

³⁰ L. LAFONT NICUESA, «La protección...», p. 337.

³¹ *Vid.* nuestro trabajo *Bienestar...*, pp. 73 y ss.

³² *Vid.*, con más detalle, nuestro trabajo *Bienestar...*, pp. 91 y ss. y 127 y ss.

³³ SSTC 113/1994 (FJ 9), 179/1994 (FJ 5) y 107/1996 (FJ 6).

reses no enunciados en ella pero valiosos según el legislador democrático.

Se ha esgrimido también el principio de jerarquía: un bien constitucional no puede sufrir un menoscabo para proteger uno de valor inferior, simplemente legal. Sin embargo, tampoco creo que la incuestionable supremacía de la Constitución sobre la ley imponga ineluctablemente esa conclusión. Este principio exige que los conflictos entre bienes constitucionales e infraconstitucionales se resuelvan mediante una ponderación en la que habrá que atribuir a los primeros un peso abstracto mayor, pero no impone inexorablemente que éste deba ser infinitamente superior, no implica que exista un «orden lexicográfico» entre ambos, de manera que la balanza deba decantarse en todos los casos siempre a favor de aquéllos.

Es más, afirmar la superioridad jerárquica absoluta de la Constitución contribuye paradójicamente a debilitar su superioridad efectiva. La Constitución española protege mediante abundantes cláusulas generales casi cualquier fin que pueda considerarse socialmente valioso, lo que hace que aquella doctrina carezca normalmente de relevancia práctica, dada la facilidad de hallar un respaldo constitucional para casi todos los objetivos perseguible por el legislador. Pero cuando a pesar de todo no es posible encontrar un respaldo tal, las consecuencias de aplicar dicha teoría serán devastadoras para la correspondiente ley, que incurrirá en inconstitucionalidad en cuanto afecte negativamente, siquiera de manera leve, a cualquiera de los abundantes bienes 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 distintos bienes jurídicamente protegidos. Todos tendrían idéntico rango constitucional y, por lo tanto, ninguno de ellos gozaría del mismo.

Dicha jurisprudencia veda al legislador democrático, representante de la mayoría de los ciudadanos, atender algunos intereses compatibles con la norma suprema y considerados por él dignos de protección. Esa mayoría verá cómo se le niega cualquier tipo de protección jurídica para algunas de sus necesidades, aspiraciones o convicciones simplemente porque el constituyente no las ha previsto. Todas ellas, así como las razones ofrecidas para sustentarlas, deberán ser completamente desatendidas en cuanto entren en conflicto con cualquiera de los derechos y



bienes constitucionales. Lo que equivale prácticamente a considerarlas proscritas, dado el gran número y vastísimo alcance de éstos.

Esta doctrina no es, pues, la más conforme con el valor del pluralismo proclamado en el artículo 1.1 de la Constitución, ya 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 de la Constitución: la de integrar en una unidad política la pluralidad de intereses, aspiraciones y conductas existentes en la sociedad; la de establecer los cauces adecuados para que los inevitables conflictos y tensiones generados por esa pluralidad puedan resolverse pacíficamente con el menor coste social posible. Son por esta razón preferibles aquellas interpretaciones de la Constitución que tiendan a reforzar su eficacia integradora³⁴, en vez de aquellas otras, como la que estamos

considerando ahora, que excluyen del proceso integrador, pacífico y democrático de resolución de conflictos a determinados intereses y convicciones ideológicas, y que por ello pueden propiciar un aumento de la tensión social y poner en peligro la convivencia, al engendrar el peligro de que algunos de los muchos individuos 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: ahí está el ejemplo de Alemania. Pero la realidad es que, a diferencia de lo que ocurre en otros Estados, como el alemán, cuya Ley Fundamental ha experimentado cincuenta y siete reformas, algunas muy significativas, ésta es una puerta prácticamente imposible de abrir en el nuestro.

El bienestar de los animales, en concreto, nos parece un fin legítimo a los efectos de fundar una restricción de los derechos fundamentales, siempre que así lo decida el legislador. En primer lugar, por las razones que acabamos de exponer. En segundo término, porque –nos atrevemos a decir– una amplia y creciente mayoría de la sociedad española cree en la existencia de un imperativo moral que obliga *prima facie* a ahorrar determinados sufrimientos a ciertos animales. Y, en tercer lugar, porque si queremos seguir estando en la Unión Europea deberemos cumplir la copiosa normativa comunitaria que garantiza un cierto estándar de protección animal y que implica no pocas limitaciones de nuestras libertades constitucionales. Nótese que

³⁴ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Müller, Heidelberg, 1995, marginales 5 y ss. y 74.

este fin ha sido consagrado en las normas superiores del ordenamiento jurídico comunitario³⁵, hasta el punto de que se ha afirmado su condición de principio «cuasiconstitucional»³⁶.

3. El límite del principio de proporcionalidad. El mayor peso de los derechos fundamentales

Pero la legitimidad del fin no basta. Hace falta también que los medios empleados para lograrlo sean proporcionados. El principio constitucional de proporcionalidad impone que cualquier medida que restrinja un derecho fundamental debe ser *útil* para alcanzar el objetivo perseguido, *necesaria*, de modo que constituya la medida menos restrictiva de entre todas las útiles y, por último, *proporcionada en sentido estricto*, de manera que sus beneficios superen a sus costes³⁷.

Para efectuar este juicio de proporcionalidad habrá que ponderar el «peso» de cada uno de los intereses en juego. Y habrá que hacerlo utilizando la balanza suministrada no por los animalistas, ni tampoco por los aficionados a las corridas, sino por la Constitución de 1978 y el resto del ordenamiento jurídico vigente. Ni que decir tiene, en consecuencia, que aquí habrá que atribuir a los bienes constitucionalmente protegidos, especialmente a los derechos fundamentales, un peso relativo abstracto en principio mucho mayor que a los infraconstitucionales. Ello es consecuencia lógica de la diferente jerarquía de las normas que respectivamente los protegen. El bienestar de los animales, considerado en sí mismo, carece del rango constitucional propio de los derechos fundamentales. La supremacía de éstos no implica la imposibilidad de ponderarlos y limitarlos en aras de fines infraconstitucionales, pero sí al menos que en esta ponderación hay que otorgarles un valor superior. Es más, muy superior, pues los derechos fundamentales ocupan una posición de especial importancia dentro del sistema de la Constitución, según indica claramente su artículo 10.1 al proclamar que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social».

No se discute que los Tribunales deben reconocer al legislador democrático un amplio margen de discrecionalidad para efectuar esa ponderación, pues sus mejores posibilidades cognitivas y su legitimidad democrática le hacen estar mejor pertre-



chado para adoptar una solución equilibrada y más aceptable para el conjunto de los ciudadanos. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de octubre de 1998 (Sala 3.ª, Secc. 6.ª, rec. ap. 8162/1992), al considerar lícita la exigencia impuesta por el legislador catalán de que las corridas de toros se celebren en plazas construidas antes de la entrada en vigor de la Ley 3/1988. Considera el Supremo que esta disposición ha sopesado no sólo «la conservación de la tradición de los espectáculos taurinos», sino también «los principios de respeto, defensa y protección de los animales que ya figuran en los tratados y convenios internacionales y en las legislaciones de los países socialmente más avanzados», «compaginando de modo no arbitrario ambos fines» en virtud de la «libertad de configuración normativa que corresponde al poder legislativo autonómico para la interpretación de los deseos y sensibilidades de la sociedad». Ahora bien, esa libertad de configuración no puede ser ilimitada, pues ello significaría dejar los derechos constitucionales a merced de la voluntad de la mayoría gobernante. Para garantizar efectivamente la supremacía de

los mismos es necesario que la ponderación legislativa quede sometida al control judicial. Los Tribunales podrán cuestionarla cuando quede acreditada con el suficiente grado de evidencia su desproporción. Este control constituye un indispensable freno contra la arbitrariedad, un importante acicate para que el legislador se tome en serio los derechos fundamentales.

Así las cosas, es muy dudoso que hoy en día pudiera considerarse proporcionada la prohibición de celebrar corridas de toros en Cataluña³⁸. Antes bien, parece que los costes de esta medida para los bienes protegidos por nuestro ordenamiento jurídico superan ampliamente a los beneficios. En efecto, en el haber de la medida aparecen los sufrimientos que se ahorran un cierto número de toros –pongamos 96 al año– durante su lidia en las plazas catalanas. Y aquí debe tenerse muy en cuenta que la protección del bienestar de estos animales constituye un fin legítimo –si así lo decide el legislador–, pero que hoy por hoy carece de rango constitucional.

En el deber de la prohibición encontramos los perjuicios que la misma ocasionaría a diversos bienes inequívocamente protegidos por la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico. Quedarían menoscabadas las libertades artística, profesional y empresarial de numerosas personas –muchas más de 96–, a las cuales se les estaría imponiendo la más onerosa e intensa de las restricciones que pueden gravar esas libertades: la prohibición

³⁵ Vid. el artículo 13 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

³⁶ Dictámenes del Consejo de Estado de 14 de octubre de 2004 (núm. exp. 2545/2004), 3 de febrero de 2005 (núm. exp. 46/2005) y 23 de noviembre de 2006 (núm. exp. 2135/2006).

³⁷ Vid., por todas, las SSTC 66/1995 (FJ 5), 207/1996 (FJ 4) y 38/1998 (FJ 8).

³⁸ En opinión de T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Reglamentación...*, p. 175, una eventual norma prohibitiva «sería hoy positivamente contraria a la Constitución, cuyo propio preámbulo comienza proclamando solemnemente la voluntad de la nación española de «proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de... sus culturas y tradiciones»».

absoluta e incondicionada de realizar la actividad profesional, empresarial o artística a la que libremente han decidido dedicarse. La prohibición, adicionalmente, también limitaría la libertad genérica de actuar de miles de aficionados. Menoscararía una tradición que, *velis nolis*, aún forma parte de la cultura popular catalana. Dañaría en cierta medida el bienestar económico del país, pues si en Cataluña todavía se siguen celebrando corridas de toros es porque aún son económicamente rentables. Y tendría también un cierto coste ambiental, por cuanto los espectáculos taurinos, como es sabido, hacen que resulte económicamente viable la cría de las reses bravas y la protección de los espacios naturales de alto valor ecológico en la que éstas pacen, viabilidad que es la mejor garantía de su conservación.

A la vista de todo ello, parece difícil sostener que el bienestar de los bravos durante el tiempo que dura la corrida pese más y deba prevalecer sobre los intereses constitucionales situados al otro lado de la balanza. El hecho de que las corridas de toros constituyan en Cataluña una tradición en vías de extinguirse por causas «naturales» —por la creciente desafección de sus ciudadanos hacia ella, así como por la incipiente estigmatización e incluso hostilidad social a la que se ven sometidos los aficionados— no altera esta conclusión. Antes bien, al contrario, la robustece. De un lado, porque el decremento del número de corridas supone una correlativa disminución del número de toros sacrificados y, por lo tanto, de la gravedad del problema desde el punto de vista del bienestar animal. De otro lado, porque si resulta probable que la Fiesta desaparezca del territorio catalán en un horizonte temporal relativamente cercano sin necesidad de que intervenga el legislador prohibiéndola, no da la impresión de que valga la pena —es decir, no parece en modo alguno proporcionado— incurrir en los costes traumáticos que para la libertad y otros intereses merecedores de respeto implica esta medida coactiva. Lo razonable sería dejar que la Fiesta se «muriera en paz»³⁹ y, cuando tal ocurra, si se quiere, certificar legislativamente la defunción, como se hizo en su momento en Canarias.

4. El principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos

El artículo 9.3 de la Constitución española garantiza el «principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». Como indica el tenor literal del precepto, ésta prohibición alcanza a cualesquiera poderes públicos —estatales, autonómicos, locales, legislativos, administrativos, judiciales, etc.— y, por lo tanto, también al legislador catalán. Ello no quita que el alcance de esta norma adquiera diferentes matices y modulaciones en función del tipo de poder —legislativo, administrativo o judicial— sobre el que la misma se proyecta.

La vaguedad del precepto hace que interpretarlo no resulte nada fácil: ¿cuándo puede afirmarse que una actuación legislativa resulta arbitraria? La respuesta que ha dado reiteradamente el Tribunal Constitucional gira sobre tres ejes. El primero es que aquí hay que ser singularmente deferente con el legislador, reconocerle un amplio margen de discrecionalidad: «el control de la constitucionalidad de las leyes debe ejercerse por este Tri-

bunal de forma que no se impongan constricciones indebidas al Poder Legislativo y se respeten sus opciones políticas... el cuidado que este Tribunal ha de tener para mantenerse dentro de los límites de su control ha de extremarse cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como es el de la interdicción de la arbitrariedad», «puesto que el pluralismo político y la libertad de configuración del legislador también son bienes constitucionales que debemos proteger». En segundo lugar, el Tribunal señala, en consecuencia, que «quien invoca la vulneración de la interdicción de la arbitrariedad lo razone en detalle, ofreciendo una justificación en principio convincente para destruir la presunción de constitucionalidad de la ley impugnada». En tercer lugar, el Tribunal identifica algunos casos en los que, después de haber tenido en cuenta las dos circunstancias anteriores, cabe afirmar la existencia de una actuación legislativa arbitraria: «al examinar un precepto legal impugnado desde este punto de vista, el análisis se ha de centrar en verificar si tal precepto establece una *discriminación*, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aun no estableciéndola, *carece de toda explicación racional*, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente realizar un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias»; «si el poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del Ordenamiento no es suficiente la mera discrepancia política para tachar a la norma de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con *capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales*»⁴⁰.

De acuerdo con esta jurisprudencia, una ley que restringiera de manera inconsecuente o incoherente un derecho fundamental, creando desigualdad, estaría vulnerando el artículo 9.3 de la Constitución, además del correspondiente derecho. Y bien pudiera considerarse que ese es el caso de la prohibición que estamos considerando.

A primera vista da la impresión de que semejante prohibición no sería consecuente con la aprobación de la proposición de «Ley de regulación de las fiestas tradicionales con toros» presentada por *Convergència i Unió* en el Parlamento catalán en diciembre de 2009⁴¹, cuya enmienda a la totalidad ha sido recientemente rechazada por todos los grupos parlamentarios (CiU, PSC, PP y ERC), excepto por *Iniciativa*, que ha votado en contra, y *Ciutadans*, que se ha abstenido⁴². Con esta ley se pretende regular los festejos taurinos tradicionales que no incluyen la muerte del toro (*correbous*), a fin de «garantizar los derechos, los intereses y la seguridad del público, al tiempo que la protección de los animales» (art. 1). Se trata también de conservar y blindar frente a las eventuales veleidades prohibitivas de la Administración una tradición de cuyo extraordinario valor da poético testimonio la Exposición de Motivos:

«Las fiestas mayores [celebradas en algunas localidades catalanas] disfrutaban de un elemento exclusivo que desde el primer

³⁹ S. BOIX I ANGELATS (apoderado del torero José Tomás), en su intervención en la *Comissió de Medi Ambient i Habitatge*, sesión núm. 44, de 3 de marzo de 2010.

⁴⁰ Vid., entre otras muchas, las SSTC 13/2007 (FJ 4) y 49/2008 (FJ 5). En la doctrina, vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad del legislador*, Civitas, Madrid, 1998.

⁴¹ BOPC, VIII legislatura, núm. 590, de 7 de diciembre de 2009, pp. 58 y ss.

⁴² *Diari de Sessions del Parlament de Catalunya* (en adelante DSPC), VIII legislatura, serie P, núm. 109, 11 de febrero de 2010, pp. 16 y ss.

hasta el último día les da sentido, originalidad y las viste de una magia única: el toro. La llegada del toro hace que se agiten todos los sentimientos en virtud de la estima que se siente por aquello que se percibe como propio, aquello que a uno lo liga con sus antepasados, aquello que hace tintinear con una única nota todas las emociones ligadas a una tradición de casi cuatrocientos años.

El toro enlazado, los toros en la calle, las habilidades en la plaza, el toro embolado y las vaquillas marcan todo el ritmo festivo de un acontecimiento extraordinario, propio de nuestras raíces más profundas, propio de nuestro país, Cataluña.

El flujo económico que conlleva, los puestos de trabajo que implica y el patrimonio genético incommensurable de su cría y selección por el hombre lo convierten en un acontecimiento único...».



Nótese que estos festejos se permiten pese a los sufrimientos que ocasionan a los animales, especialmente cuando se trata de modalidades como la del «toro embolado», en virtud de la cual se suelta por una plaza o una calle un astado en cuyos cuernos se han acoplado previamente sendas estructuras metálicas coronadas cada una de ellas por una bola de fuego (art. 4). De hecho, significados animalistas los consideran tan éticamente reprobables y merecedores de ser suprimidos como las corridas de toros⁴³.

Obsérvese, igualmente, que las mismas poderosas razones económicas, medioambientales y de protección del patrimonio cultural que, según la abrumadora mayoría parlamentaria, justifican la conservación de los *correbous* pueden predicarse de las corridas de toros. Y esto es importante resaltarlo. En ninguno de los dos casos se inflige a los animales un sufrimiento gratuito: la pervivencia de ambas tradiciones es beneficiosa para la economía, el medio ambiente, la conservación del patrimonio cultural y la libertad de los ciudadanos. La prohibición de cualquiera de los dos espectáculos tendría, por consiguiente, ciertos costes.

¿Y qué es entonces lo que *justifica* que las corridas de toros se prohíban mientras otros espectáculos taurinos cuentan con la bendición del legislador? Los defensores de esta solución esgrimen que aquí hay una diferencia relevante: en el segundo caso no se produce la muerte del animal⁴⁴. Adicionalmente, no es ni

mucho menos descabellado pensar que los toros sufren bastante más en las corridas que en los *correbous*, siempre que en estos últimos se observen ciertas reglas. Es decir, el precio —en términos de bienestar animal— que hay que pagar por las corridas resulta excesivo. En consecuencia, y teniendo en cuenta el amplísimo margen de apreciación de que dispone el legislador democrático para ponderar los intereses en juego y, en especial, para apreciar el distinto peso del bienestar animal en ambos casos, creo que no podría afirmarse que existe una incoherencia entre las dos regulaciones.

Lo cual no quita que pueda darse una incongruencia con otras normas. No parece consistente prohibir las corridas en atención a la muerte y al sufrimiento que durante aproximadamente veinte minutos padecen 96 toros al año cuando la ganadería intensiva provoca anualmente en Cataluña la muerte y, presumiblemente, padecimientos equiparables a millones de animales⁴⁵, máxime si tenemos presente que los toros bravos disfrutaban de una vida relativamente «privilegiada» antes de llegar a la plaza. Si lo que de verdad

se pretende es reducir el nivel de sufrimiento animal en territorio catalán, la supresión de las corridas sería muchísimo más ineficaz y costosa —en términos económicos y medioambientales— que la adopción de medidas que supusieran una drástica reducción de la cabaña intensiva catalana. Hoy por hoy, seis toros lidiados en la Monumental generan, probablemente, más beneficios económicos que seiscientas gallinas ponedoras recluidas en «establos de concentración». Por el mismo precio, el sufrimiento animal puede ser reducido en mayor medida «liberando» un buen número de esas aves que aboliendo las corridas de toros.

La incoherencia más patente, con todo, se da en relación con la caza y la pesca deportivas. Desconocemos cuántas heridas, muertes o ambas cosas provocan cada año en Cataluña estas prácticas, pero nos atrevemos a decir que el número de los animales afectados y el nivel de «padecimiento agregado» que les provocan superan muy ampliamente a los de las corridas de toros celebradas en esta Comunidad. Se da la circunstancia, además, de que no parece que estas actividades deportivas satisfagan, por lo general, necesidades humanas básicas. Vamos, que actualmente se puede sobrevivir sin ir a los toros, pero también sin cazar ni pescar.

¿Y por qué habría que abolir las corridas y no esas otras actividades lesivas para los animales? Pues la verdad es que no hemos conseguido encontrar una razón que fundamente este desigual tratamiento. La *explicación* de la diferente presión social a la que esas prácticas se encuentran sometidas acaso resida, al margen

⁴³ En su intervención en la *Comissió de Medi Ambient i Habitatge del Parlament de Catalunya*, sesión núm. 44, de 3 de marzo de 2010, J. MOSTERIN manifestaba que «las corridas de toros y los *correbous* están exactamente en la misma categoría: son salvajadas universalmente abominadas, que las había en todos los otros sitios de Europa y que ahora quedan y son brutalidades con las que hay que acabar».

⁴⁴ Vid. la intervención del Diputado PUIGCERCÓS I BOIXASSA (ERC) en el Pleno del *Parlament*, sesión núm. 67, de 18 de diciembre de 2009 (DSPC, VIII legislatura, serie P, núm. 105, p. 13) y de la Diputada CID I PANELLA (ERC) en Pleno del *Parlament*, sesión núm. 70, de 11 de febrero de 2010 (DSPC, VIII legislatura, serie P, núm. 109, p. 22).

⁴⁵ Sobre los «establos de concentración», vid. J. MOSTERIN, *¡Vivan los animales!*, Debate, Madrid, 1998, pp. 243 y ss.

de circunstancias políticas, en que las corridas constituyen un *espectáculo público*, al que asisten multitud de personas, normalmente pagando, para ver cómo se lidia a un toro, mientras que la cría intensiva de animales para el consumo humano, la caza y la pesca se realizan de ordinario «a puerta cerrada», lejos de la mirada del público, integrado en su mayoría por urbanitas, cuyo contacto con el mundo animal se reduce prácticamente al de sus mascotas. Ahora bien, no nos parece que esta singularidad de las corridas justifique *per se* su prohibición, al tiempo que se permiten actividades que reportando iguales beneficios para las personas causan mayor sufrimiento a los animales.

Se ha dicho que no constituye una razón para oponerse a la prohibición de las corridas de toros el hecho de que existan otras formas de maltrato más graves que no están aún en la agenda de las iniciativas populares que reclaman su desaparición: eso sería «tanto como señalar que quien ha cometido un robo no debe ser castigado porque todavía campan por sus respetos asesinos y violadores varios»⁴⁶. El argumento no convence. El legislador, se mire por donde se mire, actúa con una manifiesta incoherencia cuando prohíbe actividades que son menos nocivas para los animales y más valiosas para los humanos que otras que tolera. Eso es tanto como vedar a los menores

⁴⁶ P. DE LORA, en su intervención en la *Comissió de Medi Ambient i Habitatge del Parlament de Catalunya*, sesión núm. 45, de 4 de marzo de 2010.

el consumo de bebidas de baja graduación alcohólica y dejarles consumir las de alta graduación. La circunstancia de que al Estado le resulte normalmente imposible detectar, perseguir y castigar todas las infracciones –v. gr., asesinatos y violaciones– que se cometen no tiene nada que ver con el problema que estamos considerando.

El Tribunal Constitucional Federal alemán, en su Sentencia de 30 de julio de 2008 (BVerfGE 121, 317), por la que declara la inconstitucionalidad de ciertos preceptos que establecían prohibiciones condicionadas de fumar en establecimientos de restauración, nos ha ofrecido una buena muestra de cómo tratar tales incoherencias. El Tribunal estima que una prohibición absoluta de fumar en estos establecimientos hubiese sido perfectamente conforme con la Ley Fundamental, en la medida en que entra dentro de la libertad de configuración del legislador otorgar al principio de protección de la salud de los fumadores pasivos un peso hasta ese punto prevalente sobre los intereses de los fumadores activos y de los titulares de los establecimientos. Ahora bien, si el legislador ha decidido reconocer a los intereses de éstos últimos el suficiente valor como para justificar ciertas excepciones, ha de actuar consecuentemente, estableciendo soluciones coherentes con esa valoración que él mismo ha efectuado, y que no supongan sacrificios desproporcionados o discriminatorios para algunos de los afectados. ❖

DERECHO PÚBLICO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

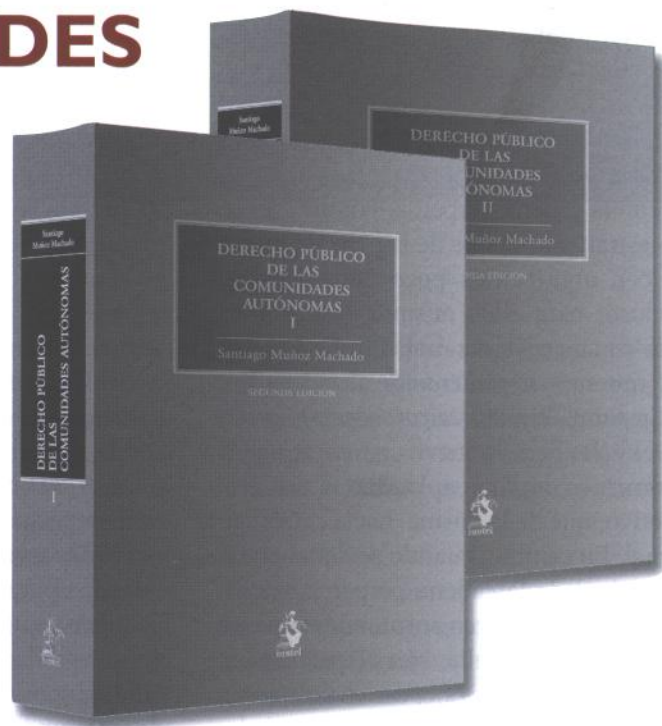
Tomos I y II

SEGUNDA EDICIÓN

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

Tomo I. ISBN: 978-84-96717-59-6
880 páginas. 84,00 euros (con IVA)
Tomo II. ISBN: 978-84-96717-60-2
544 páginas. 54,00 euros (con IVA)

La primera edición del volumen primero de esta obra se publicó en el otoño de 1982. Dos años después apareció el segundo tomo. La reedición ha venido a coincidir con un programa de reformas de los Estatutos de Autonomía que terminará afectando a todos ellos. Se está produciendo un cambio normativo, con bastantes innovaciones sobre la ordenación preexistente del Estado de las Autonomías (o, por decirlo con más exactitud, con pretensiones innovadoras, ya que las reformas dependen más de lo que establezcan leyes estatales y acuerdos que están por venir, a los que se apela desde los nuevos Estatutos, que de lo que éstos han alcanzado a prescribir) que merecen ser consideradas con atención. Esta nueva edición se presenta manteniendo la redacción primitiva de la obra, pero, al mismo tiempo, se ha dado



noticia, mediante notas a pie de página, de las reformas, los cambios legislativos, las modificaciones acaecidas en otros sistemas comparados, las consecuencias de nuestra incorporación a la Comunidad Europea, y del estado de la jurisprudencia constitucional en relación con cada problema jurídico relevante. Este aparato crítico supone la puesta al día de la obra y una ampliación muy notable de la versión original.



Para más información www.iustel.com