

# teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. DICIEMBRE 6/2009

**CONSEJO EDITORIAL\*:**

**Tomás S. Vives Antón**

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (Director)*

**Ángel M. López y López**

*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla*

**María José Añón Roig**

*Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (Coordinadora)*

**COMITÉ CIENTÍFICO\*:**

**Gregorio Peces-Barba Martínez**

*Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid*

**Francisco Muñoz Conde**

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

**Tomás Sala Franco**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

**Luis López Guerra**

*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid*

**Luciano Parejo Alfonso**

*Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid*

**Javier de Lucas Martín**

*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

**Víctor Moreno Catena**

*Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid*

**María Rosario Valpuesta Fernández**

*Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

**Emilio Beltrán Sánchez**

*Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad CEU San Pablo de Madrid*

\* Por orden de edad

PVP número suelto: 55 euros (IVA incluido)

PVP suscripción anual (2 números): 99 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción

Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151

E-mail: [teoria@tirant.es](mailto:teoria@tirant.es). Sitio web: [www.tirant.com/teoriayderecho](http://www.tirant.com/teoriayderecho)

Correspondencia

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita

Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Telfs.: 96/361 00 48 - 50

Fax: 96/369 41 51

Mail: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)

<http://www.tirant.com>

ISSN: 1888-3443

Depósito legal: V - 2840 - 2007

Diseño y maquetación: PMc Media

Imprime: Guada Impresores, S.L. - PMc Media

# SUMARIO

## DEBATE

### Derechos de los animales

En el bicentenario de Darwin. ¿Derechos de los animales no humanos? La barrera de la dignidad .....	7
<i>Javier de Lucas Martín</i>	
Derechos de los animales y derechos humanos.....	21
<i>Valerio Pocar</i>	
Animales ¿propiedad o personas?.....	31
<i>Gary L. Francione</i>	
Las razones de los animales.....	61
<i>Javier Sádaba</i>	
Animales: instrucciones para el no uso.....	71
<i>Luigi Lombardi Vallauri</i>	
Consideraciones sobre el trato a los animales en el Derecho Administrativo .....	81
<i>Antonio Descalzo González</i>	
La Unión Europea y el bienestar animal: análisis actualizado de sus normas .....	97
<i>Elena López-Almansa Beaus</i>	

## ESTUDIOS

El derecho a la imagen como bien penal.....	123
<i>Ángeles Jareño Leal</i>	
Educación para la ciudadanía y neutralidad estatal .....	135
<i>Alfonso Ruiz Miguel</i>	
Notas sobre el régimen de las prestaciones <i>in house</i> en el Derecho Español .....	155
<i>Julio V. González García</i>	
Los enredos de la validez: tres distinciones para no perderse.....	177
<i>Ángeles Ródenas Calatayud</i>	
¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad) .....	191
<i>Marina Gascón Abellán y Luis Medina Alcoz</i>	

## TEMAS DE HOY

La cadena de custodia .....	231
<i>Pablo Hernández-Romo Valencia</i>	
La lucha contra el narcotráfico: a la espera de una estrategia efectiva.....	243
<i>Ignacio de Lucas Martín</i>	

## VARIA

El derecho del más fuerte a someter al débil. El imperialismo ateniense y el concepto vacío de justicia .....	261
<i>Enrique Gómez Royo</i>	
Normas de la revista .....	275



# DEBATE

## Derechos de los animales

En el bicentenario de Darwin. ¿Derechos de los animales no humanos? La barrera de la dignidad

*Javier de Lucas Martín*

Derechos de los animales y derechos humanos

*Valerio Pocar*

Animales ¿propiedad o personas?

*Gary L. Francione*

Las razones de los animales

*Javier Sádaba*

Animales: instrucciones para el no uso

*Luigi Lombardi Vallauri*

Consideraciones sobre el trato a los animales en el Derecho Administrativo

*Antonio Descalzo González*

La Unión Europea y el bienestar animal: análisis actualizado de sus normas

*Elena López-Almansa Beaus*

## RESUMEN

Uno de los argumentos reiteradamente aducidos frente a la pretensión de extender derechos a los animales no humanos es el de la dignidad. De acuerdo con la formulación más frecuente, la dignidad —fundamento mismo de la noción de derechos (humanos, obviamente)— es un atributo exclusivo de los seres humanos. Por eso la expresión “dignidad humana” sería redundante. Y, por lo mismo, al carecer de dignidad, los animales no humanos no pueden ser sujetos de derechos. En este texto, a partir de dos argumentos recuperados de Darwin, intentaré presentar razones para sostener que el recurso a la noción de dignidad, pese a una acrisolada tradición doctrinal y al consenso generalizado, no deja de tener casi exclusivamente un valor retórico, redundante. Por eso, discutiré su atribución exclusiva a los seres humanos y de ahí inferiré que no hay tales barreras deontológicas que impidan hablar de derechos de los animales no humanos.

## PALABRAS CLAVE

DERECHOS DE LOS ANIMALES, DIGNIDAD, SUFRIMIENTO, DAÑO, *ESPECEÍSMO*

## ABSTRACT

One of the alleged arguments against extending rights to non-human animals is that of dignity. According to its most frequent formulation, dignity —fundamental to the notion of rights— belongs exclusively to human beings. The expression ‘human dignity’ is here a redundancy. Similarly, non-human animals, lacking dignity, can have no rights. Based on two of Darwin’s arguments, I present reasons for maintaining that the notion of dignity is almost entirely rhetorical and redundant - despite its virtuous doctrinal tradition and general consensus. I question its exclusive attribution to human beings and go on to infer that there are no such deontological barriers that stop us being able to talk of non-human animal rights.

## KEY WORDS

ANIMAL RIGHTS, DIGNITY, SUFFERING, HARM, *SPECIESISM*

# EN EL BICENTENARIO DE DARWIN ¿DERECHOS DE LOS ANIMALES NO HUMANOS? LA BARRERA DE LA DIGNIDAD

Javier de Lucas

Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad de Valencia

**Sumario.** 1. Introducción. 2. La herencia de Darwin para este debate. 3. El sentido de la pregunta por los derechos de los animales no humanos. 4. La dignidad humana como pleonasma. 5. Seis falacias para negar los derechos de los animales no humanos. Nota bibliográfica.

## 1. INTRODUCCIÓN

Aunque las consecuencias de la herencia de Darwin en ciencias sociales son conocidas, existe cierta confusión al respecto. Por ejemplo, se sostiene la inspiración darwiniana presente en las concepciones defensoras de la pureza de raza que derivaron en *teorías eugenésicas*, inferencia carente de apoyatura rigurosa, o se centra ese legado de Darwin en lo que conocemos como el *darwinismo social*, cuando, en realidad, esa tesis está más cerca de la indebida extrapolación social y económica de lo que a su vez podríamos denominar “las leyes de la jungla”. Lo cierto es, más bien, que la idea de la selección natural le llega a Darwin a través de Malthus y no, como pretende el darwinismo social, al revés. Sin duda, es cierto que colonialismo, racismo y esclavismo encuentran apoyo en la creencia de que las especies animales habían sido creadas de forma separada y

distinta, pero no es menos cierto que semejante argumento está lejos de las ideas de Darwin, quien siempre insistió en el *continuum*, en la profunda unidad de la vida.

En todo caso, uno de los legados darwinianos menos abordados es, posiblemente, el de su impacto sobre la controvertida cuestión de los derechos de los animales no humanos que, a menudo, en mi opinión, ha sido objeto de un tratamiento muy superficial. Por ejemplo, por parte de *soi-dissants* filósofos morales, o casi diría mejor negociantes de la ética, porque sacan negocio de aplicar no se sabe qué ética a no importa cuál sea la cuestión con tal de que esté de actualidad. Aficionados a una retórica hueca que abunda en argumentos entendidos no ya como postulados, sino como dogmas, tales como el intocable aserto de la dignidad humana.

Creo que desde la literatura se nos han dado argumentos decisivos, mucho más ponderados

y valiosos. Me limito a evocar aquí solo tres títulos. El primero es el último de los *Viajes de Gulliver*, el que le lleva al país de los *houymms*, en los que el protagonista de la sátira de Swift toma conciencia de que lo mejor de lo que llamamos humanidad se encuentra en animales no humanos, los caballos. El segundo, el *Informe para la academia (Pedro el rojo)*, el genial *pledoyer* escrito por Kafka en 1917 y protagonizado por un simio (por cierto, el mismo año en el que Köhler publicaba *La mentalidad de los simios*). El tercero, las discusiones académicas sobre el status de los animales que constituyen un hilo conductor de la novela del premio nobel de literatura Coetzee, *Elizabeth Costello*, aunque lo cierto es que Coetzee ha prestado gran atención a esa cuestión a lo largo de su obra. Pero volvamos al impacto de la obra del genial científico.

## 2. LA HERENCIA DE DARWIN PARA ESTE DEBATE

Hay dos argumentos básicos de Darwin que a mi juicio pueden apoyar con fuerza una nueva comprensión (¿ecológica?) de la ética y de los derechos y que coinciden con los de Bentham, dándoles una fuerza científica de la que carecían las tesis del filósofo utilitarista. Dos argumentos sobre los que sostendré la necesidad de revisar el punto de vista tradicional sobre la condición de agente moral y de sujeto jurídico, que repercuten en la teoría de los derechos y que contribuyen a poner en tela de juicio el dogma tantas veces acríticamente formulado de la dignidad como atributo exclusivo de los seres humanos, hasta el punto de que hablar de *dignidad humana* —como de persona humana— sería un mero pleonismo.

El primero de ellos, bien conocido, es el argumento del *continuum* biológico que descarta la tesis de la superioridad moral de una especie y, no digamos, de los seres humanos respecto a los simios. La evolución, como explica Darwin en su autobiografía, no es el producto de un diseño inteligente, sino de hechos, como la fuerza del viento...

“El antiguo argumento del diseño en la naturaleza, tal como lo expone Paley y que anteriormente me parecía tan concluyente, falla tras el descubrimiento de la ley de la selección natural. Ya no podemos sostener, por ejemplo, que el hermoso gozne de una concha bivalva deba haber sido producido por un ser inteligente, como la bisagra de una puerta por un ser humano. En la variabilidad de los seres orgánicos y en los efectos de la selección natural no parece haber más designio que en la dirección en que sopla el viento. Todo cuanto existe en la naturaleza es resultado de leyes fijas”.

El segundo es su argumentación sobre la necesidad de evitar el sufrimiento y la felicidad como meta natural. Y vuelvo a otro texto de su biografía:

“Si todos los individuos de cualquier especie hubiesen de sufrir hasta un grado extremo, dejarían de propagarse; pero no tenemos razones para creer que esto haya ocurrido siempre, y ni siquiera a menudo. Además, otras consideraciones nos llevan a creer que, en general, todos los seres sensibles han sido formados para gozar de la felicidad”.

Paradójicamente, esta constatación del sufrimiento, la afirmación de la relevancia de la sensibilidad y de la natural aspiración a la felicidad, se torna en un buen argumento moral, incluso de superioridad moral, tal y como lo repropondrá Bentham. Leamos de nuevo a Darwin:

“Nadie discute que en el mundo hay mucho sufrimiento. Por lo que respecta al ser humano, algunos han intentado explicar esta circunstancia imaginando que contribuye a su perfeccionamiento moral. Pero el número de personas en el mundo no es nada comparado con el de los demás seres sensibles, que sufren a menudo considerablemente sin experimentar ninguna mejora moral. Para nuestra mente, un ser tan poderoso y tan lleno de conocimiento como un Dios que fue capaz de haber creado el universo es omnipotente y omnisciente, y suponer que su benevolencia no es ilimitada repugna a nuestra comprensión, pues, ¿qué ventaja podría haber en los sufrimientos de millones de animales inferiores durante un



tiempo casi infinito? Este antiquísimo argumento contra la existencia de una causa primera inteligente, derivado de la existencia del sufrimiento, me parece sólido; mientras que, como acabo de señalar, la presencia de una gran cantidad de sufrimiento concuerda bien con la opinión de que todos los seres orgánicos han evolucionado mediante variación y selección natural”.

Creo que esas dos observaciones de Darwin están en la base de las tesis que defendieron los dos primeros impulsores de la noción de derechos de los animales no humanos, Salt y Bentham, quienes extendieron la noción de sujetos de derechos a los seres capaces de sensibilidad ante el sufrimiento y apelaron para ello al *continuum* biológico, frente al corte ontológico (y deontológico) propio del *especeísmo*. Y ello desde el cuestionamiento del omnipresente argumento de la dignidad, atributo exclusivo de los seres humanos y ancla de sus derechos y de su condición de agentes morales.

### 3. EL SENTIDO DE LA PREGUNTA POR LOS DERECHOS DE LOS ANIMALES NO HUMANOS

Sin duda, para avanzar en esta cuestión ante todo debemos ponernos de acuerdo acerca de los términos mismos de la discusión, o, al menos, explicar la propia *comprensión previa*. Tener, por así decirlo, la mínima cortesía intelectual de reconocer qué uso damos a esas expresiones en nuestras propias propuestas. Por eso, cuando hablamos de *derechos de los animales*, hay que explicar primero de qué derechos hablamos y de qué animales.

Por mi parte, diré que lo interesante a mi juicio es discutir acerca de los derechos de los animales no humanos. Y no porque no considere prioritario los derechos de los seres humanos, que es el sofisma lanzado por buena parte de los debeladores de la pertinencia de esta discusión, como Savater, que recurren al fácil escándalo de denunciar esta posición calificán-

dola de delirios propios de *progres desnortados*, tan ricos como desocupados, más preocupados por su gato que por los niños que mueren de hambre.

La cuestión es otra. Reconozcamos que sobre el concepto y fundamento de los derechos de los seres humanos no existe hoy necesidad de discusión racional, sino cinismo: nadie los pone en entredicho, aunque de hecho los violemos masiva y cotidianamente, aunque neguemos la condición de humanos a grupos enteros para poderlos someter y discriminar (mujeres, niños, homosexuales, razas inferiores, etc). Pero hablar de derechos de los animales no humanos no supone negar los derechos de los seres humanos, ni su prioridad. Si es interesante hablar de los derechos de los animales no humanos es porque lo que nos propone esta discusión es tratar de explicar las razones que hacen pertinente utilizar esa terminología y recurrir al lenguaje de los derechos al hablar de *animales no humanos*.

En todo caso, me gustaría subrayar que, a mi juicio, el problema fundamental que plantea el debate sobre los derechos de los animales no humanos no radica en una cuestión de técnica jurídica o del fundamento de utilización de la técnica jurídica sino, como siempre que se habla de derechos, de una cuestión política.

Lo diré de otro modo. No creo que se trate sin más de establecer si es pertinente el enunciado “los animales tienen derechos”, cuestión a la que buena parte de nuestros *filósofos de guardia* contestan mediante una acotación más o menos tranquilizadora, del tipo “los seres humanos tienen derechos humanos, algunos de los cuales pueden ser extendidos a sus primos (los cuatro *grandes simios*) y para el resto de animales carece de sentido hablar de derechos”. Pero aún merece menos la pena abrir el debate si la magra conclusión a aportar consiste en repetir con tanto entusiasmo como nula originalidad el *enorme y atrevido aserto* de que “los animales (sic) no tienen derechos, pero nosotros tenemos deberes hacia ellos”. Para esos viajes, permítaseme que lo diga, no hacen falta alforjas.

A mi juicio, para entender el fondo del debate hay que advertir ante todo que la cuestión desborda el ámbito técnicojurídico de los derechos de los animales no humanos, para plantearnos una dimensión radicalmente política, relativa al sentido de los fines y medios que definen lo que podríamos llamar, en términos clásicos, la vida buena, el modelo de sociedad justa o *sociedad decente*. Dicho de otra manera: el problema último no son los derechos de los animales no humanos, sino, como lo han formulado Fernández Buey, Riechman o Francione, los mecanismos por los que hemos acabado por aceptar como natural que podemos y debemos oprimir a otros: las mujeres, los niños, los negros, o los animales. El problema es una sociedad patriarcal y violenta que trata a los animales (como a la mayoría de esos *otros*) como medios para cualquier fin de *algunos* seres humanos, los *verdaderos* seres humanos: para su placer, su diversión, su salud, su utilidad económica. Que ha erigido el modelo más abusivo de propiedad como el paradigma de lo que llamamos derechos.

Por eso, la cuestión no es la pertinencia de utilizar o no lo que denominamos derechos cuando hablamos de los animales no humanos, sino precisamente las razones, los argumentos que nos presentan como obvia la impertinencia de los derechos cuando hablamos de animales no humanos. En ese sentido, estoy de acuerdo con quienes sostienen (como Francione) que la lucha por los derechos de los animales no humanos, en la medida en que significa básicamente el reconocimiento del *derecho a no ser propiedad*, exige la abolición de la explotación animal institucionalizada. El problema es que eso no es sólo ni primordialmente una batalla legal, ni jurídica, sino que exige una revolución del espíritu humano, por muy descorazonador que esto suene para quienes apoyan esta causa, porque sitúa el objetivo más allá del alcance de las generaciones aquí presentes. Se trata de una revolución que muy probablemente nosotros —nuestra generación— no veremos, porque exige superar una dificultad de comprensión implícita en tal revolución en el espíritu humano que arraiga como en una

segunda naturaleza en los prejuicios *especeistas* (Ryder), en la tradición cultural (reforzada por ciertas tradiciones religiosas mayoritarias) y en un sistema al servicio de la propiedad, desarrollado por el capitalismo global y del que forma parte capital la industria alimentaria.

No niego que ya se han dado pasos importantes. Quizá el más relevante es la apertura hacia una ética *moderadamente biocéntrica* (Fernández Buey). Para ejemplificarlo, acudiré a la manera que tuvo J. Bentham de plantear el asunto, ya en 1789, en la medida en que establece como criterio moralmente relevante la capacidad de sentir:

“Si todo se redujese a comerlos, tendríamos una buena razón para devorar algunos animales tal y como nos gusta hacer: nosotros nos hallaríamos mejor y ellos no estarían peor, ya que no tienen capacidad de anticipar como nosotros los sufrimientos futuros. La muerte que en general les damos es más rápida y menos dolorosa que la que les estaría reservada en el orden fatal de la naturaleza. Si todo se redujese a matar, tendríamos una buena razón para destruir a los que nos perjudican: no nos sentiríamos peor por ello, y a ellos no les sentiría peor estar muertos. ¿Pero hay una sola razón para que toleremos el que se les torture? No conozco ninguna. ¿La hay para que rechacemos atormentarlos? Sí, y muchas. [...] Quizá un día se llegue a reconocer que el número de patas, la vellosidad de la piel o la terminación del *os sacrum* son razones igualmente insuficientes para dejar abandonados al mismo destino a un ser sensible. ¿Qué ha de ser, si no, lo que trace el límite insuperable? ¿Es la facultad de la razón o quizá la del discurso? Pero un caballo o un perro adulto es, más allá de toda comparación, un animal más racional, y con el cual es más posible comunicarse, que un niño de un día, de una semana o incluso de un mes. Y aun suponiendo que fuese de otra manera, ¿qué significaría eso? La cuestión no es si pueden razonar, o si pueden hablar, sino ¿pueden sufrir?”.

Un punto de vista así, que se atiende al criterio de la capacidad de sentir de los animales nos hace a nosotros también más sensibles. La

adopción de la perspectiva de los sentimientos morales sí nos hace pensar acerca de nuestro antropocentrismo moral derivado y permite encontrar un lazo de unión con la posición biocéntrica. Posiblemente ese vínculo es el que une la *ética de las emociones* con la *ética de la compasión*, en el sentido de Schopenhauer, una argumentación que implica, desde luego, una crítica del dualismo cartesiano. Así, en 1839, Schopenhauer escribía.

“La supuesta ausencia de derechos de animales, la zoantropía que nuestra actuación hacia ellos no tiene relevancia moral o como se dice en el lenguaje ético no hay deber frente a la criatura, es una de las barbaridades de occidente en cuyo origen está el judaísmo... una compasión sin límites hacia todos los seres vivientes es la garantía más firme y segura de la moralidad [...] porque protege también a los animales, a quienes los demás sistemas morales europeos dejan irresponsablemente de lado”.

Esto es lo que se encuentra en la base de la primera reivindicación de los derechos de los animales, la que encontramos en la obra de Salt, publicada en 1892, cuando nos propone

“Y, sin embargo, ningún ser humano tiene justificación para considerar a ningún animal como autómatas carentes de sentido al que se puede hacer trabajar, al que se puede torturar, devorar, según sea el caso, con el mero deseo de satisfacer las necesidades o los caprichos de la humanidad. Junto con el destino y las obligaciones que se les imponen y que cumplen, los animales tienen también el derecho a que se les trate con bondad y consideración, y el hombre que no los trate así, por grande que sea su saber o su influencia, es, a este respecto, un ignorante y un necio, carente de la más elevada y noble cultura de la que es capaz la mente humana... Quiero hacer hincapié, en la conclusión, que este ensayo no es un llamamiento *ad misericordiam* a quienes practican o disculpan que otros practiquen, los actos contra los que se suscita aquí una protesta. No es una petición de ‘clemencia’ para las ‘bestias irracionales’ cuyo único crimen consiste en no pertenecer a la noble familia del homo sapiens. Se dirige antes bien a quienes ven y sienten

que, como bien se ha dicho, ‘el gran avance del mundo, a través de las edades, se mide por el aumento de la humanidad y la disminución de la crueldad —que el hombre, para ser verdaderamente hombre tiene que dejar de abjurar de esta comunidad con toda la naturaleza viviente— y que la realización de los derechos humanos que se aproxima tendrá necesariamente que traer tras de sí la realización, posterior pero no menos cierta, de los derechos de las razas de animales inferiores”.

Es cierto que, frente a la ética de los sentimientos morales y de la compasión ampliada a los animales no humanos, se contrargumenta a veces que personas y grupos humanos conocidos por su amor a los animales han sido luego, o simultáneamente, energúmenos o bárbaros en su trato con otros humanos. Se cita en ese contexto a destacados dirigentes nazis y se aduce que, por ejemplo, la misoginia de Schopenhauer tiene que ver con eso. Pero contrargumentos *ad hominem* de este tipo dan poco de sí, porque los ejemplos suelen vengarse de quienes los emplean. No se ve por qué tiene que establecerse relación directa entre una cosa y otra. Una vez más, es mejor reconocer que nuestras éticas tienen fundamentos culturales y que, a partir de ellos, se puede comparar positivamente.

Como decía, creo que una *ética moderadamente biocéntrica*, como lo propone Fernández Buey o, por lo menos, atenta al continuo del proceso evolutivo y al papel de los sentimientos morales, resulta más atenta y adecuada. Es decir, que proporciona mejores respuestas que una ética antropocéntrica. Respuestas frente a conflictos morales como los que plantean ciertas prácticas tradicionales por las que se tortura a animales sentientes (en España, las fiestas de verano en las que se cometen barbaridades sin cuento con toros, vacas, cabras, asnos, etc., en muchos lugares de nuestra geografía, son reveladoras). Y no sólo ante tales prácticas tradicionales, sino también ante algo mucho más moderno que se ha hecho habitual en nuestras sociedades: los retos de la experimentación tecnocientífica, que no siempre se orienta a la cura de enfermedades, sino también, por

ejemplo, a la industria del maquillaje o perfumería. Se trata de prácticas experimentales con animales que hacen caso omiso del sufrimiento de éstos, o la cría de determinadas especies animales para la alimentación humana en condiciones tecnológicamente excelentes (desde la perspectiva antropocéntrica) pero deplorables para los que las sufren. Y es que en este ámbito ocurre como en tantos otros: contra lo que se piensa, la cualidad de la barbarie también aumenta con el refinamiento de la cultura, se hace más aséptica pero más devastadora, más depredadora.

Ya sé que diciendo esto parezco situar el horizonte de la causa en el terreno no ya de lo utópico, sino de lo imposible. Sin embargo, entiendo que no es así. Lo que hay que modificar no son postulados abstractos, sino perfectamente identificables: por ejemplo, el de la violencia patriarcal y el de la propiedad como arquetipo del Derecho. Me parece que la experiencia histórica más reciente nos demuestra que se puede dar la vuelta a estas prácticas sociales, cuando se pone de manifiesto su vinculación con un principio moral fuerte, el que indirectamente evocan Bentham y Schopenhauer, y que conecta con uno de los primeros mandatos jurídicos, de acuerdo con la tradición romana: *neminem laedere*. Eso es lo que comprendió el genio de Mill cuando estableció la única barrera a la prioridad de la libertad individual, la noción de *daño*, clave a su vez de la comprensión de las necesidades como motor de los derechos, según ha sabido mostrar Añón. Es lo que acabamos de vivir como transformación en mandatos sociales y jurídicos: el tabaco, el alcohol, pero antes la esclavitud, el trato a las mujeres, a los niños, a los discapacitados, a los enfermos mentales, a los enfermos de ciertas enfermedades (lepra, enfermedades mentales).

Sin embargo, no estoy seguro de que eso comporte que el objetivo sea exclusivamente educar en las propuestas abolicionistas. Creo que la tarea primordial es la de cuestionamiento de las ideas recibidas y la propuesta de alternativas a aquello que se revela como fruto de la ignorancia y del prejuicio y contrario a los

ideales que defendemos o al menos decimos defender (aquí la cuestión de la esquizofrenia moral). Por eso, debemos tratar de desbrozar prejuicios, cuestionar dogmas en los que se basa ese modelo cultural. El núcleo de toda la argumentación reside en exponer como prejuicio lo que pasa por dogma o postulado evidente, la noción de dignidad como atributo exclusivo de los seres humanos: los derechos son atributo exclusivo de los seres humanos porque solo ellos tendrían la condición de dignidad (opuesta a la de precio) “fundamento de la ética pública de la modernidad, como un *prius* de los valores políticos y jurídicos y de los principios y los derechos que derivan de esos valores”. Es precisamente esa evidencia la que me gustaría comentar.

#### 4. LA DIGNIDAD HUMANA COMO PLEONASMO

Toda una línea doctrinal fuertemente arraigada en el ámbito angloamericano y que tiene no poco que ver con las posiciones de Singer sobre la cuestión, discute el fundamento y la utilidad de la formulación de la dignidad como principio y, sobre todo, denuncia, como lo hace el propio Singer, el recurso tan frecuente en filosofía y ética a “frases grandilocuentes como *la dignidad intrínseca del individuo humano*”.

Singer niega la tesis de la dignidad como “‘valor intrínseco de todos los hombres’, como si los hombres poseyeran algún valor que los otros seres no tuvieran”. Como ha explicado Javier Sádaba, es el recurso a la figura de la *endiadis*, “la acumulación de palabras (dignidad, libertad, autonomía) en términos de refuerzo mutuo. Recuerda un tanto las definiciones emotivistas: se eligen términos muy cargados emotivamente, se les suma y se piensa que de esta manera se ha logrado una argumentación que arrasa. Cuando, por el contrario, el núcleo del problema es si se daña o no a un sujeto determinado”.

Por eso, Singer considera carente de valor el recurso a la dignidad precisamente para aque-

llo que es más necesario, ofrecer soluciones a los problemas éticos y jurídicos que plantea la aplicación de nuevos recursos biotecnológicos, resolver los dilemas, los casos difíciles: en un famoso artículo aparecido en *NY Times* en 2007, lo argumentaba así a propósito del debate sobre un tratamiento médico-quirúrgico aplicado a una niña de 9 años con un grave retraso mental (a la que se dio el nombre de *Ashley*), para evitar su desarrollo corporal. La justificación de ese tratamiento que incluía la extirpación del útero y de los senos, aceptado por sus propios padres, argumentaba que se trataba de un medio para mejorar su calidad de vida y evitarle molestias innecesarias. Para Singer, los niños de 3 meses (la edad mental de la niña *Ashley*) “pueden considerarse adorables, pero no por eso gozan de dignidad”. Y esa dignidad, en opinión de Singer, no se adquiere tampoco con la edad, mientras mantenga el mismo nivel de capacidad mental. Y es que, como se recordará, Singer establece una distinción básica entre seres humanos y personas. *Ashley* sería sin duda un ser humano, pero no una persona. Por eso concluye: “¿por qué la dignidad debería ir asociada con la pertenencia a la especie, independientemente de las características que el individuo posea?”.

Lo que me interesa de la posición de Singer es que muestra dos líneas argumentales que presentan la dignidad como noción superflua o sustituible con ventaja, desde el punto de vista de lo que nos interesa aquí, en el comentario de esta Declaración. Y no sólo eso, a la par, reductiva:

En primer lugar la noción de dignidad sería superflua o sustituible con ventaja, porque no se advierte qué puede añadir a otras más precisas, como las de autonomía o la de igualdad/universalidad. Pese a todos los intentos de añadir concreción y utilidad al concepto de dignidad, de tratar de presentarla como algo más que una noción abstracta si no vacía y enfatizar su función de fundamentación, en cuanto la dignidad significa la atribución de valor intrínseco que convierte al ser humano en un fin en sí mismo, en valor, lo cierto es que este principio no permite ir más allá. De hecho, cuando

se trata de precisar en qué consiste la dignidad, las más de las veces se apela a dos nociones: la autonomía individual y la universalidad —la radical igualdad— de todos los seres humanos, de todos aquellos que pertenecen al género humano. Que los seres humanos tienen valor y no precio es una afirmación plausible en los términos de esa tradición que lleva de los estoicos hasta Kant y que se concreta en la segunda formulación del imperativo categórico: “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”.

A mi entender, lo que interesa de la dignidad no es tanto la discusión sobre su “esencia” cuanto sobre todo su función, que es la de ofrecer una barrera para algo que sí es esencial en el ámbito que interesa a la bioética y que a mi juicio puede condensarse en el imperativo de *evitar el daño radical que supone usar (y, a fortiori, abusar) de los seres humanos*, un imperativo que debe completarse con un mandato de universalidad de trato: la prohibición de utilizar a algún ser humano (a algún grupo de seres humanos) como si algunos de ellos pudieran ser considerados propiedad de otros. Advirtamos que, históricamente, ese imperativo se ha violado de forma reiterada mediante la falacia de negar la condición de igualdad como ser humano a unos u otros: mujeres, bárbaros, extranjeros, niños, homosexuales, etc. De esta forma se ha justificado su uso, su dominación, su discriminación e incluso persecución hasta la aniquilación. Con todo, esa afirmación presentada como postulado no nos explica cuál es el fundamento de este atributo original, por qué sólo corresponde a los seres humanos (se trata de una afirmación tautológica en su enunciado común) y tampoco y esto es lo decisivo, en qué consiste, qué es lo que especifica la dignidad.

En efecto, si prescindimos de concepciones religiosas (*a fortiori*, de las teológicas) de la noción de dignidad, si dejamos de lado asimismo sus formulaciones metafísicas, que son de nula utilidad desde el punto de vista del *paso a las reglas* y de su aplicación, el concepto de *digni-*

*dad humana* que tanto se insiste en denunciar como pleonástico —sólo los seres humanos tienen dignidad—, sería en realidad reductivo. Reductivo, precisamente a la luz de aquello que han dejado patente las investigaciones propias del ámbito al que se trata de aplicar la bioética, esto es, la noción compleja de vida que obliga a plantear el *continuum* de la vida sobre el que Darwin apoyara su revolución y que pone en conexión el respeto a la vida humana con el respeto a la biosfera. Que sólo los seres humanos —y todos sin distinción— son titulares de dignidad es una afirmación que supone la atribución de valor por pertenencia a una especie, un caso de *especeísmo*, como señala Singer y que estaría presente en buena parte de los argumentos de defensa de la dignidad, como la referida Declaración de Gijón, que literalmente asegura que “la plena dignidad humana es un atributo de la especie humana y su reconocimiento un derecho fundamental de cada persona y de toda la humanidad, que debe ser respetado y protegido”. Adviértase la tautología en la formulación y la afirmación de que se trata de un derecho del que es titular toda la humanidad. Es más, si se admite la denuncia especeísta, paradójicamente esta noción de dignidad aparecería como un recurso utilitarista, una herramienta para subrayar el monopolio de la dignidad frente a los otros, en aras (y como consecuencia de) la superioridad de la especie. Pero, ¿cuál es el fundamento científico de esta afirmación? ¿podemos prescindir de cuanto nos enseña la ciencia y precisamente de aquellas a las que presta atención específica la bioética, las ciencias de la vida?

Creo que frente a respuestas simplistas como las de Savater (la “nueva barbarie” de quienes antepondrían fantasmagóricos derechos de los animales a la prioridad de respeto a la vida humana) o más elaboradas como las de Mosterín, se impone reconocer las exigencias de esa *ética biocéntrica* que incluye en la comunidad moral por lo menos a ciertos animales próximos al ser humano en la escala de la evolución, tal y como ha explicado muy convincentemente Fernández Buey, quien ha insistido también en la radical dimensión política de la bioéti-

ca, a partir de la lógica del *expanding circle*. Lo más interesante es que F. Buey muestra que eso no significa necesariamente un mandato abstracto y uniforme de respeto a toda manifestación de vida, sino que se concreta en deberes positivos de reconocimiento, incluso derechos. Así lo sostienen quienes argumentan que los animales, aunque no sean agentes morales, son titulares de derechos, como teorizara ya Salt en 1892, inspirándose en la intuición inicial de Bentham acerca del imperativo ético primordial de evitar el daño a quien tiene sensibilidad al dolor, capacidad de sentir sufrimiento, una tesis completada por la ética de la compasión de Schopenhauer. No hay tal abismo ontológico y por ello difícilmente se puede reivindicar un corte deontológico radical.

Por supuesto, consideraciones de este tipo —como hemos visto—, pueden ser descartadas desde la clásica argumentación que rechaza las posiciones relativistas y también la indebida analogía entre el respeto a la biodiversidad y el respeto a la diversidad cultural.

## 5. SEIS FALACIAS PARA NEGAR LOS DERECHOS DE LOS ANIMALES NO HUMANOS

Déjenme que recuerde cinco de esos dogmas que se suelen esgrimir frente a las tesis de los derechos de los animales y que, en realidad, no sólo pueden ser discutidos, sino que se pueden calificar como errores o quizá deberíamos decir más bien prejuicios, que obstaculizan la discusión. (1) El argumento a mi juicio dogmático que denuncia que atribuir derechos a los animales implica el error del antropomorfismo, (2) El argumento científico que denuncia el acientifismo de la tesis por ignorar el salto ontológico entre los seres humanos y los demás animales (los animales, en un uso semántico muy significativo), (3) el que sostiene el antropocentrismo o posición de superioridad y dominio de los seres humanos sobre el resto de la creación, (4) el de la exclusividad de la comunidad moral y jurídica humana y su

noción de derechos, y finalmente, (5) el argumento que evidentemente es un prejuicio, de que toda tesis de los derechos de los animales en realidad es poco más que sentimentalismo o humanitarismo.

El primero, la tesis de que sólo desde una perspectiva que sería antropomórfica se pueden justificar las propuestas sobre derechos de los animales. Pero eso supone una confusión sobre la condición misma de los animales, pues toda esta tesis es inconcebible salvo a costa de que les atribuyamos características humanas de las que carecen. El antropomorfismo supone sobre todo introducir nuestra perspectiva como suya, lo que sería por completo acientífico. Desde luego que cabe este riesgo, aunque —como se ha señalado— quienes defienden estas tesis están muy lejos de las posiciones, tan justamente fustigadas entre nosotros por Sánchez Ferlosio, del discurso disney/sucedáneos, el de los dibujos animados de d'Artacan o de la vuelta al mundo de W. Fogg.

Porque el argumento dogmático de la barrera ontológica, que fundamenta a su vez la barrera deontológica, entra en contradicción con lo que mejor sabemos, lo que la ciencia nos ha enseñado acerca de nosotros mismos. Es decir, lo que constituye un prejuicio es la separación absoluta, y no al revés... Ahora bien, desde Darwin (sin necesidad de acudir a las disputas de los etólogos) sabemos que la vida es evolución, continuo, y desde los descubrimientos de la genética más reciente, que no hay diferencias cualitativas en el programa genético. Son diferencias de grado.

En la medida en que es ese salto ontológico lo que justifica el postulado antropocéntrico, nuestra posición de superioridad, nuestro derecho de dominio y de posesión, nuestro uso sobre ellos y, también, el trato que les conferimos, al que no aplicamos los criterios humanos, este se revela como prejuicio antropocéntrico. Si el salto ontológico no es cierto, todo ello se revela como la expresión de un prejuicio. El carácter único y, sobre todo, en un paso que se revela cada vez más como una falacia, el carácter de la especie humana como dueño y señor de toda la creación es hoy objeto de replantea-

miento. Si podemos torturarlos, sacrificarlos, matarlos, explotarlos e incluso, lo que es peor, si podemos hacerlos nacer para todo eso, es porque los consideramos de tal modo ajenos que no nos afectan las mismas reglas, que no tenemos nada en común, que no forman parte de nuestra comunidad. Es lo que sucede en la institución de la esclavitud, pero también en todos los modelos de conducta desigualitaria y discriminatoria hacia quienes vemos como diferentes hasta tal punto que no pueden ser más que enemigos a eliminar o herramientas a utilizar: las mujeres, los extranjeros, los locos, los deformes, los discapacitados, todos los *aliens* que pueblan la literatura y el cine de ciencia ficción, aunque no sólo: el alegato del mercader de Venecia es explicativo de esa lógica. La lógica del especieísmo no es diferente del racismo, el sexismo... Por eso, detrás de la discusión sobre estos derechos hay una cuestión política del mayor calado: la explotación animal es sólo el síntoma de un problema social de hondo calado, el paradigma de la violencia patriarcal y de la propiedad como *ius utendi, fruendi et abutendi* y como primer derecho.

Esto no quiere decir que neguemos la existencia de diferencias, de rasgos privativos y relevantes entre los humanos y los no humanos, incluso entre los humanos y sus más próximos, los grandes simios. Es el prejuicio que sostiene que quienes hablan de derechos de los animales confunden por completo las categorías y niegan la existencia de características diferenciadas entre las diferentes especies animales y entre éstas y la especie animal más singular, los seres humanos, los animales que son los seres humanos, cuya capacidad cultural, simbólica y de decisión libre individual no tiene parangón. Para hablar de derechos no hace falta confundir a los no humanos como humanos, porque precisamente el error radica en entender que los únicos intereses relevantes cuando hablamos de la comunidad moral, incluso del Derecho, son los de los animales humanos, los seres humanos. Quienes sostienen que la ética no puede no ser antropocéntrica (que no hay personas no humanas, que no hay deberes más allá de los deberes hacia los seres humanos

individuales empíricamente existentes) como Savater, se sitúan en el terreno del mito y del prejuicio, como trataré de argumentar. Lo que tratamos de poner de manifiesto es que desde el punto de vista que aquí nos interesa, en lo básico, el reconocimiento de obligaciones morales y de derechos, las diferencias que caracterizan a los seres humanos no son relevantes respecto a una condición común, la señalada por Bentham y en la que insiste Francione: la capacidad de sufrir daño, en la que se basa el derecho básico que debe ser reconocido. Por lo demás, justo es decir que hay quienes piensan que los derechos implican deberes, y si a los animales no se les puede exigir deberes, tampoco se les puede otorgar derechos. Ahora bien, para ser consecuentes, hemos de reconocer que los animales no son los únicos “discapacitados” para asumir deberes. Tampoco pueden asumirlos los disminuidos psíquicos, los autistas, los que están en coma, las víctimas de demencia senil, los bebés y niños pequeños, etc... Sin embargo, les otorgamos derechos morales. Entonces, ¿qué argumento, que no esté basado en el prejuicio, puede negárselos a los animales? En el momento en que reconozco que tengo unos ‘deberes’, indirectamente he reconocido en otros seres la posesión de unos “derechos”.

Pero insisto, esto no significa que esas diferencias no sean relevantes incluso desde el punto de vista jurídico. Al contrario, lo son. Y justifican el carácter inapropiado de la reivindicación, de la extensión a los animales no humanos de la mayor parte de lo que llamamos los derechos humanos. Porque con la reivindicación que sostenemos no tratamos de extender a todos los no humanos las mismas atributos morales e idéntico reconocimiento jurídico que a los humanos. Con otras palabras: reconocer derechos a los animales no humanos no significa reconocer los mismos derechos a humanos y a no humanos, ni tampoco los mismos derechos a todos los animales no humanos.

Pero debe quedar claro que, aunque apelemos a la compasión y a la piedad, el fundamento del reconocimiento de derechos a los animales no humanos no es únicamente un

acto humanitario, de concesión graciosa, que muestra nuestra benevolencia. No hablamos de sentimentalismo, humanitarismo o simpatía, sino de justicia, en el sentido de consideración imparcial de intereses, coherente con la lucha contra la explotación de cualquier otro como medio, como objeto de dominio. Por tanto, ese reconocimiento es un acto obligado, precisamente por coherencia con principios morales y jurídicos que decimos sostener; es decir, precisamente para romper eso que Francione califica tan agudamente como nuestra esquizofrenia moral. Si por experiencia propia sabemos que el sufrir es una manifestación de sensibilidad, y que, si un ser sufre, no existe justificación moral alguna para negarnos a tener en cuenta su sufrimiento; entonces, la capacidad de los animales para experimentar placer, dolor y sufrimiento, nos obliga a reconocerlos como seres dignos de consideración, nos obliga a considerar su status moral.

Por tanto, si relativizamos esos dogmas, podremos plantearnos una comprensión global diferente, caracterizada entre otros rasgos por un objetivo decisivo (me refiero a lo relevante en nuestra discusión), el de ampliar la consideración moral de y hacia los animales no humanos. Y podemos hacerlo. Ese objetivo exige justificar el argumento de relevancia moral y aun jurídica de una parte de los animales no humanos, para poder concluir:

(i) La condición de sujeto moral, al menos de relevancia moral, es la condición de aparición de la noción de persona, diferente de la persona humana. Puede ser acordada a animales no humanos.

(ii) Hay animales no humanos que son acreedores a ese reconocimiento como personas, en la medida en que hay que reconocer que tienen intereses propios. Y tienen intereses propios moralmente relevantes porque la capacidad de sentir y el interés por vivir son independientes de las capacidades cognitivas y de un modelo de razón

(iii) Por tanto, son merecedores de consideración ética y jurídica: reconocimiento de derechos como protección de esos intereses, de



esas necesidades basadas en la ausencia de daño básico. No hablamos de los mismos derechos, sino de los que son relativos a sus intereses.

En definitiva, concebir los derechos humanos como auténticos derechos subjetivos pero sin protección jurídica —aunque aspiran a ella—, o como pretensiones morales justificadas que presionan para convertirse en Derecho, sólo es una cuestión verbal y no de fondo, sin consecuencias prácticas, porque las dos posturas están de acuerdo en que los derechos humanos tienen un fundamento moral, que tienen que ser protegidos por su especial relevancia ética (no hay que olvidar que un derecho moral no positivado sigue sin tener protección efectiva). Y ese fundamento moral, esa especial relevancia ética radica en la importancia del daño que les causa el no reconocimiento de un interés o necesidad o la violación de esa necesidad o interés. Aunque es evidente que existe y existirán conflictos relativos a los intereses, entre los de los animales no humanos y los de los seres humanos. ¿Cómo resolverlos?

Recordemos que los intereses primarios siempre han de ser antepuestos a los intereses secundarios. Si existe un conflicto entre ambos intereses, ha de primar el interés primario, el interés vital. Los animales poseen el derecho moral a que sus intereses primarios se antepongan a nuestros intereses secundarios. Veamos dos ejemplos. El interés de los conejos de que no les revienten los ojos para experimentar en ellos productos cosméticos es un interés primario, vital para ellos, y, por tanto, está antepuesto al interés secundario del ser humano a usar cremas resultantes de un inmenso dolor simplemente para tener un cutis más radiante. O, también, es un interés primario para el toro el que no se le torture hasta morir, para que otros deriven de su lidia una supuesta satisfacción o 'emoción estética'. El interés del taurino es secundario, supeditado al interés primario del toro, porque al toro se le arranca inicua y cruelmente la vida entre tormentos. Por lo demás, los propios seres humanos extraemos beneficios profundos de incluir a los animales en nuestra comunidad moral, y es que la compasión enriquece nuestra sensibilidad moral.

Pero admitido esto, sí sostengo algunas diferencias con las tesis abolicionistas de los defensores de los derechos de los animales no humanos en el sentido más amplio, como propone Francione.

La primera es una cuestión no solo terminológica, la aceptación de la tesis de derechos inherentes, naturales o al menos morales. No creo en ellos, pero sí creo en los derechos como producto histórico, que se pueden justificar a partir de las necesidades. Su fundamentación es la necesidad no satisfecha que produce daño relevante; es decir, interés relevante, unida al principio de igual consideración.

Por otra parte, estoy de acuerdo en que el derecho a no ser tratado como propiedad es la cuestión básica, porque todo arranca de la condición de propiedad de los animales y asimismo en que el problema, desde el punto de vista de los derechos, radica en un sistema jurídico definido en torno al derecho de propiedad como institución jurídica y política central (un sistema que existe para defender los intereses de la propiedad) y como paradigma de la noción misma de derechos: es bien conocida la tesis que construye la idea misma de derecho subjetivo sobre el modelo de derecho de propiedad (incluso en su sentido más arcaico: *ius fruendi, utendi et abutendi*). Coincido también en que difícilmente un sistema que existe para proteger la propiedad va a ceder hacia una posición antipropiedad: sería lógicamente incoherente y eso explica también la dificultad e incluso el fracaso de la estrategia bienestarista, como lo muestra la estéril discusión en torno al criterio que permite establecer cuándo el sufrimiento de los animales no humanos es innecesario. Como sostiene Francione, pretender que se pueda realizar una operación de ponderación entre los intereses del titular de la propiedad y los del objeto de la propiedad es absurdo, porque la propiedad tiene sólo el valor que le conceda el dueño, el propietario. Pero aquí difiero en dos aspectos que no considero menores:

(i) El primero es que, en efecto, la capacidad de sufrir daño justifica la noción de persona y por tanto el derecho a no ser tratado como propiedad que es a mi juicio la cuestión, pero

desde otra argumentación: para mí, la capacidad de sufrir daño justifica el prederecho a no ser tratado como propiedad y de ahí deriva la condición de sujeto moral, la de persona (que no la de persona humana). Es decir, mientras que Francione entiende que ese derecho a no ser considerado como propiedad es un prerrequisito para el reconocimiento moral y jurídico como persona, a mi juicio es precisamente al revés: el status moral y jurídico de persona es lo que impone la prohibición de ser tratado como propiedad...Un sujeto de derechos no puede ser considerado propiedad, como un bien, como un objeto; ni utilizado como tal. Y se tiene ese status porque se tiene un interés moral relevante, el de no sufrir daño, que les hace sujetos del principio de igual consideración en ese aspecto moralmente relevante, incluso decisivo. Desde este punto de vista, su necesidad básica es moralmente relevante y un argumento justificativo de la conveniencia de la protección mediante derechos. Y una vez que se acepta que lo decisivo no es la voluntad, sino el interés digno de ser protegido mediante el derecho, no hay objeción relevante para admitir ese razonamiento por lo que respecta a los animales que son capaces de sentir sufrimiento, de ser conscientes de ese daño, de esa privación de su necesidad. Por supuesto que eso no significa que sean conscientes de tener derechos. Ese es un invento cultural de los humanos: todo derecho ha sido inventado por los humanos.

La segunda es ésta. Una vez aceptado que la condición de mera propiedad es rechazable como status para los animales, eso no invalida el ejercicio de ponderación de intereses, ni el de conflictos, siempre que se ofrezca justificación razonable y coherente con esa condición. Los derechos no son absolutos, sino que deben conjugarse. Todos los que trabajan en el ámbito de los derechos humanos saben que es posible establecer preferencias de intereses; por ejemplo, entre el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión. Eso debe ser posible también en relación con los intereses de los animales no humanos y los de los seres humanos. Estoy de acuerdo, insisto, en que a ese respec-

to, la condición de la ponderación de intereses, bienes o derechos exige una condición mínima, la de no ser considerado cosa, porque no hay ponderación entre el interés del propietario y el de su propiedad. Pero una vez reconocido esto, la ponderación debe ser posible.

Eso no significa que hablemos de derechos sin más precisión. Al contrario, acepto la distinción entre derechos fundamentales o básicos y otros que son derivados, y, como Francione, acepto la tesis de Sue (más que la del respeto debido a todo sujeto de vida, sostenida por Regan) sobre esos *basic rights* como prerrequisito para el disfrute y ejercicio de los demás derechos. Estoy de acuerdo, además, en que el más claro de ellos es el derecho a la seguridad física, el derecho a no ser sometido a muerte, tortura, o daño. Por eso acepto que esa tesis de los derechos ofrece una guía normativa más adecuada (más clara, más coherente y práctica) en los 3 niveles de una teoría moral, en el ideal, en el personal y en el social: tanto en el nivel de los principios, como en el de la elección moral individual, como en el nivel social, para propiciar el cambio.

Estoy de acuerdo en que la posición abolicionista es realista en la medida en que acepte que el cambio supone un proceso —largo y gradual— y que a ello se llegará sobre todo mediante una campaña que trata de conseguir una revolución en el espíritu humano. Pero lo cierto es que todo ello sólo será posible mediante una estrategia sostenida de educación al público sobre la necesidad de la abolición: del mismo modo que la esclavitud no debe regularse, sino prohibirse, así también sucede con el primero de los derechos de los animales, que exige la abolición de su condición de meros objetos y no, como quieren los bienestaristas, su mera regulación.

Concluiré que tiene sentido hablar de un derecho básico y común a todos los animales sintientes (a los seres humanos también), el derecho a no ser reducido, a no ser tratado ni utilizado como un bien, es decir, como un objeto, como un medio, una herramienta, es decir, por utilizar la tesis de Francione, a no ser objeto de propiedad.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- BENTHAM, JEREMY *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ch. XVII, par. 4, (J.H. Burns & H.L.A. Hart eds., Athlone Press 1970).
- CARRUTHERS, P. *The Animals Issue Moral Theory in Practice*, Cambridge University Press, 1995.
- CAVALIERI y P. SINGER (Eds.) *The Great Ape Project*. Londres, Fourth Estate, 1993.
- COETZE, *Elisabeth Costello* (capítulos 3 y 4: The Philosophers and the animals, The Poets and the animals).
- COETZE, *Tanner Lectures on Human Values*, vol. 20, *The Lives of animals*, Princeton, 1999.
- DARWIN, *Autobiografía*, Editorial Laetoli/Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2009.
- DE LORA, P., *Justicia para los animales*, Alianza, Madrid, 2003.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. *Bienestar animal contra derechos fundamentales*, Atelier, Barcelona, 2004.
- FERNÁNDEZ BUEY, F., "Sobre los derechos de los animales", edición online.
- FRANCIONE, G., "Animals. Property or Persons?", *Rutgers Law Papers* 2004.
- FRANCIONE, G., *Introduction to Animal Rights. Your Child or the Dog* (2000), Temple University Press, New Jersey.
- FRANKLIN, J. *Animal Rights and Moral Philosophy*, New York: Columbia University Press, 2005.
- HAVA GARCÍA, Esther. *La tutela penal de los animales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MOSTERÍN, J. y RIECHMANN, J. *Animales y ciudadanos*, Madrid, Talasa, 1995.
- MOSTERÍN, J. *Los derechos de los animales*. Madrid, Debate, 1995.
- NIBERT, D. *Animal Rights/human Rights: Entanglements Of Oppression And Liberation*, Rowman & Littlefield Pub In.
- POCAR, V., *Gli animali non umani. Per una sociologia dei diritti* Laterza, 2005.
- REGAN, T. *Jaulas vacías: el desafío de los derechos de los animales*, Fundación Altarriba, Amigos de los Animales, 2006.
- REQUENA, P., "Dignidad y autonomía en la bioética norteamericana" (*Cuadernos de Bioética*, 66/2008).
- RIECHMANN, J., *Todos los animales somos iguales*, Catarata, Madrid, 2005.
- SÁDABA, J. "Bioética y democracia", *Revista internacional de pensamiento político* 1/2006.
- SALT H. S., *Los derechos de los animales*, Los Libros de la Catarata, Madrid 1999.
- SINGER, P., *Ética práctica*, Ariel, Barcelona 1989.
- SINGER, P., *Animal Liberation. A New Ethic for Our Treatment* New York, Random House, 2º ed., 1990 (*Liberación Animal*, Trotta, Madrid 1999).
- SINGER, P., *Desacralizar la vida humana. Ensayo de ética*. Cátedra, Madrid 2003.
- SINGER, P., "A convenient Truth" *New York Times*, 26 de enero de 2007.
- SUNSTEIN, C y NUSSBAUM, M. (eds), *Animal Rights. Current debates and New directions*, 108 (2004).
- VV.AA., (Ferry, L./Germé, C., eds.) *Des animaux et des hommes. Anthologie de textes*. Paris, Librairie Générale Française, 1994.

Fecha de recepción: 22 de julio de 2009  
Fecha de aceptación: 21 de septiembre de 2009

## RESUMEN

El artículo examina la posibilidad de fundamentar los derechos de los animales desde un punto de vista filosófico y sociológico-jurídico. Para afirmar los mismos derechos humanos, se subraya la importancia de toda superación de la discriminación basada en la diferencia de especies (especismo) y en particular, se presta atención a la calidad de "persona" que los animales poseerían en cuanto seres dotados de pensamiento, lenguaje y sensibilidad.

## PALABRAS CLAVE

DERECHOS DE LOS ANIMALES, DERECHOS HUMANOS, ESPECISMO, PERSONALIDAD ANIMAL

## ABSTRACT

The aim of the paper is to discuss the possibility to ground animal rights from a philosophical and a socio-legal perspective, dwelling in particular on the importance of surpassing the discrimination grounded on extraspecific differences (*speciesism*) for enforcing human rights and on the recognition of the animal personality based on animals' capacity to think, to communicate and to feel.

## KEY WORDS

ANIMAL RIGHTS, HUMAN RIGHTS, SPECIESISM, ANIMAL PERSONALITY

# DERECHOS DE LOS ANIMALES Y DERECHOS HUMANOS

Valerio Pocar

Catedrático de Sociología del Derecho  
Universidad de Milán-Bicocca

A menudo, a quienes afirman que los animales no humanos son titulares de derechos subjetivos y luchan para que tales derechos se reconozcan, incluso por parte de aquéllos que no los niegan por principio, se les contesta que es prematuro preocuparse por su reconocimiento en una época como la actual, en la que los mismos derechos humanos se violan sistemática y gravemente en la práctica, aunque de boquilla generalmente se reconozcan. En mi opinión, es cierto lo contrario: el ocuparse de la cuestión no es para nada prematuro y precisamente la lamentable condición en que se halla el respeto por los derechos humanos sugiere acelerar los tiempos. Al menos por dos razones.

Ante todo, si de derechos se trata, su reconocimiento no puede postergarse: aplazar el reconocimiento de los derechos significa sencillamente negarlos. En segundo lugar, al abordar el tema del reconocimiento de los derechos fundamentales, nos preocupamos de reivindicar su extensión a los sujetos débiles y ya no a los sujetos fuertes, para los cuales tales derechos pueden encontrar y encuentran apoyo por sí mismos, así como no podemos olvidar que los derechos fundamentales subyacen en procesos de inclusión y de exclusión. Esto vale sobre todo para los humanos, con respecto a los cuales, de la constatación de determinadas características específicas o de determinadas diversidades se han tratado argumentos para

justificar discriminaciones, sobre la base de una petición de principio según la cual la diversidad se ha utilizado como un criterio de superioridad o bien de inferioridad y, por tanto, como un criterio para atribuir, o al contrario, para negar los derechos. La diversidad de género se ha usado como criterio para justificar discriminaciones de género (sexismo), la de raza para justificar la discriminación de raza (racismo), la de edad para justificar la discriminación puntual contra los niños o los ancianos, etc., porque todo tipo de diversidad puede utilizarse para discriminar.

Tal vez las discriminaciones que nacen de las diversidades de género, raza, edad están siendo superadas o, por lo menos, tales diversidades ya no parecen creíbles como criterios de justificación de las discriminaciones, pero otras diversidades pueden invocarse para ese fin. Lo que realmente hace falta superar, pues, es el modelo mismo de discriminación, precisamente porque cualquier diversidad podría ser utilizada. Por este motivo es necesario superar el *especismo*, es decir la discriminación basada en la diversidad de especie: superar el especismo y reconocer derechos incluso a sujetos no humanos significa ampliar el círculo de los titulares de derechos fundamentales a todos los seres sintientes y romper el modelo de discriminación en cuanto tal. En efecto, el no discriminar no significa negar las diferencias, sino no utilizar las diferencias para establecer

jerarquías entre sujetos diferentes. Abordar la cuestión de los derechos de los animales no humanos significa también afrontar un nudo crucial de la cuestión de los derechos humanos, y afrontarla no es en absoluto prematuro.

La lucha por el reconocimiento de los derechos de los animales no humanos, pues, es una lucha auténticamente revolucionaria que —como les ocurre precisamente a las revoluciones que ven nacer en breve espacio de tiempo las ideas que las alimentan, pero que se realizan, si se realizan, en tiempos impredecibles— a saber cuándo tendrá éxito. Podemos considerarla la lucha por los derechos del tercer milenio: han sido necesarios miles de años para que la relación entre humanos y no humanos se convirtiera en lo que es hoy, y mil años a lo mejor no son demasiados para cambiarla.

Llegados a este punto, debemos contestar a la pregunta de si los animales no humanos son titulares de derechos. Podemos alcanzar una respuesta por diferentes vías.

En el transcurso de los últimos treinta años, la “cuestión animal” y el interrogante de si a los animales no humanos pueden o deben reconocerse derechos han sido objeto de un debate principalmente filosófico y filosófico-jurídico. Las teorías más conocidas, sobre las cuales no voy a detenerme ahora, son la neoutilitarista y la neokantiana, atribuibles a la reflexión de Peter Singer y de Tom Regan, respectivamente. La reflexión de Peter Singer, inspirada en el utilitarismo, se basa en el deber moral de no causar dolor y sufrimiento a ningún ser, tanto humano como no humano, que pueda experimentarlos, teniendo en cuenta pues, a fin de incluirlos en la esfera de la ética, de su capacidad de sufrir; así que hacia los animales no sólo deberíamos tener unas obligaciones indirectas, sino auténticas obligaciones directas, que tienen los mismos animales como destinatarios en primera persona. La reflexión de Tom Regan comparte con Singer la idea básica de que los animales tienen relevancia moral directa, pero no acepta la perspectiva utilitarista, al considerarla no apta para tutelar a los animales en todas las circunstancias, mientras

lo que importa es la posibilidad de atribuir a una cierta categoría de seres, humanos y no humanos, un valor intrínseco que Regan afirma poder reconocerles a los animales al menos en su calidad de “pacientes morales”; pacientes en el sentido de que no consiguen actuar moralmente, aunque sean destinatarios de la actuación moral de los agentes morales y, al igual que los agentes morales, deben considerarse “sujetos-de-una-vida”; y, precisamente en cuanto tales, están provistos de valor intrínseco, así que tendrían el derecho básico de ser respetados en su naturaleza, en su constitución psicofísica, el derecho a seguir la vida que su naturaleza les consiente, sin ser obstaculizados intencionalmente por nadie.

Sin embargo, podemos llegar a afirmar que los animales son portadores de derechos a través de vías diferentes, y quisiera exponer al menos dos.

Definamos —sintetizo una definición que en este contexto no puedo profundizar— un derecho subjetivo como la pretensión de satisfacer un interés que expresa una necesidad o un deseo, una pretensión alimentada por una fuerza suficiente para que sea reconocida y ratificada como un precepto jurídico, considerado vinculante por los miembros de una colectividad, y que se traduce por lo tanto en comportamientos efectivos.

Para aplicar esta definición a los derechos de los animales, hay que compartir dos supuestos, uno teórico y el otro empírico. Desde el punto de vista teórico, hay que aceptar el principio de semejanza, en virtud del cual es razonable e incluso preciso que situaciones semejantes se traten de una forma similar: la llamada *regla áurea*. La aceptación del principio conlleva que, cada vez que un sujeto plantea una pretensión relacionada con una determinada característica suya, y ésta se le reconoce y se legitima social y jurídicamente, no se puede razonablemente negar que esa misma pretensión pueda ser planteada por cualquier otro sujeto que posea esa misma característica.

Se trata entonces de comprobar, desde el punto de vista empírico, si dos sujetos poseen

una misma característica y pueden por tanto plantear la misma pretensión. Ahora bien, parece difícil negar que algunas características sean comunes tanto a los humanos como a los animales, como por ejemplo la capacidad de disfrutar y sobre todo la capacidad de sufrir. Por consiguiente, si reconocemos la pretensión de los humanos de que sus sufrimientos son limitados o que pueden justificarse sólo en determinadas circunstancias, debemos reconocerles esa pretensión también a los animales. El principio ético y jurídico del trato similar para situaciones similares tiene un alcance absolutamente general y radica en todos y cada uno de los derechos. Esto vale, ante todo, precisamente para los llamados “derechos humanos”.

Este criterio permite también definir “cuáles” son los derechos que deben reconocerse a los animales. Si los animales tienen características comunes a los humanos y por tanto son portadores de intereses análogos, debe reconocerse el mismo derecho a la tutela de dichos intereses, con la misma extensión y, si acaso, con las mismas limitaciones admitidas para los humanos. Dicho de otra forma, aunque es plausible pensar que los intereses son bastante diferentes entre especie y especie, el reconocimiento de los derechos no debería presentar un carácter especista en relación con los criterios de su determinación. La reciprocidad, la igualdad de trato, el respeto de la esfera individual son criterios formales válidos prescindiendo del contenido específico de los derechos reconocibles.

Más allá de las argumentaciones filosófico-jurídicas que pueden alegarse en favor del reconocimiento de los derechos de los animales, las consideraciones realizadas hasta ahora —que tal vez no representan todavía un fundamento adecuado de la afirmación de que los animales son titulares de derechos— permiten, sin embargo, no excluir que los animales puedan serlo, después de que se pueda establecer la base fáctica donde instituir sus derechos, o sea establecer si los animales tienen “intereses” dignos de ser reconocidos y cuáles puedan ser.

Tras la revolución darwiniana, parece cuestionable la contigüidad biológica entre la

especie humana y las demás especies animales, que nos permite reconocer determinados intereses de los animales precisamente porque se los reconocemos a los humanos. Ante todo, el interés en la supervivencia individual y en la supervivencia de la especie, y por tanto el interés en vivir y el interés en reproducirse. Para los humanos, tales intereses se dan por descontado, pero los mismos intereses deberían darse igualmente por descontado para los animales e incluso, tal vez, para cada una de las especies vivas. Además, es admisible pensar que cada ser vivo sintiente —y los animales poseen indudablemente dicha característica— tenga interés por conseguir el placer y por evitar o al menos reducir el sufrimiento. Aunque la capacidad de sentir placer y sufrimiento pueda ser diferente, desde el punto de vista tanto biológico como cultural según cada especie, ésta sigue siendo una característica común a todos los seres sintientes, y la construcción de una jerarquía entre las especies sobre la base de la capacidad de sufrimiento sería falseada por el especismo, al fundarse en la afirmación no demostrable de que el placer y el sufrimiento que puedan sentir los humanos tengan un mayor valor intrínseco respecto a los no humanos, sin contar con que el placer y el sufrimiento son subjetivos, en el sentido de que para cada individuo el placer y el sufrimiento que es capaz de sentir agotan precisamente su capacidad. Es más, no resulta fácil negar que los animales tienen interés en vivir de acuerdo con las características etológicas de su propia especie; es decir de disfrutar también ellos, tal y como se lo reconocemos a los humanos como derecho, de un mínimo de “calidad de vida”, un criterio que nos permite establecer si una determinada condición de vida es tolerable y haga la vida misma, en la percepción del individuo interesado, digna de ser vivida.

Es verosímil que, además de estos intereses reconocibles sobre la base de la naturaleza biológica común, existan otros que no podemos conocer con exactitud por culpa de las barreras comunicativas; un hecho que, por tanto, les debería sugerir a los humanos un razonable criterio de precaución, e incluso la abstención

de toda interferencia no casual con la vida de los no humanos.

Otra vía para llegar a establecer la existencia de derechos a favor de los animales no humanos concierne a la posibilidad de atribuirles la “personalidad”. A tal fin, abriré un paréntesis para hablar sobre la mente y el pensamiento de los animales, tratando un tema que debería interesar e implicar sobre todo a los estudiosos de las neurociencias en sentido amplio. La intromisión en este campo se justifica sobre la base de una exigencia moral, la de contrastar la tendencia difusa y casi unánime de que, cuando no llega a negar la mente y por tanto el pensamiento de los animales, tiende a poner la una y el otro en planos tan dispares y distantes respecto a los humanos que los hace, por inferioridad y por diferencia, no equiparables a estos últimos. Se trata de una tendencia que impregna la tradición del pensamiento humano y especialmente la de determinadas tradiciones culturales, desde épocas en que la absolutidad de la cuestión entendida como “natural” pretendería hacerlos pasar por eternos, pero que tal vez se remontan menos en el tiempo de lo que su sedimentación podría dejar suponer. Sin embargo, hasta ahora esa tendencia no ha sabido aportar ninguna razón válida en apoyo de su tesis que, por tanto, representa al menos por el momento un puro y simple prejuicio. A las neurociencias se les ha quedado pues asignada, en virtud de impulsos éticos, la tarea de investigar y ofrecer elementos de conocimiento capaces de dar validez o refutar esa tesis que, hasta ahora, se ha alimentado de la fuerza de su apodicticidad y de la debilidad de las víctimas silenciosas del prejuicio.

El motivo que me impulsa a examinar el tema desde esta perspectiva es pues más ético que científico, y las reflexiones que siguen se fundan en observaciones sensatas —que quieren contradecir los preconceptos del sentido común— surgidas de una consideración laica y sin prejuicios de lo que podemos comprender, si efectivamente observamos las cosas sin preconceptos, sencillamente porque tenemos ojos para ver. La negación de la mente y del pensamiento animal o su valoración restric-

tiva, además, representa un caso evidente y emblemático de razonamiento contraintuitivo que, al contrario de lo que ocurre normalmente, no se basa en datos científicos, sino en argumentaciones que pretenden ser puramente intuitivas y de sentido común (por poner sólo un ejemplo: el hombre está dotado de razón, los animales de instinto).

La distinción entre mente y pensamiento (por pensamiento entiendo no sólo el llamado pensamiento racional, sino también toda percepción que elabora la mente, y por tanto también los llamados sentimientos), no puede realizarse en el plano fáctico, sino sólo en el plano conceptual, en el sentido de que sí son cosas diversas, pero que no se encuentran nunca por separado: si no hay mente no hay pensamiento; si no hay pensamiento no hay mente. La prueba más segura de la existencia del pensamiento reside en el hecho, fácilmente comprobable, de su comunicación. Independientemente del modo en que el pensamiento se comunique (y desde luego el pensamiento puede comunicarse a través de los más diversos lenguajes: signos verbales o escritos, palabras, formas, colores, sonidos, etcétera, en un catálogo prácticamente infinito), tenemos la seguridad de la existencia del pensamiento animal precisamente constatando que los animales, y esto es evidente, se comunican interespecíficamente (además de extraespecíficamente, con bastante verosimilitud). Estaríamos tentados, pues, de excluir diferencias de principio entre humanos y no humanos respecto a la capacidad de producir pensamiento, de elaborar lenguajes comunicativos del mismo, de comprenderlo y almacenarlo en la memoria (sede preferible de conservación del pensamiento con respecto a la escritura, por lo menos según Platón), mientras que la única diferencia reconocible y, por tanto, aceptable entre el pensamiento de los animales humanos y el de los animales no humanos consistiría en las tecnologías de conservación material del pensamiento (escritura, artes figurativas, reproducción sonora, etcétera) y, por tanto, en determinadas formas de su comunicación, que los humanos han desarrollado y los no humanos no.



La mente crea el pensamiento y, verosímelmente, determina sus formas y modalidades. Es admisible pensar que hay formas diferentes de pensamiento según algunas características específicas de la mente específica y, tal vez, según algunas otras características externas a la mente misma, es decir según determinadas condiciones y/o ciertos condicionamientos. En efecto, hablamos de pensamiento masculino y pensamiento femenino, de pensamiento infantil y pensamiento adulto, de pensamiento occidental, de pensamiento religioso, etcétera. La especie humana ha derrochado mucho pensamiento y mucho empeño en reducir *ad unum* las diferentes formas y los diferentes modos del pensamiento, o sea para identificar, en un particular modo del pensamiento, *el* modo del pensamiento. De este esfuerzo se han derivado al menos dos consecuencias, que considero muy negativas. Por una parte, en este esfuerzo de reducción se ha descalificado y deslegitimado la importancia de las diferencias de los modos del pensamiento; las cuales, en lugar de ser subestimadas y desaprovechadas, podían haberse valorizado, al haber podido representar una riqueza incluso en este campo, como en otros muchos. Por otra parte, al negarse las diferencias, determinados rasgos del pensamiento, identificados y definidos como características generales del pensamiento mismo, han llegado a construir el paradigma del “buen pensamiento”, definido también “pensamiento racional”. Se trata de un modo del pensamiento de tipo occidental, adulto, masculino. Hay que decir que existe cierta tolerancia hacia otros modos del pensamiento, por ejemplo del pensamiento artístico, aunque no sea occidental, del pensamiento femenino, del pensamiento infantil, que simplemente se toleran precisamente porque se definen como diferentes del pensamiento llamado racional, o sea del “pensamiento verdadero”. En este proceso de descalificación y/o de exclusión, los modos del pensamiento animal ni siquiera se han tomado en consideración, en aras de una óptica antropocéntrica que reserva sólo a la especie humana la categoría de la mente y del pensamiento, y de tal forma se niega en línea de principio incluso la hipótesis de la con-

frontación. Sin embargo, no se puede olvidar que también la mente humana es una mente animal, por la simple razón de que también el hombre es un animal, o sea: la mente del hombre pertenece al género animal.

A pesar de una serie de características comunes, no hay que excluir en absoluto, y más bien es muy probable, que la mente animal y el pensamiento animal sean en buena medida diferentes de la mente y del pensamiento (mejor dicho, de los pensamientos) humanos. Esta afirmación, si es cierta, permite negar una proposición compartida por la mayoría y permite sostener otra que la mayoría rechaza.

Por una parte: cuando no queremos y sobre todo cuando no somos capaces de identificar y establecer una característica cuya presencia y alcance nos puede autorizar a construir una jerarquía de las entidades analizadas (por ejemplo, una característica estética, el precio, el tamaño, por lo que podemos afirmar que el oro vale más que el hierro, o que Asia es más grande que Europa y podemos construir una jerarquía de costes o de superficies), la simple diversidad —como ya he dicho al principio— de por sí no es un motivo para crear una jerarquía de importancia y de valor. En el caso que nos ocupa, nada nos autoriza a pensar que la mente y el pensamiento animales son “inferiores” con respecto a la mente y al pensamiento humanos por el hecho de que son o podrían ser “diferentes”.

Por otra parte, si la mente animal y el pensamiento animal son diferentes de los humanos, se haría especialmente fuerte y urgente la necesidad de indagar y promover estudios sobre el conocimiento de la mente y del pensamiento animales, en mayor medida respecto a lo que se ha hecho hasta ahora, si no se quiere caer en contradicción, en línea de principio y no de hecho, con el paradigma a partir del cual la diversidad sería un motivo de jerarquía y que la mente mejor sería aquella dotada de ciertas características específicas.

Dicho de otra forma, en el estado actual de los conocimientos no estamos autorizados a decir que la mente animal es superior, igual

o inferior a la humana (paradójicamente, la mente animal podría resultar superior a la humana: ¿no decía Nietzsche que el pensamiento racional no es otra cosa sino una prótesis para sustituir a los sentidos que se han ido debilitando?).

Por definición, una mente merece consideración en tanto en cuanto sea capaz de pensar y piense efectivamente (no son las células que conforman el cerebro las que interesan, sino el hecho de que esas células, organizadas para la función del pensamiento, piensen y por tanto sean una mente). En mi opinión —y es una proposición— debería establecerse una correlación fuerte entre la mente, entendida de esa forma, y la personalidad. Sin profundizar ahora en el concepto de personalidad, será suficiente decir que se contraponen dos modos de atribución: por una parte, la personalidad se atribuiría tomando como base la tenencia de una determinada cualidad según una perspectiva ontológica (por ejemplo, todos los seres que forman parte desde un punto de vista genómico de la especie humana, en cualquier fase de su desarrollo, desde el momento de la concepción hasta la muerte natural, serían personas y como tales sujetos de derechos, como expresa el magisterio católico), mientras, por otra, se afirma que la atribución de la personalidad depende de valoraciones históricas, culturales, sociales, etcétera (y, en un determinado contexto del discurso, también en aplicaciones del principio de sensatez), las cuales identifican las características necesarias y suficientes para dicha atribución. Como se comprenderá, el primer criterio de atribución no es sino un caso particular del segundo, donde la pertenencia genómica a la especie humana se identifica basándose en valoraciones culturales y más específicamente religiosas en aras de una perspectiva antropocéntrica, como razón necesaria y suficiente para la adquisición de la personalidad, y la peculiaridad reside sólo en el hecho de que a esa razón se le atribuye el carácter de la naturalidad y por tanto de la inmutabilidad.

La posesión de una mente capaz de producir pensamiento puede aceptarse como un criterio

oportuno de la atribución de la personalidad; es decir que para ser considerados “personas” y, por tanto, poder no sólo merecer respeto y consideración, sino también ser considerados sujetos de derechos, hace falta poseer una mente capaz de pensamiento y, al contrario, la simple posesión de una mente capaz de pensamiento atribuye la personalidad. El respeto y la consideración no estarían vinculados al genoma o a otros factores biológicos, sino que sería la capacidad de elaborar pensamiento la que haría de un individuo una persona, y esto basado en la consideración de que sin una mente pensante el individuo no sólo no sería capaz de sacar provecho del respeto hacia sí mismo y de la consideración de sus derechos, sino que su misma existencia no sufriría ningún cambio a causa del respeto o de la violación de esos mismos derechos. Existen entidades, humanas desde el punto de vista genómico, que no deberían considerarse personas precisamente porque carecen por completo de una mente en condiciones de pensar (¿se consideraría persona a un ser humano en estado vegetativo permanente, incapaz de pensar?, ¿sería un cadáver una persona?, ¿sería un embrión una persona? Se puede, e incluso creo que sería necesario, asumir una actitud de respeto y de especial atención hacia dichas entidades, pero no se las podría considerar “personas”, sobre todo si quisiéramos no considerar personas también a los animales).

Si luego queremos determinar cuál debería ser el nivel de capacidad de pensamiento para atribuir la personalidad, podríamos establecer dicho nivel de acuerdo con el criterio arriba expuesto sobre cuya base se atribuiría la personalidad. Bastaría pues con que la capacidad de elaborar pensamiento (en el sentido amplio arriba indicado, y por tanto no sólo el pensamiento racional, sino también el sentimental, etcétera) fuera suficiente como para que el individuo fuera capaz de sacar provecho del respeto y de la consideración de sus derechos y que su existencia sufriera cambios a mejor o a peor según cuáles de sus derechos fueran respetados o violados.

Por esta razón, mientras ciertos individuos genómicamente humanos no serían personas, la personalidad debería atribuirse a los animales en cuanto dotados de una mente capaz de elaborar pensamiento.

Según esta propuesta, la especie dejaría de representar una exigente insuperable y el reconocimiento de los derechos podría fundarse en argumentos no vinculados a la pertenencia de la especie, o sea en argumentos de carácter “transversal”, por así decirlo.

Si los animales son portadores de intereses, debemos pues preguntarnos ahora “qué fuerza” puede sustentar su reconocimiento y hacer que las pretensiones dirigidas a su satisfacción se traduzcan primero en normas jurídicas y luego en comportamientos concretos de la colectividad humana. Esto vale tanto para los derechos animales como para los derechos humanos que, si no se tradujeran en normas jurídicas, se quedarían en simples enunciados éticos o valores de referencia (*moral rights*), pero no constituirían derechos subjetivos en sentido propio (*legal rights*).

Al respecto, un recurso muy importante lo representan los factores culturales y, en especial, el compartir las opiniones éticas y los valores a los que se refiere el reconocimiento de la pretensión y a través de los cuales puede acreditarse entre una parte más o menos amplia de la colectividad, a condición de que aquellos que comparten dichos valores disfruten, contando también con otros recursos, de un poder suficiente para conseguir la afirmación como norma jurídica de la pretensión que radica en esos valores. Desde este punto de vista, el interés para cuya satisfacción se ha planteado la pretensión puede ser no sólo un interés de los partidarios de la pretensión, sino también un interés de otros sujetos carentes de un poder suficiente para afirmarlo. Téngase presente que dicha particularidad constituye un elemento característico de los mismos “derechos humanos”, que se caracterizan especialmente por el hecho de que el poder que puede permitir afirmar los intereses que subyacen no es sólo el poder de los sujetos o de los grupos directamente interesados. Los derechos huma-

nos se reclaman para todos los seres humanos precisamente por ser humanos, y esto significa exactamente que tales derechos no se reclaman para los sujetos o los grupos que disponen de un poder suficiente para afirmar como derecho sus pretensiones, sino para los sujetos que no disponen de un poder suficiente, de tal forma que la tutela de los derechos humanos resulta de tipo “indirecto”, vinculada a factores de carácter político e ideológico que inducen a grupos dotados de poder a afirmar como normas jurídicas determinados principios éticos que se asumen como de alcance universal.

La cuestión de los derechos animales no se presenta de una forma diferente de aquella de los derechos humanos y, es más, el debate sobre una facilita la comprensión de la otra. Desde hace ya tiempo, la idea de la igualdad entre los humanos se ha asimilado, por lo menos en línea de principio, así que las discriminaciones se perciben como injustas y, por lo general, se admite que las desigualdades no pueden “justificarse” sobre la base de las diferencias, sino que más honestamente se deben explicar con el conflicto de intereses y con la distribución no igualitaria del poder. La diferencia entre los humanos y los animales se percibe como “obvia”, aunque no esté del todo justificada y demostrada, así que la mayoría de los humanos encuentra dificultades en admitir que la discriminación es injusta. En resumen, mientras queda o debería quedar claro que las discriminaciones entre los humanos son crudamente la consecuencia de la desigualdad de fuerza, y que los esfuerzos realizados para justificarlas sobre la base de diferencias aducidas se presentan como construcciones sociales y culturales ficticias y como peticiones de principio, las discriminaciones de los humanos con respecto a los animales pueden todavía encubrirse con razones que se pretenden “naturales” y, por tanto, racionales, cuando no son en absoluto racionales y aun menos naturales.

La relación entre los derechos humanos y los derechos animales podría abordarse desde una perspectiva diferente, la de su posible interdependencia, que igualmente cabría investigarse, más extensamente de lo que admite

este espacio. Resumiendo, diré que en muchos casos el respeto de los derechos de los animales determina el respeto también de los derechos humanos y la violación de los primeros conlleva la violación de los segundos.

Ante todo, existe una consideración de carácter general: una violación de los derechos fundamentales; aunque afecta en especial a algunos sujetos, menoscaba los derechos de todos. Pero también existen argumentos vinculados a situaciones mucho más concretas y me limitaré a recordar sólo dos.

Como ya se sabe, la experimentación con los animales, respecto a cuya crueldad sobran las palabras, es vivamente criticada por una gran parte de los científicos que niegan la validez del modelo animal sobre la que se basa, así como la transferibilidad a los humanos de los resultados conseguidos con los animales. Si el modelo animal es falaz, las consecuencias que se deriven del uso y comercialización de los productos testados en animales represen-

tan un riesgo para el derecho fundamental a la salud y una violación de los derechos de los consumidores.

La cría y el consumo de alimentos procedentes de animales (zoofagia) es fuente de numerosas y graves violaciones de los derechos humanos: del derecho a la salud, estando ya la mayoría de los dietistas convencidos de que el consumo de alimentos de origen animal es perjudicial para la salud humana y la raíz de muchas enfermedades que constituyen la causa principal de morbilidad y mortalidad, especialmente en el rico mundo occidental; del derecho a la vida, el derroche alimentario que los criaderos de animales implica, constituyendo la principal causa del hambre en el mundo; de los derechos ecológicos, los criaderos de animales representan una de las fuentes de contaminación hídrica y atmosférica más importantes, así como el principal mecanismo de reducción de la biodiversidad. Y así se podría continuar.

*Traducción al español de Laura Volpe*



## **RESUMEN**

Este trabajo parte de la consideración de la profunda contradicción entre lo que decimos respecto a los animales y como los tratamos en realidad. Esta contradicción moral nace de atribuir a los animales el estatus de propiedad, esto es, su consideración como simples objetos. Tomar en serio o tomar en consideración los intereses de los animales tiene consecuencias en nuestros planteamientos morales. Lo que supone reconocer que tenemos obligaciones morales directas con respecto a ellos exige atribuirles el derecho a no ser tratados como nuestra propiedad.

## **PALABRAS CLAVE**

DERECHOS DE LOS ANIMALES, PROPIEDAD, DERECHO A VIVIR LIBRE DE SUFRIMIENTO, SUJETO, OBJETO

## **ABSTRACT**

This work considers the profound contradiction between what we say about animals and how we actually treat them. This ethical contradiction arises from giving animals the status of property, i.e. considering them to be just objects. To take seriously, or into consideration, animals' well-being has moral consequences. It means acknowledging that we have direct moral obligations to them and demands that we confer them the right not to be treated as property.

## **KEY WORDS**

ANIMAL RIGHTS, PROPERTY, RIGHT TO LIVE FREE OF SUFFERING, SUBJECT, OBJECT

# ANIMALES ¿PROPIEDAD O PERSONAS?

Gary L. Francione

Distinguished Professor of Law on Rutgers  
University School of Law-Newark

**Sumario:** 1. Animales: nuestra esquizofrenia moral. 2. Animales como objetos. 3. El principio de tratamiento humano: El rechazo de los animales como objetos. 4. El problema: el sufrimiento innecesario. 5. Los animales como propiedad: un equilibrio desequilibrado. 6. Tomando en serio los intereses de los animales: el principio de igual consideración. 7. Los animales como personas. 8. Falsos conflictos. Notas

Cuando se trata de otros animales, los hombres adolecemos de lo que puede describirse como esquizofrenia moral. Aunque afirmamos tomarlos en serio y considerar que poseen intereses moralmente significativos, ignoramos estos intereses de modo rutinario y por razones meramente triviales. En este trabajo, sostengo que nuestra esquizofrenia moral se debe al estatus de los animales como propiedad, que supone identificarlos como simples *objetos* a pesar de la existencia de numerosas leyes que teóricamente les protegen. Si queremos ser congruentes con nuestra afirmación de tomar en consideración los intereses de los animales, entonces no podemos sino concederles un derecho: el derecho a no ser tratados como nuestra propiedad.

El reconocimiento de que los animales poseen este derecho requeriría que aboliésemos y no solo regulásemos mejor nuestra institucionalizada explotación de los animales. Aunque ésta sea ostensiblemente una conclusión radical, deriva necesariamente de las nociones morales que hemos manifestado haber aceptado durante la mayor parte de los últimos 200 años. Más aún, reconocer este derecho no excluiría elegir a los hombres por encima de los animales en situaciones de verdadero conflicto.

## 1. ANIMALES: NUESTRA ESQUIZOFRENIA MORAL

Existe una profunda disparidad entre lo que afirmamos creer acerca de los animales, y el modo en el que efectivamente les tratamos. Por un lado, decimos tomarlos en serio. Dos tercios de los estadounidenses encuestados por la “Associated Press” están de acuerdo con la siguiente afirmación: “El derecho de un animal a vivir libre del sufrimiento debería ser igual de importante que el derecho de las personas a vivir libres de sufrimiento”, y más del 50% de los americanos creen que está mal matar animales para confeccionar abrigos de piel o cazarlos por deporte<sup>1</sup>. Casi un 50 por ciento consideran que los animales son “casi como los hombres en todos los aspectos importantes”<sup>2</sup>. Estas actitudes también se reflejan en otros países. Por ejemplo, un 94 por ciento de los británicos<sup>3</sup> y 88 por ciento de los españoles<sup>4</sup> piensan que los animales deben ser protegidos de los actos de crueldad, y sólo un 14% de los europeos apoyan el uso de la ingeniería genética que conlleve sufrimiento animal, aunque el objeto sea desarrollar medicamentos que salven vidas humanas<sup>5</sup>.

Por otro lado, el tratamiento que actualmente dispensamos a los animales contrasta con nuestras manifestaciones acerca del respeto

que proferimos a su estatus moral<sup>6</sup>. Consideremos que el sufrimiento de los animales está a nuestro alcance. Sólo en los Estados Unidos, según datos del Departamento estadounidense de Agricultura, se mata a 8 billones de animales por año con fines relacionados con la alimentación; cada día, sacrificamos aproximadamente 23 millones de animales, o más de 950.000 por hora, o casi 16.000 por minuto, o más de 260 cada segundo. Esta cantidad no es nada si atendemos a los billones que adicionalmente se matan a nivel mundial. Estos animales son criados en horrendas condiciones intensivas en la conocida como “producción industrial de animales de granja”, mutilados de diversas formas sin paliativos del dolor, transportados largas distancias en estrechos y mugrientos contenedores, y finalmente sacrificados entre el hedor, ruido, y miseria del matadero. Cada año, matamos millones de peces y otros animales marinos. Los capturamos con anzuelos y permitimos que se asfixien en las redes. Compramos langostas en el supermercado, donde permanecen semanas en depósitos repletos, con las pinzas cerradas por gomas y sin recibir alimentos, y posteriormente las cocinamos, hirviéndolas vivas.

Los animales salvajes no corren mejor suerte. En Estados Unidos se cazan y matan unos 200 millones de ellos anualmente, sin incluir los animales que se abaten en ranchos de juego comerciales o en acontecimientos tales como el tiro al pichón. Es más, los cazadores normalmente mutilan a los animales sin matarlos o salvarlos. Se calcula, por ejemplo, que los cazadores con arcos no salvan al 50 por ciento de los animales alcanzados por sus flechas. Esta práctica incrementa el número de víctimas mortales de la caza por lo menos en decenas de millones de animales. Los animales heridos suelen morir lentamente, durante un lapso de horas o incluso días, desangrados, con los intestinos y estómagos perforados, y graves infecciones.

Sólo en los Estados Unidos, empleamos millones de animales anualmente para experimentos biomédicos, pruebas de inocuidad de productos, y educación. Se emplean para medir los efectos de toxinas, enfermedades, me-

dicamentos, radiaciones, balas, y todo tipo de privaciones físicas y psicológicas. Les quemamos, envenenamos, irradiamos, dejamos ciegos, privamos de comida y electrocutamos. Se les inocula intencionadamente enfermedades tales como cáncer e infecciones como la neumonía. Les privamos de sueño, les mantenemos en confinamiento solitario, les extraemos miembros y ojos, así como les hacemos adictos a las drogas, obligamos a desengancharse de tal adicción, y enjaulamos durante todas sus vidas. Y si no mueren en el transcurso de los procedimientos de experimentación, casi siempre les matamos nada más concluir éstos, o les reciclamos para ser utilizados en otros experimentos o pruebas y después matarlos.

Empleamos a millones de animales por el mero objetivo de proporcionar entretenimiento. Se utilizan en el cine y la televisión. Existen miles de zoos, circos, carnavales, pistas de carreras, exhibiciones de delfines, y rodeos en los Estados Unidos, y estas y otras actividades similares, como las corridas de toros, también tienen lugar en otros países. Los animales empleados para el entretenimiento suelen ser obligados a soportar el encarcelamiento y enjaulamiento durante toda su vida, malas condiciones de vida, privaciones y peligros físicos extremos y tratamientos brutales. La mayoría de estos animales se matan cuando ya no sirven para tales fines de entretenimiento, o se venden para la investigación o como blancos de tiro en reservas de caza comerciales.

Y matamos a millones de animales anuales simplemente por la moda. Aproximadamente 40 millones de animales en todo el mundo son cazados, atrapados por ceños, o criados en granjas de pieles de confinamiento intensivo, donde se electrocutan o gasean o se les parte el cuello. En los Estados Unidos, de 8 a 10 millones de animales anuales se matan para obtener su piel.

Por estas razones, puede decirse que sufrimos una especie de esquizofrenia moral cuando se alude a nuestro pensamiento acerca de los animales. Proclamamos considerar que los animales tienen intereses moralmente significativos, pero nuestro comportamiento indica lo contrario.



## 2. ANIMALES COMO OBJETOS

Antes del siglo diecinueve, la precedente letanía de usos de los animales no suscitaba ninguna preocupación. La cultura occidental no reconocía que los hombres tuviesen ninguna obligación moral respecto a los animales porque estos no poseían ninguna importancia moral. Podíamos tener obligaciones morales que implicaban a los animales, pero éstas se debían a otros seres humanos y no a los animales. Los animales se concebían como cosas, con un estatus moral similar al de los objetos inanimados.

Todavía en el siglo diecisiete, el pensamiento más avanzado sostenía que los animales no eran más que máquinas. René Descartes (1596-1650), considerado el fundador de la filosofía moderna, argumentaba que los animales no eran conscientes. Carecían de inteligencia por no poseer alma, reservada por Dios a los seres humanos. En apoyo de la afirmación de que los animales no tenían consciencia, Descartes aducía que no emplean ningún lenguaje verbal o de signos, al contrario que todo ser humano. Lo que sí reconocía este filósofo era el hecho de que los animales parecen actuar de modo finalista e inteligente y ser conscientes, pero concluía que verdaderamente no difieren de máquinas creadas por Dios. Es más, vinculaba a los animales con “automatons, or moving machines”<sup>77</sup>. Además, al igual que los relojes indican la hora mejor que los seres humanos, algunas máquinas animales pueden desempeñar determinadas tareas mejor que los humanos.

Como consecuencia obvia de esta posición, se estimaba que los animales no son seres sensibles, ni conscientes del dolor, placer o cualquier otra cosa. Descartes y sus seguidores realizaron experimentos en los que clavaban las patas de los animales en tableros y se les sajava para descubrir sus palpitantes corazones. Quemaban, escaldaban, y mutilaban a los animales de todas las formas posibles. Y, cuando estos reaccionaban al sufrir dolor, Descartes desestimaba tal reacción al identificarla con el sonido de una máquina que funciona incorrectamente. Un perro que llora, afirmaba Descartes, no

difiere del chirrido de un engranaje que necesita aceite.

Con arreglo a esta postura, resulta del mismo modo absurdo hablar de nuestras obligaciones morales respecto a los animales, máquinas creadas por Dios, que hablar de nuestras obligaciones morales en relación a los relojes, máquinas creadas por los seres humanos. Podemos tener obligaciones morales que tienen que ver con el reloj, pero cualquiera de ellas se debe realmente a otros seres humanos y no al reloj. Si rompo el reloj con un martillo, puedes molestarte y oponerte porque este objeto te pertenece, o porque te lesiono cuando accidentalmente te golpea una pieza de ese reloj, o porque resulta derrochador destruir un buen reloj que podría utilizarse por otro sujeto. Puedo estar del mismo modo obligado a no dañar a tu perro, pero tal obligación la tengo respecto a tí y no respecto al perro. Según Descartes, el perro, como el reloj, no es más que una máquina y carece de intereses.

Otros autores no compartían la visión de Descartes de los animales como meras máquinas, pero seguían negando la posible existencia de obligaciones morales de los hombres con respecto a los mismos. Por ejemplo, el filósofo alemán Immanuel Kant (1724-1804) reconoció que los animales son seres sensibles y pueden sufrir, pero rechazaba que podamos tener obligaciones morales directas respecto a los mismos porque, a su modo de ver, no son ni racionales ni conscientes. Según Kant, los animales son simplemente medios para fines humanos; son “instrumentos del hombre”. Existen para ser usados por el hombre, y carecen de valor por sí mismos. Para Kant ya reviste importancia nuestro trato a los animales, aunque sólo debido al impacto que pueda tener en otros seres humanos: “[H]e who is cruel to animals becomes hard also in his dealings with men”<sup>78</sup>. Señalaba Kant que si disparamos y matamos a un perro fiel y obediente que ha envejecido y no puede sernos útil, no violamos ninguna obligación que debamos al perro. Tal acto solo es incorrecto en cuanto a nuestra obligación moral de compensar el servicio de otros seres humanos; pues matar al perro

tiende a hacernos menos proclives a cumplir estas obligaciones morales. “[S]o far as animals are concerned, we have no direct duties”. Los animales existen “merely as a means to an end. That end is man”<sup>9</sup>.

La postura que descarta la existencia de obligaciones morales directas respecto a los animales también se reflejaba en el Derecho anglo-americano. Antes del siglo diecinueve, resulta difícil encontrar un reconocimiento jurídico de obligaciones legales debidas directamente a los animales<sup>10</sup>. La ley solo profería protección a los animales, en la mayor parte de casos, sobre la base de preocupaciones humanas, fundamentalmente intereses dominicales. Si Simon lesionaba a la vaca de Jane, el acto de éste podría violar una ley contra el vandalismo si pudiese probarse que el acto reflejaba una intención maliciosa hacia Jane. Si el dolo lo era con respecto a la vaca y no hacia Jane, no se le podía procesar. Resultaba irrelevante si el dolo se dirigía a la vaca o a la propiedad inanimada de Jane. Cualquier condena judicial de la crueldad animal se expresaba sólo, con contadas excepciones, como preocupación de que la conducta se tradujese en crueldad con respecto a otros seres humanos, o que los actos de crueldad hacia los animales pudiesen ofender la cortesía o decencia pública y causar la ruptura de la paz. Esto es, el derecho reflejaba la idea expresada por Kant y otros en virtud de la cual las únicas razones para ser amables con los animales tenían que ver con nuestras obligaciones con respecto a otros seres humanos, nunca por obligaciones en relación a los animales.

### 3. EL PRINCIPIO DE TRATAMIENTO HUMANO: EL RECHAZO DE LOS ANIMALES COMO OBJETOS

Consideremos el siguiente ejemplo. Simon propone torturar a un perro quemándole con un soplete. La única razón por la que Simon tortura al perro es por resultarle placentera

este tipo de actividad. ¿Suscita esta propuesta de Simon alguna preocupación moral? ¿Viola Simon alguna obligación moral sobre no emplear al animal de esta manera para su propia diversión? ¿O es la actuación de Simon moralmente idéntica a cascar y comerse una nuez?

Creo que la mayoría de nosotros no dudaría en afirmar que prender vivo al perro por puro placer no es un acto justificable moralmente bajo ningún concepto. ¿Cuál es la base de nuestro juicio moral? ¿Es solamente que nos preocupa el efecto de la acción de Simon en otros seres humanos? ¿Rechazamos la tortura del perro simplemente porque puede disgustar a otros seres humanos a los que les gustan los perros? ¿Nos oponemos porque al torturar al perro Simon puede convertirse en una persona más insensible o desagradable al relacionarse con otros seres humanos? Desde luego que podemos basar parcialmente nuestro rechazo moral de la acción de Simon en nuestra preocupación acerca del efecto de esta acción en otros seres humanos, pero esta no es la razón principal de nuestra objeción. Al fin y al cabo, condenaríamos este acto incluso si Simon torturase al animal en secreto, o incluso si aparte de su apetito por torturar perros Simon es un sujeto encantador que sólo muestra amabilidad hacia los otros seres humanos. Supongamos que el perro es el animal de compañía de la vecina de Simon, Jane. ¿Objetamos la tortura porque el perro es propiedad de Jane? Aunque podamos oponernos a esa tortura debido a que el perro pertenece a Jane, de nuevo, no es nuestra primera preocupación. Encontraríamos la acción de Simon ofensiva incluso si el perro fuese callejero.

El principal motivo por el que consideramos la acción de Simon moralmente reprehensible es el efecto que posee en el perro. El perro es un ser sensible como nosotros, el perro es el tipo de ser que tiene capacidad de sufrir y posee el interés de no ser prendido con un soplete<sup>11</sup>. El perro prefiere, o quiere, o desea no ser quemado con el soplete. Tenemos una obligación directa con respecto al perro, y no simplemente una obligación que implica al perro, que consiste en no torturarlo. La única

justificación de esta obligación radica en que el perro es un ser sensible; no se necesita ningún otro rasgo, como la racionalidad similar a los hombres, la conciencia reflexiva, o la capacidad de comunicarse en un lenguaje humano. Por el mero hecho de que el perro puede experimentar dolor y sufrimiento, consideramos moralmente necesario justificar que le causemos dolor. Podemos discrepar acerca de la suficiencia de una justificación en concreto, pero todos estamos de acuerdo en que se requiere alguna justificación, y el placer de Simon no puede constituirla. Una parte integral de nuestro pensamiento moral es la idea de que, siendo las cosas iguales, el hecho de que una acción cause dolor justifica reprobársela, no sólo porque dañar a otro ser sensible nos rebaja sino porque es malo por sí mismo. Y no importa si Simon propone prender por placer al perro o a otro animal, como una vaca. En ambos casos podríamos oponernos a esta conducta.

En pocas palabras, la mayoría de nosotros afirmamos rechazar la caracterización de animales como objetos que ha dominado el pensamiento occidental durante siglos. En la mayor parte de los últimos doscientos años, la cultura moral y jurídica anglo-americana ha mantenido una distinción entre los seres sensibles y los objetos inanimados. Aunque creemos que deben prevalecer los hombres sobre los animales en caso de conflicto de intereses, la mayoría de nosotros aceptamos como completamente no controvertido que el empleo y trato que dispensamos a los animales se rigen por lo que podemos denominar como el *principio de trato humano*, o la visión de que, como los animales pueden sufrir, tenemos la obligación moral directa con respecto a los mismos de no imponerles ningún sufrimiento innecesario.

El principio de trato humano encuentra sus orígenes en las teorías desarrolladas por el jurista y filósofo utilitarista inglés Jeremy Bentham (1748-1832). Bentham sostenía que, a pesar de las diferencias, los hombres y los animales se asemejan por su capacidad de sufrir, y es éste y no otro rasgo (como la capacidad de expresarse con palabras o la capacidad de razonar) el que se requiere para que los animales importen

moralmente y gocen de protección jurídica. Bentham consideraba que los animales habían sido “degraded into the class of *things*”, lo que había llevado a ignorar su interés en no sufrir<sup>12</sup>. En una declaración tan profunda como simple, Bentham aclaró la irrelevancia de los rasgos diferentes a la sensibilidad: “[A] full-grown horse or dog, is beyond comparison a more rational, as well as a more conversable animal, than an infant of a day, or a week, or even a month, old. But suppose the case were otherwise, what would it avail? the question is not, Can they *reason*? nor, Can they *talk*? but, Can they *suffer*?”<sup>13</sup>.

La postura de Bentham marcó el abandono de una tradición cultural que había considerado a los animales meros objetos desprovistos de intereses morales relevantes. Rechazaba las opiniones de aquellos que, como Descartes, suscribían la visión de que los animales no son seres sensibles ni poseen intereses. También discrepaba de aquellos que, como Kant, afirmaban que los animales poseen intereses pero estos no son moralmente significativos debido a que carecen de rasgos distintos a la sensibilidad, además de por el hecho de que el trato que les dispensamos sólo importa en la medida en que afecte a nuestro comportamiento con respecto a otros seres humanos. Para Bentham, solamente reviste importancia el trato que otorgamos a los animales a causa de su efecto en otros seres que pueden sufrir, y nuestras obligaciones se refieren directamente a ellos. Bentham urgió la promulgación de leyes que protegiesen a los animales del sufrimiento.

Estas ideas de Bentham tuvieron una profunda incidencia en varios reformistas jurídicos, de modo que los sistemas legales británico y estadounidense, entre otros, intentaron incorporar el principio de trato humano en las leyes de bienestar animal. Estas normas son de dos tipos: generales y específicas. Las leyes generales de bienestar animal, como las leyes anti-crueldad, prohíben la crueldad o causar sufrimientos innecesarios a los animales sin distinguir entre los diferentes usos de los animales. Por ejemplo, las normas de Nueva York imponen una sanción penal a toda persona

que “overdrives, overloads, tortures or cruelly beats or unjustifiably injures, maims, mutilates or kills any animal”<sup>14</sup>. Por su parte, el derecho de Delaware prohíbe la crueldad y define como cruel “every act or omission to act whereby unnecessary or unjustifiable physical pain or suffering is caused or permitted,” e incluye “mistreatment of any animal or neglect of any animal under the care and control of the neglecter, whereby unnecessary or unjustifiable physical pain or suffering is caused”<sup>15</sup>. En Gran Bretaña, la Ley de Protección de los Animales de 1911 tipifica como delito la conducta consistente en “cruelly beat, kick, ill-treat, over-ride, over-drive, over-load, torture, infuriate, or terrify any animal” o causar “unnecessary suffering” a los animales<sup>16</sup>. Específicas leyes de protección animal pretenden aplicar el principio de trato humano a concretas formas de emplear los animales. Por ejemplo, La Ley de Bienestar Animal americana aprobada en 1966 y enmendada en numerosas ocasiones<sup>17</sup>, la Ley sobre Crueldad hacia los Animales británica promulgada en 1876<sup>18</sup>, y la Ley británica de Animales (Procedimientos Científicos) de 1986<sup>19</sup>, se interesan por el trato de los animales empleados en experimentos. La Ley americana sobre Sacrificio Humano, aprobada inicialmente en 1958, regula la matanza de los animales utilizados con fines relacionados con la alimentación<sup>20</sup>.

Según hemos visto, si Simon daña a la vaca de Jane, las leyes sobre vandalismo exigen que Simon actuase con dolo hacia Jane. Los tribunales se preocupaban de la crueldad hacia los animales en la medida en que ésta pudiese herir las sensibilidades públicas o a fomentar la crueldad hacia otros seres humanos. La aprobación de leyes en contra de la crueldad permitió procesar a Simon incluso si carecía de intención maliciosa hacia Jane y su dolo se limitaba a la vaca de Jane. Es más, estas leyes reflejan un interés por la trascendencia moral del sufrimiento animal, así como por las repercusiones perjudiciales de la crueldad hacia los animales en los seres humanos. Las leyes en contra de la crueldad suelen ser explícitas en su aplicación a todos los animales, con o sin due-

ño. Por lo tanto, mientras que las leyes sobre vandalismo pretendían “to protect the beasts as property instead of as creatures susceptible of suffering”, las leyes en contra de la crueldad se diseñan “for the protection of animals”<sup>21</sup>. Se dirigen al “benefit of animals, as creatures capable of feeling and suffering, and [are] intended to protect them from cruelty, without reference to their being property”<sup>22</sup>. El objetivo de estas segundas atiende, en parte, a la necesidad de inculcar a los seres humanos “a humane regard for the rights and feelings of the brute creation by reprovving the evil and indifferent tendencies in human nature in its intercourse with animals”<sup>23</sup>. Se dice que estas leyes “recognize and attempt to protect some abstract rights in all that animate creation, made subject to man by the creation, from the largest and noblest to the smallest and most insignificant”<sup>24</sup>. Y las leyes en contra de la crueldad reconocen estos derechos debido a que los animales son sensibles, y por consiguiente tenemos obligaciones jurídicas directamente con respecto a los mismos consistentes en abstenernos de infligirles dolor y sufrimiento innecesarios: “Pain is an evil”, y “[i]t is impossible for a right minded man ... to say that unjustifiable cruelty [to animals] is not a wrong”<sup>25</sup>. Del mismo modo, otras leyes de bienestar animal se centran en el sufrimiento de los animales como intrínsecamente indeseable<sup>26</sup>.

Muchas leyes sobre bienestar animal, como las anti-crueldad, son leyes penales. Como regla general, estas reglas únicamente tipifican como delito o falta aquellas normas morales que son ampliamente aceptadas, como las prohibiciones de matar a otros hombres, infligirles lesiones físicas, o quitarles sus bienes. Por lo tanto, el hecho de que muchas de las leyes sobre bienestar animal sean penales sugiere que tomamos suficientemente en cuenta a los intereses de los animales como para castigar las violaciones del principio de trato humano con el estigma social de una sanción penal.

El principio de trato humano y las leyes sobre bienestar animal que lo reflejan dan a entender que exigen que ponderemos los intereses de los animales y nuestros intereses en

cuanto seres humanos a la hora de determinar si resulta necesario el sufrimiento animal. Sopesar estos intereses implica estimar los valores relativos de los intereses en conflicto. Si nuestro sufrimiento por no usar a los animales supera el interés animal en no sufrir, el primero prevalece y el sufrimiento animal se considera necesario. Sin embargo, si no está en juego ningún interés humano justificable, entonces infligir sufrimiento a los animales debe considerarse innecesario. Por ejemplo, el derecho británico que regula el empleo de animales en experimentos requiere, antes de que se apruebe cualquier experimento, una ponderación de “the likely adverse effects on the animals concerned against the benefit likely to accrue”<sup>27</sup>.

En síntesis, el principio asume que podemos utilizar a los animales cuando resulte necesario y nos encontremos ante un conflicto entre los intereses de los animales y de los seres humanos, y que debemos infligirles exclusivamente el menor dolor y sufrimiento necesarios para lograr nuestro objetivo. Para que la prohibición del sufrimiento innecesario de los animales tenga un contenido significativo, entonces debe impedir causar sufrimiento a los animales por mero placer, diversión o conveniencia. Si existe una alternativa viable al empleo de los animales en una situación en concreto, en tal caso el principio parece que proscribe tal uso.

#### 4. EL PROBLEMA: EL SUFRIMIENTO INNECESARIO

Aunque expresamos nuestra desaprobación del sufrimiento innecesario de los animales, casi todo nuestro uso de los animales puede justificarse *solo* por costumbre, convención, diversión, conveniencia, o placer<sup>28</sup>. Esto es, la mayoría del sufrimiento que infligimos a los animales es completamente innecesario, y no somos sustancialmente diferentes de Simon, cuando propone prender vivo a un perro por placer. Por ejemplo, por definición, no puede estimarse necesaria la utilización de los anima-

les para la caza deportiva y con fines relacionados con el entretenimiento. No obstante, estas actividades son protegidas por leyes que supuestamente prohíben causar sufrimiento innecesario a los animales. ¿Es verdaderamente innecesario llevar abrigos de piel, o emplear a los animales para probar productos domésticos duplicados, o tener otra marca de pintalabios o loción para después del afeitado?

Todavía más importante en términos de animales usados es la industria agrícola animal, en la que cada año se da muerte a billones de animales por fines relacionados con la alimentación. En ningún caso resulta necesario comer carne o productos animales; es más, un creciente número de asistentes sanitarios sostiene que estos alimentos pueden perjudicar la salud. Más aun, autorizados científicos medioambientales han subrayado las elevadas ineficiencias y consiguientes costes que la agricultura animal causa en nuestro planeta. Por ejemplo, los animales consumen más proteínas de las que producen. Por cada Kilogramo (2,2 libras) de proteína animal producida, los animales consumen una media de casi 6 kilogramos, o más de 13 libras, de proteínas derivadas de las plantas. Se necesitan más de 100.000 litros de agua para producir un kilogramo de carne de vaca, y aproximadamente 900 litros para producir un Kilogramo de trigo. En cualquier caso, nuestra única justificación del dolor, sufrimiento y muerte de estos billones de animales de granja radica en que nos gusta el sabor de su carne.

Si bien muchos contemplan el uso de animales en experimentos como un supuesto en el que concurre un verdadero conflicto entre los intereses humanos y animales, la necesidad de emplear animales para estos fines también se encuentra en entredicho. Son numerosas las evidencias científicas que cuestionan la idea de que los experimentos que se sirven de animales resultan necesarios para asegurar la salud, e indican que en muchos casos basarse en modelos animales ha sido contraproducente.

## 5. LOS ANIMALES COMO PROPIEDAD: UN EQUILIBRIO DESEQUILIBRADO

La profunda contradicción entre lo que decimos respecto a los animales y cómo los tratamos en realidad se debe a su estatus de propiedad<sup>29</sup>. Los animales son bienes que nos pertenecen y no poseen más valor del que nosotros, propietarios, elegimos otorgarles. Aunque Bentham transformó el pensamiento moral y la doctrina jurídica al introducir la idea de que la sensibilidad es el único rasgo que se exige a los animales para que posean importancia, ni él ni los reformistas interesados en incorporar sus opiniones en el Derecho cuestionaron nunca el estatus de los animales como propiedad<sup>30</sup>. Con arreglo a ley, “animals are owned in the same way as inanimate objects such as cars and furniture”<sup>31</sup>. Son “by law treated as any other form of movable property and may be the subject of absolute, *i.e.*, complete ownership... [and] the owner has at his command all the protection that the law provides in respect of absolute ownership.”<sup>32</sup>. El dueño tiene derecho a poseer físicamente al animal en exclusiva, emplearlo con fines económicos y para obtener otros beneficios, y suscribir contratos relacionados con el mismo o usarlo como aval para un préstamo. El propietario tiene el deber de asegurar que su propiedad animal no cause daños a otras personas o a su propiedad, pero puede venderlo o legarlo, regalarlo, ser privado de él en ejecución de un pronunciamiento judicial. También puede matarlo. Los animales salvajes suelen considerarse como propiedad del Estado que los administra en beneficio de todos, pero también pueden convertirse en propiedad de determinados seres humanos a través de la caza, o domándolos y encerrándolos.

Este estatus de los animales como propiedad deja sin sentido cualquier ponderación que supuestamente se requiera en virtud del principio de trato humano o las leyes sobre bienestar animal, puesto que lo que verdaderamente se sopesa son los intereses de los propietarios y los intereses de su propiedad animal.

Resulta, por lo tanto, absurdo suponer que podemos ponderar por un lado intereses humanos protegidos por reivindicaciones de derecho en general y de un derecho a la propiedad en particular, y por otro lado los intereses de la propiedad, que sólo existe como medio para alcanzar fines de los seres humanos. Aunque admitamos que podemos preferir los intereses animales por encima de los humanos exclusivamente cuando hay un conflicto de intereses, siempre hay un conflicto entre los intereses de los propietarios que quieren usar sus pertenencias y los intereses de su propiedad animal. El interés de la propiedad humana prevalecerá casi siempre. El animal del que se trate será siempre una “mascota” o un “animal de laboratorio” o un “animal de caza”, o un “animal destinado a la alimentación”, o un “animal de rodeo” u otra forma de propiedad animal que existe solamente para nuestro uso y no posee más valor que el que le otorguemos. Así, observamos cómo en la práctica no puede hacerse ninguna elección entre el interés humano y el animal porque la elección ha sido predeterminada por el estatus de propiedad del animal; el “sufrimiento” de los titulares de la propiedad que no puede utilizar su propiedad conforme desean vale más que el sufrimiento animal. Se nos permite causar cualquier sufrimiento que sea preciso para emplear nuestra propiedad animal para un fin en concreto, incluso si este propósito es nuestra simple diversión o placer. Mientras nos sirvamos de nuestra propiedad animal para generar un beneficio económico, no hay ninguna limitación efectiva a nuestro uso o trato de los animales<sup>33</sup>.

Las leyes sobre bienestar animal aseguran de múltiples modos que nunca se dé una verdadera ponderación de intereses humanos y animales. En primer lugar, muchas de ellas eximen explícitamente a la mayoría de las formas de uso institucionalizado de la propiedad, las cuales precisamente se corresponden con la mayor parte de animales usados por el hombre. Las excepciones más frecuentes a las leyes estatales en contra de la crueldad incluyen los experimentos científicos, las prácticas agrícolas, y la caza<sup>34</sup>. La Ley sobre Bienestar Animal,

la principal norma estatal que regula la utilización de animales en experimentos biomédicos, ni siquiera se aplica a la mayoría de animales empleados en experimentos (gatos y ratones) y tampoco establece límites significativos al dolor y sufrimiento que en el transcurso de los experimentos pueden causarse a los animales<sup>35</sup>.

En segundo lugar, aunque las leyes en contra de la crueldad no lo realicen de modo explícito, de facto los tribunales suelen eximir nuestros usos habituales de los animales interpretando los textos en el sentido de que no prohíben causar incluso sufrimiento extremo si éste se deriva de un empleo aceptado de los animales y una práctica consuetudinaria de los propietarios<sup>36</sup>. Un acto que “inflicts pain, even the great pain of mutilation, and which is cruel in the ordinary sense of the word” no se prohíbe cuando “the purpose for which the act is done is to make the animal more serviceable for the use of man.”<sup>37</sup>. Por ejemplo, los tribunales han declarado reiteradamente que los animales destinados a la alimentación pueden ser mutilados de formas que incuestionablemente causan graves dolores y sufrimientos y que normalmente serían consideradas crueles e incluso torturas. Sin embargo, estas prácticas se permiten debido a que la agricultura animal se incluye entre los usos animales institucionalizados admitidos, y la industria cárnica contemplan las prácticas como normales e indispensables para facilitar este uso. Los tribunales dan por sentado que los propietarios de los animales actuarán en aras a su mayor interés económico y no causarán intencionalmente a los animales mayor sufrimiento del que sea necesario porque ello disminuiría el valor monetario del animal<sup>38</sup>. Por ejemplo, en el asunto *Callaghan v. Society for the Prevention of Cruelty to Animals*, el tribunal declaró que el doloroso acto de arrancar los cuernos al ganado no constituía abuso innecesario ya que los ganaderos no recurrirían a este procedimiento si no resultase indispensable. El interés propio del ganadero impediría que se infligiese “useless pain or torture (that) would necessarily reduce the condition of the animal; and, unless

they very soon recovered, the farmer would lose in the sale”<sup>39</sup>.

En tercer lugar, las leyes en contra de la crueldad suelen ser normas penales y el Estado debe probar más allá de la duda razonable que un acusado ha estado implicado en un hecho ilícito con un estado de ánimo culpable. El problema estriba en que el acusado que cause dolor o sufrimiento a un animal en el desarrollo de un empleo institucionalizado y admitido, resulta difícil acreditar que actuó con el estado mental requerido para justificar la responsabilidad penal<sup>40</sup>. Por ejemplo, en el asunto *Regalado v. United States*<sup>41</sup>, se condenó a Regalado por violar la ley anti-crueldad del Distrito de Columbia, al haber golpeado a un cachorro. Regalado apeló, alegando que no tenía la intención de dañar al cachorro y le había pegado con fines disciplinarios. El tribunal declaró que las leyes anti-crueldad no pretendían “place unreasonable restrictions on the infliction of such pain as may be necessary for the training or discipline of an animal” y que la ley de Columbia tan sólo prohibía aquellas acciones llevadas a cabo con mala intención o disposición cruel<sup>42</sup>. Aunque el tribunal ratificó la condena a Regalado, reconoció que “proof of malice will usually be circumstantial, and the line between discipline and cruelty will often be difficult to draw”<sup>43</sup>.

En cuarto lugar, muchas leyes sobre bienestar animal contienen previsiones punitivas inadecuadas, y somos reacios a imponer a los propietarios el estigma de la responsabilidad criminal por el uso que hacen de su propiedad<sup>44</sup>. Además, los desprovistos de un interés dominical normalmente carecen de derecho para desafiar legalmente a los propietarios por el uso o trato que dispensen a sus animales<sup>45</sup>.

Conforme se deriva de lo que precede, habida cuenta de que los animales son propiedades no ponderamos los intereses para determinar si resulta necesario utilizarlos para objetivos determinados. Simplemente suponemos que resulta apropiado servirnos de los animales para alimentarnos, divertirnos, vestirnos, o realizar experimentos, siendo éstas las principales maneras a través de las cuales los utilizamos como

propiedades para generar riqueza social y muchas de las cuales no pueden calificarse convincentemente como supuestos que implican un verdadero conflicto entre los intereses humanos y animales. Las leyes sobre bienestar animal no se aplican a muchos de estos usos. En la medida en que se exige plantearse si resulta indispensable infligir dolor y sufrimiento, la pregunta se limita a si un determinado trato cumple las costumbres y prácticas de los propietarios que suponemos no causarán a su propiedad animal más dolor y sufrimiento del que se necesite en función del objetivo. La única manera de caracterizar este proceso es como una “ponderación” del interés del propietario emplear la propiedad animal y el interés de un animal en no ser usado de forma que se incumplan tales costumbres y prácticas. Aunque las leyes sobre bienestar animal pretenden proteger los intereses de los animales sin referirse a su estatus de propiedad, estos intereses sólo se protegen en la medida que sirven al objetivo de uso racional de la propiedad<sup>46</sup>.

De este modo, el hecho de que causemos sufrimiento a los animales tan sólo plantea una cuestión jurídica cuando no se ajuste a las costumbres y prácticas de esas instituciones, cuando intencionadamente causemos sufrimiento de forma que no maximice la riqueza social, o cuando la única explicación de la conducta sea “the gratification of a malignant or vindictive temper”<sup>47</sup>. Por ejemplo, en *State v. Tweedie*<sup>48</sup>, se encontró culpable al acusado de violar la ley anti-crueldad, al haber matado a un gato en un microondas. En *William G.*<sup>49</sup> ratificó la condena por crueldad cuando un menor dio patadas a una perra y le prendió fuego porque no se apareaba con su perro. En *Motes v. State*<sup>50</sup>, el acusado fue hallado culpable de violar la ley anti-crueldad al haber prendido fuego a un perro por el mero hecho de ladrar. En *Tuck v. United States*<sup>51</sup>, se condenó por crueldad al propietario de una tienda de animales por tener a los animales en un escaparate sin ventilación y negarse a quitar a un conejo cuya temperatura corporal alcanzaba el máximo de temperatura del termómetro, 110 grados Fahrenheit. En *People v. Voelker*<sup>52</sup>, el tribunal sostuvo que

decapitar a tres iguanas vivas y conscientes “without justification” podía constituir una violación de la ley anti-crueldad. En *LaRue v. State*<sup>53</sup>, se ratificó la condena por crueldad porque el acusado había recogido numerosos perros callejeros y no les había proporcionado cuidados veterinarios; los perros tenían sarna, ceguera, deshidratación, neumonía, y moquillo y tuvieron que ser sacrificados. En *State v. Schott*<sup>54</sup>, se condenó a Schott por crueldad con los animales cuando la policía encontró en su granja docenas de vacas y cerdos muertos o muriendo de malnutrición y deshidratación. Su defensa radicaba en el hecho de que el mal tiempo le había impedido cuidar a su ganado. Es por ello que el jurado le encontró culpable de crueldad y negligencia, y el tribunal de apelación ratificó su decisión. Estos son, no obstante, casos poco usuales y representan una ínfima parte de los supuestos en los que causamos sufrimiento a los animales.

Además, el mismo acto puede ser protegido o prohibido dependiendo tan sólo de si es parte de una institución de explotación animal admitida. Si alguien mata un gato en un microondas, prende fuego a un perro, permite que la temperatura corporal de un conejo aumente hasta el punto de la hipertermia, amputa las cabezas de animales conscientes, o permite que los animales sufran enfermedades graves sin tratamiento, la conducta puede violar las leyes en contra de la crueldad. Pero si un investigador realiza la misma acción en el desarrollo de un experimento (y numerosos investigadores han matado animales o les han causado dolor de las anteriores maneras u otras similares), la conducta está protegida por la ley porque se supone que utiliza al animal para generar un beneficio. Un ganadero puede cometer una falta de crueldad si no se ocupa de sus animales y permite que sufran malnutrición o deshidratación sin ningún motivo, pero puede mutilarlos y criarlos en condiciones de confinamiento y privación si pretende venderlos como alimento. Las acciones permitidas causan igual o más dolor a los animales que desatenderles, pero se consideran parte de la



actividad normal de cría de animales de granja y, por tanto, son protegidas por la ley.

De esta manera, debido a que los animales son nuestra propiedad, el derecho exigirá que se atienda a sus intereses únicamente en la medida que facilite la explotación del animal. Lo anterior sucede incluso en países en los que podría decirse que existe una mayor preocupación moral por los animales. En Gran Bretaña, por ejemplo, pueden identificarse mayores restricciones al empleo de los animales que en Estados Unidos, pero las diferencias en el trato de los animales admitidas son más formales que sustantivas. Al reflexionar sobre las leyes británicas de bienestar animal, un comentarista ha puesto de manifiesto que “much of the animal welfare agenda has been obstructed and it is difficult to think of legislation improving the welfare of animals that has seriously damaged the interests of the animal users”<sup>55</sup>. Teóricamente, la ley puede imponer regulaciones que van más allá del nivel mínimo de cuidados exigido para explotar a los animales; sin embargo, rara vez lo ha hecho, pues concurren intereses económicos significativos y otros obstáculos<sup>56</sup>. Con regla general, únicamente tienen lugar reformas voluntarias de los estándares industriales de bienestar animal cuando los que emplean los animales consideran rentables tales cambios<sup>57</sup>.

El estatus de los animales como propiedad deja sin sentido nuestra reivindicación que rechaza el estatus de los animales como cosas. Les tratamos como el equivalente moral a los objetos inanimados sin intereses morales significativos. Anualmente, traemos al mundo billones de animales simplemente con el objetivo de matarlos. Los animales tienen precios de mercado. Los perros y los gatos se venden en tiendas de animales de compañía como compact discs; los mercados financieros comercian en futuros de carnes de cerdo y ganado. Tras nuestras valoraciones, cualquier interés que pueda tener un animal representa un coste económico que puede ignorarse para maximizar la riqueza social total y carece de valor intrínseco. Eso es lo que significa ser propiedad.

## 6. TOMANDO EN SERIO LOS INTERESES DE LOS ANIMALES: EL PRINCIPIO DE IGUAL CONSIDERACIÓN

Decimos admitir que los animales no son meros objetos. Podemos servirnos de ellos cuando hay un conflicto entre sus intereses y los humanos que nos obliga a elegir entre unos u otros, pero tenemos la obligación moral directa con respecto a los mismos de no causarles un sufrimiento innecesario. Sin embargo, a pesar de nuestras afirmaciones, la mayoría del uso que hacemos de los animales no puede describirse como un empleo que se dé en situaciones de conflicto de intereses, además de suponer infligirles enormes dolores y sufrimientos. Aunque les tratásemos mejor, todavía quedaría abierta la cuestión de la justificación moral de los actos que causan cualquier sufrimiento a los animales si su empleo no resulta necesario. Desde luego que podríamos optar por desechar el principio de trato humano y reconocer que consideramos a los animales como cosas que carecen de intereses morales significativos. Al menos, esta opción nos ahorraría pensar acerca de nuestras obligaciones morales con respecto a los animales. No tendríamos ninguna.

Alternativamente, si verdaderamente queremos cumplir con nuestra reivindicación de tomar en serio los intereses de los animales, sólo podemos hacerlo de una manera: aplicando el *principio de igual consideración*, la regla con arreglo a la cual debemos tratar por igual supuestos similares a no ser que haya una buena razón para no hacerlo con los animales<sup>58</sup>. El principio de igual consideración representa un componente indispensable de toda teoría moral. Cualquier teoría que mantenga que resulta permisible tratar de diferente modo supuestos similares no puede ser calificada como teoría moral admisible por esta sola razón. Aunque puedan existir numerosas diferencias entre los seres humanos y los animales, nadie duda en reconocer que al menos existe una importante similitud: nuestra capacidad de sufrir. En este sentido, humanos y animales son semejantes entre ellos y diferentes del resto del universo

que carece de sensibilidad. Para que la supuesta prohibición de causar sufrimiento innecesario a los animales posea algún significado, debemos dar igual consideración a los intereses animales en no sufrir.

La sugerencia de que los intereses animales deben recibir igual consideración no es tan radical como parece a primera vista si tenemos en cuenta que el principio de trato humano comprende el principio de igual consideración. Debemos sopesar nuestro sufrimiento al no servirnos de los animales y los intereses animales en evitar el sufrimiento. Si en caso de conflicto entre los intereses animales y humanos y estos segundos pesa más, entonces se justifica el sufrimiento animal. Pero si o bien no existe conflicto o éste se da pero pesa más el interés animal, no se justifica que utilicemos al animal. Y si el supuesto consiste en que a pesar del conflicto de intereses, tales intereses en juego son similares, presumiblemente deberíamos tratarlos de la misma manera y causar o no causar sufrimiento a ninguno de ellos, a no ser que concurra alguna causa no arbitraria que justifique un tratamiento distinto. Además, con arreglo a su desarrollo histórico, el principio de trato humano incluía explícitamente el principio de igual consideración. Bentham reconoció que la única manera de asegurar la toma en consideración de los intereses animales en no sufrir era aplicando el principio de igual consideración a los animales, y consecuentemente su postura “incorporated the essential basis of moral equality... by means of the formula: ‘Each to count for one and none for more than one’”<sup>59</sup>. Animal suffering cannot be discounted or ignored based on the supposed lack of some characteristic other than sentience if animals are not to be “degraded into the class of *things*”. Ello no obstante, Bentham nunca cuestionó el estatus de propiedad de los animales, debido a que estaba en la creencia errónea de que el principio de igual consideración podía aplicarse a los animales aun siendo propiedad de los hombres<sup>60</sup>. Esta equivocación de Bentham se perpetuó a través de las leyes que pretendían equilibrar el interés de los titulares de la propiedad y su propiedad.

El problema radica, conforme hemos visto, en que no puede darse una ponderación significativa de los intereses si los animales son propiedad. El estatus de los animales como propiedad es un arma de doble filo blandida en contra de sus intereses. En primer lugar, nos ciega e impide percibir incluso la similitud de los intereses de los animales con los nuestros porque se entiende el “sufrimiento” humano como cualquier perjuicio a los propietarios. En segundo lugar, en los casos en que se reconoce tal similitud entre intereses humanos y animales, los segundos fracasan en la ponderación, ya que su estatus de propiedad sirve como excusa para un trato diferente a no ser que un tratamiento similar beneficie a los titulares de la propiedad. Así pues, casi siempre los intereses animales quedarán relegados a un segundo plano; los animales continúan como estaban antes del siglo diecinueve, como cosas sin intereses moralmente relevantes.

Del mismo modo, en el contexto de la esclavitud norteamericana fracasó el intento de aplicar el principio de igual consideración, permitiéndose tratar a otros seres humanos como propiedad<sup>61</sup>. La institución de la esclavitud humana era esencialmente idéntica a la institución de la propiedad animal. Considerado el esclavo humano una propiedad, su propietario podía hacer caso omiso de todos sus intereses si le resultaba económicamente provechoso, y la ley normalmente difería la valoración del esclavo al juicio de su dueño. Como propiedad mobiliaria, los esclavos podían ser vendidos, dispuestos en testamento, asegurados, hipotecados, y embargados para el pago de las deudas de su propietario. Sus dueños podían imponerles severos castigos prácticamente por cualquier motivo. Aquéllos que bien intencionada o negligentemente lesionaban al esclavo de otro eran responsables frente al propietario, en una acción por daños a la propiedad. Los esclavos no podían participar en contratos, tener propiedades, demandar o ser demandados, o vivir como personas libres titulares de derechos y obligaciones fundamentales.

Solía admitirse que los esclavos tenían interés en no sufrir: los esclavos “are not rational

beings. No, but they are the creatures of God, sentient beings, capable of suffering and enjoyment, and entitled to enjoy according to the measure of their capacities. Does not the voice of nature inform everyone, that he is guilty of wrong when he inflicts on them pain without necessity or object?”<sup>62</sup>. A pesar de contar con leyes que ostensiblemente regulaban el uso y trato dispensado a los esclavos, éstas dejaban desprotegidos los intereses de los esclavos. El Derecho aplicable incluía excepciones que eliminaban cualquier posibilidad de proteger a los esclavos. Por ejemplo, el Derecho de Carolina del Norte preveía que la pena en caso de asesinar a un esclavo y a una persona libre sería la misma, pero estas disposiciones “did not apply to an outlawed slave, nor to a slave ‘in the act of resistance to his lawful owner’, nor to a slave ‘dying under moderate correction’”<sup>63</sup>. Un Derecho que prohíbe matar a los esclavos pero a la vez contiene tres excepciones generales fáciles de cumplir, así como una prohibición general de que los esclavos declarasen en contra de personas libres, no puede impedir efectivamente el asesinato de los esclavos. Esta situación en la que el Derecho se negaba a proteger los intereses de los esclavos en contra de sus propietarios aparece subrayada en el asunto *State v. Mann*, en el que el Tribunal sostuvo que no resulta procesable ni siquiera “(the) cruel and unreasonable battery” del propio esclavo: los tribunales no pueden “allow the right of the master to be brought into discussion in the courts of justice. The slave, to remain a slave, must be made sensible that there is no appeal from his master”<sup>64</sup>. En la medida en que el Derecho regulaba la conducta de los propietarios de los esclavos, no se preocupaba en absoluto por los intereses de los esclavos. Otro ejemplo es el caso *Commonwealth v. Turner*, en el que el Tribunal resolvió que carecía de jurisdicción para juzgar al acusado, propietario del esclavo, por haberle golpeado con “rods, whips and sticks”, y sostuvo que incluso si la paliza se propinaba “wilfully and maliciously, violently, cruelly, immoderately, and excessively”, no podía intervenir mientras el esclavo no falleciese<sup>65</sup>. En este pronunciamiento el tribunal distinguió entre las palizas privadas y la

reprobación o castigo público; ya que este último podía implicar la responsabilidad del amo “not because it was a slave who was beaten, nor because the act was unprovoked or cruel; but, because ipso facto it disturbed the harmony of society; was offensive to public decency, and directly tended to a breach of the peace. The same would be the law, if a horse had been so beaten”<sup>66</sup>.

Precisamente, las leyes sobre bienestar de los esclavos fracasaron por los mismos motivos que fracasan las normas sobre bienestar de los animales que no establecen ningún límite significativo al uso que hagamos de la propiedad animal. El interés del titular de la propiedad en el esclavo siempre prevalecía de modo ostensible sobre cualquier interés del esclavo que se protegía por el Derecho. Y no solo eso, sino que también solían respetarse los intereses de los esclavos cuando resultaba beneficioso económicamente para el dueño o simplemente si así se le antojaba. Alan Watson ha puesto de manifiesto como “[a]t most places at most times a reasonably economic owner would be conscious of the chattel value of slaves and thus would ensure some care in their treatment”<sup>67</sup>. Cualquier limitación jurídica de la crueldad de los propietarios de los esclavos traslucía la preocupación porque no empleasen su propiedad de modo improductivo; conforme expresó el jurista romano Justiniano, “it is to the advantage of the state that no one use his property badly”<sup>68</sup>. Aunque algunos de los dueños de esclavos eran más “humanos” que otros, e incluso algunos trataban a los esclavos como miembros de la familia, cualquier trato amable se vinculaba a la caridad del amo y no a ningún derecho del esclavo, y la esclavitud como institución jurídica tenía el efecto inevitable de tratar a los humanos como nada más que mercancías. El principio de igual consideración no se aplicaba, por tanto, de modo significativo a los intereses de aquellos seres humanos cuyo único valor era el de recursos pertenecientes a otros. Los esclavos eran rara vez considerados como titulares de intereses similares a los de los propietarios u otras personas libres; y en los supuestos en que se consideraban los intereses

como similares, el estatus de los esclavos como propiedad servía siempre como una buena excusa para no conferirles un tratamiento similar a no ser que ello beneficiase al dueño.

Finalmente, se reconocía que si los seres humanos tuviesen intereses morales significativos, entonces no podrían ser recursos de otros y la raza no era justificación bastante para tratar a determinados hombres como propiedad<sup>69</sup>. Aunque toleramos diferentes grados de explotación, y podemos discrepar acerca de lo que constituye trato igual, ya no consideramos legítimo tratar a otros seres humanos, cualesquiera que sean sus especiales características, como propiedad de otros. De hecho, en un profundamente mundo dividido en numerosas cuestiones morales, precisamente una de las pocas normas por las que la comunidad internacional abogaba firmemente era la prohibición de la esclavitud humana. No importa si la concreta forma de esclavitud es “humana” o no, condenamos cualquier esclavitud humana. Es cierto que las formas de esclavitud más brutales son peores que las menos brutales, pero prohibimos la esclavitud humana en general pues todas ellas permiten en mayor o menor medida que se ignoren los intereses de los esclavos si ello beneficia a los propietarios, y los seres humanos poseen interés en no sufrir la privación de sus intereses fundamentales simplemente porque resulta provechoso para otros, por muy “humanamente” que sean tratados. Desde luego que sería erróneo afirmar que la esclavitud humana ha sido eliminada en nuestro planeta. Sin embargo, las normas perentorias de Derecho internacional (aquellas pocas normas consideradas de tal importancia que no admiten derogaciones por ninguna nación) incluyen la prohibición de la esclavitud, que la humanidad estima tan odiosa que ninguna nación civilizada puede tolerar su existencia.

El interés de un ser humano en no ser propiedad de otros se protege por un derecho. Cuando un interés se protege de este modo, no puede ser ignorado ni violado simplemente porque ello beneficia a otros. Los derechos son “moral notions that grow out of respect for the individual. They build protective fences around the individual. They establish areas

where the individual is entitled to be protected against the state and the majority *even where a price is paid by the general welfare*”<sup>70</sup>. Si optamos por reconocer y proteger el interés de los seres humanos en no ser tratados como propiedad, debemos recurrir a un derecho; si no, los seres humanos que no tienen esta protección serán tratados como mercancías siempre que ello beneficie a otros. Por tanto, el interés en no ser tratados como propiedad debe ser protegido para impedir que se intercambie por el bienestar general incluso si lo es de modo remuneratorio.

El derecho a no ser tratado como propiedad de otros es fundamental y diferente del resto de derechos de los que podamos ser titulares, ya que representa la base de todos ellos; constituye pues un derecho prejurídico que sirve como precondition para la posesión de intereses morales significativos. El derecho a la igual consideración de los propios intereses fundamentales consiste en un derecho básico; admite que si algunos hombres sólo valen como recursos, el principio de igual consideración no se aplica de modo significativo a sus intereses. Por tanto, debe entenderse que este derecho fundamental prohíbe la esclavitud humana, o cualquier otra institución que trate a los seres humanos *exclusivamente* como medios para fines de otros y no como fines en sí mismos<sup>71</sup>.

Sin embargo, la protección que proporciona este derecho a no ser tratado como propiedad es limitada. El derecho fundamental no garantiza el trato igual en todos los aspectos, ni protege a los seres humanos de todo sufrimiento, pero sí que protege a todos los seres humanos (con independencia de sus particulares características) de ser privados de sus intereses a resultas de su utilización exclusiva como recursos de otros, y de este modo proporciona una protección esencial. Podemos no esclavizar a los seres humanos, ni ejercer sobre ellos un control físico total tal y como efectuamos con los animales de laboratorio, o los utilizados como donantes forzosos de órganos, materias primas para zapatos u objetos para ser cazados o torturados (independientemente de si decimos tratarlos “humanamente” en el proceso)<sup>72</sup>.

Un patrón puede tratar de modo instrumental a sus empleados y no tener en cuenta su interés en un descanso de media mañana para tomar un café, o incluso su interés en la asistencia médica, simplemente por obtener mayor beneficio. Pero existen límites. No puede obligar a sus empleados a trabajar sin percibir un salario. Las empresas farmacéuticas no pueden probar nuevos fármacos en aquéllos de sus trabajadores que no presten su consentimiento. Las industrias alimenticias no pueden procesar perritos calientes o embutidos de sus propios trabajadores. Así pues, la titularidad del derecho fundamental a no ser tratado como propiedad opera como requisito previo mínimo para constituir una *persona* moral y jurídica, pero no especifica cuáles son el resto de derechos de los que puede ser titular. Es más, toda teoría moral que pretenda otorgar importancia moral a los intereses de todos los seres humanos debe rechazar la esclavitud, incluso en caso de no aceptar los derechos<sup>73</sup>.

Los animales, como los hombres, tienen interés en no sufrir; pero, según hemos visto, el principio de igual consideración no se aplica significativamente a los intereses animales si son propiedad de otros, al igual que sucedía con los intereses de los esclavos. Los intereses de los animales como propiedad valdrán casi siempre menos que los intereses de sus dueños. Algunos propietarios pueden escoger tratar bien a sus animales, o incluso como miembros de su familia como muchos hacen con sus mascotas, pero el Derecho normalmente no protegerá a los animales de sus propios dueños. La institución jurídica de la propiedad sobre los animales conlleva inevitablemente el tratote los mismos como mercancías. Además, los animales al igual que los hombres tienen interés en no sufrir a raíz del uso que efectuamos de ellos, por muy “humano” que sea éste. En la medida que protegemos a los seres humanos de ser empleados de determinadas maneras y no hacemos lo propio con los animales, no conseguimos otorgar igual consideración a los intereses animales en no sufrir.

Si efectivamente vamos a tomar en serio los intereses de los animales, debemos extender el

derecho que concedemos a todo ser humano con independencia de sus características, para reconocérselo a los animales. Sin embargo, ello no significaría proteger a los animales de cualquier sufrimiento, porque en su hábitat natural los animales pueden ser lesionados, o enfermar, o ser atacados por otros animales. Pero lo que sí implicaría sería evitar que fuesen empleados como recursos de los seres humanos, y por lo tanto les protegería de sufrir con motivos de estos usos. ¿Puede identificarse alguna justificación moral contundente que impida extender los animales el derecho a no ser tratados como propiedad, y de este modo reconocer que nuestra obligación de no infligirles sufrimientos es realmente la obligación de no tratarlos como propiedad? O, por decirlo de otra manera, ¿por qué consideramos aceptable comer animales, cazarlos, recluirllos y exponerlos en circos y zoológicos, utilizarlos en experimentos o rodeos, o lo que es lo mismo tratarlos de formas que nunca consideraríamos apropiadas para los seres humanos por muy “humanas” que fueran?

La respuesta habitual alega que algunas diferencias empíricas entre hombres y animales bastan para justificar que no concedamos a los animales el derecho que sí atribuimos a todos los seres humanos. Según esta postura, existe una distinción cualitativa entre los seres humanos y los animales (consideradas todas las especies como un solo grupo) que supuestamente justifica tratar a los animales como propiedad. Esta distinción casi siempre se relaciona con las diferencias entre las mentes humanas y animales; pues el hombre se dice posee características mentales de las que carecen los animales, o debido a sus capacidades cognitivas supuestamente superiores es capaz de acometer determinadas acciones que los animales son incapaces de ejecutar. La lista de rasgos que se proponen como privativos de los hombres incluye la consciencia de sí mismos, la racionabilidad, el pensamiento abstracto, la emoción, la aptitud para comunicarse y la capacidad de acción moral<sup>74</sup>. Hace 200 años negábamos que estas características tuviesen alguna importancia, al defender supuestamente que la capacidad de

sufrir era el único atributo necesario para basar nuestra obligación moral con respecto a los animales de no infligirles ningún sufrimiento innecesario. E incluso todavía, la ausencia de estas mismas características continúa sirviendo como excusa para justificar el hecho de tratarlos como nuestros recursos y mantenerlos “degraded into the class of *things*”, a pesar de predicar que tomamos en serio sus intereses.

El problema comenzó con el propio Bentham<sup>75</sup>. Aunque siga sin quedar completamente claro su análisis de la esclavitud, podría decirse que se oponía al menos en parte a la esclavitud humana, pues el principio de igual consideración no se aplicaba a los hombres que eran esclavos. Admitió que los dueños de los esclavos podían tratarlos bien y que algunas formas de esclavitud eran mejores que otras, pero “slavery once established, was always likely to be the lot of large numbers. ‘If the evil of slavery were not great its extent alone would make it considerable’<sup>76</sup>. La institución de la esclavitud acarrea inevitablemente el tratamiento de los hombres como objetos y “abandoned without redress to the caprice of a tormentor<sup>77</sup>. A la fuerza, los esclavos valían menos que los que no ostentaban esta condición. Bentham consideraba el concepto de derechos morales como un sinsentido metafísico, pero de hecho reconocía que los hombres tenían derecho a no ser tratados como propiedad<sup>78</sup>. Señaló que, al igual el color de la piel no era una razón suficiente para abandonar a los seres humanos a merced del capricho de un torturador, “the number of the legs, the villosity of the skin, or the termination of the *os sacrum*, are reasons equally insufficient for abandoning a sensitive being to the same fate<sup>79</sup>. ¿Por qué entonces no rechazó el trato de los animales como propiedad como había hecho respecto a los hombres?

La respuesta a esa pregunta se relaciona con la visión del autor de los animales, los cuales al igual que los hombres tienen interés en no sufrir, pero por contra no tienen interés en una existencia continuada. Esto es, a su modo de ver, los animales no poseen un sentido del yo, viven el momento y carecen de una existencia mental con continuidad. Sus mentes consisten

en recopilaciones de inconexas sensaciones de dolor y placer. Con arreglo a esta visión, para ellos la muerte no es un daño, ni les preocupa si los comemos, o los usamos y matamos por otros motivos, siempre que no les hagamos sufrir en el proceso: “If the being eaten were all, there is very good reason why we should be suffered to eat such of them as we like to eat: we are the better for it, and they are never the worse. They have none of those long-protracted anticipations of future misery which we have<sup>80</sup>. Bentham rechazaba explícitamente la visión de aquéllos que consideraban que, por carecer de características distintas a la sensibilidad (como la consciencia), podríamos tratar a los animales como objetos: Pero, simultáneamente, mantenía que por carecer de consciencia no violamos el principio de igual consideración si los usamos como nuestros recursos, siempre que otorguemos igual consideración a sus intereses en no sufrir.

En consecuencia, puede afirmarse que la postura de Bentham es problemática por varios motivos. Primero, por no reconocer que, aunque algunos propietarios de animales pueden tratar sus propiedades animales amablemente, la explotación animal institucionalizada podría, al igual que la esclavitud, convertirse en “the lot of large numbers” y los animales ser tratados como mercancías que, como los esclavos, “(were) abandoned without redress to the caprice of a tormentor”. Es más, en segundo lugar, el autor nunca explicó cómo podía aplicarse el principio de igual consideración a los animales que eran propiedad de los hombres<sup>81</sup>. Pero sobre todo, Bentham estaba equivocado al afirmar que los animales no son conscientes y carecen de interés sobre sus vidas.

La sensibilidad no constituye un fin en sí mismo, sino más bien un medio para el fin de permanecer vivo. Los seres sensibles emplean las sensaciones de dolor y sufrimiento para escapar de situaciones que amenazan sus vidas, y las sensaciones de placer para llevar a cabo situaciones que realzan sus vidas. Al igual que los hombres aguantan normalmente dolores insoportables para seguir vivos, los animales a menudo no los soportan sino que además se

los auto-infligen (por ejemplo, mordiéndose una pata atrapada en un cebo) para poder vivir. La sensibilidad es fruto de la evolución y tiene por objeto asegurar la supervivencia de algunos organismos complejos. Afirmar que un ser que ha evolucionado para desarrollar una conciencia del dolor y el placer carece de interés en permanecer vivo, es igual que declarar que los seres conscientes no tienen interés en seguir siendo conscientes, lo que representa una opinión más que extraña.

Es más, la propuesta de que los hombres poseen determinadas características de las que carecen por completo los animales resulta incoherente con la teoría de la evolución. Darwin sostuvo que no existen rasgos únicamente humanos: “[T]he difference in mind between man and the higher animals, great as it is, is certainly one of degree and not of kind”<sup>82</sup>. Los animales son capaces de sentir, y poseen muchas de las respuestas emocionales de los hombres: “[T]he senses and intuitions, the various emotions and faculties, such as love, memory, attention, curiosity, imitation, reason, &c., of which man boasts, may be found in an incipient, or even sometimes in a well-developed condition, in the lower animals”<sup>83</sup>. Darwin observó que “associated animals have a feeling of love for each other” and that animals “certainly sympathise with each other=s distress or danger”<sup>84</sup>.

Aunque no podamos saber con certeza la concreta naturaleza de la conciencia animal, parece que *cualquier* ser que es consciente en un nivel perceptual debe ser consciente de sí mismo y poseer una existencia mental continua. El biólogo Donald Griffin ha observado que cuando los animales son conscientes de algo, “the animal’s own body and its own actions must fall within the scope of its perceptual consciousness”<sup>85</sup>. Aun así, privamos a los animales de la conciencia al mantener que no pueden “think such thoughts as ‘It is *I* who am running, or climbing this tree, or chasing that moth”<sup>86</sup>. Griffin estima que “when an animal consciously perceives the running, climbing, or moth-chasing of another animal, it must also be aware of who is doing these things. And if the animal is perceptually conscious of

its own body, it is difficult to rule out similar recognition that it, itself, is doing the running, climbing, or chasing”<sup>87</sup>. Y concluye señalando que “[i]f animals are capable of perceptual awareness, denying them some level of self-awareness would seem to be an arbitrary and unjustified restriction”<sup>88</sup>. Este razonamiento puede trasladarse al ámbito de la sensibilidad. Todo ser sensible debe tener algún grado de conciencia. Ya que la sensibilidad implica reconocer que el *propio ser*, y no otro, es el que experimenta dolor o angustia. Cuando un perro sufre dolor, pasa necesariamente por una experiencia mental que le dice “este dolor lo sufro yo mismo”. De este modo, para que exista el dolor, alguien debe percibirlo y preferir no experimentarlo.

Un neurólogo que trabaja con seres humanos que han sufrido ataques, apoplejías y otras condiciones que causan daño cerebral (Antonio Damasio), sostiene que sus pacientes tienen lo que denomina “core consciousness”. Esta conciencia esencial, que no depende de la memoria, el lenguaje o el razonamiento, “provides the organism with a sense of self about one moment —now— and about one place —here—”<sup>89</sup>. Por ejemplo, los hombres afectados por amnesia total transitoria, carecen de sentido del pasado o el futuro pero poseen un sentido del “yo” en relación a los objetos y sucesos actuales, y con toda seguridad considerarían la muerte como un perjuicio. Y, prosigue Damasio, muchas de las especies de animales poseen esta “conciencia esencial”. Para clarificarlo distingue la conciencia esencial de la que califica como “extended consciousness”, la cual exige razonamiento y memoria (no lenguaje) e implica enriquecer el sentido del “yo” con detalles autobiográficos y lo que podríamos considerar un sentido figurativo de conciencia. Esta “conciencia ampliada”, que admite “many levels and grades”, supone un “yo” con recuerdos del pasado, ilusiones para el futuro, y conciencia del presente<sup>90</sup>; y alcanza su nivel más complejo en los seres humanos, con sofisticadas capacidades de razonamiento y lenguaje. Pero argumenta el autor que otros seres pueden poseer un sentido autobiográfico

del “yo”, como los chimpancés, los babuinos e incluso los perros<sup>91</sup>. Es más, aunque la mayoría de los animales no posean la “conciencia ampliada”, no cabe la menor duda de que la gran parte de los que explotamos tienen al menos la “conciencia esencial”, lo que implica reconocer que son conscientes de sí mismos. En pocas palabras, el hecho de que los animales carezcan de un sentido autobiográfico de sus vidas (o que no nos los comuniquen) no significa que les falte una existencia mental continua o interés en sus vidas, ni que no les importe que les matemos.

De hecho, numerosos etólogos han confirmado que los animales (incluidos los mamíferos, los pájaros, e incluso los peces) poseen muchas de las características cognitivas que antes se consideraban únicamente humanas<sup>92</sup>. Por ejemplo, los animales tienen una inteligencia considerable y pueden procesar información de modo sofisticado y complejo. Pero, muy especialmente, pueden comunicarse con otros miembros de su misma especie y con los seres humanos (es más, un nutrido grupo de pruebas constata que los grandes simios no humanos pueden comunicarse con nosotros a través del lenguaje simbólico).

No obstante, no sólo hallamos similitudes entre hombres y animales en el contexto de los atributos cognitivos o emocionales. Algunos sostienen que los animales manifiestan claramente un comportamiento moral. Es el caso de Frans de Waal, al declarar que “honesty, guilt, and the weighing of ethical dilemmas are traceable to specific areas of the brain. It should not surprise us, therefore, to find animal parallels. The human brain is a product of evolution. Despite its larger volume and greater complexity, it is fundamentally similar to the central nervous system of other mammals”<sup>93</sup>. En numerosas situaciones, los animales han actuado altruísticamente con respecto a miembros no parientes de su propia especie y con respecto a otras especies, incluidos los hombres.

A pesar de la evidencia de que animales distintos a los hombres poseen características que se suponía eran únicas de los seres humanos,

no puede negarse que existen diferencias entre los hombres y otros animales. A modo de ejemplo, aunque los animales sean conscientes a un determinado nivel, ello no implica que puedan reconocerse en espejos (si bien algunos primates no humanos lo hacen), o tener diarios, o anticipar el futuro sirviéndose de relojes o calendarios; e incluso aunque sean capaces de razonar o pensar abstractamente, ello no significa que puedan realizar cálculos o componer sinfonías. Pero las variedades humanas de estas características no pueden servir como una base moral no arbitraria y sensata que justifique privar a los animales que carezcan de ellas del derecho a no ser tratados como propiedad, y ello por dos razones conexas<sup>94</sup>.

En primer lugar, cualquier tentativa de justificar tratar a los animales como recursos sobre la base de su carencia de rasgos hipotéticamente exclusivos de los hombres, da por sentada la cuestión desde el principio al suponer que pueden identificarse determinadas características humanas que son especiales y justificar un distinto tratamiento. Aunque, por ejemplo, ningún animal aparte del hombre pueda reconocerse a sí mismo en un espejo o comunicarse a través del lenguaje simbólico, ningún hombre puede volar, o respirar debajo del agua, sin ayuda. Entonces, ¿qué convierte en mejores en un sentido moral a esas capacidades de reconocerse en un espejo o utilizar un lenguaje simbólico, por encima de las aptitudes de volar o respirar debajo del agua? La respuesta es, por supuesto, que *nosotros los hombres* lo decimos. Pero, aparte de esta aseveración, no hay ninguna razón para concluir que las características que se consideran únicamente humanas poseen tal valor que nos permite emplearlas como justificación no arbitraria del trato de los animales como propiedad. Tales características sólo pueden desempeñar este papel una vez asumida su importancia moral.

En segundo lugar, aunque todos los animales menos el hombre carecen de un determinado rasgo distinto a la sensibilidad, o lo poseen en un grado diferente a los hombres, no existe una relación entre la carencia o menor grado de tal rasgo y nuestro trato de los



animales como recursos que resulte defendible desde un punto de vista lógico. Las diferencias entre los hombres y otros animales sólo pueden ser relevantes por otros motivos (ninguna persona sensata afirmaría que debemos permitir a los animales no humanos conducir coches, o votar, o ir a la universidad), pero no tienen relación con la cuestión de si los animales deben tener el estatus de propiedad. Y reconocemos esta ineludible conclusión cuando los hombres estamos implicados. Cualquier característica que identifiquemos como exclusivamente humana puede manifestarse en diferente o ningún grado según el hombre que analicemos<sup>95</sup>. Es más, algunos seres humanos tendrán la misma deficiencia que atribuimos a los animales, y aunque ésta puede ser relevante en determinados supuestos, la mayoría de nosotros rechazaría esclavizar a estos hombres o tratarles exclusivamente como medios para alcanzar los fines de otros.

Considérese, por ejemplo, la consciencia. Peter Carruthers la define como la capacidad de tener “(a) conscious experience... whose existence and content are available to be consciously thought about (that is, available for description in acts of thinking that are themselves made available to further acts of thinking)”<sup>96</sup>. Según su visión, para poderse calificar de conscientes los hombres deben tener lo que según la sistemática de Damasio sería el nivel más complejo de conciencia ampliada, o un sentido autobiográfico del “yo” enriquecido con el lenguaje. Pero muchos seres humanos carecen de consciencia en ese sentido, como los gravemente discapacitados psíquicos, y sin embargo no consideramos admisible emplearles como hacemos con los animales de laboratorio, o esclavizarles como mano de obra que sirve a aquéllos que no adolecen de su misma discapacidad. Ni debemos hacerlo. Reconocemos que estos seres humanos discapacitados psíquicos tienen interés en su vida y en no ser tratados como medios para alcanzar los fines de otros, y ello a pesar de que no tengan el mismo nivel de consciencia que los adultos normales; en este sentido, están ubicados de modo similar a todos los demás hombres sensibles, con interés

en ser tratados como fines en sí mismos con independencia de sus características específicas. De hecho, afirmar que una persona discapacitada psíquica no se sitúa de modo semejante a todos los demás a los efectos de tratarle exclusivamente como recurso quiere decir que una persona menos inteligente no se sitúa de modo similar a una persona más inteligente a los efectos de ser usado por ejemplo como un donante forzoso de órganos. El hecho de que el hombre discapacitado psíquicamente carezca de un concreto tipo de consciencia puede servir como razón no arbitraria para tratarle de modo diferente en algunos aspectos (podría ser relevante para llevarle como presentador de un programa de entrevistas, o darle un trabajo docente en una universidad, o permitirle conducir un coche), pero no posee ninguna relevancia a los efectos de tratarle exclusivamente como un recurso y hacemos caso omiso de sus intereses fundamentales, incluido su interés en no sufrir y en una existencia continuada, simplemente porque nos beneficie.

Este mismo análisis se aplica a toda característica humana distinta a la sensibilidad que se pretenda esgrimir para justificar tratar a los animales como recursos. Habrá hombres que también carezcan de esta característica, o la posean en menor grado que los seres humanos normales. Y este “defecto” podrá ser importante a algunos efectos, pero no para determinar que les tratemos como meros recursos. A los hombres que carecen de rasgos distintos a la sensibilidad no les tratamos como meros objetos simplemente por caridad; más bien nos damos cuenta de que tratarles de esa manera violaría el principio de igual consideración, al utilizar una razón arbitraria para denegar el trato similar de similares intereses en no ser tratados exclusivamente como medios para lograr fines ajenos<sup>97</sup>.

En síntesis, no existe ninguna característica que permita distinguir a los hombres del resto de animales a los efectos de privar a los animales de ese derecho que extendemos a todos los seres humanos. Los seres no humanos comparten con todos los hombres cualquier atributo que pensemos les convierte en seres especiales

y que, por tanto, son merecedores del derecho a no ser propiedad de otros. Lo que reviste aún más importancia, aunque existan rasgos que son exclusivos de los hombres, algunos seres humanos no los poseerán, y no por ello abogaremos por usarlos como recursos. Al final, la especie constituye la única diferencia entre hombres y animales, y ésta no justifica tratar a los últimos como propiedad, al igual que la raza no justifica la esclavitud humana.

## 7. LOS ANIMALES COMO PERSONAS

Si extendemos a los animales el derecho a no ser propiedad, estos se convierten en personas morales. Afirmar que un ser constituye una persona significa reconocer que este ser posee intereses morales significativos, que se aplica el principio de igual consideración a este ser, que no es una cosa. En cierto modo, ya aceptamos que los animales son personas; proclamamos rechazar la visión de aquéllos que los consideran objetos y admitir que al menos tienen un interés moralmente relevante en no sufrir. Sin embargo, su estatus como propiedad, ha impedido que se realice su personalidad.

Lo mismo sucedía con la esclavitud humana. Se consideraba a los esclavos como propiedad mobiliaria. Las leyes que estipulaban acerca del trato “humano” de los esclavos no convertían a los esclavos en personas ya que, según hemos visto, no se les podía aplicar el principio de igual consideración. A pesar de ello, a través de las leyes sobre bienestar de los esclavos intentamos configurar un sistema de tres niveles: los objetos o propiedad inanimada; las personas que eran libres; y, en medio, en función de la locución que elijamos “cuasi-personas” u “objetos plus”, los esclavos. Este sistema no podía funcionar. Finalmente, admitíamos que si los esclavos tenían intereses morales significativos, no podían seguir siendo esclavos, ya que el universo moral se limita a dos tipos de seres: personas y cosas. De este modo, las “cuasi-personas” o “objetos plus” se

arriesgaban a ser tratadas como cosas puesto que no se les podía aplicar el principio de igual consideración.

Al igual que sucedía con los esclavos, tampoco podemos servirnos de las leyes sobre bienestar animal para hacer a los animales “cuasi-personas” u “objetos plus”. O son personas (seres a los que se aplica el principio de igual consideración y que poseen intereses morales relevantes en no sufrir), u objetos (seres a los que el aludido principio no se aplica y cuyos intereses pueden ser ignorados si ello nos beneficia). No existe ninguna otra elección posible. Desde luego que podríamos tratar a los animales mejor, pero concurren fuerzas económicas poderosas que militan en contra de un mejor tratamiento habida cuenta del estatus de los animales como propiedad. Aunque conceder un trato mejor a los animales no significaría que dejaran de ser cosas. Habría sido mejor pegar a los esclavos tres veces por semana, y no cinco, pero esta mejora del trato no les habría quitado de la categoría de objetos. Los similares intereses de los dueños de los esclavos y los propios esclavos no se correspondían con un trato similar, pues los primeros ostentaban el derecho a no sufrir a consecuencia del uso exclusivo como recurso, y los segundos no poseían este derecho. Al igual que las personas, los animales tienen un interés en no sufrir a raíz de cómo los usamos, por mucho que ese uso sea “humano”. En la medida que protegemos a los seres humanos del sufrimiento derivado de estos empleos, y no ampliamos la misma protección a los animales, dejamos de conceder igual consideración a los intereses animales en no sufrir.

Si los animales son personas, ello no significa que son personas humanas, ni tampoco que debemos tratarles como a los hombres o atribuirles todos los derechos que reservamos a los seres humanos competentes. Tampoco implica que los animales gocen de la garantía de una vida sin sufrimiento, ni que debemos protegerles de los daños infligidos por animales en su hábitat natural o de las lesiones accidentales causadas por los hombres. Conforme argumentaré más adelante, no impide que en

situaciones de verdadero conflicto escojamos los intereses humanos sobre los de los animales. Lo que sí exige es que aceptemos que tenemos la obligación moral de dejar de utilizar a los animales para la alimentación, los experimentos biomédicos, el entretenimiento o las prendas de vestir, o cualquier otro uso que suponga que los animales son meros recursos, y que prohibamos la apropiación de los animales. Cualquier teoría moral que afirme tratar los intereses de los animales como moralmente significativos exige la abolición de la esclavitud animal, incluso si la teoría de la que se trate rechace los derechos, al igual que cualquier teoría que afirme tratar los intereses humanos como moralmente significativos debe abolir la esclavitud humana<sup>98</sup>.

## 8. FALSOS CONFLICTOS

La cuestión del estatus moral de los animales incide en otra materia atinente a cómo deberíamos tratar a los animales en situaciones de conflicto entre sus intereses y los de los hombres. En la mayoría de casos, nuestros conflictos con los animales son aquéllos que creamos nosotros. Traemos al mundo billones de animales sensibles simplemente para matarles. Entonces intentamos comprender la naturaleza de nuestras obligaciones morales respecto a los mismos. Pero al criar a los animales para destinarlos a usos que nunca consideraríamos apropiados para los seres humanos, ya hemos situado a los animales no humanos fuera del ámbito de nuestra comunidad moral. A pesar de declarar que tomamos en serio sus intereses, ya hemos decidido que el principio de igual consideración no se aplica a los animales y éstos son objetos carentes de intereses moralmente relevantes.

Como los animales son propiedad, afrontamos cualquier asunto relacionado con su uso y trato como si supusiese un verdadero conflicto de intereses, y siempre elegimos el interés humano por encima del animal, incluso cuando el sufrimiento animal puede justificarse solo por la comodidad, diversión o placer humanos. Sin

embargo, en la aplastante mayoría de casos en que valoramos nuestras obligaciones morales respecto a los animales, no concurre un verdadero conflicto. Cuando consideramos si comemos una hamburguesa, o compramos un abrigo de piel, o asistimos a un rodeo, no nos enfrentamos a ningún conflicto que merezca una consideración moral seria. Si tomamos en serio los intereses de los animales, debemos desistir de crear tales conflictos, que únicamente pueden construirse ignorando el principio de igual consideración y tomando la arbitraria decisión de usar los animales de maneras que correctamente declinamos emplear a los hombres.

¿La utilización de animales en experimentos implica un verdadero conflicto entre los intereses humanos y animales? Aunque exista la necesidad de emplear animales en la investigación, el conflicto entre hombres y animales es igual de verdadero en este contexto que en supuestos de conflicto entre hombres enfermos y otros hombres que pueden usarse en experimentos para curar su enfermedad. Los datos obtenidos en los experimentos con animales requieren la extrapolación a los hombres para ser útiles, y ésta es una ciencia inexacta en los mejores casos. Si queremos datos que sirvan para encontrar la cura de enfermedades humanas, sería más aconsejable emplear seres humanos. Pero no permitimos usar a los hombres como se hace con los animales de laboratorio, y no pensamos que exista cualquier tipo de conflicto entre los afectados y los no afectados por una enfermedad y aquellos otros que podrían ayudar a encontrar una cura para esa enfermedad. Consideramos a todos los hombres incluidos en la comunidad moral y, aunque no les tratemos igual, reconocemos que la pertenencia a la comunidad moral impide ese uso de los hombres. Los animales no poseen ninguna característica no compartida con algunos hombres que justifique usarlos en experimentos; por eso si consideramos a algunos animales como instrumentos de laboratorio y a la vez pensamos que resulta inapropiado tratar del mismo modo a los hombres estamos manufacturando el conflicto, ignorando el principio de igual consideración y tratando de modo distinto casos similares.

Desde luego que habrá situaciones en las que nos enfrentemos a una verdadera emergencia, como por ejemplo cuando una vivienda donde habitan un hombre y un animal está en llamas y solo tenemos tiempo para salvar a uno de ellos. Al final, estas situaciones de emergencia requieren tomar decisiones arbitrarias y no susceptibles de satisfacer los principios generales de conducta. Y, si bien en tales circunstancias podemos escoger salvar al ser humano y no al animal, de ello no se deduce que los animales constituyan meros recursos que podemos emplear a nuestro antojo<sup>99</sup>. No podríamos sacar esa conclusión al elegir entre dos seres humanos. Imaginemos que son dos hombres los que se encuentran dentro de la casa en llamas, un niño de corta edad y un viejo adulto que, habida cuenta de la magnitud del incendio, de todos modos morirá pronto por causas naturales. Si decidimos salvar al niño porque le queda toda la vida por delante, no concluiríamos afirmando que esclavizar o utilizar para practicar el tiro al blanco a las personas mayores es moralmente admisible. Igualmente, asumamos que un animal salvaje está a punto de atacar a un amigo. Si optamos por matar al animal para salvar al amigo no significa que resulte aceptable desde el punto de vista moral matar a los animales para alimentarnos, al igual que nuestra justificación moral para matar a un sujeto trastornado que va a intentar asesinar a un amigo no serviría para justificar la utilización de hombres trastornados como donantes forzosos de órganos.

En síntesis, si tomamos en serio los intereses de los animales no debemos considerarles igual que a los hombres a todos los efectos del mismo modo que consideramos a todos los hombres iguales a todos los efectos; ni tampoco tenemos que concederles todos o la mayoría de derechos que atribuimos a los seres humanos. Todavía podremos optar porque prevalezcan los intereses del hombre en supuestos de auténtico conflicto, esto es, en aquellos casos en que resulta verdaderamente necesario. Pero aún

entonces esta posible opción no significará que se justifique que tratemos a los animales como recursos para lograr fines humanos<sup>100</sup>. Y si no puede justificarse tratar a los animales como recursos, consecuentemente debemos abolir la explotación institucional de los animales. Debemos cuidar a los animales domésticos que viven en la actualidad, pero a la vez debemos cesar de traer otros al mundo. Siendo realistas, admitimos que la abolición de la explotación animal no puede imponerse jurídicamente a menos que y hasta que un sector importante de la sociedad tome en serio los intereses de los animales. Nuestra brújula moral no encontrará a los animales mientras permanezcan en nuestros platos. O lo que es lo mismo, debemos meternos en la boca vegetales y comenzar a actuar conforme a los principios morales que declaramos aceptar.

Si dejásemos de tratar a los animales como recursos, únicamente persistirían los conflictos entre intereses humanos e intereses de los animales salvajes. Los ciervos podrían mordisquear nuestros arbustos decorativos y los conejos podrían comerse los vegetales que cultivamos. Ocasionalmente, podría atacarnos un animal salvaje. En tales situaciones y a pesar de la dificultad inherente a las comparaciones interespecies, deberíamos hacer todo lo posible para aplicar el principio de igual consideración y tratar del mismo modo los intereses similares. En general, resolver estos conflictos requerirá al menos un esfuerzo de buena fe por evitar la matanza internacional de animales, prohibiendo los medios letales si los conflictos implican sólo a seres humanos. Sin embargo, con ello no pretendo sugerir que el reconocimiento de la importancia moral de los intereses animales exija procesar a un motorista que golpea involuntariamente a un animal por un delito equivalente al homicidio. Ni tampoco que debamos admitir que la vaca demande al granjero. La cuestión verdaderamente interesante estriba en porqué tenemos a la vaca entre nosotros en primera instancia.

## NOTAS

1. David Foster, "Animal Rights Activists Getting Message Across: New Poll Findings Show Americans More in Tune with 'Radical' Views", *Chicago Tribune*, Jan. 25, 1996, en C8.
2. John Balzer, "Creatures Great and CEQUAL", *L.A. Times*, Dec. 25, 1993, at A1.
3. Julie Kirkbride, "Peers Use Delays to Foil Hedgehog Cruelty Measure", *Daily Telegraph*, Nov. 3, 1995, en 12.
4. Edward Gorman, "Woman=s Goring Fails to Halt Death in the Afternoon", *Times* (London), June 30, 1995, Home News Section.
5. Malcolm Eames, "Four Legs Very Good," *Guardian*, 25 agosto, 1995, en 17.
6. Para acceder a otras fuentes de información sobre la utilización de animales con fines diversos, *vid.* Francione, *Introduction to Animal Rights: Your Child or the Dog?*, en xx-xxi (2000).
7. René Descartes, "Discourse on the Method," pt. V, en 1 *The Philosophical Writings of Descartes* 111, 139 (John Cottingham, Robert Stoothoff, & Dugald Murdoch trans., Cambridge Univ. Press 1985) (1637). Algunos autores sostienen que Descartes reconoció la consciencia de los animales en algunos aspectos, y las interpretaciones tradicionales de Descartes son incorrectas. *Vid.* entre otros, Daisie Radnor & Michael Radnor, *Animal Consciousness* (1989). Sin embargo, no cabe la menor duda de que Descartes consideraba a los animales moralmente indistinguibles de los objetos inanimados y, al contemplarlos como seres conscientes con intereses relacionados con no sufrir, ignoraba estos intereses.
8. Immanuel Kant, *Lectures on Ethics* 240 (Louis Infield trans., Harper Torchbooks, 1963).
9. *Ibidem* en 239. Otros autores, como Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, y John Locke, reconocían que los animales son seres sensibles, pero alegaban que carecen de rasgos tales como racionalidad o pensamiento abstracto y por ello podemos tratarlos como cosas. *Vid.* Francione, *supra* nota 6, en 103-129. *Vid.* también notas a pie 74-97 y texto adjunto.
10. Una posible excepción es el código legal 1641 de la Colonia de la Bahía de Massachusetts, que prohibía la crueldad con respecto a los animales domésticos. *Vid.* Gary L. Francione, *Animals, Property, and the Law* 121 (1995). No queda claro si esta disposición prohibía la crueldad debido al menos en parte a la preocupación por los propios animales, o exclusivamente por el hecho de que la crueldad con los animales puede desfavorablemente a los seres humanos.
11. Las similitudes neurológicas y fisiológicas entre los humanos y los no humanos convierten en pacífica la cuestión de la sensibilidad animal. Hasta la corriente científica dominante acepta que los animales son seres sensibles. Por ejemplo, el Servicio Público de Salud estadounidense declara que "[u]nless the contrary is established, investigators should consider that procedures that cause pain or distress in human beings may cause pain or distress in other animals". U.S. Department of Health and Human Services, National Institutes of Health, "Public Health Service Policy and Government Principles Regarding the Care and Use of Animals", en *Institute of Laboratory Animal Resources, Guide for the Care and Use of Laboratory Animals* 117 (1996).
12. Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ch. XVII, par. 4, en 282 (nota a pie omitida) (J.H. Burns & H.L.A. Hart eds., Athlone Press 1970) (1781). No sugiero que Bentham fuera la primera persona que expresó su preocupación sobre el sufrimiento animal distinto a su efecto en el carácter humano, ni que fuera el primero en argumentar que los hombres y los animales poseen intereses moralmente significativos en no sufrir. Varios años antes que Bentham, el Reverendo Humphry Primatt había explicitado su convicción de que el sufrimiento es un mal con independencia de las especies. *Vid.* Humphry Primatt, *A Dissertation on the Duty of Mercy and Sin of Cruelty to Brute Animals* (London, T. Cadell 1776). Evidentemente, en este punto Bentham tuvo una mayor incidencia en el pensamiento moral y jurídico.
13. Bentham, *supra* nota 12, en 282-283 n.b.
14. N.Y. Agric. & Mkts. Law ' 353 (Consol. 2002). La primera ley anti-crueldad que se conoce en los Estados Unidos, fue aprobada en Maine en 1821. Por su parte, Nueva lo hizo en 1829, aunque sus tribunales ya habían sostenido en 1822 que la crueldad es una infracción en derecho común.

15. Del. Code. Ann. tit. 11, ° 1325(a)(1) & (4) (2002).
16. Protection of Animals Act, 1911, c. 27 ' 1(1)(a) (Eng.). La primera legislación británica que prohíbe la crueldad hacia los animales se remonta a 1822.
17. 7 U.S.C. ° 2131-2159 (2003).
18. Cruelty to Animals Act, 1876 (Eng.).
19. Animals (Scientific Procedures) Act, 1986 (Eng.).
20. 7 U.S.C. ° 1901-1907 (2003).
21. State v. Prater, 109 S.W. 1047, 1049 (Mo. Ct. App. 1908).
22. Stephens v. State, 65 Miss. 329, 331 (1887).
23. Hunt v. State, 29 N.E. 933, 933 (Ind. Ct. App. 1892).
24. Grise v. State, 37 Ark. 456, 458 (1881).
25. People v. Brunell, 48 How. Pr. 435, 437 (N.Y. City Ct. 1874).
26. *Vid.*, p. ej., Francione, *supra* nota 10, en 193 (reflexionando acerca de la Ley federal sobre Bienestar Animal).
27. Animals (Scientific Procedures) Act, 1986, c. 14, ' 5(4) (Eng.).
28. Para una reflexión acerca de la necesidad de las diversas formas de emplear a los animales *vid.* Francione, *supra* nota 6, en 9-49. *Vid.* asimismo Stephen R.L. Clark, *The Moral Status of Animals* (1977) (argumentando que gran parte del uso que se efectúa de los animales no puede considerarse necesario).
29. *Vid.* de modo general Francione, *supra* nota 10 (reflexionando acerca del estatus de los animales como propiedad en líneas generales, y en el contexto de las leyes en contra de la crueldad y la Ley federal sobre Bienestar Animal). El estatus de los animales como propiedad ha existido durante miles de años. De hecho, las pruebas históricas apuntan a que la domesticación de los animales se relaciona estrechamente con el desarrollo de los conceptos de propiedad y dinero. El estatus de los animales como propiedad es especialmente importante en la cultura occidental por dos motivos. En primer lugar, se concede un estatuto privilegiado a los derechos de propiedad, al considerarlos como parte de los derechos más importantes de todo ser humano. En segundo lugar, el concepto occidental moderno de propiedad, según el cual los recursos se contemplan como objetos distintos que se asignan y pertenecen a individuos determinados a los que se les permite emplear su propiedad con exclusión de los demás, encuentra sus orígenes en la concesión de Dios a los seres humanos de un dominio sobre los animales. *Vid. ibidem* en 24-49; Francione, *supra* nota 6, en 50-54.
30. *Vid. infra* notas 75-81 y texto adjunto.
31. Godfrey Sandys-Winsch, *Animal Law* 1 (1978).
32. T.G. Field-Fisher, *Animals and the Law* 19 (1964).
33. Determinadas maneras de emplear los animales han sido prohibidas, como algunos tipos de peleas entre animales, lo que se explica más bien en términos de jerarquía clasista y prejuicios culturales que en términos de preocupación moral por los animales. *Vid.* Francione, *supra* nota 10, en 18.
34. *Vid. ibidem.* en 139-142.
35. *Vid. ibidem* en 224. For a discussion of the Animal Welfare Act, *vid. ibidem.* en 185-249.
36. *Vid. ibidem* en 142-156; Francione, *supra* nota 6, en 58-63.
37. Murphy v. Manning, 2 Ex. D. 307, 313, 314 (1877) (Cleasby, B.).

38. *Vid.* Francione, *supra* nota 10, en 127-128; Francione, *supra* nota 6, en 66-67. Esta presunción no sólo resguarda a las prácticas consuetudinarias de ser consideradas como violación de las leyes anti-crueldad, sino que también milita en contra de la identificación de la necesaria intencionalidad penal en los casos de usos no consuetudinarios. *Vid.* p. ej. *Commonwealth v. Barr*, 44 Pa. C. 284 (Lancaster County Ct. 1916). *Vid. infra* notas 40-43.

39. 16 L.R.Ir. 325, 335 (C.P.D. 1885) (Murphy, J.). En Gran Bretaña, se consideró que arrancar los cuernos al ganado más viejo violaba la ley anti-crueldad, aunque sólo en la medida en que esta práctica había sido interrumpida y había dejado de admitirse. *Vid.* *Ford v. Wiley*, 23 Q.B. 203 (1889). Hawkins, J., puso de manifiesto que el hecho de que la práctica hubiese sido abandonada por los ganaderos, que se presumía actuaban en su propio interés económico, acreditaba que era una práctica innecesaria. *Vid. ibidem* en 221-222.

40. *Vid.* Francione, *supra* nota 10, en 135-139; Francione, *supra* nota 6, en 63-66.

41. 572 A.2d 416 (D.C. 1990).

42. *Ibidem* en 420.

43. *Ibidem* en 421.

44. *Vid.* Francione, *supra* nota 10, en 156; Francione, *supra* nota 6, en 67-68. En los últimos años, muchos Estados han enmendado sus leyes en contra de la crueldad incrementando las penas al menos para algunas violaciones. Está por ver si tales reformas acarrearán algún cambio, ya que la mayoría de formas de emplear a los animales seguirán exentas y todavía persistirán los problemas de prueba del dolo penal.

45. *Vid.* Francione, *supra* nota 10, en 65-90, 156-158; Francione, *supra* nota 6, en 69-70.

46. *Vid.* Francione, *supra* nota 10, en 27-32.

47. *Commonwealth v. Lufkin*, 89 Mass. (7 Allen) 579, 581 (1863). *Vid.* Francione, *supra* nota 10, en 137-138, 153-156; Francione, *supra* nota 6, en 70-73.

48. 444 A.2d 855 (R.I. 1982).

49. 447 A.2d 493 (Md. Ct. Spec. App. 1982).

50. 375 S.E.2d 893 (Ga. Ct. App. 1988).

51. 477 A.2d 1115 (D.C. 1984).

52. 172 Misc.2d 564 (N.Y. Crim. Ct. 1997).

53. 478 S.2d 13 (Ala. Crim. App. 1985).

54. 384 N.W.2d 620 (Neb. 1986).

55. Robert Garner, *Animals, Politics and Morality* 234 (1993).

56. *Vid.* Francione, *supra* nota 6, en 13, 73-76, 181-182. *Vid.* en general Gary L. Francione, *Rain Without Thunder: The Ideology of the Animal Rights Movement* (1996) (en adelante, Francione, *Rain Without Thunder*) (tratando los infructuosos esfuerzos del movimiento de protección animal por conseguir leyes de bienestar animal que sobrepasen los estándares mínimos requeridos para explotar a los animales). Cass R. Sunstein señala que el estatus de los animales como propiedad no significa necesariamente que pueden ser tratados como instrumentos para lograr fines humanos. *Vid.* Cass R. Sunstein, "Slaughterhouse Jive," *The New Republic*, Jan. 29, 2001, en 40-44. Es muy poco realista pensar que se otorgará un peso significativo a los intereses de los animales cuando se ponderen con los intereses de los seres humanos en explotar su propiedad animal. El hecho de que los intereses de los animales se hayan convertido crecientemente en ornamentos a pesar de 200 años de Derecho y filosofía sobre bienestar de los animales, basta sobradamente para acreditar el fracaso del bienestar animal. Además, Sunstein ignora que los animales poseen un interés en no sufrir nada con el uso instrumental que los hombres efectúan de ellos. *Vid. infra* notas 69-74 y texto adjunto.

57. Por ejemplo, la cadena de comida rápida McDonald's, anunció que exigiría a sus proveedores que cumplieren estándares de bienestar animal que fueran más lejos que los actuales: "Animal welfare is also an important part of quality assurance. For high-quality food products at the counter, you need high quality coming from the farm. Animals that are well cared for are less prone to illness, injury, and stress, which all have the same negative impact on the condition of livestock as they do on people. Proper animal welfare practices also benefit producers. Complying with our animal welfare guidelines helps ensure efficient production and reduces waste and loss. This enables our suppliers to be highly competitive". Bruce Feinberg & Terry Williams, "McDonald's Corporate Social Responsibility, Animal Welfare Update: North America", en <http://www.mcdonalds.com/corporate/social/marketplace/welfare/update/northamerica/index.html> (1 diciembre 2003). El principal especialista asesor de McDonald's declaró: "Healthy animals, properly handled, keep the meat industry running safely, efficiently and profitably", Temple Grandin, *Recommended Animal Handling Guidelines for Meat Packers* 1 (1991).

58. *Vid.* Francione, *supra* nota 6, en 81-102. Cualquier justificación del trato distinto de casos similares no debe ser arbitraria ni violar por tanto el principio de igual consideración.

59. Peter Singer, *Animal Liberation* 5 (2d ed. 1990) (citando a Bentham).

60. *Vid. infra* nota 81.

61. El principio de igual consideración también fracasó en otros sistemas de esclavitud, pero debido a las diferencias existentes entre los diversos sistemas me limito a describir la esclavitud norteamericana. Para una reflexión acerca de los sistemas de esclavitud y el Derecho de la esclavitud, véase Alan Watson, *Slave Law in the Americas* (1989); Alan Watson, *Roman Slave Law* (1989); Alan Watson, "Roman Slave Law and Romanist Ideology," 37 *Phoenix* 53 (1983).

62. Chancellor Harper, "Slavery in the Light of Social Ethics", en *Cotton Is King, and Pro-Slavery Arguments* 549, 559 (E.N. Elliott ed., 1860).

63. Stanley Elkins y Eric McKittrick, "Institutions and the Law of Slavery: Slavery in Capitalist and Non-Capitalist Cultures", en *The Law of American Slavery* 111, 115 (Kermit L. Hall ed., 1987) (citando a William Goodell, *The American Slave Code in Theory and Practice* 180 (1853)). Para una discusión acerca del Derecho sobre la esclavitud en el contexto del Derecho sobre bienestar animal véase Francione, *supra* nota 6, en 86-90; Francione, *supra* nota 10, en 100-112.

64. 13 N.C. (2 Dev.) 263, 267 (1829).

65. 26 Va. (5 Rand.) 678, 678 (1827).

66. *Ibidem* en 680.

67. Watson, *Slave Law in the Americas*, *supra* nota 61, en xiv.

68. *Ibidem* en 31 (citando a Justiniano).

69. Incluso después de la abolición de la esclavitud, la raza siguió sirviendo como excusa para justificar un trato distinto, normalmente sobre la base de que como los intereses de la gente blanca y la gente de color eran diferentes, no tenían porqué ser tratados del mismo modo en determinados aspectos. Asimismo, a menudo el trato distinto se justificaba alegando que la raza era causa bastante para negar un tratamiento similar a intereses reconocidos como similares. Pero con la abolición se admitió que, con independencia de la raza, todos los seres humanos tenían interés en no ser tratados como propiedad de otros.

70. Bernard E. Rollin, "The Legal and Moral Bases of Animal Rights," en *Ethics and Animals* 103, 106 (Harlan B. Miller & William H. Williams eds., 1983). *Vid.* Francione, *supra* nota 6, en xxvi-xxx. Para una discusión general acerca del concepto de derechos y la teoría de los derechos en el contexto de las leyes sobre animales, *vid.* Francione, *supra* nota 10, en 91-114.

71. Los filósofos han reconocido otros conceptos similares. Entre ellos, encontramos a Kant, quien sostenía que hay un derecho "innate": el derecho a "innate equality" o "(the) independence from being bound by others to more than one can in turn bind them; hence a human being's quality of being *his own master*", Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, 6:237-238, en 30 (Mary Gregor trans. & ed., Cambridge Univ. Press 1996). Este derecho innato "grounds our right to *have rights*", Roger J. Sullivan, *Immanuel Kant's Moral Theory* 248 (1989). El derecho fundamental a no



ser tratado como propiedad es distinto de lo que se conocen como derechos naturales en la medida que estos segundos se conciben como derechos que existen independientemente de su reconocimiento legal por haberlos concedido Dios. Por ejemplo, John Locke consideraba los derechos sobre la propiedad como derechos naturales basados en la concesión divina a los hombres de dominio sobre la tierra y los animales. El derecho fundamental a no ser tratado como propiedad explícita una propuesta lógica. Si los intereses humanos han de tener importancia moral (p. ej, si los intereses humanos deben tratarse con arreglo al principio de igual consideración), entonces los hombres no pueden ser meros recursos; los intereses del ser humano que es propiedad no recibirán el mismo tratamiento que los intereses de los titulares de la propiedad. Para un examen más detallado sobre este derecho fundamental y el concepto relacionado de de valor intrínseco, *vid.* Francione, *supra* nota 6, en 92-100. *Vid.* también Henry Shue, *Basic Rights* (2d ed. 1996).

72. La experimentación con seres humanos se prohíbe en el Código de Nuremberg y la Declaración de Helsinki. Por su parte, la tortura se prohíbe por el Convenio Internacional para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes. El servicio militar obligatorio constituye una notable excepción a la protección conferida por el derecho fundamental. De hecho, la controversia que lo envuelve radica precisamente en que trata a los seres humanos como medios para fines de otros, de modo distinto a otros actos exigidos por el Gobierno (como el pago de impuestos).

73. *Vid.* Francione, *supra* nota 6, en 94, 131-133. *Vid.* asimismo *supra* nota 71; *infra* nota 78 y texto adjunto.

74. Algunos proclaman que la fundamental diferencia entre hombres y no-hombres estriba en que los primeros tienen almas y los segundos no. Para una reflexión acerca de ésta y otras supuestas diferencias *vid.* Francione, *supra* nota 6, en 103-129, *vid.* asimismo *supra* nota 9. No pretendo sugerir que todo el que desde 1800 se basa en estas diferencias para justificar el trato de los animales como recursos admite que tengan intereses moralmente relevantes; es más, algunos autores aceptan y defienden el estatus de los animales como cosas moralmente indistinguibles de los objetos inanimados. *Vid.*, p. ej., Peter Carruthers, *The Animals Issue: Moral Theory in Practice* (1992).

75. Para profundizar en las ideas de Bentham y su moderno seguidor, Peter Singer, *vid.* Francione, *supra* 6, en 130-150.

76. H.L.A. Hart, *Essays on Bentham* 97 (1982) (citando a Bentham).

77. Bentham, *supra* nota 12, en 282-283 n.b.

78. Reconozco que la mayoría de los adeptos de Bentham estiman que sus objeciones a la esclavitud se basan exclusivamente en sus consecuencias, y afirman que el autor no pensaba que violase ningún derecho moral. Sin embargo, parece que Bentham, considerado normalmente como un utilitarista del acto, era al menos un utilitarista de la norma a la hora de tratar la esclavitud; esto es, sostenía que las consecuencias de la institución de la esclavitud eran necesariamente indeseables y, en realidad reconocía que debía protegerse el interés del ser humano en no ser tratado como un recurso al igual que cualquier derecho. Es más, al reflexionar sobre la esclavitud humana y el tratamiento de los animales Bentham se pronunciaba en términos de derechos morales (*vid. idem*), aunque en ese pasaje probablemente se refería al derecho a la igual consideración. Incluso el autor podría haber reconocido en cierto modo que el derecho a igual consideración resulta incoherente con el estatus de esclavo. *Vid.* Francione, *supra* nota 6, en 132-133.

79. Bentham, *supra* nota 12, en 282-283 n.b.

80. *Ibidem*. Bentham también sostenía que “[t]he death [that animals] suffer in our hands commonly is, and always may be, a speedier, and by that means a less painful one, than that which would await them in the inevitable course of nature”. *Ibidem*. Bentham ignoraba el hecho de que los animales domésticos que criamos para la alimentación no morirían “in the inevitable course of nature”, porque solamente son traídos al mundo fundamentalmente como nuestros recursos. Por lo tanto, resulta problemático defender la matanza de animales domésticos comparando su muerte con la de los animales salvajes, y afirmando que infligimos menos dolor innecesario a los animales domésticos que no necesitamos para comer que el dolor que necesariamente sufren los animales salvajes.

81. Peter Singer, utilitarista como Bentham y también esquivo a los derechos morales, adopta la posición de éste y argumenta que la mayoría de animales no poseen interés en sus vidas pero a pesar de ello puede aplicarse el principio de igual consideración a su interés en no sufrir, aunque sean propiedad de los hombres. No obstante, su argumentación se quiebra en varios aspectos. En primer lugar, Singer exige que para poder aplicar el principio de igual consideración a los intereses animales efectuemos comparaciones inter-especies del dolor y sufrimiento, *vid.* Singer, *supra* nota 59, en 15. Tales comparaciones serían intrínsecamente difíciles sino imposibles de efectuar. En segundo lugar, debido a que la

mayoría de hombres son conscientes y la mayoría de animales no, resulta difícil comprender cómo podrán considerarse similarmente situados a los animales y los hombres a los efectos de la igual consideración. Singer lo reconoce porque es poco probable que consideremos similares los intereses humanos y animales, así como que encontremos alguna orientación en el principio de igual consideración, *ibidem* en 16. Eso es casi como admitir que los intereses de los animales no son moralmente relevantes porque nunca se les aplicará significativamente el principio de igual consideración. Pero Singer evita esta conclusión afirmando que incluso si el principio de igual consideración es inaplicable, está claro que no se justifica moralmente mucho sufrimiento animal. Por ejemplo, declara el autor que no necesitamos aplicar dicho principio para concluir que las consecuencias positivas que para los animales se derivarían de abolir la agricultura intensiva serían mayores que los perjuicios derivados para los hombres. Queda sin aclarar como llega a esta conclusión si no esa través de la especulación. La abolición de la agricultura intensiva tendría un profundo impacto en la economía internacional y acarrearía una enorme subida de los precios de la carne y los productos animales. Si la cuestión depende solo de las consecuencias, no está claro que las repercusiones para los seres humanos conscientes fueran de mayor peso que las implicaciones para los animales no conscientes. En cuarto lugar, aunque la teoría de Singer llevase a un trato más “humano” de los animales, todavía nos permitiría utilizar los animales como recursos en formas que no aplicamos a los hombres. La respuesta del autor a esta acusación sería que estaría dispuesto a emplear hombres situados similarmente, como los discapacitados mentales o físicos, como recursos reemplazables, *ibidem*; *vid.* asimismo Peter Singer, *Practical Ethics* 186 (2d ed. 1993). Por las razones discutidas más adelante, la mayoría de nosotros rechazaríamos la opinión de Singer sobre el uso de hombres vulnerables, *vid. infra* notas 95-97. Para una reflexión sobre las ideas de Singer, *vid.* Francione, *supra* nota 6, en 135-148; Francione, *Rain Without Thunder*, *supra* nota 56, en 156-160, 173-176.

82. Charles Darwin, *The Descent of Man* 105 (Princeton Univ. Press 1981). *Vid.* James Rachels, *Created From Animals: The Moral Implications of Darwinism* (1990).

83. Darwin, *supra* nota 82, en 105.

84. *Ibidem.* en 76, 77.

85. Donald R. Griffin, *Animal Minds: Beyond Cognition to Consciousness* 274 (2001).

86. *Ibidem.*

87. *Ibidem.*

88. *Ibidem.*

89. Antonio R. Damasio, *The Feeling of What Happens: Body and Emotion in the Making of Consciousness* 16 (1999).

90. *Ibidem.*

91. *Vid. ibidem* en 198, 201.

92. *Vid.*, p. ej, Griffin, *supra* nota 85; Marc D. Hauser, *The Evolution of Communication* (1996); Marc D. Hauser, *Wild Minds: What Animals Really Think* (2000); *Readings in Animal Cognition* (Marc Bekoff & Dale Jamieson eds., 1996); Sue Savage-Rumbaugh & Roger Lewin, *Kanzi: The Ape at the Brink of the Human Mind* (1994).

93. Frans de Waal, *Good-Natured: The Origins of Right and Wrong in Humans and Other Animals* 218 (1996).

94. Confiar en las similitudes entre hombres y animales más allá de la sensibilidad para justificar la relevancia moral de los animales acarrea problemas. *Vid.* Francione, *supra* nota 6, en 116-119. A modo de ejemplo, centrarse en similitudes distintas a la sensibilidad amenaza con crear nuevas jerarquías entre los animales, trasladando a algunos de ellos (como los grandes simios y los delfines) a un grupo favorito, y dejando al resto a merced de nuestro trato como recursos. En este punto y desde hace unos años, puede identificarse un esfuerzo internacional por garantizar a los grandes simios no humanos una serie de derechos. Los comienzos de este proyecto se remontan a la publicación del libro *The Great Ape Project* (Paola Cavalieri & Peter Singer eds., 1993), el cual apunta a “the extension of the community of equals to include all great apes: human beings, chimpanzees, gorillas, and orangutans” (*ibidem* en 4). Mi contribución a esta publicación se halla en *ibidem*, en 248-257: Gary L. Francione, “A Personhood, Property, and Legal Competence”. Sin embargo, este proyecto refuerza la idea de que se precisan características distintas a la sensibilidad para el trato igual. En el artículo que aporté a esta obra, intenté evitar este problema razonando que si bien los grandes simios humanos y no humanos se asemejan desde el punto de vista cognitivo (entre otros) de modo que ello bastaría para otorgar a los segun-

dos una igual protección jurídica, estas similitudes no son necesarias para que los animales posean el derecho a no ser tratados como recursos, *vid. ibidem* en 253. *Vid.* asimismo Lee Hall & Anthony Jon Waters, "From Property to Person: The Case of Evelyn Hart," 11 *Seton Hall Const. L.J.* 1 (2000). Para una aproximación que argumenta la necesidad (y no sólo la suficiencia) de otros rasgos distintos a la sensibilidad para que los animales preferidos gocen del derecho a no ser tratados como recursos al menos en algunos aspectos, *vid.* Steven M. Wise, *Drawing the Line: Science and the Case for Animal Rights* (2002), y Steven M. Wise, *Rattling the Cage: Toward Legal Rights for Animals* (2000).

95. Algunos aducen que, a pesar de que algunos hombres pueden carecer de determinadas características, el hecho de que todos los seres humanos tengan el potencial de poseerla implica que en caso de que un hombre la carezca es distinto a los efectos de igual consideración que un animal que tampoco la posea. *Vid.*, p. ej., Carl Cohen, "The Case for the Use of Animals in Biomedical Research," 315 *New Eng. J. Med.* 865 (1986). Este argumento da por sentada la cuestión, al asumir que algunos hombres tienen una característica de la que carecen, y de este modo ignora la similitud fáctica existente entre animales y hombres que carecen de tal rasgo. Es más, en algunos casos, puede suceder que los animales posean esa característica en mayor grado que algunos hombres.

96. Carruthers, *supra* nota 74, en 181. Peter Singer también exige este tipo de consciencia para que se pueda considerar que los animales o los hombres tienen interés en sus vidas. *Vid.* Singer, *supra* nota 59, en 228-229. *Vid.* asimismo *supra* nota 81.

97. En este sentido, se predica la igualdad entre los hombres *factual similarities shared by all humans irrespective of their particular characteristics beyond sentience*. Todos los hombres tienen interés en no ser tratados exclusivamente como medios para alcanzar fines ajenos. Todos se valoran aunque nadie más les valore. *Vid.* Francione, *supra* nota 6, en 128, 135 n.18. Es más, la justicia (no la caridad) requiere que seamos especialmente concienzudos al proteger los seres humanos privados de determinadas características por su propia vulnerabilidad.

98. *Vid. supra* notas 73 y 78; Francione, *supra* nota 6, en 148. La teoría desarrollada en este trabajo dista de la de Tom Regan en importantes aspectos, *vid.* Tom Regan, *The Case for Animal Rights* (1983). Regan sostiene que los animales tienen derechos y debería abolirse (y no sólo regularse) la explotación animal, pero limita la protección a los animales que tienen autonomía preferente, y de este modo no incluye en el grupo de titulares de derechos a los animales sensibles que carecen de esta autonomía. Por su parte, la teoría sustentada en esta contribución se aplica a todo ser sensible. Regan emplea el concepto de derechos fundamentales y, a pesar de no discutir el estatus de los animales como propiedad o el derecho fundamental a no ser propiedad, defiende que podría otorgarse a algunos animales el derecho a no ser tratados exclusivamente como medios para realizar fines humanos. Es más, Regan no reconoce que este derecho fundamental puede derivarse de la aplicación del principio de igual consideración a los intereses de los animales en no sufrir, ni que el derecho debe integrar cualquier teoría que afirme dotar importancia moral a los intereses animales incluso si rechaza los derechos. Para mayor profundización en torno a las diferencias existentes entre mi teoría y la de Regan, *vid.* Francione, *supra* nota 6, en xxxii-xxxiv, 94 n.25, 127-128 n.61, 148 n.36, 174 n.1.

99. Un argumento que suele aducirse en contra de la postura que aboga por los derechos de los animales, es aquél que señala que resulta admisible tratar a los animales como cosas porque se justifica elegir a los hombres por encima de los animales en casos de conflicto. *Vid.*, p. ej., Richard A. Posner, "Animal Rights", *Slate Dialogues*, en <http://slate.msn.com/id/110101/entry/110129/> (diciembre 2003).

100. La elección de los hombres por encima de los animales en situaciones de verdadera emergencia o conflicto no representa necesariamente especismo, porque puede deberse a otras muchas razones distintas a los prejuicios de la especie. *Vid.* Francione, *supra* nota 6, en 159-162.

**Fecha de recepción: 22 de julio de 2009**

**Fecha de aceptación: 21 de septiembre de 2009**

## RESUMEN

Desde hace pocas décadas se discute si los animales (superiores) tienen derechos básicos. En la disputa se enfrentan un deontologismo rígido con un utilitarismo que prima la capacidad de sufrimiento. Lo adecuado consistiría en fijarnos en el funcionamiento de nuestro lenguaje y en los hechos, que, sobre todo, ponen a disposición las neurociencias. Desde ahí y apoyándonos en E. Tugendhat y en A. Kenny proponemos cómo es posible una síntesis que tenga en cuenta las semejanzas y diferencias entre animales (superiores) y humanos. Las semejanzas se deben a nuestra cercanía en el árbol de la evolución. Las diferencias, a que los animales carecen de un lenguaje predicativo como es el humano. La conclusión es una mirada gradualista. No equiparemos en derechos a humanos y animales pero respetemos sus intereses evitando su sufrimiento

## PALABRAS CLAVE

ANIMALES, HUMANOS, DERECHO, MORAL, GRADUALISMO, LENGUAJE PREDICATIVO, NEUROCIENCIAS, DEONTOLOGISMO, UTILITARISMO

## ABSTRACT

During the last few decades there has been debate on whether (higher) animals have basic rights. It is pertinent here to focus on language function and on facts that particularly neuroscience offers. Basing our arguments on E. Tugendhart and on A. Kenny, we propose a synthesis that takes into account the similarities and the differences between (higher) animals and humans. The similarities are due to our proximity on the evolutionary tree. The differences are due to animals lacking a predicative language such as that of humans. The conclusion is a gradualist overview. We might not put humans and animals on a level in relation to rights, but we should respect their good by avoiding suffering.

## KEY WORDS

ANIMALS, HUMANS, RIGHTS, ETHICS, GRADUALISM, PREDICATIVE LANGUAGE, NEUROSCIENCE, DEONTOLOGISM, UTILITARIANISM

# LAS RAZONES DE LOS ANIMALES

Javier Sádaba

Catedrático de Filosofía Moral  
Universidad Autónoma de Madrid

En el lenguaje que utilizamos habitualmente hacemos referencia a los animales no sólo para hablar de ellos sino también para hablar de nosotros. Y, así, Juan es un cerdo, Aitor una rata, Julián un perro y Mónica una mona o muy mona. Se trata de un antropomorfismo despectivo la mayor parte de las veces. Comparamos, para rebajarlos, a los humanos con los animales. Y aunque existen excepciones, como por ejemplo, cuando afirmamos que “Pedro es más fiel que un perro”, el tono peyorativo domina en nuestras expresiones lingüísticas. Todavía más, los fisiognomistas concluían que si la cara de un ser humano se parecía a un determinado animal será, *v. g.*, tan astuto como un zorro, tan tonto como una oveja o tan arrastrado como un ratón. Se objetará que en la historia de las religiones los animales han sido, no menos, los signos de la divinidad. El cocodrilo era sagrado en Egipto y hasta el Espíritu Santo se presenta en forma de paloma y no, cosa que sorprendería, al modo de un halcón. Tales identificaciones tienen que ver más con el desarrollo de la religión, desde el zoomorfismo al antropomorfismo, que con la aceptación del animal como un miembro de una comunidad de iguales. Aun así permanece una cierta ambivalencia en nuestra consideración de esos parientes cercanos. Dicha ambivalencia se mantiene si echamos un vistazo a la historia. Ferrater Mora, en un temprano texto (“Los derechos de los animales”, en *Ética aplicada*, Madrid, 1983) hace un estimable recorrido por la idea que nos hacemos de los animales. Fijémonos, por nuestra parte, solamente en algunos puntos que nos ilustran sobre los vaivenes que se han dado en nuestra representación de ellos. Si nos retrotraemos hasta el Código

de Hammurabi, de -1800, veremos que los animales, los bueyes de manera especial dada la importancia de la reciente agricultura, se estiman propiedad de los humanos que son sus dueños. Por eso, si se hace mal intencionadamente a un animal la reparación debe hacerse a su amo. Incluso en el único párrafo en el que la referencia es a los animales en general (254: “Si se ha apropiado de cereales y con ello ha debilitado a los animales, devolverá doblado el grano que haya tomado”) se puede inferir que la ofensa toca directamente al propietario. Los defensores de los derechos o intereses de los animales y que acusan de especeísmo a quienes trazan una frontera entre ellos y nosotros suelen, sin embargo, hacer de la Biblia la clave de la frontera en cuestión. P. Singer, de manera especial, cree que los primeros capítulos del Génesis son responsables de su desprecio puesto que Yavé nos los entrega como un objeto más a nuestra disposición. Tal interpretación es un tanto parcial ya que es posible encontrar otros textos en los que se apremia a la sensibilidad respecto a lo que, en lenguaje vulgar, se denominan “brutos”. Será la teología cristiana y la influencia de Aristóteles los que van a ofrecer la doctrina que establece una diferencia esencial entre humanos y animales. Santo Tomás, por ejemplo y en este punto, no sigue tanto a San Agustín sino al Estagirita. Y es que, si los esclavos son inferiores a los libres “por naturaleza”, qué pensar de los animales, tan alejados de la racionalidad humana. Un muy comentado texto de Aristóteles y al que más tarde nosotros daremos una interpretación bien distinta dice así: “Sólo el hombre, entre los animales, posee palabra. La voz es una indicación del dolor y del placer, por eso la tienen también los

animales... En cambio la palabra existe para manifestar lo conveniente y lo dañino. Y esto es lo propio de los humanos frente a los demás animales” (*Política*, 1253a). Esta tendencia aristotélica dominará durante siglos. Aun así, podemos encontrar interesantes excepciones que colocan a los animales en un nivel muy superior al descrito. Un caso digno de ser citado es el libro de Porfirio, en el siglo tercero, y cuyo título es *Sobre la abstinencia* (Madrid, 1984). En un principio da la impresión de que su defensa de la abstinencia está en relación con la vida que debería corresponder a los filósofos y con su oposición a los sacrificios. Pronto encontramos que una de las razones para que no nos alimentemos de carne animal, perseverando en la abstinencia, consiste en que para él los animales no carecen de raciocinio. Contradiciendo a Aristóteles, afirmará que quienquiera que posee voz, posee también razón. Porfirio, conviene notarlo, es una de las figuras marginales que serán derrotadas por el triunfante cristianismo. La vena racionalista, instaurada en la Modernidad, alcanza con Descartes su cenit, reduciendo al animal a una cosa extensa, similar a una máquina. Aunque suene extraño, filósofo actual existe que, para defender esa crueldad institucionalizada que son los toros, ha recurrido a la vieja e insostenible doctrina cartesiana. Kant continuará por una senda semejante al sostener que la carencia de razón elimina a los animales del mundo de una comunidad superior. Por eso y respecto a ellos, tendremos deberes indirectos, que no directos. En toda esta tendencia citada estamos en realidad ante una metáfora vestida de racionalidad que envuelve el núcleo de una tradición religiosa que distingue, a sangre y fuego (o, si se quiere, a cielo y fuego), entre seres dotados de alma espiritual y seres que no han tenido la suerte de ser elevados a tan inmensa altura. Sólo con el utilitarismo y con Bentham a la cabeza se quebrará la línea racionalista. Porque, como el mal consiste fundamentalmente en hacer sufrir, el resultado es que no se debe infligir dolor a ninguna criatura capaz de sufrimiento. Si nos volvemos ya a nuestros días, en los años sesenta y setenta irrumpe una corriente que se plantea con fuerza las relaciones

de semejanza o desemejanza con los animales; a la que acompañan protestas contra su trato degradante, proclamación de sus derechos (la primera se remonta hasta 1977) y proliferación de escritos y discusiones al respecto. Una visión superficial de dicho auge se limitaría a seleccionar algunos nombres, el de P. Singer o el de T. Regan, por citar a dos de los más conocidos, como impulsores de esta revuelta. La cuestión, sin embargo, hay que enmarcarla en un conjunto de hechos que posibilitan el contexto en el que florecerá la defensa de los indefensos animales. Los estudios sobre el sistema nervioso en general, la cada vez mayor necesidad de experimentar con animales, las transgenias e hibridaciones de las nuevas tecnologías, los progresos en la paleontología y, unido a ello, los derechos llamados de tercera generación y las éticas aplicadas han sido decisivos. Lo cual ha dado lugar a que formen parte de la cultura general o de las discusiones, no necesariamente especializadas, cuestiones que atañen a las capacidades lingüísticas de los simios y al trato que les corresponde. De ahí que nombres de primates como Koko, Washoe o Lana pertenezcan ya al acervo de nuestros conocimientos cotidianos. Y todo ello ha hecho ponerse en pie a la filosofía y, más en concreto, a la filosofía moral. Nuevos datos y nuevos problemas son siempre un revulsivo a la habitualmente pronta a dormirse ética de los profesionales. Es desde tal perspectiva desde la que vamos a analizar algunos de los problemas que, en este terreno, nos afectan; como ciudadanos y como dedicados a la moral. Para eso en la primera parte nos detendremos en los problemas que se plantean en la moral y en el derecho a la hora de medirnos con los animales. Un aceptable relativismo sería, como veremos, recomendable. Seguidamente daremos nuestra opinión sobre cómo han de mostrarse las semejanzas y las diferencias entre los humanos y los simios. Y nos apoyaremos en distinciones que quieren unir lo que nos enseña el lenguaje con lo que nos enseña, no menos, la realidad. Finalmente sacaremos las conclusiones oportunas que nos lleven a valorar lo que, desde nuestras propias valoraciones, corresponde a los animales, al menos, a los animales llamados superiores.

Aunque teorías morales, o modo de justificar las acciones, hay muchas, son dos las que realmente funcionan en nuestra vida práctica. Una es el deontologismo o ética de los principios, y la otra es el utilitarismo o ética de las consecuencias. El deontologismo, que tiene como su santo y seña a Kant, parte de un conjunto de deberes a los que tendríamos que someternos cada uno de los individuos. Si pensamos que hay que universalizar ciertas máximas, lo que corresponde es seguirlas sin excepción. Si creemos que nadie debe matar, no debe matar en circunstancia alguna ni Juan ni Aitor ni Jordi. Se trata de una ética que mira a los principios, al margen de las consecuencias. El utilitarismo, por el contrario, afirmará que algo es bueno, y por lo tanto ha de hacerse, si tiene buenas consecuencias. Buenas consecuencias no sólo para Juan, Aitor o Jordi sino para la mayor parte de la comunidad. En este sentido el utilitarismo es aditivo; es decir, se suman los bienes de todos y se escoge aquel camino de acción que logre la mayor felicidad para la mayor parte. Esto último será intolerable para el deontologismo puesto que considerará que los individuos ni se suman ni se restan como objetos sino que la autonomía y la dignidad son singulares, no transferibles. Hemos ofrecido, sin duda, un esquema que pasa por alto las muchas variaciones que de las dos teorías se han dado a lo largo de la historia. Aun así, mantienen ambas el espíritu de obrar por principios frente al espíritu de obrar por resultados. El error que suele afectarlas, sin embargo, consiste en que ninguna de ellas es capaz de cubrir el rango de las acciones humanas sin chocar con nuestras intuiciones morales más profundas. Imaginémonos, y nos referimos al deontologismo, que un maestro sale de excursión con veinte niños y queda atrapado en la boca de una gruta, impidiendo la salida al resto. Si se le mata, se salvan los veinte niños pero si se espera que en algún momento su cuerpo se zafe del encierro, el maestro saldrá sano y salvo mientras que los veinte niños morirán. Parecería mejor que vivan los niños en vez de atenerse tozudamente al principio de que no

debe matarse a nadie por muchos que sean los bienes que de ello resulten. A un utilitarista, por otro lado, se le puede oponer el ya conocido contraejemplo como es el de sacrificar a un individuo sano para salvar a cinco enfermos que necesitarían los órganos del que no padece enfermedad alguna. Por mayor que sea la suma de bienes alcanzados, cinco vidas contra una, nadie estará dispuesto a pensar que se trata de una buena acción. Creerá, por el contrario, que es una barbaridad. Lo expuesto explica por qué ambas teorías han ido reformándose. Así, el deontologismo ha tenido que aceptar lo que se entiende por *Prima Facie*; es decir, en muchos casos lo que debemos hacer es ponderar dos deberes (o derechos) en conflicto y elegir lo que nos parece menos malo. Se quiebra de esta manera la rígida universalidad del deontologismo más puro. Los utilitaristas, a su vez, han recurrido a lo que se entiende por Utilitarismo de la Regla; en otros términos, no se mira a las consecuencias de un acto aislado sino que se instaura una regla y en relación a dicha regla se miden los resultados. Como tantas veces se ha señalado, de esta manera el utilitarismo ha dado un paso hacia el encuentro con el deontologismo. Porque ha colocado una regla universal semejante a los principios universales del deontologismo. El error de las teorías morales descritas consiste en pensar que son suficientes para explicar el funcionamiento de la acción moral humana. Y no es así. No es así porque las teorías morales no son teorías científicas. En la confusión de los órdenes, el natural y el moral, radican las deficiencias de deontologistas y utilitaristas. La libertad humana no funciona como funcionan la gravitación universal o el electromagnetismo. De ahí que lo más adecuado sea apoyarse inicialmente en una teoría, tomarla como la tendencia preferible a las demás pero que en muchos casos deberá ser complementada por las otras.

Lo expuesto tiene su reflejo en el terreno de los derechos; y, más concretamente, en la aplicación o no de derechos a los animales. Comencemos recordando que la noción de derecho está expuesta a mil restricciones. Algunos

han llegado a observar que lo único claro en la idea de derecho es su etimología indoeuropea. Su definición, alcance y justificación configuran un verdadero campo de batalla. A pesar de todo, los derechos forman parte de nuestro paisaje y sin ellos sería imposible la vida en comunidad, desde el ámbito político al cotidiano. Poseer un derecho es poder exigir algo, tener “un as en la manga”, en la célebre frase de Dworkin. Y algunos han querido extender el terreno de los derechos, hasta el momento ocupado por los humanos, a los animales: o, para ser más exactos, algunos derechos a algunos animales. En la Declaración Universal de los Derechos del Animal de 1978 son tres los derechos a proteger: el de la vida, el de la libertad y el de no ser maltratados. Las dos posturas morales antes reseñadas se alinean ahora, en el nivel de los derechos, de la siguiente forma. Por un lado, aquellos que desean otorgar derechos *tout court* a los animales. Algunos animales serían titulares de los derechos descritos. De esta manera se les protegería realmente sin acudir a otro tipo de expedientes. Los animales tendrían un valor intrínseco en el sentido de que no es advenedizo u otorgado por nosotros. Y los derechos se les superponen porque, previamente, están dotados de derechos morales que la legislación no haría sino explicitar. Si esto es así, no cabe el uso de la balanza típicamente utilitarista. Tienen derechos y punto. Y, en consecuencia, la posible experimentación con ellos, su tráfico y uso en lugares de diversión para humanos, etc., sufrirían un recorte sustancial. Autores con T. Regan, F. Cohen o Gary Francione se sitúan en esta línea; una línea que enlaza con los deontologistas antes vistos. En la otra esquina, y en la que sobresale el muy activo P. Singer, se colocan los que, huyendo de cualquier expresión que suene a derecho, nos hablan de los intereses de los animales. Existiría una comunidad de intereses entre ellos y nosotros y, a causa de ello, tenemos deberes para con los animales. No haría falta dar un paso más ni meterse en el bosque de los derechos en el que acabaríamos perdiéndonos. Como escribe el filósofo utilitarista R. Frey: “Numerosa gente sencilla, concienciada, ha discutido durante años sobre la moralidad

de nuestro trato a los animales sin la intervención de los derechos morales... En todas las instancias la gente piensa que puede condenar el maltrato sin tener primero que postular derechos morales de los animales... si es que hay derechos morales, los animales no los tienen y además no estamos en disposición de afirmar que haya tales derechos” (*vide Justicia para los animales*, Pablo de Lora, Madrid, 2003).

Un intento de conciliación, y que recuerda lo expuesto al hablar de la moral, ha consistido en mantener, por un lado, la metodología utilitarista y, por otro, la sustancia deontologista. En efecto, muchos acaban sosteniendo que lo que hay que ponderar no son bienes o útiles por sí mismos sino derechos básicos. De esta forma el aditivismo, o suma, no se realiza sobre un individuo despojado de todas sus cualidades sino con sus propios derechos. Esta salida posibilitaría tanto la defensa de los animales como conceder la primacía a los humanos cuyos derechos son mucho más difíciles de poner en cuestión. Por cierto, y como una última nota que refleja hasta qué punto los defensores de los derechos de los animales en sentido estricto no cejan, habría que recordar la propuesta de G. Francione y según la cual los animales, al no poder exigir sus derechos, podrían tener tutores que ejercieran tal labor. Es una muestra de cómo la discusión, que es a lo que queríamos llegar, puede acabar en escolasticismo, academicismo con aires de lo contrario y hasta simple retórica. No es cuestión de minimizar ni los esfuerzos ni la intención de unos y otros. Las dos actitudes que hemos confrontado tienen sus argumentos y no se puede, de un plumazo, despachar a ninguna de ellas. Corren, sin embargo, el peligro de dejarnos, como en un partido de tenis, mirando la pelota a un lado y a otro de la cancha. Y de lo que se trata es de cómo hemos de habérselas con los animales. Por eso, y sin despreciar los apoyos que de una u otra tendencia podamos recibir, creemos que es de interés introducirnos en un análisis más empírico y que, al mismo tiempo, tenga en cuenta las distinciones que nos ofrece nuestro lenguaje y que nos pueden servir para ir colocando a humanos y animales en el lugar



que les corresponde. Para ello nada mejor que investigar qué es lo que nos separa intelectual y volitivamente, y qué es lo que nos une, en especial, desde el punto de vista sensitivo. Veremos que se trata de diferencias graduales y que es desde ahí desde donde hemos de enfocar nuestra relación con los animales, parientes próximos en la evolución y en lo que atañe al genoma.

## II

Nos referimos al principio a un célebre texto de la *Política* de Aristóteles que ha sido utilizado para mostrar la inferioridad de los animales respecto a los seres humanos. El texto es mucho más denso de lo que parece. E. Tugendhat se refiere a él tres veces en su libro *Problemas* (Barcelona, 2002). En uno de tales lugares escribe lo siguiente: “De hecho ya Aristóteles, recurriendo al lenguaje, dio una respuesta a la pregunta acerca de cómo se distinguen los hombres de los otros animales que me parece... productiva... lo característico del lenguaje humano es, dice Aristóteles, que tiene una estructura proposicional. Mientras que los lenguajes de otros animales tienen una función según la cual simplemente reaccionan al ambiente, la estructura predicativa-proposicional le da al hombre la posibilidad de decir cosas que son independientes de la situación de habla”. Y en otro párrafo se expresa de esta manera: “La explicación de que los humanos tienen un lenguaje que está articulado en oraciones, que fue la definición que dio Aristóteles en el segundo capítulo de su *Política*, me parece ser todavía hoy la definición más iluminadora que tenemos para entender la diferencia entre los seres humanos y los otros animales. Esta capacidad lingüística parece ser la base de poder preguntar por razones y también parece tener algo que ver con lo que llamamos libertad, con el hecho de que los humanos se encuentran siempre ante varias opciones”. Lo que E. Tugendhat quiere dar a entender es la vieja idea de que lo propio del lenguaje humano es superar las barreras espaciotemporales. Al aislar un objeto y atribuirle una determinada propiedad

volamos más allá de los hechos inmediatos que nos rodean y podemos hablar de lo divino y de lo humano, de lo que existe y de lo que no existe. Efectivamente, si afirmo “la nada nada es” o “Alá es el Todo” a buen seguro que soy comprendido por cualquiera que entienda el castellano. Es difícil, sin embargo, que las oraciones citadas refieran a algo. Es ésa la grandeza del lenguaje humano y la ocasión, al mismo tiempo, de que nos extraviemos estrepitosamente con tanta frecuencia. Porque tenemos la estructura predicativa mencionada logramos construcciones culturales que van desde la más terrenal ciencia hasta la ficción teológica. Y lo que llamamos pensamiento abstracto, del que carecerían los animales, no es sino la manifestación de lo que acabamos de ver. El lenguaje nos abre al futuro, recupera el pasado y posibilita la conciencia del presente. De ahí que venerables definiciones de “persona”, como es la que ofrece Locke, no sean sino la transposición al lenguaje habitual de lo que nos da el lenguaje sin más. Es obvio que para poder realizar tal capacidad lingüística tenemos que poseer un gran procesador como lo es el cerebro humano. Un cerebro que triplica al del chimpancé y dotado con áreas que hacen posible el lenguaje. Y dicho procesador depende, a su vez, de otro más básico, que es el genoma humano. Precisamente los genes que configuran el cerebro son los que nos diferencian en verdad de los primates más evolucionados. Pero este dato no debería llevarnos a la postura, un tanto acrítica, que busca diferenciar a humanos y simios hurgando en el genoma. Porque las diferencias no son de cantidad sino de calidad. Tener más o menos genes es accidental. La cuestión es qué operatividad contienen tales genes. Por otro lado, en el síndrome de Down los individuos que lo padecen poseen 47 cromosomas, quedándose en medio entre humanos y chimpancé, y nadie, o casi nadie, expulsaría a los individuos que padecen ese síndrome de la especie humana. Y en el síndrome de Turner, que afecta a las mujeres, son 45 los cromosomas poseídos. Y nadie, o casi nadie, diría que esas mujeres no han alcanzado el grado de humanidad de nuestra especie.

¿Qué consecuencias prácticas podemos sacar de lo que nos enseña Aristóteles y amplía, actualizándolo, E. Tugendhat? La respuesta inmediata consiste en afirmar que los humanos hemos adquirido unas destrezas que no acompañan a los animales, incluso a los más desarrollados e incluso a los que, más geniales, son capaces de transferir signos de un contexto a otro o de hacer combinaciones creativas y originales que describen su entorno o sus sentimientos personales. El hecho es que, como resultado de una fractal evolución, unos poseemos ciertas habilidades de las que carecen otros. Pero de ahí no se sigue, en absoluto, que podamos sostener que entre humanos y animales se da una diferencia esencial en términos de separación radical, negadora de cualquier continuidad. Esto sería falaz. Y no sólo porque utiliza un concepto inválido como es el de “esencia”, más propio de elucubraciones nuestras que de lo que sucede en la realidad, sino porque lo gradual, y esto es decisivo, implica relaciones graduales. Podré, y valga la comparación, reprender a un niño cuando se comporta de modo inadecuado, pero lo haré de manera análoga; es decir, de forma muy parecida a como lo haría con un adulto. Todavía más, si nosotros hemos desarrollado unas capacidades que encontramos siquiera de forma rudimentaria en los simios (no olvidemos que, según Pi Sabater, los chimpancés poseen tres culturas y que, según otros primatólogos, son más de cuarenta las pautas culturales que exhiben), lo que somos “de alguna manera” estaba prefijado en ellos. Entiéndase bien. No se trata de recurrir a cierta versión del Principio Antrópico y según el cual los simios serían una especie de maqueta o preparación de lo humano. Esto está fuera de lugar. Queremos decir que, desde nosotros, podemos contemplar lo que tienen como un conjunto de habilidades que nuestra especie ha aumentado. Todo en una escala común: una escala que nos permite ver las diferencias y las semejanzas. Y entre ambas sobresale un parecido que, como mínimo, nos acerca y evita el rechazo o el considerarlos ajenos a lo que es nuestra situación.

Veamos ahora desde otro ángulo lo que hemos expuesto de la mano de Aristóteles, interpretado por E. Tugendhat. En este caso nos ayudaremos de A. Kenny (*The Metaphysics of Mind*, Oxford, 1989) aunque seremos nosotros los que le demos la orientación que nos interesa. Existe un fenómeno universal que es el de ser agente. Los cuerpos naturales son también agentes pero obran de manera uniforme y sometidos a las leyes de la naturaleza. Las plantas, en un paso más, tienen necesidades. Las flores, por ejemplo, necesitan agua para no marchitarse y morir. Con los animales nos encontramos en un nivel distinto. Porque los animales no sólo tienen necesidades sino que poseen creencias, conceptos, deseos y ejercen actividades para satisfacer lo que desean y que cubre sus necesidades. Más aun, los animales realizan actividades que no están destinadas a lograr sus fines naturales. Por eso saben jugar. Y si es cierto todo lo que acabamos de afirmar, los animales tienen conciencia. Se puede dudar que tengan conciencia de segundo grado o autoconciencia puesto que en algunos casos y en chimpancés bien entrenados parece intuirse un brumoso “yo”. Con los humanos subimos un peldaño más. Porque nosotros, sin duda, tenemos necesidades y deseos como los animales (en términos más precisos, los deseos a nivel animal encuentran su expresión clásica en la palabra aristotélica *epithimia* y que los ingleses traducen por *wants*). Pero, además de tales deseos, estamos equipados con lo que algunos han llamado “volición”. La volición es propia de los que usan un lenguaje articulado como el que expusimos anteriormente. Y las voliciones nos posibilitan prolongar en el tiempo la satisfacción de nuestros deseos. No nos vemos obligados, como el animal, a reaccionar con inmediatez ante un posible bien. Y porque poseemos el lenguaje en cuestión somos capaces no sólo de actuar por razones sino, cosa decisiva, de dar razones. Cuando los griegos, en los inicios del filosofar, quisieron mostrar qué era lo característico del *logos* o razón frente al mito, nos dijeron que lo importante no era narrar sin más sino responder a preguntas, dar razón de aquello que afirmamos. Están en su punto estas esclarecedoras palabras de A. Ken-

ny en el libro antes citado: “Las razones para negar intenciones a los animales se basan en la conexión entre intencionalidad y razonamiento. Cuando un ser humano hace X para hacer Y, el logro de Y es su razón para hacer X. Pero cuando un animal hace X para hacer Y, no hace X por razón alguna. ¿Por qué no? Porque un animal, careciendo de lenguaje, no puede dar razón de su acción”. De lo cual se deduce que un animal no es responsable de sus actos. De ahí que los temas, nada nuevos por cierto, de atribuirles o no responsabilidad son un pasatiempo, algunas veces divertido. La consecuencia de lo dicho es que los animales tienen conceptos pero carecen de aquellos que, como el número o las constantes lógicas, requieren un alto grado de abstracción. De la misma manera que sus acciones son voluntarias pero no alcanzan a ser intencionales. Y de la misma manera que se comportan por alguna razón instrumental pero no está en su poder dar razón de lo que hacen. Nos podemos preguntar cuándo se dio ese paso en el que apareció un lenguaje como el humano con las características descritas. Estamos en una oscuridad casi total al respecto y los datos obtenidos apuntan más a especulaciones que a hechos fiables. Ni siquiera sabemos si el *Neanderthal*, parafilético nuestro y con el que tal vez convivimos durante algún tiempo, gozó del atributo lingüístico propio del *Homo Sapiens Sapiens*. Y la consecuencia final que hemos de sacar después de este recorrido, apoyándonos en el uso que hacemos de nuestras expresiones y que refleja el modo de categorizar el mundo, es muy parecida a lo que expusimos en la sección anterior. Existe una jerarquización, un proceso o gradualidad en la naturaleza, que nos asemeja y nos diferencia a los humanos de los animales. En ellos se dan muchas de nuestras características. Y en nosotros florecen aspectos que están ausentes en ellos. Esta simple verdad debería bastar para distinguir sin despreciar, colocar a cada uno en su sitio sin que el que tiene más poder se apropie del que puede menos. Una mirada desprovista de prejuicios, por el contrario, contemplaría a los animales casi con ternura, con el afecto de quien ve como en un espejo lo que casi podría haber sido, casi es; y,

además, tienen el don de diferenciar los matices que colorean el árbol de la evolución.

Sólo esbozaré dos palabras en lo que se refiere al sufrimiento animal. Se ha discutido si el hecho de que carezcan de la conciencia y razón humanas los hace sufrir más o menos. Lo que es indiscutible es que el placer y el dolor (de nuevo tendremos que recordar a Aristóteles) conforman su vida. La fisiología animal y las neurociencias son contundentes en este sentido. Por eso, negarles sensibilidad únicamente se puede hacer desde el despiste o la maldad. Y si esto es así, no hace falta ser un utilitarista para afirmar que hacerles daño, sin razón alguna, es sencillamente inmoral. Todavía una observación adicional. Hasta los años 70 no existía declaración formal alguna sobre los derechos de los discapacitados. Y en los últimos tiempos, a través sobre todo de lo que ha dado en llamarse “casos marginales”, se han comparado los derechos de los discapacitados profundos con los de los animales. Sin entrar más en la cuestión convendría decir lo siguiente. Es absurdo y antiintuitivo concluir que, puesto que los animales son esencialmente diferentes (y, por lo tanto, carecen de derechos, intereses o consideración), también lo son los discapacitados profundos. El razonamiento correcto y que enlaza con nuestras intuiciones más humanas, es justo el contrario: puesto que no discriminamos a los discapacitados tampoco, y salvando la analogía, debemos discriminar a los animales.

### III

Acabamos ya. Poco hay que añadir, una vez que hemos recorrido, a través del lenguaje y de hechos que están al alcance de cualquiera, lo que une y separa a los hombres de los animales. La ética es la respuesta a la pregunta por lo que es bueno y debe hacerse. La ética, sin embargo, no actúa de espaldas a los hechos; muy por el contrario, es la respuesta que damos después de un detenido análisis de los hechos del mundo. Como observaba el filósofo moral Hare, más del noventa por ciento de la investigación moral consiste en saber qué es lo que

sucede en el mundo; en un mundo en el que estamos los animales y nosotros. Una ética, en suma, atenta a los datos que se nos ofrecen no podrá por menos que concluir que es inmoral privarles de la vida, de la libertad o maltratarlos. Porque son nuestros parientes. Porque son nuestros cercanos. Porque nos parecemos en exceso. Esto no quita para que, según las reglas del buen razonamiento analógico, optemos, si de elección ineludible se trata, por un ser humano antes que por un animal. Pero tal elección se corresponde con el orden de las cosas.

Mientras no nos veamos obligados a elegir, nos comportaremos frente a ellos como si fueran iguales. Y como iguales, o casi iguales, sufren. En esto sí que nos encontramos. Siendo niño, me llamó la atención un escrito en el que se leía: "Cuanto más conozco a los hombres, más amo a los animales". Entonces lo interpreté con el siguiente significado: Los humanos somos tan perversos que mejor es pasar de ellos y dedicarnos a los animales. Hoy lo tomo de otra manera: Cuanto más les conocemos, más nos reconocemos.



## RESUMEN

El pensamiento utópico propone un experimento vida-digna-muerte-indolora para hacer un mayor balance ético sobre el bienestar animal y el reconocimiento de derechos a los animales. Tradicionalmente, el deber de vegetarianismo ha sido motivado como un deber de piedad y de justicia del hombre para no hacer sufrir a los animales y también como una exigencia ética humanista respecto del carnívoros. Sin embargo, el discurso ético sobre la protección de los animales frente a la matanza o la vivisección puede ser introducido en un contexto más amplio. Un nuevo contexto donde la “ética sapienzale” —ética de la sabiduría— dirige el vegetarianismo hacia el horizonte global de la no-violencia y trata de cumplir el imperativo kantiano “de actuar considerando el animal también como fin y no sólo como medio”.

## PALABRAS CLAVE

ANIMALES, DERECHOS, DIGNIDAD, VEGETARIANISMO, “ÉTICA SAPIENZALE”, NO-VIOLENCIA

## ABSTRACT

The philosophy of Utopia proposes an experiment on life-dignity-death-painless in order to realize an ethical balance about the animal well-being and the recognition of animals rights. Traditionally, the duty of vegetarianism has been motivated as a duty of piety and of justice of the man in order to not making suffer animals and also as ethical humanist request for the hangman. However, the ethical speech about the protection of animals opposite to the slaughter or the vivisection could be introduced in a wider context. A new context where “ética sapienzale” —the ethics of the wisdom— directs the vegetarianism towards the global horizon of the non-violence and tries to fulfill the Kantian imperative “to act considering the animal also a purpose and not only as way”.

## KEY WORDS

ANIMALS, RIGHTS, DIGNITY, VEGETARIANISM, “ÉTICA SAPIENZALE”, NON-VIOLENCE

# ANIMALES: INSTRUCCIONES PARA EL NO USO

Luigi Lombardi

Professore ordinario. Universidad de Florencia

**Sumario:** 1. El principio del asombro. 2. El fundamento de los derechos. 3. El deber del vegetarianismo. 4. El escenario vida-digna-muerte-indolora. 5. El vegetarianismo humanista: tutela del carnífice. 6. Ética "sapienzale": el horizonte de la no-violencia. 7. La vivisección. 8. Decálogo. 9. De nuevo, el principio del asombro. Notas

## 1. EL PRINCIPIO DEL ASOMBRO

Comencemos por arrodillarnos ante el misterio continuo y "contiguo" de hablar entendiéndonos, que tiene lugar aquí, en el universo (¿existen universidades en el universo!): los sonidos materiales son transformados en significados intelectuales conscientemente entendidos. Entre la materia y lo inteligible, entre la materia y la conciencia, entre estos ámbitos de la realidad completamente heterogéneos hacen de separación aquellas pequeñas inmensas coliflores de carne maduradas durante cientos de millones de años de evolución biológica como son nuestros cerebros; y ningún cerebro humano, hasta el momento, sabe explicarse cómo. Este hecho, inexplicable, debemos realizarlo con veneración: es el fundamento universal de los derechos del ser humano como tal, frente a todas las discriminaciones raciales, sexuales, religiosas, ideológicas y el fundamento universal de la solidaridad humana. Pero además, debemos darnos cuenta de que precisamente esta fenomenal capacidad de transformar lo sensible en inteligible ha sido evocada, no obstante, como justificación de un dominio siempre más despiadado del hombre sobre los cuerpos de los animales no humanos. Es destacable cómo el cristianismo oficial, con su espiritualismo a la inversa, ha legitimado la ausencia de cualquier límite de piedad o de justicia en relación a las prácticas de la ciencia de la disección y la

industria cárnica. Ha hecho de la nobleza ontológica del hombre no una mayor obligación (*noblesse oblige*) sino un privilegio.

De todos modos, el asombro permanece y debe acompañarnos durante toda nuestra exposición. El asombro sobre el hombre, el asombro sobre aquellas obras maestras estéticas y ontológicas como son los otros seres dotados de sentidos. En "la mente sapienzale" asombro y compasión, asombro y sentimiento de justicia no se excluyen, frente Levinas, es principalmente el *thaumazein* ontológico el que fundamenta el reconocimiento del otro, la acogida de la llamada no esquivable que nos dirige.

## 2. EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS

El punto decisivo, para el reconocimiento de derechos a los animales, pasa por verificar cuál experiencia consciente o subjetiva tienen las diversas especies. Se verifica en base a dos parámetros: el desarrollo del sistema nervioso y el comportamiento. Ello permite distinguir muy ampliamente, animales "superiores" e "inferiores". Los primeros unen a un notable desarrollo del cerebro, un comportamiento no sólo instintivo, gran flexibilidad y "libertad" en reaccionar al entorno, sino a menudo con gran

expresividad. Están dotados de sentidos externos e internos (*sensus communis* imaginación como representación de objetos materiales ausentes, memoria) y de formas interesantes de aprendizaje inteligente. A estas facultades cognitivas se unen las correspondientes facultades apetitivas-afectivas: a la sensación los placeres y dolores más sensibles, a la imaginación los placeres y los dolores más “sentimentales”. Pero entre animales “superiores” e “inferiores” —como entre animales y hombres— no existe, sobre todo en cuanto al sentir, un insuperable precipicio; existe más bien, continuidad.

Debiendo distinguir, un criterio bastante sencillo y bien fundado es el de los ojos: podemos llamar “superiores” los animales dotados de ojos, en base a la consideración en este sentido de que ojos y cerebro provienen, morfo-genéticamente, de la misma hoja embrional, el ectodermo, por lo que la presencia de ojos implica la existencia de un cerebro. Ahora bien, el cerebro es la sede principal de los fenómenos mentales conscientes; por lo tanto, la presencia de ojos hace presumir un nivel superior de sufrimiento/placer consciente y de capacidad cognitiva. Un “mejillón”, exento de ojos y de cerebro, debería sufrir conscientemente fuera del agua mucho menos que un pez, o incluso no sufrir en absoluto; hervir vivo un mejillón es bastante menos problemático que hervir viva una langosta; una buena regla puede ser: ante la duda, abstenerse.

### 3. EL DEBER DEL VEGETARIANISMO

Para quienes consideran que los animales que comemos sufren, se plantea el problema del vegetarianismo. En las condiciones actuales, el vegetarianismo parece un deber de piedad y de justicia: basta leer, acerca de cómo son tratados los animales de consumo, la norma que “mitiga” las prácticas de transporte, estabulación, inmovilización, aturdimiento, manzanza o “bastimento”. Cito el Decreto Ley nº 333 del 1998 (la *magna charta* en cuestión.):

“durante las operaciones de descarga de los animales no deben ser atemorizados, excitados o maltratados y es necesario evitar que los mismos puedan ser puestos boca a bajo. Los animales no deben ser sobrelevados por la cabeza, los cuernos, las orejas, las patas, la cola o el “vello” en una manera que le cause dolores o sufrimientos inútiles... No deben ser golpeados brutalmente, ni padecer presiones sobre cualquiera parte sensible de su cuerpo. En particular, no se les debe pisar, torcer o romper la cola, ni agarrar los ojos. Está prohibido golpear o dar patadas a los animales”.

Otra lectura obligatoria para aquel que come carne es Rifkin<sup>1</sup>, que ilustra la brutalidad perfecta de la primera racionalización industrial de las cadenas cárnicas estadounidenses y los efectos devastadores que el culto típicamente angloamericano del “entrecot bovino” han tenido en el pasado y que ciertamente tendrá en el futuro, si se extiende en el medio natural. Un balance crítico del actual estilo euro-americano de alimentación carnívora intensiva —balance en términos exclusivamente económicos, ecológicos e higiénicos-sanitarios humanos, sin ninguna consideración ética en términos de bienestar animal— puede encontrarse en el equilibrado y documentado estudio de Smil<sup>2</sup> según el cual dicho estilo es una de las catástrofes de nuestro tiempo en términos de desarrollo sostenible.

Teniendo presente cómo están las cosas hoy en día, el vegetarianismo parece, por lo tanto, un deber ético de piedad y de justicia del hombre hacia los animales; mientras que una drástica reducción del consumo de carne, en particular, bovina, parece de todos modos un deber económico, ecológico, higiénico sanitario del hombre hacia sí mismo.

### 4. EL ESCENARIO VIDA-DIGNA-MUERTE-INDOLORA

Ahora bien, supongamos que las cosas cambien, o de todos modos hagamos el ejercicio mental de imaginar que una humanidad menos



bárbara reserve a los animales para consumo una vida digna y una muerte indolora: por ejemplo asegure a los bovinos un libre crecimiento en pastos serenos, una inesperada anestesia total como aquella practicada a los osos en los parques nacionales (con la advertencia de adormecer el entero grupo simultáneamente, en modo de evitar a los animales el sufrimiento y la inquietud socio biológica “ingerida” por la desaparición inexplicable de sus allegados) y una matanza en mataderos bastante alejados de los pastos para que los animales no tengan la mínima sospecha de su existencia. En este escenario vida-digna-muerte-indolora, en el que la crianza y la matanza no causarían a los animales, hipotéticamente, ningún sufrimiento, puesto que el deber de vegetarianismo se funda, éticamente sólo en el deber de no hacer sufrir, el deber ético de vegetarianismo caería. Al mismo tiempo, los daños colaterales de naturaleza económica, ecológica, higiénico-sanitaria relacionados con la cultura de la carne se reducirían drásticamente, porque un tipo de crianza y matanza como la prevista por dicho escenario, comportaría, respecto a los actuales métodos industriales, una reducción drástica del número de animales de consumo disponibles.

Aun con todo, el escenario es más claroscuro de cuanto puede parecer a simple vista. En bioética es útil distinguir entre dolor y daño. Puede existir dolor sin daño e incluso de forma beneficiosa (por ejemplo en una terapia dolorosa que salva la vida) y daño sin dolor. Si ser privados de la vida digna es un daño, y si también causar daño es éticamente un mal, entonces también en el escenario vida-digna-muerte-indolora subsistiría el deber de vegetarianismo.

Más bien; en aquel escenario “contexto” el vegetarianismo sería menos necesario desde un punto de vista del dolor, pero quizás más necesario desde un punto de vista del daño. De hecho, ser privados de una vida digna futura es un daño más grave que ser privados de una vida no digna futura. Esto, rinde problemático el escenario no sólo éticamente, sino también psicológicamente. De hecho, quitar la vida a un grupo de bovinos que se expresan

plenamente ellos mismos, también de modo afectivo, entre alaridos y las flores “rotonde-dri” de un pasto alpino, causa más impresión que alejar terneros del “universo de concentración” de un criadero intensivo: matarlos puede casi parecer una eutanasia, si no fuera por la atmósfera de brutalidad y de agonía de las cadenas de matanza industriales de un matadero. Un responsable de un lager nazi, Stangl, a la pregunta de “por qué los trataban así de mal”, respondió “para poderlos matar”. Matar una judía elegante, perfumada, activa, es más difícil que abatir una judía esqueleto viviente en pijama a rayas de campo de concentración. Más o menos, ocurre lo mismo con los animales domésticos: si los ves estar bien, si los ves vivir a su modo, la idea de que sean matados para comerlos causa horror. Si se establece una relación, no se es capaz de matar. Miles de millones de hombres viven la esquizofrenia de considerar como entidades del todo separadas los animales y la carne: los animales por sí mismos (aquellos de los documentales) son adorables, los animales domésticos de compañía son miembros de la familia, los animales para consumo no son animales y la carne es una sustancia que se crea en el supermercado. Aceptar sólo una alimentación carnívora, toda a base de animales felices sería ciertamente preferible, desde un punto de vista de los animales, frente a la actual barbarie, pero podría parecer, en un cierto modo, aún más monstruoso. La operación de hacer vivir bien para matar con menos remordimientos es éticamente y psicológicamente problemática.

## 5. EL VEGETARIANISMO HUMANISTA: TUTELA DEL CARNÍFICE

Todo esto es bien conocido por los “animalistas”. En consecuencia, querría destacar, ahora, a los aspectos por los cuales el vegetarianismo es motivable, además de como tutela de las víctimas, también como tutela del carnífice: los aspectos humanísticos —desde un punto de vista propiamente ético, no económico o

ecológico o higiénico-sanitario— del vegetarianismo.

No es adecuado para la humanidad del hombre organizar industrialmente la matanza y la “macellazione”. Es en el interés de la humanidad de cada hombre no ser quien cuyo “desarrollo personal” (Const. it. art. 3, 2º apartado) consista en la profesión de inmovilizar, colgar, degollar, decapitar, pelar, quitar las vísceras, cortar en dos mitades longitudinales, dejar a trozos cuerpos de animales, aunque hayan vivido dignamente y hayan muerto sin dolor. De hecho, en la tradición filosófica existe una línea de pensamiento que critica el carnivorismo incluso (si el filósofo es animalista) o sólo (si el filósofo no es animalista) por sus efectos negativos sobre el ánimo humano. Un ejemplo del primer tipo es Plutarco, uno del segundo es Santo Tomás, el primero de un grupo de teólogos morales católicos que condenan la crueldad hacia los animales porque puede rendir más crueles, más hostiles hacia los seres humanos.

Aquí un breve excursus. Para los filósofos aristotelizantes como Santo Tomás y sus seguidores, la crueldad hacia los animales es verdadera crueldad, porque los animales de consumo no son máquinas cartesianas, sino seres dotados tanto de sentidos externos como de sentidos internos así como por placeres y dolores unidos a éstos. Cabe preguntarse, entonces, cual pueda ser la coherencia de un Siwek; príncipe de los onto-psicólogos tomistas, que en su *Psychologia metaphysica*<sup>3</sup>, primero, demuestra con riqueza de argumentos que los animales están dotados de la sensación externa (la cual trasciende “*omnes vires physico-chimicas*” y puede por tanto proceder sólo de un principio esencialmente diverso de la materia, el alma sensitiva, de los cuatro sentidos internos (“*il sensus communis*” organizador del objeto, de la fantasía, el instinto como “*iudicium naturale*” finalístico y la “*memoria propria dicta*”) y del “*appetizione*” sensitiva con el placer y el dolor conexos, después para rebatir la objeción que repugna a la bondad divina de hacer sufrir a los animales, extrae en pocas líneas una legitimación del uso de los animales prescindiendo totalmente de su subjetividad:

“*Sicut tota natura animalium indicat illa esse tantum instrumenta eius, qui scit eis uti (i.e. hominis), ita etiam patiuntur mala tanquam res, quae ad nullum usum sunt amplius utiles*” (op. cit., p. 178-179); ejemplo insigne de falsa conciencia; que se aproximan a las justificaciones teológico-filosóficas de la esclavitud, que leídas hoy suenan tan increíbles que parecen falsos históricos.

Cerrado el excursus. Decía que también los filósofos animalistas, como Plutarco, toman, aunque sea en suborden, el argumento humanista: infligir sufrimiento, dañar, matar, hace mal no sólo a la víctima, sino que también al carnífice. Dentro de nuestro experimento de pensamiento utópico los animales no sufren: pero la matanza (aunque sea también de animales anestesiados) y la sucesiva “*macellazione*” son actos no gentiles, no bellos, en el sentido platónico según el cual belleza y fealdad son categorías unitariamente estéticas y éticas. El vegetarianismo tutelaría el hombre carnífice (carne-fice) frente a esta brutalidad –fealdad residual.

Comer carne ignorando la sustancia y el origen es bello, porque bien cocinada es exquisita y socializante, pero producirla no lo es; no me parece adecuado dividir la humanidad en buenos comedores despreocupados y verdugos de profesión. Quizás el principio constitucional de igualdad exigiría que una ley impusiera a todos los carnívoros humanos matar personalmente por lo menos el propio perro o gato y un cierto número de ejemplares de cada una de las especies animales que comen; si realmente no se hacen el ánimo, como mínimo de asistir a sus matanzas en el matadero. Pero quizás la cosa más justa sería instituir, analógicamente al servicio militar, un servicio carnífice obligatorio: todos los carnívoros deben trabajar tres semanas al año en un matadero. Espero haber aclarado bastante este punto de la tutela del carnífice: el vegetarianismo es también una exigencia ética humanista; exactamente como el pacifismo, proscribiendo la guerra, sirve también a tutelar los militares de organizar el exterminio y de matar, o la abolición de la pena de muerte, sirve también a

tutelar los verdugos para ajusticiar. Matar es feo. Un dilema terrible, no retórico; ¿preferirías tener un hijo asesino? La terribilidad del dilema es prueba de que también quien mata merece tutela. Yo pido una ley vegetariana misericordiosa para los carniceros.

## 6. ÉTICA “SAPIENZALE”: EL HORIZONTE DE LA NO VIOLENCIA

El discurso ético acerca de la tutela del hombre frente a la carnicina activa puede ser insertado con provecho en un contexto más amplio. Yo distingo una ética preceptística y una ética “sapienzale”: la primera ve la bondad moral de los comportamientos como un valor en sí, el último sin otros fines; la segunda no niega que las acciones son buenas o malas por su propia naturaleza, intrínsecamente, pero no hace del valor moral el valor último, no hace de la conformidad a las normas morales el sentido o el fin supremo de la vida. El fin es visto en una experiencia de iluminación, liberación, realización “sapienzale”, en vez de “órdenes” divinas o principios fundados en la razón, las normas morales son más bien “consejos” fundados en la experiencia, y los comportamientos negativos son vistos no tanto como “pecados” sino como “obstáculos” para alcanzar el fin supremo. Pongo un ejemplo: en la ética “preceptística” robar es un pecado o un mal, en la ética de la sabiduría (sapienzale) es desaconsejado como acto que nace por la codicia, por el apego, por creerse el centro del mundo; en definitiva por otros tantos tropiezos en el camino hacia la liberación/iluminación. Por lo tanto, en la ética de la sabiduría, puede ser negativo no sólo robar, pero también conservar y amar la propia legítima riqueza. La ética occidental, ya bien sea religiosa o filosófica, es mayormente preceptística, la ética oriental más interesante (aquella por ejemplo, del yoga, del budismo, del taoísmo) es mayormente de la sabiduría.

La bioética animalista común es de tipo preceptístico. Pero existe también una ética

animalista que llamaría, en efecto, “sapienzale” es aquella que inserta el vegetarianismo en el contexto más amplio de la no-violencia (ahimsa) hacia todos los seres dotados de sentidos, no violencia motivada sobre todo con el interés espiritual, autorealizador, del no violento.

Es llamativo el contraste entre la no violencia y las religiones. Todas las religiones institucionales (el vedismo, el hebraísmo, el cristianismo de todas las confesiones, el islamismo) tienen como mínimo legitimado, más a menudo sacralizado o directamente predicado y prometido, la violencia mortal sobre los hombres y los animales: de modo particular el catolicismo romano (cada uno mire “la paja en su propio ojo”) tiene como propio activo una “historia criminal” (una Kriminalgeschichte, Deschner) de guerra (santa y no santa), pena de muerte, tortura judicial “giudiziaria”, represión del pensamiento, genocidio, esclavitud, carnicina de animales, todo en el plano fáctico pero también doctrinal, teológico, que lo hace uno de los sujetos culturales más violentos de la historia. Dentro del “alveo” cauce brusco de las religiones y de la civilización, la no-violencia es como un hilo de agua estéril que no se debe confundir con un río de sangre; quizás es más bien un llamamiento que un precepto, pero un llamamiento en sintonía con una racionalidad profunda, capaz de “far realizzare” la demencialidad, sabida, preparada, vencedora de las razones del clero, el Estado, del mercado, absolutamente mayoritarias en supuestos geo-bio-lógicamente brevísimos de la evolución humana. Es extraño que los principios de la no-violencia resulten hoy corroborados por las disciplinas tan poco ascéticas como la economía, la geopolítica, el derecho medio ambiental, la lucha contra el crimen o la dietética; pero es una señal, en efecto, de la sintonía entre ascesis y racionalidad profunda (quiero decir, también: no-cínica, no-historicista, no-maquiavélica, no-hegeliana).

No es posible desarrollar aquí adecuadamente la temática de la no violencia, que no se reduce a la simple omisión de los actos violentos (aunque “justos” o “sacros” o legales: la guerra, la pena de muerte, la pena no educativa

“in genere”, el sacrificio religioso de hombres y animales, la alimentación carnívora) pero constituye una dimensión espiritual tan profunda, tan ramificada en sus presupuestos teóricos, en sus motivaciones, en sus aplicaciones, para poderse considerar aún, y no sólo a nivel de sentido común, en gran parte inexplorada. Quizás es una compleja visión del mundo, que orienta, quizás con otros nombres, el camino de la humanidad. Filósofos contemporáneos como Buber, Levinas, Capitini han indagado en palabras occidentales aquellas que durante milenios ha sido una práctica “panidiana” de “renunciante” (sramana, hinduistas, monjes budistas, “gianisti” con ocasionales pero grandiosas entresacas en política (asoka, Gandhi). Capitini<sup>4</sup> la define “atención y afecto por cada ser propio en su ser sí mismo y no en otro, por su existencia, libertad y desarrollo”. Por tanto, es un decir un tu a un ser concreto e individualizado; es tener (...) alegría que éste exista, que haya nacido, y si no hubiera nacido, le daremos nosotros el nacimiento: asumimos nosotros el acto de encontrarse en el mundo, somos como madres”. “La no violencia no es la sustitución de ciertos medios a otros, con la salvedad de todo el resto (...) la no violencia (..) introduce una dimensión nueva, anticipa una realidad diferente”. Es una suspensión de activismo que es una activismo multiplicación de atención (...), potenciación de la vida interior mediante esta conexión en acto de todo lo real en sus innumerables individuaciones con lo más íntimo de cada uno: desde las simples “cosas” a los “seres subhumanos” también “de mínima vida, microorganismos y microbios”, a las “individualidades con las que es posible establecer una relación compleja” plantas, flores y naturalmente animales. “El vegetarianismo, por ejemplo, esta “suspensión” introducida en la ligereza exterminadora y en la frialdad utilitaria, se refleja en un acrecimiento de valor interior”; pero es sólo un lugar, ya bien sea crucial, de la dimensión, del horizonte no violencia, la no violencia es, para Capitini, dejar atrás las religiones institucionales dogmáticas, entrar en la “religión abierta”, “entrar para siempre en la copresencia de la que nada y nadie puede ser arbitrariamente excluido. La no violencia

es una iniciativa absoluta y sin retorno, pero cada día por reinventar: “es como la música, la poesía, y se puede siempre hacer nueva música, nueva poesía,” como nadie puede desear de escuchar y componer “la Música, toda la Música, también nadie abraza la abstracta no violencia, pero comete actos particulares de no violencia, en situaciones concretas”; al mismo tiempo “nosotros vivimos para cada ser, con ocasión de su encuentro, la unidad”: “la no violencia hace vivir el Uno-Todos”.

Yo querría decir, con mis propias palabras, que la no violencia es un generalizado “actuar con cautela”, una siempre renovada y admirada pausa, que es entretenida por el paso decidido, por el hundimiento y desprecio. Es siempre imperfecta, porque es la iniciativa de un viviente y la vida es por definición la autoabsorción de un sistema a cargo de los sistemas circunstantes; si bien su conciencia de imperfección la consume y “afina”. Es individual y universal: parte unas individualidades amadas intuitivamente e irresistiblemente, digamos también injustamente, para ampliarse en la intención y según la justicia ontológica, a cada ser pensado y a cada encuentro: buscando conseguir en todos la injusticia de aquel amor inicial.

¿Es ahistórica? Temo que sí. Es demasiada complicidad historia-fuerza, historia-poder, historia-violencia. Ahimsa (si puedo por un momento personificarla) te hace elegirte débil, te hace entrar en la historia saliendo de ella, tomar parte dando la espalda. No obstante, bien mirado, ella hace últimamente la verdadera historia, aquella por la que se puede hablar de progreso.

¿Es triste? Temo que sí. Porque priva a la vida del gusto del triunfo; porque no es “goderaccia”, no “grasso che cola”; porque en ningún modo te esconde la precariedad del ser de los seres. Es triste porque es como despedirse de una cantidad de “satisfacciones”. Si, respeto a muchas festividades de la compañía común la no violencia es un alejamiento. No obstante, a su modo triste alegre porque introduce a las alegrías leves del bienestar ético.

¿Es ascética? ¿Es enemiga del principio del placer? No sé. Temo que sí. Espero que no. Los antiquísimos inauguradores eran renunciante,

hacían un voto inescindible de no violencia y no goce. Grandiosos sucesores (discípulos) y renovadores, como Gandhi, han sido austeros; Gandhi ha hecho y —se dice— ha guardado el voto de castidad conyugal. Por otra parte, el emblema mismo de la no violencia positiva es el bodhisattva del budismo mahayana, el ser de iluminación, cuya mente y deseo “de hacer felices todos los seres sin excepción”, “deseo que cada uno de ellos realice ilimitadas calidades positivas”; o al menos, deseo de realizar este deseo”<sup>5</sup>. Los bodhisattva no apuntan “egoísticamente” a la sola iluminación personal: “estos miran con compasión a la criatura y a esta tranquila ciudad del nirvana la consideran nada más ni nada menos que una casa de hierro oxidado y flameante y como tal, se alejan de ello lo más posible. La causa del nirvana sin base, no es por tanto más que la gran compasión, aquí y a continuación cito de *Naropa Iniziazione kalacakra*<sup>6</sup>. La “gran compasión”, makakaruna es otro nombre para la no violencia positiva, para el “estado de Buda caracterizado por la compasión sin apoyo” que se “usa para el bien del mundo”. Ahora, en el centro mismo del budismo mahayana que nos ha llegado encontramos un filón que asocia la gran compasión a la “gran concupiscencia” (maharaga) vivida en la unión sexual, de modo que “no existe pecado mayor que la falta de concupiscencia, no existe mérito mayor que el placer” y “la compasión se caracteriza por un aumento de concupiscencia”. Me ha faltado tratar de aclarar aquí, sobre todo a mí mismo, enseñanzas que se adivinan psicológicamente penetrantes tanto como susceptibles de múltiples interpretaciones; me interesa, lo considero valioso, que el amor universal haya sido por lo menos uno de los filones de la espiritualidad no violenta, unida vitalmente a la exaltación erótica, desligado del ascetismo sexual y del “dolorismo”.

Esencialmente debe tenerse presente (más bien diría continuamente presente) que el vegetarianismo profundo no puede aislarse o estar sólo; se inscribe en el horizonte global de la visión no violenta del mundo, por tanto exige un terrible despego o alejamiento” de toda la

vida, de todos los hábitos, por la actitud de la prepotencia, biológicamente y sobre todo culturalmente así connatural al hombre que casi parece la shakesperiana libra de carne “cercana al corazón”. Quizás no estemos ya en los linderos de la tierra firme de la ética preceptística; estamos en la alta mar de la ética vocacional o de la sabiduría.

## 7. LA VIVISECCIÓN

He hablado hasta ahora de carnivorismo y no de disección porque el primero es mucho más extendido entre la población humana y constituye una relación mucho más inmediata, más visible, con los cuerpos animales y también porque imagino (me faltan datos precisos) que el número de cuerpos animales hechos sufrir por el carnivorismo coincidiera a menudo con el de aquellos que han sufrido por la disección. Smil informa que la especie humana consume 200 millones de toneladas de carne y 130 millones de toneladas de pescado, es decir 330 millones de toneladas de cuerpos de animales con ojos, al año. No sé calcular, si conyuntamente el peso medio de estos animales, que van desde bovinos entorno a media tonelada a los pollos y a los peces; suponiendo por comodidad, un peso medio de 3,3 kilos, serían 100 mil millones de animales sacrificados al año. Me faltan las cifras de la disección; aunque sean mucho menores, se puede de todos modos temer que las torturas inflingidas sólo desde hace poco tiempo por parte de los diseccionadores, usados sin anestesia, sobrepasarán en sofisticada crueldad deshumana la vulgar barbarie de los criadores y carniceros, así que multiplicando el número de animales por intensidad de dolor el producto no fuera tan diverso.

De todos modos, el discurso sobre la disección o experimentación en animales vivos es demasiado complejo para que yo pueda desarrollarlo aquí; me remito, en relación con un aspecto muy particular pero de gran importancia teórico-jurídica, a una de mis contribuciones<sup>7</sup>. Doy por descontado un amplio consenso,

incluso entre los no vegetarianismo y no animalistas: coinciden que cualquier cosa que se haga de los animales es mejor hacerlos sufrir lo menos posible; y termino por lo tanto con un perfeccionable e integrable decálogo derivable de cualquier cosa como un imperativo kantiano “actuar en la medida que se considera el animal también como fin y no sólo como medio”.

## 8. DECÁLOGO

En el decálogo no distingo entre los actos que considero necesarios y los actos que considero preferibles, aconsejables. Omito las acciones legislativas de los parlamentarios y los comportamientos propiamente militantes, aun siendo necesarios, porque me dirijo al grupo, mucho más vasto, sólo de aquellos deseos de reducir al menos un poco el sufrimiento y el daño inflingido a los animales.

Resiste a la persuasión mediática en general, a la publicidad comercial en general. Éstas hacen propaganda de estilos de vida y de consumo objetivamente enemigos del bienestar animal; además muestran siempre y sólo los resultados desiderables y nunca los métodos con los cuales se obtienen; mostrando opulentos, alegres banquetes familiares a base de carnes animales y no los “relativos” mataderos, fármacos milagrosos y no los “relativos” test sobre cobayas de laboratorio.

Resiste, específicamente, a la publicidad de las empresas farmacéuticas y cosméticas.

Resiste a las pretensiones de autoridad (autorvolezza) ética de las religiones y sobretudo de la Iglesia Católica, legitimadora histórica de todas las formas de violencia sobre los hombres y los animales. Piensa (por ti mismo) con tu cabeza y en base a argumentos.

Lee los textos (de ciencia, de poesía) que evidencian realísticamente la belleza y el rango ontológico de los animales con los hombres, la continuidad entre cuerpo-mente humano y cuerpo-mente animal en el comportamiento y en la psique humana, la omnipresencia de los símbolos animales en la cultura humana.

Lee textos sobre la no violencia como opción espiritual fundamental y como técnica política.

Infórmate sobre la alta cocina vegetariana y sobre los estilos ascéticos de la alimentación.

Intentar pasar al vegetarianismo o al menos a una drástica reducción del consumo de carne.

Ejercita el consumo crítico seleccionando los productos alimentarios animales diversos de la carne (leche, quesos, huevos) obtenidos con métodos lo menos lesivos posible al bienestar de los animales aprovechados sin escrúpulos (exige, por ejemplo huevos de gallina alimentadas con piensos sanos y criadas en tierra con suficiente espacio para moverse).

Ejercita el consumo crítico, si no eres vegetariano, seleccionando las carnes obtenidas con métodos (crianza, matanza) lo menos lesivos posibles al bienestar de los animales sacrificados.

Boicotea los productos animales de cualquier género obtenidos con métodos brutales o crueles. Este punto es muy importante. En la sociedad consumista el boicot es el arma absoluta, quizás más incisiva que el voto político. Las multinacionales son sensibles a la menor reducción de los beneficios, muchas campañas de boicot o de consumo ético (por ejemplo contra Mac Donalds, la más formidable empresa de matanza y preparación de carnes de la humanidad) han tenido algún, si bien insuficiente, pero aun con todo significativo, éxito. Infórmate sobre los productos cruelty-free.

Reduce el uso de fármacos, cosméticos y en definitiva objetos o sustancias experimentadas en animales. También este punto es muy importante. No sólo los fármacos, sino una variedad de cosas son comercializadas, por ley, solo si se experimentan en animales. Ahora, muchas de estas cosas son inútiles. No sólo son inútiles porque obviamente no responden al fin perseguido (fármacos que no curan), pero inútiles también, algo menos obvio, porque responden a fines rendidos necesarios por la ignorancia humana. En el origen de mucho dolor animal destinado al test hay un modo de vida humana equivocado. Una equivocación estructural:

ambiente no espléndido y sano, más bien feo y mortificante, malsano; forma de trabajo no pacificante, gratificante, socializante, más bien estresante, aislante; ritmo de vida no musical, más bien bruscamente, con interrupciones forzadas, sin armonía; relaciones humanas, etc. Una equivocación moral: prefiero un régimen nocivo a base de fármacos a un régimen beneficioso sin fármacos, cuando me encuentro mal no me cuestiono qué no marcha bien en mi vida, sino qué fármaco puedo tomar; halago, en mis hijos y en mí, deseo “appetizionale” de consumos, símbolos de status, gadgets “futiloides” de cualquier género, aquellos que los antiguos llamaban bienes externos, en vez de cultivar el deseo por los bienes del cuerpo, de la mente, de la relación que son los bienes correspondientes a la estructura ontológica del hombre. Una economía, una política, una cultura, un derecho más “sapienzali”, digamos también más filosófico elecciones individuales más inspiradas en el buen gusto ético-estético, a un proyecto no violento de poetización de la existencia, a los postulados ecológicos, en definitiva por una diversa consideración estructural y moral de vivir del hombre tendría consecuencias benéficas también para los animales.

Enfrenta, con un poco de tiempo a disposición, el siguiente koan: ¿qué “es más ético, comer la carne de un hombre que ha vivido dignamente y fallecido por muerte natural o accidental o la carne de un animal criado y matado cruelmente para ser comido?”. Si se responde inmediatamente y con ira “pero por supuesto comer el animal ¡en nombre de la dignidad del hombre!”, piensa si es más respetuoso para la dignidad del hombre hacerlo comer por los hombres o por los gusanos”

## 9. DE NUEVO, EL PRINCIPIO “ASOMBRO”

Mi decálogo ha alcanzado los doce puntos; ha llegado el momento de poner fin. Termino volviendo al principio: al asombro de ejercitar sobre el esplendor de los seres vivos y dotados de sentidos. OM MANIPADME HUM: “me arrodillo ante ti, joya de la mente dotada de sentidos que resplandece en la flor de loto del cuerpo cósmico” el fundamento de la piedad y de la justicia es el asombro.

## NOTAS

1. RIFKIN, J.: “*Ecocidio. Ascesa e caduta della cultura della carne*”, Mondadori, 2001, or. Ingl. 1992.
2. SMIL, V.: “Eating Meat.: Evolution, Patterns and Consequences” in *Population and Development Review*, 28 (4), 2002.
3. SIWEK, P.: *Pshychologia metaphysica; Editio septima aucta et emendata*, Romae, apud Aedes Universitatis Gregoriana, 1965.
4. CAPITINI, A.: “Le ragioni della nonviolenza” in M. MARTINI, M. (a cura di), *Antologia*, Edizioni ETS, Pisa, 2004, p. 73-74, 60, 57-58, 42-43.
5. Shantideva, Bodhisattvacaryavatara. Guida allo stile di vita del Bodhisattva, Istituto Lama Tzong Khapa, Pomaia, Pisa, s.d., cap. I.
6. GNOLI, R. e OROFINO, G.: *Naropa. Iniziazione kalacakra*, Adelphi, Milano, 1994, p. 84, 357, 344.
7. LOMBARDI VALLAURI, L.: “L’obiezione di coscienza legale alla sperimentazione animale, exvivisezione (legge 12 ottobre 1993 n. 413)” in MANUCCI, A. E TALLACHINI, M. (a cura di), *Per un codice degli animali*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 269-281.

**Fecha de recepción: 22 de julio de 2009**

**Fecha de aceptación: 21 de septiembre de 2009**

## RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto preciso examinar el actual régimen jurídico de los animales en el Derecho administrativo. Sobre la base tradicional de configurar jurídicamente a los animales como simples cosas susceptibles de apropiación establecida aún hoy por el Código Civil, se analiza aquí cómo la necesaria protección del medio ambiente, primero, unida a una reciente sensibilidad social hacia los animales que se encuentran más cercanos a las personas, en segundo término, ha dado lugar a toda nueva ordenación pública de la entera fauna donde, en efecto, el inicial derecho de propiedad de las personas es objeto de muy severas correcciones mediante un muy amplio conjunto de límites, obligaciones y deberes de naturaleza pública que corresponde cumplir a las Administraciones públicas en cada caso competentes. Ordenación pública que, en cualquier caso, no ha perdido la impronta marcadamente antropocentrista que ha caracterizado siempre la relación de nuestro Derecho con los animales.

## PALABRAS CLAVE

DERECHO ADMINISTRATIVO, RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES, DERECHOS DE LOS ANIMALES, PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LA FAUNA SILVESTRE, TUTELA DE LOS ANIMALES DOMÉSTICOS Y DE COMPAÑÍA, SANIDAD ANIMAL Y USO DE ANIMALES PARA FINES CIENTÍFICOS

## ABSTRACT

The precise aim of this work is to examine the present legal framework in administrative law regarding animals. Traditionally animals are seen legally as mere things susceptible to appropriation, as established still by the Civil Code. We analyse how the necessary protection of the environment, coupled with a fresh social sensitivity to animals close to people, has given rise to a new public regulation of all fauna. People's initial right to ownership is subject to serious rectification by way of a broad set of limits, obligations and duties of a public nature that are incumbent upon public bodies in relevant cases. Such public regulation has not, however, lost the markedly anthropocentric stamp that has always characterised the relationship between the law and animals.

## KEY WORDS

ADMINISTRATIVE LAW, LEGAL FRAMEWORK OF ANIMALS, ANIMAL RIGHTS, PROTECTION AND DEFENCE OF WILDLIFE, CUSTODY OF PETS, ANIMAL HEALTH AND USE OF ANIMALS FOR SCIENTIFIC PURPOSES



# CONSIDERACIONES SOBRE EL TRATO A LOS ANIMALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Antonio Descalzo González

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad Carlos III de Madrid

**Sumario:** 1. De los animales como simples cosas susceptibles de apropiación a la ordenación pública de su trato por el hombre. 2. Algunos ejemplos de la protección y tutela de los animales en el Derecho administrativo. A) La fauna salvaje en el marco de la conservación del patrimonio natural y de la biodiversidad. B) La protección de los animales domésticos y de compañía. C) El uso de animales en la investigación científica. Nota bibliográfica.

## 1. DE LOS ANIMALES COMO SIMPLES COSAS SUSCEPTIBLES DE APROPIACIÓN A LA ORDENACIÓN PÚBLICA DE SU TRATO POR EL HOMBRE

Hasta bien entrado el siglo XX los animales han sido objeto de atención por el Derecho desde la perspectiva fundamental de dar alguna satisfacción o utilidad a los intereses de los humanos (Muñoz Machado: 1999: 48). De esta manera, la regla general y tradicional establecida por el Código Civil es su mera consideración entre las cosas susceptibles de apropiación y, por tanto, su régimen jurídico viene marcado por el derecho de propiedad. Dentro del Derecho público también ha prevalecido esta idea fundamental de establecer normas donde los animales aparecen contemplados fundamentalmente como cosas al servicio de las personas. Entre ellas, puede quizá destacarse cómo en el anterior Código Penal los ataques a los animales eran entendidos como

una conducta delictiva de daños respecto de sus propietarios (Cervello Donderis: 2008: 5). Tampoco el Derecho administrativo ha sido del todo ajeno a esta perspectiva esencialmente antropocentrista en el tratamiento jurídico de los animales. Si tomamos como ejemplo la legislación de caza, quizá el primer gran sector normativo público desgajado de las reglas comunes del Derecho privado para la fauna —el artículo 611 del Código Civil dispone que “el derecho de caza y pesca se rige por leyes especiales—, podrá comprobarse incluso que la intervención pública establecida para la protección de las especies mediante el sistema de vedas y de técnicas cinegéticas contenido en la todavía vigente Ley de caza de 4 de abril de 1970 no atiende tanto al valor *per se* de las piezas de caza cuanto a garantizar que el hombre cazador pueda seguir satisfaciendo su afición o gusto por capturar animales (Esteve Pardo: 1996: 283). A su vez, la paralela regulación de intensa persecución y erradicación padecida hasta no hace tanto tiempo por las muy significativamente denominadas alimañas atendía, desde luego, a la protección de las personas o

sus bienes (Nieto Garrido: 2001: 47). Y, en fin, tampoco resulta nada dudoso observar que la llamada ordenación de la sanidad animal en sus dos vertientes de sanidad veterinaria y de sanidad pecuaria ha mirado siempre derechamente, y respectivamente, bien a la salud, bien al patrimonio de los humanos (Rebollo Puig, M: 1999: 241).

De esta manera, y aunque es bien cierto que durante el pasado siglo fueron también numerosas las normas principalmente municipales que se ocupaban de establecer ciertas prohibiciones o límites al maltrato o degradación de los animales en el marco de las medidas de orden público, resulta bastante claro que la preocupación normativa por el bienestar de los animales como un bien o valor jurídico autónomo respecto de los intereses de los humanos surge, como digo, a finales de la pasada centuria, tanto a escala internacional como en nuestro propio suelo. Desde la primera de las perspectivas sobra ahora con la reseña del Convenio de 23 de noviembre de 1972 para la protección del patrimonio mundial cultural y natural, así como de la conocida Declaración universal de los derechos del animal, adoptada primero por la Liga Internacional de los Derechos del Animal en 1977 y luego aprobada por la UNESCO el 15 de octubre de 1978. Y, por lo que hace a la segunda, arranca de manera resuelta con la aprobación de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de espacios naturales y de la flora y la fauna silvestre, como veremos después en detalle. Desde entonces, la idea de la protección y conservación de los animales por el Derecho se ha desarrollado de manera continuada y creciente hasta llegar incluso a la reivindicación de considerarlos sujetos titulares de derechos morales (De Lora: 2003: 213).

En su lugar, y al margen de las muchas dificultades teóricas apuntadas por la doctrina para poder atribuir derechos a los animales, cabe sostener que la reciente preocupación por el bienestar de los animales se ha traducido hasta el momento presente en una cascada de normas donde el criterio dominante ha sido otro, a saber: establecer límites, obligaciones

y deberes sobre las personas (Doménech Pascual: 2004: 20). Esta intervención dirigida a lograr un cierto respeto y buen trato para con los animales si bien es cierto que no sustituye totalmente las bases del régimen jurídico tradicional, ha corregido muy severamente todo el sistema anterior al imponer a la áspera y dura idea de la propiedad de los animales como un “derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes” (artículo 348 del Código Civil), una muy amplia red de reglas y principios donde, insisto, se hace especial hincapié en delimitar y limitar esa anterior facultad de uso y abuso que presidía la relación de los hombres con los animales. Para ello, y como luego veremos, el camino seguido por nuestro ordenamiento ha sido establecer y afianzar alrededor de los animales toda una serie de intereses públicos protegidos por la Administración pública mediante la asignación de las correspondientes potestades públicas; esto es, y en síntesis, la protección y defensa de los animales se ha instrumentado a través de una progresiva publicación o *publicatio* de la inicial regulación privada que recaía sobre nuestra fauna.

Ahora bien, y como se ha dicho, ocurre que el derecho de propiedad sigue siendo todavía la primera pieza sobre la que se asienta hoy esa compleja relación que el ordenamiento jurídico mantiene con los animales, pues efectivamente para el Derecho todo el reino animal se clasifica todavía no en razón a ninguna base científica sobre las diferencias que median entre unas y otras especies cuanto en el dato preciso de su apropiación efectiva o posible por parte del hombre. La distinción inicial del derecho romano entre *animalia ferae, domesticae* y *mansuefacta* (Pérez Monguió: 2005) llegará hasta la época de la codificación mediante la formulación contenida primero en el artículo 610 del Código Civil donde se sanciona el carácter de *res nullius* de los animales que son objeto de la caza, esto es, de los salvajes o silvestres, según corrobora después el artículo 4 de la Ley estatal de caza de 4 de abril de 1970 al afirmar que “son piezas de caza los animales salvajes y los domésticos que pierdan esa condición”

de tal suerte y manera que “la condición de piezas de caza no será aplicable a los animales salvajes domesticados, en tanto se mantengan en tal estado”; regla del señorío o dominación que ha sido ratificada luego por la legislación más reciente como testimonio, por ejemplo, el artículo 3 de la Ley 8/2003, de 24 abril, de sanidad animal, al definir la fauna silvestre como “el conjunto de especies, subespecies, población e individuos animales que viven y se reproducen de forma natural en estado silvestre en el territorio nacional, incluidos los que se encuentran en invernada o están de paso, con independencia de su carácter autóctono o alóctono, y de la posibilidad de su aprovechamiento cinegético” y concluir entonces, en el mismo precepto, que en dicha definición “no se entenderán incluidos los animales de dichas especies que tengan el carácter de domésticos, criados con fines productivos o de aprovechamiento de los mismos o de sus producciones o cultivos, y los de experimentación o investigación científica con la debida autorización”.

En lo que ahora importa, y sin necesidad de explorar mucho más atrás, tal clasificación trae causa de la relevante función asignada a la institución de la propiedad con ocasión de las revoluciones liberales alumbradoras de la época constitucional, toda vez que los principios de la autonomía de la voluntad y el contrato exigían una clasificación de los bienes y cosas conforme al criterio de su apropiación (Parejo Alfonso: 2009: 29). De esta manera se comprende que el Código Civil, dando por supuesto que los animales domésticos están ya bajo el poder directo del hombre, sólo se preocupe de establecer que el resto, sea cual sea su naturaleza, son también susceptibles de apropiación mediante la ocupación. No por otra razón, el artículo 2 de la citada Ley de caza de 1970 “considera acción de cazar la ejercida por el hombre mediante el uso de artes, armas o medios apropiados para buscar, atraer, perseguir o acosar a los animales definidos en esta Ley como piezas de caza, con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o de facilitar su captura por tercero” y, un poco después, en el artículo 6, vincula muy directamente el ejercicio de la

caza con el derecho de propiedad (Laguna de Paz: 1997: 119) toda vez que con arreglo a su tenor literal “los derechos y obligaciones establecidos en esta Ley, en cuanto se relacionan con los terrenos cinegéticos, corresponderán al propietario o a los titulares de otros derechos reales o personales que lleven consigo el uso y disfrute del aprovechamiento de la caza”. Vale decir entonces, en una primera aproximación, que para el Derecho toda la fauna se clasifica en atención a dos órdenes bien claros: animales que están ya efectivamente bajo la dependencia o poder directo del hombre, los domésticos, y los que son susceptibles de apropiación, los silvestres o salvajes.

Desde luego, no hay ninguna duda que en el actual marco de una economía de mercado donde se reconoce la propiedad y la libertad de empresa (artículos 33 y 38 de la Constitución) la institución de la propiedad sigue siendo ciertamente útil para poder ordenar adecuadamente el tráfico jurídico de los animales en cuanto que seres que desde muy antiguo han servido y siguen sirviendo al hombre en sus distintas necesidades, bien en su trabajo, bien como materia prima para la producción de alimentos o, más en general, para cualquier otro fin comercial o lucrativo. Al respecto, y a mayor abundamiento, basta con señalar ahora cómo desde el carácter apropiable de los animales y, por tanto, de ser “cosas que no están fuera del comercio de los hombres” (artículo 1271 del Código Civil) se llega luego en el mismo Código Civil a la ordenación de ciertas reglas concretas para los contratos de que son objeto (artículos 1491 a 1499, sobre el contrato de compraventa).

De este modo, se puede comprender también que el trato jurídico a los animales se haya desarrollado durante el pasado siglo a través de dos grandes líneas de actuación, a saber: de un lado, la que han recibido los animales salvajes o silvestres y, de otra parte, la establecida para los animales domésticos y domesticados.

Por lo que hace a estos últimos, ocurre que hasta no hace mucho tiempo se consideró bastante y suficiente con la aplicación a los mismos de las reglas de propiedad en el sentido am-

plio otorgado por el ya citado artículo 348 del Código Civil. Así lo prueba, *sensu contrario*, la intensa reacción legislativa que en los últimos tiempos, desde la última década del pasado siglo, han protagonizado fundamentalmente las Comunidades Autónomas para tratar de invertir el sistema establecido, según bien explica, por todas, la exposición de motivos de una de las primeras, la Ley madrileña 1/1990, de 1 de febrero, de protección de los animales domésticos, cuando indica que “la inexistencia de una legislación global y actualizada sobre la protección de los animales domésticos, que recoja los principios de respeto, defensa y protección de los mismos, tal como ya figuran en los convenios y tratados internacionales y en las legislaciones de los países socialmente más avanzados, hace necesaria una ley adecuada, en el ámbito de esta Comunidad Autónoma, que garantice su mantenimiento y salvaguarda”. Leyes autonómicas recientes que, como se ha dicho ya, tomando pie en una reciente sensibilidad social hacia los animales que se encuentran más cercanos a las personas, han venido a incidir con un abanico de medidas de ordenación e intervención sobre las atenciones mínimas que deben recibir los animales domésticos, y específicamente los de compañía, desde el punto de vista higiénico-sanitario, malos tratos, mutilaciones, sacrificio, esterilización y su utilización en espectáculos, fiestas populares y actividades deportivas o recreativas que impliquen crueldad, abandono, cría, venta y transporte, así como la inspección, vigilancia, sanciones y obligaciones de sus poseedores o dueños, y de los centros de recogida o albergues, y de las instalaciones para su mantenimiento temporal.

Por el contrario, y sobre la base inicial ya apuntada de la sucesiva regulación de la actividad cinegética, los animales salvajes o silvestres han merecido una atención mayor del legislador mediante una normativa propia alejada de las estrictas coordenadas del Derecho privado. Como puso de relieve en su momento López Ramón, “puede sostenerse, argumentado con el propio Código Civil, la *publicatio* del sector. Con la única excepción de los posibles litigios

acerca de la adquisición de un animal, litigios *interprivatos* en los que sí opera el concepto de *res nullius*, como base sobre la que se desenvuelve el instituto de la ocupación” (López Ramón, F.: 1980: 41). De hecho, y como ya sabemos, el propio Código Civil luego de determinar la cualidad de *res nullius* de los animales objeto de la caza (artículo 610) expresa después que “el derecho de caza y pesca se rige por las leyes especiales”.

Es más, es en este preciso ámbito de la fauna silvestre o salvaje donde el sistema de ordenación e intervención de carácter administrativo apunta incluso hacia un giro sustancial en la propia calificación jurídica de los animales silvestres, pues cabe quizá considerar que su conocida naturaleza de *res nullius* susceptible de apropiación parece evolucionar hacia la calificación de las *res communes omnium*. Cambio de orientación que con superación de la inicial regulación de la actividad cinegética responde ya, derechamente, a la contemplación de los animales silvestres desde la nueva perspectiva de la política pública de protección del medio ambiente exigida por el artículo 45 CE. Al respecto, conviene anotar, en efecto, que con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional la fauna silvestre forma parte fundamental “del concepto de medio ambiente en su configuración constitucional” (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 23).

Como se sabe, para el derecho romano las *res communes* eran las cosas que la naturaleza ha producido para el uso de todos al tratarse de elementos necesarios para la vida humana y considerarse inagotables; esto es, la noción así establecida alcanzaba a los elementos naturales abióticos —el aire, la luz del sol, el agua— y, en lo que ahora sólo importa, también a los animales silvestres. Como ha razonado Jadot, el artículo 714 del Código Civil francés de 1804 —según el cual “existen cosas que no pertenecen a nadie y cuyo uso es común a todos. La leyes de policía regulan la manera de disfrutar de ellas”— ha recogido de manera acertada las notas características de las viejas cosas comunes romanas al considerar que el uso común que se reconoce a todos en dicho precepto no impide

tanto que exista una posible apropiación parcial de las mismas —el agua o el aire que cada cual consume de manera particular— cuanto, mejor, y sobre todo, prohíbe hacerse con ellas en su entera globalidad (Jadot, B.: 1996: 2).

De esta manera, y en el mismo sentido, nuestra doctrina ha señalado igualmente que el rasgo fundamental de los bienes ambientales es justamente que “su uso y disfrute pueden realizarse en común, sin quebranto de su integridad y sin menoscabo del contenido de lo individualmente utilizado: el uso no excluyente. De ahí se deriva su resistencia al régimen de la propiedad privada” (Loperena Rota, D.: 1996: 72). Lo que para el caso particular de la fauna silvestre equivale a decir que, siendo posible admitir la apropiación de los animales tomados en su individualidad en razón de su conocida condición de *res nullius*, no resulta nunca aceptable, por el contrario, el derecho de propiedad cuando son contemplados en su conjunto o totalidad como especies o ecosistemas, esto es, como parte integrante del medio ambiente en su sentido constitucional (Laguna de Paz: 1997: 150; Parejo Alfonso: 2009: 87).

Afirmada de manera muy sintética la posibilidad general de que la fauna silvestre no sea solamente configurada jurídicamente desde la perspectiva individual de cada una de las piezas que la componen como simples *res nullius*, según hace el derecho de caza, sino que también pueda ser contemplada en su totalidad o globalidad —especies y ecosistemas— como una *res communis* procede analizar si tal calificación resulta quizá plausible actualmente en nuestro Derecho y, en su caso, la operatividad que se obtiene de la misma, porque, como ha señalado la doctrina, “si el concepto de las *res communis* se limita, con relación a las *res nullius*, a sustituir el hecho de que el bien no pertenezca a nadie por el hecho de que el bien pertenezca a todos, dadas las técnicas con que actualmente se puede contar, escaso progreso se habrá logrado” (López Ramón: 1980: 37).

Al respecto conviene quizá decir que, en rigor, en las cosas comunes si bien es cierto que no pertenecen a nadie no resulta del todo correcto afirmar que “el bien pertenezca a to-

dos”, pues cabalmente el estatus que corresponde aplicar en estos casos al ser humano es el de mero usuario de la cosa común (Jadot, B.: 1996: 15). Vale decir entonces que el hombre tiene derecho de disfrutar de la cosa pero no puede disponer de la misma, según enseña con carácter general el artículo 467 del Código Civil al establecer, justamente, que frente al derecho de disposición que corresponde al propietario “el usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa”. La condición de usuario que se desprende de la noción fijada para las llamadas cosas comunes determina, consecuentemente, que su régimen jurídico venga marcado, muy precisamente, y tomando aquí a préstamo la regla general establecida para el usufructuario, por el deber de conservar su forma y sustancia; en otras palabras, por la prohibición de realizar actos que puedan dañarla de manera duradera y sensible o, dicho más en corto, que den lugar a su destrucción. Prohibición que, a su vez, permite aclarar también que siendo las cosas comunes aquellas que son vitales para el hombre la facultad que éste tiene reconocida sobre las mismas consiste precisamente en el derecho a no verse privado de ellas, a conservarlas, a que no le falten (Jadot, B.: 1996: 25). Régimen de obligaciones y derechos muy sucintamente descritos que, en fin, y como bien enseña el Código Civil francés, queda confiado a la regulación contenida en las leyes de policía.

Tomadas y entendidas las cosas comunes de esta breve manera, y aunque no se diga de manera expresa, todo apunta a considerar que la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad (en adelante, LPNB), configura a las especies autóctonas silvestres o fauna silvestre como una *res communis* en el sentido recién expuesto.

Así, en primer lugar, y por lo que hace a la prohibición esencial y principal de no realizar actos que puedan dañarla de manera duradera y sensible, cabe notar que con arreglo al artículo 52.3 LPNB la regla general establecida al respecto consiste en que “queda prohibido

dar muerte, dañar, molestar o inquietar intencionadamente a los animales silvestres, sea cual fuere el método empleado o la fase de su ciclo biológico”. Y, a mayor abundamiento, dentro de esta norma prohibitiva se incluyen expresamente, y muy particularmente, todas aquellas posibles acciones relacionadas con una supuesta facultad de disposición por parte del hombre como son, en efecto, “su retención y captura en vivo, la destrucción, daño, recolección y retención de sus nidos, de sus crías o de sus huevos, estos últimos aun estando vacíos, así como la posesión, transporte, tráfico y comercio de ejemplares vivos o muertos o de sus restos, incluyendo el comercio exterior”. Lo que equivale a decir que, en principio, y como sucede con todas las *res communes*, no cabe aquí tampoco una apropiación general sobre los animales silvestres considerados en su conjunto o globalidad. Ahora bien, ocurre asimismo que dicho criterio es luego igualmente compatible con la posibilidad ya antes apuntada de que en las cosas comunes existan apropiaciones parciales —amparadas en nuestro caso concreto en la condición tradicional de *res nullius* de las piezas de caza—, pues conforme al mismo precepto de la LPNB para los animales no comprendidos en las categorías de especies silvestres en régimen de protección especial (artículos 53 y 55 LPNB) estas prohibiciones no se aplicarán en los supuestos con regulación específica, en especial, en la legislación de montes, caza, agricultura, pesca continental, pesca marítima y, en cualquier caso, en determinados supuestos contemplados en el posterior artículo 58 LPNB.

A mayor abundamiento, y en este mismo sentido de poder diferenciar entre la fauna silvestre como una totalidad o globalidad que permite su consideración dentro de las *res communes* y, de otra parte, los ejemplares individuales que la componen y sobre los que, en su caso, puede darse una apropiación particular, quizá merezca retener que en la más reciente legislación sobre la materia cabe apreciar una suerte de definiciones que parece asumir dicha distinción. Entre todas, puede citarse aquí el ejemplo proporcionado por el artículo 3 del

Decreto Legislativo de Cataluña 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de protección de los animales, donde a la idea de fauna salvaje autóctona y no autóctona entendidas, respectivamente, como “fauna que comprende a las especies animales originarias de Cataluña o del resto del Estado español” y “fauna que comprende a las especies animales originarias de fuera del Estado español”, se oponen las definiciones, ya relativas a ejemplares particulares de la fauna, de animal doméstico, animal de compañía, animal de compañía exótico, animal asilvestrado, animal abandonado, animal salvaje urbano, animales de competición o carrera y animal perdido.

En segundo lugar, cabe apuntar asimismo que junto a la imposibilidad de apropiación particular de los animales silvestres en cuanto conjunto o unidad, así como la consecuente prohibición de dañarla en los términos vistos, corre en paralelo el régimen de uso que tiene lugar normalmente en las llamadas cosas comunes, a saber: el derecho de todos a la conservación de las mismas o de no verse privados de ellas, toda vez que el régimen jurídico establecido en la LPNB responde, justa y precisamente, al objetivo de garantizar la conservación de la biodiversidad que vive en estado silvestre (en particular, artículos 1, 2 y 52). Y, en fin, la aplicación de las señas de identidad de las cosas comunes a los animales silvestres en nuestro ordenamiento actual toma cuerpo cuando se repara en que su regulación queda confiada a una típica ley de policía administrativa o de intervención en defensa de intereses públicos, según testimonia expresamente el artículo 4 LPNB al asumir, primero, que “el patrimonio natural y la biodiversidad desempeñan una función social relevante por su estrecha vinculación con el desarrollo, la salud y el bienestar de las personas y por su aportación al desarrollo social y económico” y rematar luego, en el inmediato artículo 5 LPNB, que “todos los poderes públicos, en sus respectivos ámbitos competenciales, velarán por la conservación y la utilización racional del patrimonio natural en todo el territorio nacional y en las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción

española, incluyendo la zona económica exclusiva y la plataforma continental, con independencia de su titularidad o régimen jurídico, teniendo en cuenta especialmente los hábitat amenazados y las especies silvestres en régimen de protección especial”.

Por consiguiente, y luego de lo brevemente expuesto, quizá no resulte del todo arriesgado convenir que en la actualidad los animales salvajes aparecen caracterizados como una *res communis* en nuestro ordenamiento.

Con todo, ese buen trato y protección mediante límites, obligaciones y deberes que como queda dicho ha pasado a dominar en poco tiempo toda la relación jurídica de los hombres con los animales no ha cambiado, sin embargo, y como se apuntó al principio, la perspectiva esencialmente antropocéntrica que siempre ha fundamentado el tratamiento de los animales por el Derecho.

En efecto, si antes primaba ese enfoque desde la utilidad directa y personal que ofrece al hombre el derecho de propiedad, hoy luce también, y en igual medida, tanto desde la perspectiva por disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de las personas —asentado en el artículo 45.2 de la Constitución española— donde se encuadra ahora la tutela de la fauna salvaje o silvestre como también, de otra parte, en la paralela toma de conciencia en nuestra sociedad actual de procurar un mejor trato a toda una serie de animales que se encuentran muy cercanos a los seres humanos, según sucede con los utilizados para la experimentación científica o con los llamados animales domésticos y, en particular, con los denominados, muy acertadamente, animales de compañía. Por lo demás, y como puede verse, esta doble óptica establecida para fundar de nueva planta la tutela que merecen los animales sigue muy de cerca, sin embargo, la tradicional división entre animales salvajes o silvestres y animales domésticos o amansados recogida ya, como se sabe, con ocasión de la codificación aunque ahora la distinción responda, desde luego, a criterios diferentes al de la mera apropiación de los animales.

En relación con la continuidad en el tiempo de esta clásica separación entre la fauna silvestre y la fauna doméstica, la doctrina viene sosteniendo de forma mayoritaria que “la protección de la fauna doméstica (...) no responde, al menos no primordialmente, a criterios de conservación o tutela del ambiente, que son los adoptados en este tema por la Constitución” para el caso de la fauna silvestre (López Ramón: 1980: 17) y, por lo mismo, se ha dicho después también 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” (Loperena Rota: 1998: 68 y 69).

Ahora bien, todo ello no obstante, es quizá posible convenir que la línea de separación así trazada entre ambos grandes grupos de animales resulta en ocasiones un tanto borrosa o de difícil de precisión. Así sucede, por ejemplo, con la llamada conservación *ex situ* de la fauna silvestre y, más en particular, con la conservación en cautividad de los animales silvestres en los denominados parques zoológicos, pues ocurre que entonces los criterios empleados para la distinción —tutela ambiental y bienestar de los animales cercanos a los seres humanos— se entrecruzan en la misma regulación a los efectos de lograr, en cualquier caso, la mejor tutela de los animales objeto de consideración. En este sentido, y por lo que hace a la primera de las perspectivas, el artículo 59 LPNB ordena que “como complemento a las acciones de conservación *in situ*, para las especies incluidas en el catálogo estatal de especies amenazadas, la comisión estatal de patrimonio natural y la biodiversidad impulsará el desarrollo de programas de cría o propagación fuera de su hábitat natural, en especial cuando tales programas hayan sido previstos en las estrate-

gias de conservación, o planes de recuperación o conservación”; programas de cría o propagación donde podrán participar, entre otros, los parques zoológicos. De esta manera, y con ocasión justamente de la ordenación de la conservación de la fauna silvestre en dichos citados parques, la Ley 31/2003, de 27 de octubre, se preocupa luego de establecer, junto a las medidas de carácter estrictamente ambiental, reglas profilácticas y de bienestar animal que parecen responder a los nobles sentimientos de una sociedad desarrollada, fundamento de la reciente normativa sobre animales domésticos.

Sea como sea, en ambos grandes casos, insisto, la tutela o protección de la fauna tiene siempre un claro carácter indirecto que se construye sobre la base de la inutilidad o innecesariedad de atribuir derechos a los animales o, en su caso, de otorgarles una protección de carácter directo (Muñoz Machado: 1999: 111; Doménech Pascual: 2004: 133). Responde así, como ha criticado de manera ciertamente convincente la doctrina no mayoritaria, a la enorme influencia del pensamiento cartesiano y kantiano donde, como se sabe, los animales no forman parte de la comunidad moral en tanto que seres no responsables y, consecuentemente, “si tenemos obligaciones hacia ellos éstas son de carácter indirecto: si debemos respetar su bienestar evitando los tratos crueles y degradantes, es porque obrando así cumplimos con obligaciones (ahora sí directas), cuyos beneficiarios no son los animales sino nuestros semejantes” (De Lora: 2000: 399).

Por lo que hace al fundamento esencialmente antropocéntrico de la protección de la fauna silvestre en el marco más amplio de la tutela constitucional de medio ambiente —artículo 45 CE— no cabe actualmente ninguna duda al respecto, conforme afirma expresamente la doctrina del Tribunal Constitucional en la Sentencia 102/1995, de 26 de junio, al decir que el ambiente “es un concepto esencialmente antropocéntrico y relativo”, FJ 4, donde tienen cobertura “sus habitantes vivos, los animales y los vegetales «recursos» en definitiva y factores del concepto de medio ambiente en su configuración constitucional, como ya se ha dicho

en ocasiones anteriores y elementos principales de cualquier ecosistema por aparecer más desvalidos ante las agresiones no sólo directas sino indirectas, a través de la degradación del «hábitat» de su espacio vital”, FJ 23. Perspectiva antropocéntrica que igualmente sostiene la doctrina científica, pues como dice Doménech “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” (Doménech Pascual: 2004: 135).

Y, por lo que respecta a los animales domésticos, es muy seguramente el conjunto de los llamados animales de compañía donde puede verse de manera quizá más clara que el mejor trato jurídico hoy imperante no responde tanto a la consideración del animal en cuanto ser vivo digno de consideración por sí mismo, cuanto a la afectividad que procura al hombre su compañía. Herrero de Miñón ha señalado recientemente que “entre las diferentes teorías que tratan de explicar el tratamiento jurídico de los animales, a mi entender los de compañía avalan los planteamientos antropocéntricos. Es el hombre el que genera una relación afectiva a la que el animal responde y los afectos recíprocos cualifican como de «entrañable» el dominio del hombre sobre el animal” (Herrero de Miñón: 2009: 27). Esta misma idea, en fin, aparece igualmente subrayada en la mayoría de las leyes que desde la última década del pasado siglo han ido dictando las Comunidades Autónomas para tratar de garantizar los principios de respeto, defensa y protección de los animales domésticos como acredita, por ejemplo, la exposición de motivos de la Ley canaria 8/1991, de 30 de abril, de protección de los animales, al razonar que “también pretende esta Ley aumentar la sensibilidad colectiva de Canarias hacia comportamientos más humanitarios y propios de una sociedad moderna en el trato a los animales sentando las bases para una educación que propicie estos objetivos”.



Ello no obstante, y para terminar ya con este apartado de consideraciones generales sobre el trato a los animales en el Derecho administrativo, puede quizá decirse también que en la referida legislación autonómica se aprecian asimismo testimonios que apuntan a una protección o tutela de los animales fundada en el valor propio y autónomo de los animales como realidades vivas de la naturaleza, según permite sostener el artículo 2.2 del Decreto Legislativo de Cataluña 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de protección de los animales, y donde se afirma expresamente que “los animales son seres vivos dotados de sensibilidad física y psíquica, así como de movimiento voluntario, y deben recibir el trato que, atendiendo básicamente a sus necesidades etológicas, procure su bienestar”.

## 2. ALGUNOS EJEMPLOS DE LA PROTECCIÓN Y TUTELA DE LOS ANIMALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

En la actualidad son tantos los supuestos normativos donde la tutela o protección de los animales aparece establecida de manera destacada, ya sea en el ámbito de la Administración General del Estado, ya en el de las Comunidades Autónomas o en el de las Entidades Locales, que sería prácticamente imposible recogerlos aquí de manera exhaustiva. En lo siguiente nos limitaremos a señalar sólo algunos ejemplos significativos de esa creciente e intensa preocupación por tratar de mejorar el trato que deben recibir los animales de los seres humanos.

### A) LA FAUNA SALVAJE EN EL MARCO DE LA CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO NATURAL Y DE LA BIODIVERSIDAD

Conforme a todo lo expuesto hasta el momento, la protección y tutela de la fauna silvestre se fundamenta y tiene lugar en nuestro

actual ordenamiento jurídico en el marco del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona sancionado en el artículo 45 de la norma constitucional. En esta línea, la LPNB establece que la conservación de las especies autóctonas silvestres como parte de la biodiversidad o “variabilidad de los organismos vivos de cualquier fuente, incluidos entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte” (artículo 3.3 LPNB), no sólo resulta incluida en la materia referida a los tradicionales espacios protegidos, sino que, según observa la doctrina, comprende fundamentalmente la “protección de la vida salvaje en toda su extensión, protección que comienza a nivel de material genético y sube hasta el nivel hábitat, pasando por el de especie o taxón” (Fernando Pablo: 2009: 43).

A tal efecto, el derecho de todos a la conservación de la fauna salvaje en los términos expuesto un poco más arriba determina, como ya sabemos, toda una serie de obligaciones y deberes generales entre las cuales conviene quizá retener, de manera sintética, la prohibición general de matar, dañar, molestar o inquietar a los animales, así como la de introducir especies autóctonas en el medio natural (artículo 52 LPNB).

A su vez, y sobre la base anterior, la LPNB organiza luego regímenes especiales de protección mediante el listado de especies silvestres en régimen de protección especial (artículo 53 LPNB) y el catálogo español de especies amenazadas (artículo 55 LPNB), que llevan aparejadas toda una serie de nuevas prohibiciones y de medidas de carácter particular (artículos 54 y 56 LPNB) destinadas a lograr la adecuada protección y tutela de las especies concernidas. Más en particular, y en relación justamente con listado de especies silvestres en régimen de protección especial, la LPNB establece que no podrán ser objeto de la actividad de caza y pesca. Actividad de caza y pesca que, de otra parte, y respecto de las especies sobre las que sea posible practicar tales actividades con arreglo a lo dispuesto por la Comunidades Autónomas,

debe quedar siempre garantizado la conservación y fomento de las especies, a cuyo efecto las Comunidades Autónomas determinarán los terrenos y las aguas donde puedan realizarse dichas actividades, así como las fechas hábiles para cada especie.

## B) LA PROTECCIÓN DE LOS ANIMALES DOMÉSTICOS Y DE COMPAÑÍA

Como ya nos consta, sobre la base tradicional de configurar jurídicamente a los animales domésticos como simples cosas susceptibles de apropiación establecida por la codificación, el tratamiento jurídico que ha recibido este importante conjunto de animales de nuestra fauna venía marcado muy preferentemente y hasta fechas no muy lejanas por la libre disponibilidad y explotación por parte de los hombres. Sólo muy recientemente los poderes públicos y, en particular, las Comunidades Autónomas han reaccionado ante los abusos y desmanes que venían cometándose contra los animales que viven más cerca de las personas. En efecto, una reciente y creciente sensibilidad social hacia dichos animales ha dado lugar a toda nueva ordenación donde la propiedad o posesión de las personas es objeto de muy severas correcciones mediante un muy amplio conjunto de límites, obligaciones y deberes que corresponden hacer cumplir, en último término, a las Administraciones públicas competentes en cada caso. En rigor, y como ha observado la mejor doctrina, las técnicas de protección ensayadas sobre los animales domésticos por la totalidad de la legislación autonómica preocupada por el bienestar de los animales ha consistido realmente en “la extensión hasta el mundo animal de técnicas de constricción y limitación que ya estaban ensayadas en otros dominios en los que existían bienes u objetos merecedores de especial protección o regulación. La propiedad monumental, la propiedad urbana, o los derechos sobre las aguas, la protección del patrimonio escultórico o pictórico o los museos” (Muñoz Machado: 1999: 111).

Un muy buen ejemplo de este régimen de sujeción especial que recae ahora sobre los animales domésticos se encuentra en el reciente Decreto Legislativo de Cataluña 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de protección de los animales, y que trae causa, precisamente, de la primera de las leyes autonómicas dictadas en esta concreta materia referida al bienestar de los animales, la hoy ya derogada Ley 3/1988, de 4 de marzo. Texto que, por tanto, puede utilizarse aquí como excelente botón de muestra de la regulación general establecida por la totalidad de las Comunidades Autónomas.

En este sentido, y en relación con las obligaciones que pesan sobre las personas propietarias y poseedoras de animales, puede quizá destacarse, como la indicada norma catalana establece, que las personas propietarias y las poseedoras de animales deben mantenerlos en buenas condiciones higiénico-sanitarias, de bienestar y de seguridad, de acuerdo con las características de cada especie; así como prestarle la atención veterinaria básica para garantizar su salud (artículo 4).

En segundo lugar, y por lo que hace ya al régimen de las prohibiciones concretas, merece anotarse que con arreglo a la misma Ley quedan vedadas las actuaciones siguientes respecto a los animales: maltratarlos, agredirlos físicamente o someterlos a cualquier otra práctica que les produzca sufrimientos o daños físicos o psicológicos; suministrarles sustancias que puedan causarles alteraciones de la salud o del comportamiento, excepto en los casos amparados por la normativa vigente o por prescripción veterinaria; abandonarlos; mantenerlos en instalaciones indebidas desde el punto de vista higiénico-sanitario, de bienestar y de seguridad del animal; practicarles mutilaciones, extirparles uñas, cuerdas vocales u otras partes u órganos, salvo las intervenciones efectuadas con asistencia veterinaria en caso de necesidad terapéutica, para garantizar su salud o para limitar o anular su capacidad reproductiva, así como por motivos científicos o de manejo, se podrán realizar dichas intervenciones previa autorización de la autoridad competente; no

facilitarles la suficiente alimentación; hacer donación de un animal como premio, recompensa, gratificación o regalo de compensación por otras adquisiciones de naturaleza diferente a la transacción onerosa de animales; venderlos a personas menores de dieciséis años y a personas incapacitadas sin la autorización de quienes tienen su potestad o su custodia; comerciar con ellos fuera de los certámenes u otras concentraciones de animales vivos y establecimientos de venta y de cría autorizados, salvo las transacciones entre las personas particulares cuando se limiten a sus animales de compañía, no tengan afán de lucro y se garantice el bienestar del animal; exhibirlos de forma ambulante como reclamo; someterlos a trabajos inadecuados respecto a las características de los animales y a las condiciones higiénico-sanitarias; mantenerlos atados durante la mayor parte del día o limitarles de forma duradera el movimiento que les es necesario; mantenerlos en locales públicos o privados en condiciones de calidad ambiental, luminosidad, ruido, humos y similares que les puedan afectar tanto física como psicológicamente y, en fin, matarlos por juego o perversidad o torturarlos (artículo 5).

Evidentemente, y en tercer lugar, todo este muy amplio conjunto de prohibiciones aparece luego respaldado por un completo sistema de infracciones y sanciones llamadas a reprimir las conductas que no cumplen los mandatos legales establecidos (artículos 44, 45 y 46 de la misma Ley).

Particular interés presenta igualmente el régimen dedicado a la utilización de animales en certámenes, espectáculos públicos o grabaciones para cines y televisión, así como, desde luego, la prohibición de peleas y otras actividades. De esta manera, los certámenes, las actividades deportivas con participación de animales y otras concentraciones de animales vivos deben cumplir la normativa vigente, en especial la relativa a condiciones higiénico-sanitarias, de protección y de seguridad de los animales mientras que, por el contrario, queda prohibido el uso de animales en peleas y en espectáculos u otras actividades si les pueden ocasionar sufrimiento o pueden ser objeto de burlas o

tratamientos antinaturales, o bien si pueden herir la sensibilidad de las personas que los contemplan, tales como los siguientes: peleas de perros; peleas de gallos; matanzas públicas de animales; atracciones feriales giratorias con animales vivos atados y otras asimilables y el tiro al pichón y otras prácticas asimilables. Ahora bien, y como se sabe, en esta regulación catalana quedan excluidas de las prohibiciones dichas la fiesta de los toros en las localidades donde, en la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/1988, de 4 de marzo, de protección de los animales, hubiera plazas construidas para su celebración, a las que se debe prohibir el acceso a las personas menores de catorce años, así como las fiestas con novillos sin muerte del animal («correbaus») en las fechas y localidades donde tradicionalmente se celebran.

Y, en fin, y para no alargar en exceso la exposición sobre el claro régimen de intervención que rodea hoy a los animales para garantizar que reciban siempre un buen trato por parte de los hombres y que, insisto, muy bien ejemplifica la Ley catalana que venimos citando a título ilustrativo, cabe subrayar cómo en el interior de la misma se contiene también todo un completo régimen de identificación, censos y registros administrativos, así como un detallado sistema de recogida de animales abandonados y de centros de acogida, amén de la ordenación específica sobre los establecimientos de venta de animales.

### C) EL USO DE ANIMALES EN LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

Conforme nos ha trasladado con todo rigor la doctrina, la construcción dogmática de la libertad científica arranca verdaderamente en Alemania con ocasión de la reunión de profesores de Derecho público celebrada en Munich, en marzo de 1927, donde fue objeto de un tratamiento específico junto con la cercana libertad de opinión (Carro: 1977: 213). Aunque desde entonces los autores no han dejado de desarrollar y perfeccionar los perfiles de la figura elaborada entonces por Smed, es posible convenir que la libertad científica se asienta,

cuando menos, sobre un doble pilar: de un lado, es un derecho a ejercer una actividad científica libre y, por otra parte, comprende igualmente la organización bajo la cual ha de desarrollarse, esto es, la autonomía.

La libertad científica incluye entonces, en primer lugar, la libertad de realizar investigaciones y desde luego la libertad de exponerlas públicamente. Pero no se confunde y agota con esta última, que da lugar a una libertad autónoma, la libertad de cátedra. El derecho a la producción científica es realmente anterior a la libertad de cátedra y se traduce verdaderamente en una libertad individual de la persona de pensar y hacer bajo las condiciones exigidas sólo por unas determinadas reglas, las del método científico. Esto es, para hablar de auténtica creación científica se requiere la existencia de un proceso discursivo metódico, racional y contrastado. La expresión ciencia alude así, conforme dice Martín-Retortillo, a la tarea de “recabar la profundidad de conocimientos, la creación de conceptos, la explicación de significados, la reelaboración de los datos, la tendencia expansiva que permite rellenar lagunas; en suma, la posibilidad de elaborar un sistema” (Martín-Retortillo: 1990: 96).

Por consiguiente, es la actividad sistematizadora y totalizadora de un determinado objeto lo que particularmente distingue, en mi opinión, a la libertad científica, a la actividad de investigación, de las vecinas libertades de opinión —que versa sobre juicios subjetivos no sometidos a razón o regla alguna ni tampoco a la prueba de la verdad—, de información —relativa a la comunicación de hechos veraces— e incluso de la cátedra, en cuanto esta última, en particular, bien es sólo manifestación de la previa y anterior actividad de investigación, o bien se encuentra modulada por los contenidos asignados a las enseñanzas impartidas por los centros educativos en sus distintos niveles.

Situados en este orden de consideraciones, es claro que la vertiente individual de la libertad científica que venimos considerando atiende entonces principalmente a su condición de

garantía frente a las intromisiones del poder público.

Ahora bien, supuesto y sabido todo esto anterior, no cabe ninguna duda que la investigación científica y, en particular, aquella donde resulta necesaria la utilización de animales requiere, igualmente, una adecuada ordenación con otros bienes y derechos dignos de protección como es ahora, desde luego, el de otorgar un buen trato o bienestar a los animales.

De entrada, sucede, en efecto, que la libertad de investigación aparece expresamente delimitada por el artículo 20.4 CE, a cuyo tenor “estas libertades —en este caso la libertad de creación científica— tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la producción de la juventud y de la infancia”. Evidentemente, no descubrimos nada si advertimos que todos los derechos son limitados, un derecho ilimitado es un no derecho, “pues cualquier derecho o libertad, fundamental o no, ampara aquello que ampara y nada más”. Así lo expresa con luminosa claridad el Tribunal Constitucional en la Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, cuando, luego de enumerar los derechos que inciden en la enseñanza, se afirma que todos ellos “tienen límites necesarios que derivan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando su contenido esencial puede establecer el legislador”.

Pero, como digo, aparte de los derechos mencionados expresamente en el artículo 20.4 CE, hoy la libertad de investigación se encuentra fundamentalmente delimitada por los siguientes bienes y derechos de índole constitucional: derecho a la vida y a la integridad física, libertad y dignidad de la persona, respeto a la naturaleza y, consecuentemente, y en lo que aquí interesa, respeto a los animales que forman parte de la misma.

Más en particular, y muy seguramente, la libertad de investigación aparece hoy especialmente delimitada por relación a la dignidad

de la persona y por el respeto a la naturaleza. En rigor, todos los derechos comprometidos en esta doble rúbrica responden a una misma clave o, si se quiere, a una misma incógnita fundamental en la investigación del momento presente; a saber: la búsqueda de un desarrollo sin límites basado en la defensa del bienestar del hombre o, por el contrario, atender al respeto de la naturaleza. A este respecto, Parejo Alfonso ha indicado muy certeramente que “dados los requerimientos ecológicos crecientes sólo parecen posibles dos alternativas: la quiebra de la construcción individualista o la de la naturaleza. De donde se infiere la absoluta necesidad de complementar en todo caso la noción individualista-liberal de los derechos fundamentales y las libertades públicas con la idea del límite por razón del valor-bien naturaleza. La integridad de ésta vendría a ser, así, un límite inmanente a todos los derechos, incluso fundamentales, por lo que su ejercicio en contra de la naturaleza —especialmente los de libertad de empresa y propiedad— no podría considerarse cubierto por ellos o, en todo caso, habría de calificarse como excesivo, abusivo o contrario al principio de la buena fe” (Parejo Alfonso: 2002: 27).

Sobre la base de esta excelente doctrina, parece oportuno intentar repasar ya, muy brevemente, nuestra última legislación dedicada a la regulación de la utilización de animales en la investigación científica a los efectos de intentar despuntar alguna conclusión sobre cuáles son, en la realidad de los textos, las líneas principales seguidas para ordenar tan importante cuestión.

En este orden de ideas, la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, sobre el cuidado de los animales en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio, determina, en primer lugar, que los centros o establecimientos destinados a la cría, suministro o uso de animales utilizados para experimentación y otros fines científicos, incluida la docencia, deben estar autorizados o inscritos en el correspondiente registro administrativo, con carácter previo al inicio de su actividad, así como la posibilidad de que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus

respectivas competencias, puedan establecer programas o planes periódicos de inspecciones y controles oficiales que se precisen sobre dichos centros, sin perjuicio de las inspecciones que resulten necesarias ante situaciones o casos singulares.

Pues bien, este primer régimen administrativo de control preventivo e inspección de los centros destinados al uso de animales para experimentación se ve luego completado por el Real Decreto 1201/2005, de 10 octubre, sobre protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos, donde, una vez más, reaparecen las técnicas ya conocidas de restricción y limitación en favor del bienestar de los animales.

Así pues, y con arreglo al artículo 1 del citado Real Decreto, se establece que su finalidad es justamente asegurar la protección de los animales y, en particular, que se les concedan los cuidados adecuados; que no se les cause innecesariamente dolor, sufrimiento, angustia o lesión prolongados; que se evite toda duplicación inútil de procedimientos, y que el número de animales utilizados en los procedimientos se reduzca al mínimo, aplicando en lo posible métodos alternativos.

En tal sentido, dispone después toda una serie de obligaciones para los centros en relación con el cuidado general y alojamiento de los animales de experimentación de tal suerte que a los animales deben contar con unas condiciones adecuadas de alojamiento, medio ambiente, cierto grado de libertad de movimientos, alimentación, bebida y cuidados que aseguren su salud y bienestar, así como que se limite al mínimo imprescindible cualquier restricción que les impida satisfacer sus necesidades fisiológicas y etológicas.

De otra parte, y muy en particular, se prevé asimismo el régimen de los procedimientos científicos donde resulta necesario utilizar animales a los efectos de aliviar, en lo posible, el dolor, sufrimiento, angustia o lesión prolongados, de manera que no deberá realizarse un procedimiento, si se dispone de otro método científicamente satisfactorio y contrastado,

que permita obtener el resultado perseguido sin implicar la utilización de animales, excepto cuando la normativa de aplicación lo requiera. De este modo, el Real Decreto ordena que se seleccionará aquel que permita obtener los resultados más satisfactorios y que, a su vez, utilice el menor número de animales; se realice en animales pertenecientes a especies cuya elección haya sido cuidadosamente valorada y cuyo grado de sensibilidad neurofisiológica sea el menor posible y cause el menor dolor, sufrimiento, angustia o lesión a los animales. Reglas sobre procedimientos de investigación donde, en cualquier caso, quedan prohibidos los que utilicen los animales considerados en peligro de extinción a menos que se ajusten a la normativa de pertinente aplicación y que los objetivos del procedimiento sean la investigación tendente a la protección de las especies de que se trate o fines biomédicos esenciales, cuando se compruebe que tales especies son excepcionalmente las únicas adecuadas para tales fines, y previa autorización de la autoridad competente. Asimismo, no podrán llevarse a cabo procedimientos con animales capturados en la naturaleza o vagabundos, a menos que los realizados con otros animales no permitan alcanzar los objetivos perseguidos por el procedimiento, y previa autorización de la autoridad competente. En ningún caso podrán utilizarse perros o gatos vagabundos y, en fin, no podrán realizarse procedimientos con fines de formación y educación realizados en centros de enseñanza no superior, a menos que sea imprescindible según el programa de la formación de que se trate, y previa autorización de la autoridad competente.

De resto, y como sucedía también en relación con los animales domésticos, el Real Decreto que ahora nos ocupa diseña todo un sistema de identificación de animales, así como el régimen de los registros de los centros de cría, suministradores y usuarios y, de otro lado, determina igualmente las reglas sobre comunicación y suministro de información a las autoridades competentes sobre todo lo relacionado con la utilización de animales en los procedimientos científicos.

Como puede apreciarse, el resultado de esta breve incursión por los textos es una clara y constante preocupación por la necesaria vertebración de dos principios que parecen presentarse en tensión: de un lado, la facultad irrenunciable del hombre de progresar en el conocimiento, y, de otra, la tutela y protección, en la medida de lo posible, de los animales que resultan necesarios para la investigación.

Todo lo expuesto permite corroborar, en fin, que la investigación científica en tanto que libertad fundamental se encuentra, con carácter general, necesariamente delimitada por su obligada articulación con otros bienes y derechos constitucionales; más en particular, la referencia a la investigación con animales creo que ha servido para poner de relieve, una vez más, cómo en la actualidad el principio de tutela de los animales modula mediante el dictado de reglas que atienden al bienestar de los animales las muy amplias facultades que con anterioridad tenían los hombres sobre ellos.

Cuestión diferente es, evidentemente, resolver en cada caso concreto cuál deber ser la solución al conflicto que la realidad puede presentar en relación con la libertad de investigación. No cabe aquí —es un tema por sí mismo— detenerse en la formulación de reglas generales al respecto, pero es posible convenir al menos con Esteve Pardo que todas ellas aparecen claramente teñidas por la incerteza que entraña siempre la investigación científica y técnica. Para este relevante autor, en efecto, “esta incerteza es, en cierto modo, consustancial al riesgo en cuanto que éste es la mera probabilidad de un daño. La esencia del riesgo es la incertidumbre. Una incertidumbre que se supera, o con los avances del conocimiento científico o por la propia experiencia —amarga en no pocos casos— al producirse daños efectivos. Donde se impone la certeza pierde el riesgo su protagonismo. Y así es como la incertidumbre que envuelve a los riesgos hace muy difícil, cuando no del todo imposible, su definición y caracterización por el ordenamiento jurídico. Tampoco es segura la fijación de una línea o frontera que delimite con una mínima precisión los riesgos permiti-

dos y los expresamente rechazados. Esa línea no sólo estaría sujeta a un debate político, sino

también a las correcciones que se deriven del avance de los conocimientos científicos” (Esteve Pardo: 2003: 338 y 339).

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- CARRO, J. L., “Libertad científica y organización universitaria”, *REDA*, núm. 13 (1977).
- CERVELLÓ DONDERIS, V., “El maltrato de animales en el Código Penal español”, *Revista General de Derecho penal*, núm. 10 (2008).
- DE LORA, P., “De juristas y animales”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 2 (2000).
- DE LORA, P., *Justicia para los animales. La ética más allá de la humanidad*, Alianza Editorial, Madrid, 2003.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., *Bienestar animal contra derechos fundamentales*, Atelier, Barcelona, 2004.
- ESTEVE PARDO, J., “La protección de la naturaleza. Espacios naturales, flora y fauna silvestre”, en *Derecho del medio ambiente y Administración local*, Civitas, Madrid, 1996.
- ESTEVE PARDO, J., “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”, *REDA*, núm. 119 (2003).
- FERNANDO PABLO, M., “El derecho ambiental tras la Ley 42/2007, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 15 (2009).
- HERRERO DE MIÑÓN, M., “Del derecho terrible al derecho entrañable. El ejemplo de los animales de compañía”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6 (2009).
- JADOT, B., “El medio ambiente no pertenece a nadie y su uso es común a todos”, traducción del francés de M. M. Moyano del artículo publicado inicialmente en Ost, F. y Gutwirth, S., *Quel avenir pour le droit de l'environnement*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996, y que se ha descargado de internet.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., *Libertad y propiedad en el derecho de caza*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- LOPERENA ROTA, D., *El derecho al medio ambiente adecuado*, Civitas, Madrid, 1996.
- LÓPEZ RAMÓN, F., *La protección de la fauna en el derecho español*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1980.
- MARTÍN-RETORTILLO, L., “Acerca de la enseñanza de la ciencia del Derecho administrativo en las Facultades universitarias”, en *A vueltas con la Universidad*, Civitas, Madrid, 1990.
- MUÑOZ MACHADO, S., “Los animales y el Derecho”, en *Los animales y el Derecho*, Civitas, Madrid, 1999.
- NIETO GARRIDO, E., *La protección de la fauna salvaje en el ordenamiento jurídico español*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- PAREJO ALFONSO, L., “Estado social y Estado de Bienestar a la luz del orden constitucional”, en *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Civitas, Madrid, 2002.
- PAREJO ALFONSO, L., “la *summa divisio* de las cosas”, en *Derecho de los bienes públicos*, Thomson&Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M<sup>a</sup>., *Animales de compañía. Régimen jurídico en el Derecho administrativo*, Bosch, Barcelona, 2005.
- REBOLLO PUIG, M., “Sanidad animal”, en *Los animales y el Derecho*, Civitas, Madrid, 1999.

Fecha de recepción: 02 de octubre de 2009  
Fecha de aceptación: 20 de octubre de 2009

## RESUMEN

El bienestar animal constituye una preocupación de la sociedad europea que tiene su reflejo en un nutrido grupo de actos jurídicos comunitarios. Dicho *corpus iuris* contiene luces y sombras que resulta pertinente analizar tras el Plan de Acción 2006-2010, cuya contribución a la mejora de las actuaciones de la Unión en este ámbito es irrefutable. Con tal cometido, el presente artículo examina la base jurídica de los actos, sus principales aspectos sustantivos, y los resortes disponibles para su promoción y el control de su cumplimiento.

## PALABRAS CLAVE

BIENESTAR ANIMAL, UNIÓN EUROPEA, ACTOS JURÍDICOS COMUNITARIOS, PLAN DE ACCIÓN 2006-2010

## ABSTRACT

Animal well-being is of concern to European society. This is reflected in a large number of Community Acts. Said *corpus iuris* has its highs and lows. Following the Action Plan 2006-2010, and its irrefutable contribution to improving the Union's performance in this area, these are worth examining. With this aim the present article looks at the legal basis of the Acts, their main fundamentals and the resources available for promoting them and ensuring their observance.

## KEY WORDS

ANIMAL WELL-BEING, EUROPEAN UNION, COMMUNITY ACTS, ACTION PLAN 2006-2010



# LA UNIÓN EUROPEA Y EL BIENESTAR ANIMAL: ANÁLISIS ACTUALIZADO DE SUS NORMAS

Elena López-Almansa Beaus

Derecho Internacional Público  
Universitat de València

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Base jurídica de la legislación comunitaria sobre bienestar animal: A) En la actualidad: Tratado CE tras Ámsterdam. B) De haber entrado en vigor el Tratado por el que establece una Constitución para Europa.. 3. Perspectiva general de la legislación por materias: A) *Normas comunitarias relacionadas indirectamente con el bienestar animal*: a). Importaciones e intercambios intracomunitarios de animales y productos de origen animal; b). Circulación de animales de compañía; c). Inocuidad de los alimentos; d). Política Agrícola Común; e). Protección de la naturaleza y la biodiversidad; B) *Normas comunitarias relacionadas directamente con el bienestar animal*: a). Bienestar de los animales durante el transporte; b). Bienestar animal en la explotación y cría; c). Protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza; d). Mantenimiento de animales salvajes en un entorno zoológico; e). Protección de los animales utilizados para la experimentación y con otros fines científicos; f) Normas sobre captura no cruel para algunas especies animales 4. Dinamismo de la normativa comunitaria y el plan de acción 2006-2010. 5. Repercusiones prácticas: promoción y control del cumplimiento de la normativa. A) En las relaciones internacionales de la UE. B) En el ámbito de la Unión. Nota bibliográfica

## 1. INTRODUCCIÓN

Parece indudable que actualmente se asiste a una creciente sensibilización de la sociedad internacional en general y europea en particular sobre la necesidad de proteger y respetar a los animales. Ésta se ha visto propiciada en gran medida por los avances científicos que constatan empíricamente la naturaleza sensible de tales seres vivos. Así lo reflejan los datos de la encuesta especial Eurobarómetro EU-25 sobre la actitud de los consumidores con respecto al bienestar de los animales de cría, de junio del año 2005, en la que se constata la percepción de la mayoría de ciudadanos de la Unión (un 55 %) de que el bienestar y la protección de los animales no reciben una atención suficiente en las políticas de sus países<sup>1</sup>. En consecuencia,

podría hablarse de un replanteamiento de la posición del hombre con respecto a la vida del planeta: antes concebido como lo único importante y la sede y medida de todo valor (antropocentrismo fuerte), y ahora velador de la naturaleza y los seres vivos que la integran (antropocentrismo moderado)<sup>2</sup>.

El Derecho, expresión de la sociedad, se ha hecho eco de esta tendencia, originándose desde los años setenta una nueva línea legislativa internacional destinada esencialmente a la regulación del régimen jurídico de los animales domésticos, domesticados y salvajes en cautividad. Si bien tradicionalmente las normas pretendían evitar el maltrato físico y establecer obligaciones destinadas a mantenerlos en buenas condiciones higiénico-sanitarias, actualmente la protección de los animales ha cobrado

una nueva dimensión, que puede condensarse en el concepto de bienestar animal.

El bienestar animal, entendido en sus justos términos, consiste en proporcionar a estos seres vivos unas condiciones de vida adecuadas a sus necesidades fisiológicas y de comportamiento, que no se satisfacen simplemente con alimentación, limpieza o alojamiento, sino que se requiere que todo ello vaya referido a la condición etológica (que será la que determine el alcance de las mismas). Parte de la naturaleza sensible de los animales e impone al hombre la obligación, cuanto menos ética, de utilizar todas sus capacidades para evitar y minimizar los supuestos en que son sometidos a situaciones que les generan sufrimiento físico o psíquico. Y, según se verá, el mencionado concepto tiene reflejo en la legislación comunitaria en materia de protección de los animales.

En este contexto se explica la conveniencia de examinar el grupo de actos jurídicos comunitarios vigentes sobre protección y bienestar de los animales. Ello es debido, por un lado, a las implicaciones de los estándares de la Unión en las legislaciones aplicables en cada Estado miembro. Además, se justifica por el notable impulso ofrecido desde la Unión Europea a mejorar el nivel de protección vigente en su territorio, conforme acredita la adopción por vez primera de un Plan de Acción Comunitario sobre esta materia en el año 2006<sup>3</sup>.

De este modo, la presente contribución incidirá en los principales aspectos de los actos jurídicos comunitarios en el contexto del nuevo plan de acción, a los efectos de ofrecer una visión general de la política y la normativa de la Unión sobre bienestar animal. En primer lugar, se reflexionará sobre la base jurídica de la normativa (apartado II). Será entonces cuando se examine el Derecho Derivado institucional vigente, en concreto, las normas directa e indirectamente relacionadas con la protección de los animales (apartado III). A continuación, se incidirá en el carácter dinámico de la normativa tras la adopción del Plan de Acción 2006-2010, esto es, de qué modo la Unión Europea promueve una mejora de este sector normativo (apartado IV). Por último, se esbozarán

las repercusiones de todas estas normas en la práctica, y muy especialmente las formas de controlar su observancia dentro de los Estados miembros de la Unión (apartado IV).

## 2. BASE JURÍDICA DE LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA SOBRE BIENESTAR ANIMAL

Siendo el bienestar animal una cuestión objeto de cada vez mayor preocupación para los ciudadanos de la UE, no es de extrañar que el ordenamiento comunitario le otorgue cierta protección. Sin embargo, antes de incidir en las concretas normas que han sido adoptadas, debe examinarse su fundamento jurídico, esto es, las disposiciones de los Tratados (Derecho primario u originario) que habilitan a la Unión a adoptar normativa en esta esfera.

Esta empresa implicará analizar primero la base jurídica actual (apartado a), para pasar a valorar los cambios que podría haber introducido el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en caso de haber entrado en vigor (apartado b) y, por último, inquirir cómo queda la cuestión tras el Tratado de Lisboa. El resultado de estas pesquisas dará cuenta de la entidad de las actuaciones de la UE a favor del bienestar y la protección de los animales y su relación los objetivos de las políticas comunitarias.

### A) EN LA ACTUALIDAD: TRATADO CE TRAS ÁMSTERDAM

A fecha de hoy, el fundamento jurídico de estas normas radica en el Tratado CE (TCE)<sup>4</sup>, uno de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. Según el caso y la materia objeto de regulación, artículos de las diferentes políticas comunitarias involucradas han justificado la elaboración de normas, operando como base jurídica de la introducción de legislación tendente a mejorar el bienestar de los animales bien directamente, bien indirecta-

mente (según la clasificación que se mantiene por la autora). E incluso en algunos supuestos, como la Directiva Aves (Directiva 79/409/CEE), se ha recurrido a las competencias implícitas de la CE, esto es, las previstas en el artículo 308 TCE<sup>5</sup>.

Para ilustrar las anteriores afirmaciones, conviene detenerse en las bases jurídicas de los actos comunitarios vigentes. Por lo que se refiere a los actos de Derecho Derivado relacionados con el bienestar y protección animal, el fundamento jurídico más frecuente es el artículo 37 TCE, relativo a la política agrícola común. Numerosas normas encuentran su motivación en dicha disposición. Es el caso del Reglamento sobre desplazamientos de animales de compañía (Reglamento 998/2003), los actos relativos a las explotaciones ganaderas (Directiva general 98/58, Directiva 2007/43 sobre pollos broiler y Directiva 1999/74 sobre gallinas ponedoras), la Directiva relativa a la protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza (Directiva 93/119) y el Reglamento relativo a la protección de los animales durante el transporte (Reglamento 1/2005).

Pero también en no pocas ocasiones se hallan como base jurídica de los actos disposiciones del Tratado CE relativas a la política de medio ambiente. Por ejemplo, se aduce el artículo 175 TCE como base jurídica del Reglamento 338/97 relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio. Lo mismo sucede en las Directivas 92/43 relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestre y 1999/22 relativa al mantenimiento de animales salvajes en parques zoológicos. Otros títulos competenciales que justifican la adopción de normativa se refieren a la política de salud pública (artículo 152 TCE)<sup>6</sup>, a la política comercial común (133 TCE)<sup>7</sup> y a la conveniencia de armonizaciones legislativas para el correcto funcionamiento del mercado interior (artículo 95 TCE)<sup>8</sup>.

Junto a los anteriores fundamentos jurídicos de la competencia comunitaria, desde finales de los años 90 existe otro texto que reviste par-

ticular interés y resulta imprescindible tomar en consideración. Se trata del *Protocolo sobre la Protección y el Bienestar de los Animales*<sup>9</sup>, anejo al Tratado CE y dedicado en su integridad a orientar las acciones de la UE en este ámbito. Al mismo se refiere la motivación de aquellos actos sobre bienestar y protección de los animales adoptados tras su entrada en vigor.

Este Protocolo fue añadido al Tratado CE por el Tratado de Ámsterdam, en vigor desde el uno de mayo de 1999. El Protocolo de Ámsterdam supuso una mejora, ya que hasta ese momento sólo se contaba con una Declaración (la nº 24, introducida en 1991 por el Tratado de Maastricht). Pero este texto sigue careciendo de naturaleza vinculante y no integra el bienestar animal en el articulado del tratado. De su contenido, debe destacarse la expresión de la concepción de bienestar animal que se ha desarrollado anteriormente y el reconocimiento de la naturaleza sensible de estos seres vivos. Dispone también la obligación de las instituciones de la UE de “*tener plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales*” al formular y aplicar la legislación comunitaria; la obligación, por tanto, de legislar para prevenir el maltrato de los animales y mejorar su bienestar en determinadas áreas cubiertas por el Tratado (agricultura, transporte, mercado interior e investigación). No obstante, el texto añade una coetilla peligrosa que da cuenta de sus limitaciones y de la subordinación del objetivo del bienestar animal a otros objetivos, políticas y disposiciones. Señala: “*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*”.

De cuanto antecede se infiere además que en las áreas no cubiertas por el Tratado (por ejemplo, el empleo de animales en concursos, espectáculos, acontecimientos culturales o deportivos como corridas de toros, cacerías, peleas y carreras caninas, circos...), la UE no posee competencia y constituye la responsabilidad de los miembros legislar según su criterio, protegiendo o no el bienestar de los animales.

## B) DE HABER ENTRADO EN VIGOR EL TRATADO POR EL QUE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

Como es consustancial al proceso de integración comunitaria, el Derecho Originario de la UE no ha permanecido inalterado tras Ámsterdam, sino que ha sufrido ulteriores reformas, con el Tratado de Niza en 2001, la ampliación a 25 países miembros en el año 2003, y la firma del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en octubre de 2004, por citar algunas. Es este último texto el que da un paso más en la cuestión que nos ocupa, y en el que conviene detenerse.

El Tratado Constitucional, conforme es comúnmente conocido el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, conserva el compromiso de asegurar la protección de los animales, aunque esta vez se incluye como un artículo integrado en la Parte III del Tratado (sobre las políticas y el funcionamiento de la Unión). El artículo III.121, de forma muy similar al Protocolo, estipula:

*“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 los que respecta a los ritos religiosos, las tradiciones culturales y los patrimonios regionales”<sup>10</sup>.*

No se encuentran mayores aportaciones en su texto para dotar de mayor consistencia a la base jurídica de los actos comunitarios sobre bienestar animal. Por lo que, de haber entrado en vigor, habrían persistido los problemas suscitados por la situación actual.

## C) CON EL TRATADO DE LISBOA

Después del fracaso del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y, tras un proceso de reflexión interna en gran medida auspiciado por la Presidencia alemana, comenzó a gestarse otro “Tratado de reforma”<sup>11</sup>.

Éste fue firmado el 13 de diciembre de 2007 en Lisboa y, en el ámbito de nuestra reflexión, parece recoger las principales aportaciones del Tratado constitucional.

En efecto, el nuevo Tratado no se aparta de la línea de su predecesor, e incluye un precepto muy similar al III.121. Se trata del artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el siguiente tenor:

*“Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional”<sup>12</sup>.*

Recuérdese que en la actualidad toda la normativa comunitaria relacionada con el bienestar animal debe basarse en otros objetivos de las políticas de la UE, como la PAC o el mercado común; sin dejar en pie de igualdad el bienestar animal respecto a las otras cuestiones. Y con el Tratado de Lisboa sigue sin establecerse el bienestar animal como objetivo de la Unión con entidad propia, y sin integrarlo en todas las áreas políticas relevantes cuya ejecución puede afectar al bienestar de los animales. Por lo que puede afirmarse que, todavía, el Derecho Originario de la UE (los Tratados que establecen el fundamento jurídico de las iniciativas europeas en las diferentes áreas políticas), continúa reflejando insuficientemente el alto compromiso de los ciudadanos europeos con el bienestar animal.

## 3. PERSPECTIVA GENERAL DE LA LEGISLACIÓN POR MATERIAS

Habida cuenta de la preocupación ciudadana por el bienestar animal, éste tiene cabida en el Derecho de la UE. La legislación comunitaria más temprana sobre protección de los animales data de hace 30 años, con la adopción en 1974 de una Directiva sobre aturdi-

miento de los animales antes de su sacrificio. Desde entonces, ha sufrido una evolución y notable ampliación hasta la situación actual, en la que varias docenas de normas se ocupan más o menos directamente de respetar las 5 “libertades básicas” de los animales: no sufrir molestias; no padecer hambre ni sed; no sufrir miedo ni angustia; no sufrir dolor, heridas o enfermedad; y libertad para expresar su comportamiento natural<sup>13</sup>.

Si se tienen presentes las limitaciones que se acaban de indicar respecto a la base jurídica de los actos, no resulta extraño afirmar que la normativa de la UE sobre bienestar animal se ha generado, fundamentalmente, por una necesidad económica, y no por consideraciones bienestaristas. Basta analizar individualizadamente su contenido para comprobarlo. Según se pondrá de manifiesto, muchos de los actos comunitarios tienen como objetivo prioritario desarrollar normas comunes que garanticen el correcto funcionamiento del mercado interior, evitando que los agentes de países con altos estándares de bienestar animal afronten competencia desleal de colegas de otros países miembros<sup>14</sup>.

A pesar de estos defectos, no puede observarse la existencia de abundante legislación comunitaria en materia de protección animal, ni tampoco aquellos aspectos de la misma que responden a consideraciones de bienestar animal. Resultaría una empresa excesivamente ambiciosa presentar con detalle todas y cada una de las normas, por lo que conviene ofrecer una visión general de las más ilustrativas. Así pues, se agrupan las normas comunitarias en materia de protección de los animales en torno a dos categorías. Por un lado, aquellas que poseen una relación indirecta con el bienestar animal, y por otro las que directamente se ocupan de esta cuestión.

#### **A) NORMAS COMUNITARIAS RELACIONADAS INDIRECTAMENTE CON EL BIENESTAR ANIMAL**

Entre las normas relacionadas indirectamente con el bienestar de los animales cabe

distinguir, a su vez, las relativas a importaciones e intercambios intracomunitarios de animales y productos de origen animal, a la circulación de animales de compañía, a la inocuidad de los alimentos, a la Política Agrícola Común y a la protección de la naturaleza y la biodiversidad, por citar las más significativas. Un examen de cada uno de estos grupos permite dar con los diversos objetivos de las normas, entre los que el bienestar animal se sitúa en un segundo plano.

##### **a) Importaciones e intercambios intracomunitarios de animales y productos de origen animal**

La primera subcategoría de actos aglutina a las diferentes normas relativas a las importaciones de terceros países e intercambios intracomunitarios de animales y productos de origen animal. El rasgo común a todas ellas estriba en que se establecen requisitos de sanidad animal y controles veterinarios de animales y productos de origen animal. Subyace, por tanto, la preocupación por la salud humana y la inocuidad alimentaria o seguridad de los alimentos de origen animal.

Entre las normas pertenecientes a este grupo, resultan ilustrativas:

- la Directiva 2002/99/CE del Consejo de 16 de diciembre de 2002 por la que se establecen las normas zoonosológicas aplicables a la producción, transformación, distribución e introducción de los productos de origen animal destinados al consumo humano<sup>15</sup>;
- la Directiva 89/662/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1989, relativa a los controles veterinarios aplicables en los intercambios intracomunitarios con vistas a la realización del mercado interior<sup>16</sup>;
- y la Directiva 90/425/CEE del Consejo, de 26 de junio de 1990, relativa a los controles veterinarios y zootécnicos aplicables en los intercambios intracomunitarios de determinados animales vivos y

productos con vistas a la realización del mercado interior<sup>17</sup>.

### b) Circulación de animales de compañía

El máximo exponente de los actos sobre la circulación de animales de compañía es el Reglamento (CE) 998/2003 del Parlamento Europeo y el Consejo de 26 de mayo de 2003, por el que se aprueban las normas zoonosanitarias aplicables a los desplazamientos de animales de compañía sin ánimo comercial<sup>18</sup>. El Reglamento se decanta por identificar los animales cuya función principal es la compañía, e incluye como tales a perros, gatos y hurones. Como no existe un concepto unívoco que delimite el tipo de animales y los requisitos que deben concurrir en los mismos para recibir esta calificación, la aplicación de este acto comunitario plantea algunos problemas, ya que en las normativas nacionales de los diversos Estados miembros se encuentran otras muchas catalogaciones<sup>19</sup>.

El Reglamento armoniza, desde el 3 de julio de 2004, las condiciones de desplazamiento de estos animales. De su contenido se extraen una serie de requisitos de sanidad animal, que varían según se trate de desplazamientos entre Estados miembros (vacunas y pasaporte según el modelo establecido por la Decisión de la Comisión de 26 de noviembre de 2003<sup>20</sup>) y desde terceros Estados (vacunas/pruebas adicionales y certificado de salud), así como de desplazamientos comerciales o no comerciales. En todos los casos, se aplica transitoriamente la normativa nacional cuando se trata de la entrada de perros y gatos en el Reino Unido, Malta, Irlanda y Suecia<sup>21</sup>; y se exige un sistema electrónico de identificación (transpondedor) o tatuaje.

### c) Inocuidad de los alimentos

El tercer grupo de normas, también relacionadas de modo indirecto con la materia objeto de análisis, posee como preocupación común la seguridad de los alimentos de origen

animal. No obstante, cabe indicar que otro de sus objetivos es proteger el bienestar animal de los riesgos que para su salud pueden derivarse de alimentos y piensos. Para velar por estos aspectos, se crean determinados órganos (como la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria<sup>22</sup> y el Comité Permanente de la Cadena Alimentaria y de Sanidad Animal<sup>23</sup>), y se exige la trazabilidad de los alimentos, los piensos y los animales destinados a la producción alimentaria. Por otro lado, si se atiende a su principal aspecto negativo, éste radica en que pueden requerir pruebas adicionales con animales.

Dentro de esta categoría, únicamente mencionar sendas disposiciones ilustrativas de tales valoraciones. En primer lugar, el Reglamento (CE) 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2002 por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria<sup>24</sup>. Y en segundo término, el Reglamento (CE) 854/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 por el que se establecen normas específicas para la organización de controles oficiales de los productos de origen animal destinados al consumo humano<sup>25</sup>.

### d) Política Agrícola Común

También se introdujeron previsiones tendientes a velar por el bienestar de los animales en la reforma que en el año 2003 se efectuó en la Política Agrícola Común (PAC). En particular, con el Reglamento (CE) 1782/2003<sup>26</sup> se adoptó el principio de “cross-compliance” o condicionalidad de los agricultores y ganaderos.

Este nuevo principio incluye entre sus principales fines la conservación del medio ambiente y del medio rural, la mejora de la sanidad animal, y la producción de alimentos y piensos aplicando los principios de seguridad alimentaria y de bienestar animal (en muchos casos difíciles de conciliar). E implica que los agricultores y ganaderos deben cumplir una

serie de Requisitos Legales de Gestión y de Buenas Condiciones Agrarias y Medioambientales, para no ver reducidas, o incluso eliminadas, las ayudas directas que vienen recibiendo de la PAC. De este modo, desde el año 2007, se condicionan las ayudas a que los perceptores alcancen los niveles comunitarios de bienestar animal<sup>27</sup>.

### e) Protección de la naturaleza y la biodiversidad

Otras normas indirectamente relacionadas con el bienestar animal se refieren a la protección de la naturaleza y la biodiversidad. Por un lado, sobresale el Reglamento 338/97/CE de 9 de diciembre de 1996<sup>28</sup> que regula el comercio de especies de fauna y flora silvestre en peligro de extinción, con el propósito de prestarles amparo. Recoge prohibiciones relacionadas con la venta y condiciones para su importación, exportación o reexportación y circulación en la UE (la exigencia de determinados permisos —de importación, exportación y reexportación—, la realización de comprobaciones necesarias...).

Una segunda norma adscrita a este grupo es la conocida como “Directiva Aves”. Se trata de la Directiva 79/409/CEE del Consejo de 2 de abril de 1978 relativa a la conservación de las aves silvestres<sup>29</sup>, cuyo objeto es proteger en el territorio europeo a las aves cubiertas por la norma, prohibiendo cualquier forma de muerte o captura deliberada de las mismas, su perturbación intencionada, su posesión y la destrucción, deterioro y recogida de sus huevos. No obstante, se deja abierta la posibilidad de que los Estados miembros establezcan excepciones a estas disposiciones<sup>30</sup>.

La Directiva 92/43/CEE del Consejo de 21 de mayo de 1992 relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y la flora silvestres (“Directiva Hábitats”)<sup>31</sup> constituye otro acto jurídico ilustrativo. Pretende contribuir al mantenimiento de la biodiversidad de los Estados miembros definiendo un marco común para la fauna y la flora silvestres y los hábitats de interés comunitario. Con este propósito,

crea una red ecológica europea denominada “Natura 2000”.

Los últimos actos que procede traer a colación a este respecto son normas que protegen determinados animales (cetáceos<sup>32</sup> y algunas especies de focas<sup>33</sup>), junto a otras decisiones por las que la CE es parte en tratados internacionales conservacionistas. Entre otros, pueden destacarse los relativos a la protección de especies migratorias de la fauna silvestre (Convenio de Bonn), a los recursos marinos vivos del Océano Antártico (Convenio de Canberra), a la diversidad biológica (Convenio de Río), a la vida silvestre y del medio natural de Europa (Convenio de Berna), y a los Alpes (Convenio de los Alpes)<sup>34</sup>.

## B) NORMAS COMUNITARIAS RELACIONADAS DIRECTAMENTE CON EL BIENESTAR ANIMAL

Por su parte, las normas más directamente relacionadas con la protección de los animales también se agrupan en varias subcategorías. En este caso, los textos comunitarios se ocupan del bienestar animal en diferentes situaciones, como son su transporte, explotación, sacrificio o mantenimiento en entornos zoológicos, y su utilización en la experimentación científica. El principal objetivo es evitar a los animales todo dolor o sufrimiento innecesario, sin perder de vista a la vez el propósito de eludir disparidades de competencia entre los productores europeos. Procede detenerse en cada una de estas disposiciones.

### a) Bienestar de los animales durante el transporte

El 5 de enero de 2007 entró en vigor una nueva normativa que se ocupa de regular el transporte de animales en la UE para garantizar su protección. Su importancia estriba en el hecho de que aproximadamente un millón de animales transitan cada día por la Unión, afectando los intercambios transfronterizos a 20 millones de animales al año.

Se trata del Reglamento 1/2005 del Consejo de 22 de diciembre de 2004, relativo a la protección de los animales durante el transporte y las operaciones conexas<sup>35</sup>. Este acto se adoptó en el año 2004 con base en el artículo 37 TCE, en aras a refundir todas las normas existentes en la materia y tras abrirse a la firma en noviembre de 2003 el Convenio europeo sobre protección de los animales durante el transporte internacional revisado<sup>36</sup>. Su principal atributo es la identificación de las respectivas responsabilidades de todos los involucrados en la cadena de transporte con respecto a la protección de los animales. Además, estipula mayores estándares en relación al medio en que los animales son transportados, aplica medidas reforzadas de autorización y control (como controles vía satélite<sup>37</sup>), y fija condiciones técnicas más estrictas para los viajes de una duración superior a las ocho horas.

No obstante, determinadas disposiciones anteriores al Reglamento siguen vigentes, ya que no se han modificado por falta de acuerdo sobre las mismas. Son las relativas a la duración del trayecto (tiempos máximos) y los espacios disponibles para los animales (cantidad de animales por vehículo). En estos puntos, se aplican pues las previsiones de la Directiva 91/628/CEE del Consejo de 19 de noviembre de 1991, sobre la protección de los animales durante el transporte<sup>38</sup>. Y ello hasta que se alcance un consenso, teniendo en cuenta que se ha establecido que debe ser objeto de nueva propuesta a más tardar cuatro años después de entrada en vigor de la nueva normativa.

### **b) Bienestar animal en la explotación y cría**

Dos tipos diferenciados de normas protegen a los animales en las actividades de cría y explotación, no sólo con miras a velar por su bienestar, sino también con el objeto de eludir disparidades de competencia entre los productores de los diferentes Estados miembros. Estos actos apuntan a salvaguardar las cinco libertades básicas de los animales, a través del establecimiento de disposiciones tendentes

a evitarles sufrimientos o daños inútiles, y a exigir que intervenga personal capacitado, se realicen inspecciones, y los animales reciban alojamiento, alimentación y cuidados acordes con sus necesidades. Su fundamento jurídico vuelve a ser el artículo 37 del TCE.

La primera clase de normas está integrada por una Directiva que regula este ámbito con carácter general, sin especificar especies protegidas: la Directiva 98/58/CE del Consejo relativa a la protección de los animales en las explotaciones ganaderas<sup>39</sup>. Basándose en el Convenio Europeo sobre protección de los animales en las ganaderías<sup>40</sup>, establece estándares generales mínimos para la protección de todas las especies criadas para la producción de alimentos, lana, cuero, piel u otros fines agrícolas (incluidos el pescado, los reptiles y los anfibios). Sin embargo, debe advertirse que esta Directiva no se aplica a los animales que viven en el medio natural, a los utilizados para experimentos, ni a los destinados a participar en competiciones deportivas o actividades culturales<sup>41</sup>.

El segundo tipo de actos son aquéllos específicos que se ocupan de la cría intensiva de determinadas especies y establecen normas mínimas de protección. Se refieren a las gallinas ponedoras<sup>42</sup>, los terneros<sup>43</sup> y los cerdos<sup>44</sup>, aunque en el año 2005 la Comisión adoptó una propuesta de Directiva sobre el bienestar de los pollos "broiler" (criados para la producción de carne)<sup>45</sup> que se aprobó finalmente el 28 de junio de 2007<sup>46</sup>.

Este conjunto de disposiciones merece una consideración positiva. Por un lado, su contenido se corresponde con la preocupación social por el bienestar animal. Por otro, la ausencia de incidencias judiciales destacables en cuanto a su transposición refleja la efectividad del impulso armonizador comunitario.

### **c) Protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza**

Otro acto jurídico comunitario con la misma base jurídica (art. 37 TCE) es la Directiva



93/119/CE del Consejo de 22 de diciembre de 1993<sup>47</sup>. Una vez más, apunta a adoptar normas mínimas comunes en aras a garantizar un desarrollo racional de la producción y facilitar la libre circulación de los animales y productos de origen animal; pero conjuga este objetivo con el interés por reducir el sufrimiento y dolor de los animales a través de métodos adecuados de aturdimiento y matanza.

Este acto toma nota de que la Comunidad suscribió en 1988 el Convenio europeo sobre la protección de animales de sacrificio, abierto a la firma en 1979 y en vigor desde junio de 1982<sup>48</sup>, cuyo ámbito de aplicación era más amplio que las normas comunitarias existentes. Por ello, la nueva Directiva extendió la protección y desde entonces se aplica al desplazamiento, estabulación, sujeción, aturdimiento, sacrificio y matanza de animales criados y mantenidos para la obtención de carne, piel u otros productos y de animales en caso de lucha contra las epizootias. Sin embargo, entre las exclusiones de su ámbito de aplicación se hallan los animales a los que se dé muerte en manifestaciones culturales o deportivas, los animales de caza silvestres a los que se les dé muerte de conformidad con Directiva 92/45/CEE y los experimentos bajo control de la autoridad competente<sup>49</sup>.

De su contenido, cabe subrayar que incluye una serie de requisitos tanto para el sacrificio acometido en los mataderos como, en las circunstancias restringidas que prevé, a la matanza fuera de los mismos. Estos se refieren a la competencia del personal, el aturdimiento previo, la rapidez, la adecuación de las instalaciones, los métodos y condiciones de la matanza y aturdimiento, y la obligación de no causar agitación, sufrimiento ni dolor evitables.

Por último, debe tenerse en cuenta que, a la vista de los progresos científico-técnicos y los informes de la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria<sup>50</sup>, la Comisión decidió revisar la Directiva 93/119/CE y existe una propuesta legislativa al respecto<sup>51</sup>. Según se tratará más adelante al desmenuzar las repercusiones jurídicas del Plan de Acción sobre Bienestar Animal, la propuesta toma nota sobre los pro-

blemas que causa la intervención legislativa indirecta de la UE (la Directiva). Al propio tiempo, tiene en cuenta los avances tecnológicos que dejan obsoletos los requisitos técnicos establecidos por las normas.

#### **d) Mantenimiento de animales salvajes en un entorno zoológico**

Del mantenimiento de animales salvajes en parques zoológicos se ocupa la Directiva del Consejo 1999/22/CE del Consejo, de 29 de marzo de 1999<sup>52</sup>. Este acto jurídico aspira a adoptar normas mínimas de protección acerca del mantenimiento y cuidado de los animales y la autorización e inspección de los parques zoológicos, de modo que se potencie a la vez el papel de estos parques en la conservación de la biodiversidad.

Resulta criticable la amplia definición de parque zoológico que asume y las facultades de los Estados miembros de modularla a su antojo (art. 2). Porque se entiende por tal parque todo establecimiento permanente en donde se mantengan animales vivos de especies silvestres para su exposición al público, durante siete o más días al año. Pero no se incluyen los circos, tiendas de animales ni aquellos establecimientos a los que los Estados eximan de los requisitos de la Directiva por no exponer un número significativo de animales o especies al público y por no poner en peligro los objetivos de la misma.

Por otro lado y con arreglo a la aludida orientación, esta norma establece medidas de conservación que deben cumplir los parques (art. 3), como la participación en la investigación, el fomento de la educación sobre biodiversidad, el mantenimiento de registros actualizados, la prevención de la huída, y el alojamiento de los animales en condiciones que persigan la satisfacción de las necesidades biológicas. Junto a lo anterior, la Directiva contempla la exigencia de autorizaciones e inspecciones periódicas de los parques (art. 4) y la posibilidad de que, en caso de incumplimiento, se decrete su cierre, debiéndose en tal caso garantizar por las autoridades que los animales sean tratados o desplazados de forma adecuada (art. 6).

Sin embargo, pueden reprobarse muchos elementos de la Directiva, así como de su aplicación práctica. Por encima de todo, destaca la excesiva generalidad del texto, que deja en manos de los Estados la responsabilidad de concretar los estándares técnicos necesarios para conseguir los objetivos del texto comunitario. Asimismo, la ausencia de instalaciones que se ocupen de los animales tras el cierre desvirtúa tal previsión. Más aún, son demasiado comunes los retrasos y deficiencias en la transposición y en los procesos de autorización e inspección<sup>53</sup>.

#### e) Protección de los animales utilizados para la experimentación y con otros fines científicos

Una esfera más conflictiva si cabe es la atinente al bienestar de los animales utilizados para la experimentación. En este caso, la Directiva 86/609/CEE del Consejo de 24 de noviembre de 1986<sup>54</sup> se encarga de armonizar las diferentes legislaciones en la materia e instar a los Estados miembros a elevar el umbral de protección exigiendo una orientación de la normativa de cada país en esta esfera. Pretende garantizar que se preste una atención adecuada a los animales, no se les cause ni dolor ni sufrimiento innecesario y cese progresivamente la experimentación científica con los mismos. Pero también se explicita el interés por garantizar el funcionamiento correcto del mercado común (art. 1).

Esta norma se aplica únicamente a los experimentos con un objeto determinado (art. 3). Por un lado, abarca los ensayos dirigidos a desarrollar productos farmacéuticos, alimenticios o de otro tipo, o a realizar pruebas sobre su calidad, eficacia o seguridad para tratar las enfermedades del hombre, los animales y las plantas, o a dar un seguimiento de sus condiciones fisiológicas. Por otro lado, cubre los experimentos tendentes a proteger el medio ambiente en interés del hombre o los animales.

Entre las previsiones sustantivas de la Directiva 86/609, se incluye la exigencia de unos requisitos mínimos de cuidado general y aloja-

miento —incluido el evitar o eliminar a tiempo cualquier sufrimiento innecesario (arts. 5 y 7)—, además de condiciones que deben observarse al realizar los experimentos (anestesia general o local, o suministro de analgésicos) y al finalizarlos (asistencia médica o sacrificio inmediato con un método humano). Otras disposiciones velan por la competencia de los profesionales intervinientes, requiriendo la aprobación por las autoridades de los establecimientos involucrados en los que desempeñen su actividad (ya sean de cría, suministro o experimentación). Además, resulta interesante observar como recoge una prohibición de utilización de animales en peligro de extinción, que a la vez admite excepciones tales como que esa especie sea la única adecuada habida cuenta del objetivo biomédico (art. 4).

Sin embargo, el aspecto material de la Directiva que suscita más controversia es el que establece la vigencia de los principios de no duplicidad y sustitución; o lo que es lo mismo, la necesidad de verificar si los resultados que se pretenden ya han sido obtenidos en procedimientos llevados a cabo en otro Estado de la UE, y la obligatoriedad de no realizar un experimento si se dispone de otro método que no requiera la utilización de un animal (art. 7). El primero de los principios viene reconocido implícitamente en el artículo 22 de la Directiva que, con el fin de evitar repeticiones innecesarias, preceptúa que los Estados miembros deben reconocer *en la medida de lo posible* los resultados científicos obtenidos mediante los experimentos llevados a cabo en el territorio de otro Estado. En relación al segundo, se ha impuesto la práctica de que la técnica alternativa sea validada y se teste su relevancia y fiabilidad por el Centro Europeo para la Validación de Métodos Alternativos (ECVAM, por sus siglas en inglés), a través de un proceso lento y costoso que convierte en *poco frecuente* el recurso a estos métodos y frustra la finalidad de la norma comunitaria<sup>55</sup>.

A pesar de estas disposiciones, el número de animales utilizados en experimentos sigue siendo elevado. En el ámbito comunitario, los últimos datos indican que, de los 10'7 millo-

nes de animales utilizados, más del 60 % de los animales lo fue con fines de investigación y desarrollo en medicina, odontología y veterinaria, así como para estudios biológicos de naturaleza fundamental; el 16 % sirvieron para la producción y control de calidad de productos e instrumentos de medicina, odontología y veterinaria; y casi el 10 % para estudios toxicológicos y otros estudios de seguridad<sup>56</sup>. Y no sólo eso, sino que además, tras la aprobación del Reglamento REACH, se acrecientan los temores de que estas previsiones queden en papel mojado, debido a que las exigencias impuestas por la nueva normativa respecto al control de la inocuidad de los productos químicos han acarreado un aumento en la experimentación con animales<sup>57</sup>.

#### **f) Normas sobre captura no cruel para algunas especies animales**

El último de los textos comunitarios sobre protección directa del bienestar animal que vamos a abordar representa una iniciativa frustrada, a raíz del rechazo por el Parlamento Europeo en primera lectura de la Propuesta de la Comisión de una Directiva por la que se introducen normas de captura no cruel para algunas especies animales<sup>58</sup>. Dicho rechazo era previsible, si se atiende a las dificultades que lastraban cualquier norma en este ámbito por los diferentes intereses implicados, no sólo de los Estados miembros, sino especialmente de países exportadores al mercado comunitario.

A fin de fomentar e incrementar el bienestar animal de los animales de caza (diecinueve especies de mamíferos), en la propuesta legislativa se establecen normas de captura que se califica como “no cruel”. En concreto, se fijan unos requisitos que deben cumplir los métodos de captura y las trampas (precisándose certificaciones de cumplimiento emitidas por las autoridades competentes), así como una serie de disposiciones técnicas respecto a ensayos previos en los que debe basarse la certificación. Aunque también vuelven a preverse excepciones, en situaciones tales como la protección de la salud y seguridad públicas o la propiedad

pública y privada, la investigación, la repoblación o protección de la fauna y flora.

Sin embargo, como había puesto de manifiesto el Comité Económico y Social en su dictamen<sup>59</sup> y ha sustentado el rechazo del Parlamento Europeo, la propuesta resulta más que cuestionable. En primer lugar, por la utilización de la expresión “no cruel”. Porque, según ha declarado el Comité Científico y Veterinario de la Comisión, para recibir tal calificativo la trampa debe provocar la insensibilidad al dolor en el acto, y las normas de la propuesta superan con mucho el tiempo máximo permitido<sup>60</sup>. Además, hay que tener en cuenta que el excesivo número de posibles excepciones podría, en caso de ser aplicadas, desvirtuar por completo el objetivo de la propia propuesta. Finalmente, las disposiciones técnicas que se prevén para el ensayo de los métodos de captura no excluyen el uso de animales vivos, mientras que el Comité recomienda que, en lugar de utilizar animales en estos ensayos y para mayor validez de sus resultados, se haga uso de la simulación por ordenador<sup>61</sup>.

Aunque el Parlamento Europeo rechazase la propuesta legislativa el 13 de diciembre de 2005, la Comisión podría presentar otras, a lo que le insta el propio Parlamento en su Informe de 19 de septiembre de 2006 acerca de un Plan de Acción Comunitario sobre protección y bienestar de los animales 2006-2010<sup>62</sup>. No obstante, parece de difícil viabilidad cualquier intento de ajustar el contenido de las normas en esta materia a los criterios del Comité Científico y Veterinario de la Comisión, a la vista de los intereses económicos implicados y los países exportadores que se verían afectados por las nuevas normas.

## **4. DINAMISMO DE LA NORMATIVA COMUNITARIA Y EL PLAN DE ACCIÓN 2006-2010**

La creciente importancia del bienestar y la protección de los animales en las actividades

de la Unión Europea se constata, al haberse adoptado el primer plan de acción comunitario en esta esfera: el "Plan de Acción Comunitario sobre Protección y Bienestar de los Animales 2006-2010" (en inglés, AWAP- Animal Welfare Action Plan)<sup>63</sup>. La relevancia de este acto radica en que esboza medidas concretas para aumentar la protección de los animales en dicho quinquenio.

Si se atiende al texto del Plan, se deduce como principal propósito asegurar que el bienestar animal se trata del modo más efectivo, en todos los sectores de la UE y a través de las relaciones de la Unión con terceros países. Para alcanzarlo identifica cinco áreas de acción respecto a la protección y el bienestar animal<sup>64</sup>, siendo precisamente una de ellas la mejora de la legislación comunitaria.

Por lo que concierne a este área de acción, debe precisarse que incluye, a su vez, dos cometidos: *revisar las normas ya existentes* a los efectos de hacerlas más estrictas, y elaborar nuevas normas mínimas sobre especies o cuestiones actualmente no contempladas en la legislación de la UE. En relación a la primera tarea, ya está en marcha la revisión de la Directiva sobre bienestar de los animales en el momento de su sacrificio o matanza<sup>65</sup>, y se ha procedido a la actualización de las normas específicas sobre terneros y cerdos, codificándolas tras sucesivas modificaciones sustanciales de sus textos<sup>66</sup>.

Se han adoptado otros actos en la misma dirección, de mejora de la legislación vigente. Por un lado, en cuanto a la protección y el bienestar de los animales en las explotaciones, han visto la luz el informe sobre la aplicación de la directiva general sobre explotaciones ganaderas<sup>67</sup>, la Decisión que modifica la Decisión 2000/50/CE sobre la inspección de las explotaciones ganaderas<sup>68</sup> y el Informe sobre los sistemas de cría de gallinas ponedoras<sup>69</sup>.

En lo que se refiere a la experimentación con animales, existen informes anuales sobre el desarrollo, la validación y la aceptación reguladora de métodos alternativos en el sector de los cosméticos<sup>70</sup>; está en proceso de gestación un Reglamento sobre los productos cosméticos

que codifica las 55 modificaciones de la anterior directiva<sup>71</sup>; y la intención de revisar la Directiva 86/609 sobre utilización de animales en experimentos o con otros fines científicos<sup>72</sup> se ha concretado en la propuesta de Directiva COM (2008) 543, que todavía se tramita por el procedimiento de codecisión<sup>73</sup>. Esta última propuesta se ha basado en el artículo 95 TCE (aproximación de legislaciones) y ha sido precedida de consultas y sendas opiniones de la Agencia Europea de Seguridad Alimentaria y el Comité de Salud Animal y Bienestar Animal. Se justifica por las imprecisiones de la Directiva aún vigente y su carácter desfasado, ya que desde los ochenta se han desarrollado nuevas técnicas (animales transgénicos, clonación, xeno-transplantes...), se ha incluido en el TCE el Protocolo sobre Bienestar Animal, y además se han adoptado actos (como el Reglamento REACH) que es preciso tener en cuenta. De su texto, destaca la limitación a la utilización de algunas especies animales (especialmente los primates, arts. 7-11).

Respecto a la preparación de *legislación nueva*, por el momento se pueden vaticinar o determinar algunos avances normativos. En primer lugar, se prevé el desarrollo de normativa específica atinente al bienestar de los peces de piscifactoría, ya que cada vez se dispone de más información sobre su sensibilidad. Por ello, esta cuestión está siendo abordada por el Consejo de Europa y la OIE. En el ámbito del Consejo de Europa, el Comité Permanente del Convenio Europeo para la protección de los animales en las explotaciones ganaderas, adoptó en su sesión de diciembre de 2005 (la número 47) una Recomendación sobre los peces de piscifactoría; y en la OIE se ha incluido un título sobre el Bienestar de los Peces de Cultivo en el Código Sanitario para los Animales Acuáticos<sup>74</sup>. Por su parte, en el marco de la política pesquera común, la estrategia de la Comisión para el desarrollo sostenible de la acuicultura europea ha destacado la necesidad de mejorar el bienestar de los peces de piscifactoría elaborando legislación específica para su protección<sup>75</sup>. Y hace tan sólo unos meses esta estrategia ha sido relanzada<sup>76</sup>. Se toma nota de

la necesidad de garantizar el bienestar animal para un crecimiento sostenible de la acuicultura y se prevén diversos actos de interés. Por un lado, poner en marcha en los dos próximos años una evaluación del bienestar de los peces de cría de cara a la posible adopción de medidas (legislativas o no). Y por otro, revisar el Reglamento relativo al bienestar de los animales durante el transporte para adaptar sus disposiciones a los animales acuáticos.

Asimismo, dentro de esta segunda tarea prevista por el Plan (relativa a la adopción de nuevas disposiciones comunitarias), está planificada la elaboración de actos que garanticen unas medidas coercitivas eficaces y tengan en cuenta las normas que rigen el comercio internacional, así como de normas sobre captura no cruel<sup>77</sup>.

Una cuestión que ya ha sido materializada a través del correspondiente acto, tiene que ver con el comercio de pieles de gato y de perro y de productos derivados. En este sentido, tras varios años de campaña, se ha debatido sobre una propuesta de la Comisión y finalmente ha sido adoptado un Reglamento por el procedimiento de codecisión<sup>78</sup>. Su base jurídica es doble: tanto el artículo 95 del TCE (dentro del Título VI del TCE sobre "Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones"), como el 133 TC (política comercial común). El texto exige a los operadores económicos que garanticen que los artículos importados, exportados o vendidos no contengan pieles de gato o perro. A estos efectos, incorpora un sistema de control de la composición de las pieles, con métodos de identificación (análisis de ADN, espectrometría de masas...) que deben compartirse entre los Estados miembros y transmitirse a la Comisión. Además, encomienda a los miembros la tarea de imponer sanciones, siempre que se detecte la presencia de los productos prohibidos y sean objeto de confiscación.

Por último, el Plan pretende impulsar la protección particular de otras especies en las explotaciones ganaderas. En el año 2005, la Comisión adoptó una Propuesta de Directiva sobre el bienestar de los pollos "broiler" (cria-

dos para la producción de carne<sup>79</sup>), y en un futuro próximo se esperan normas sobre patos y ocas. También está previsto para el año 2010 que la Comisión Europea presente un informe sobre la aplicación de indicadores mensurables en la legislación comunitaria sobre bienestar animal, que pretendería contribuir a una posible clasificación jerárquica de las normas que posteriormente se correspondiera con algún etiquetado en la UE en función de los sistemas de producción<sup>80</sup>.

El Plan de Acción 2006-2010 ha sido bien recibido en todos los ámbitos, como un paso adelante en la mejora de los niveles de bienestar animal comunitarios. Esta buena acogida no impide que haya sido objeto también de críticas de entidad, fundamentalmente a raíz del establecimiento de compromisos excesivamente amplios y de adolecer de omisiones de relevancia que repercuten en la propia legislación<sup>81</sup>. En cualquier caso, parece acertada la estrategia de la Comisión, de perfilar el camino que debe seguir el incremento del bienestar animal comunitario. Por cuanto se fijan de modo transparente y sistemático algunas metas y, en general, se explicita el compromiso de la Unión de avanzar en este ámbito. Sin embargo, la UE sigue constreñida por los diferentes intereses estatales y las implicaciones económicas de cualquier medida adoptada en esta línea.

Por lo que resulta de suma importancia la promoción de un creciente consenso entre los Estados miembros para poder incluir normas sobre nuevas materias o concluir la revisión de aquellas más conflictivas (como el bienestar animal durante el transporte), así como para adoptar una decisión acerca del etiquetado demandado por los consumidores y, muy especialmente, sobre el refuerzo de las medidas de control de la aplicación de la legislación comunitaria. Puesto que, cuanto mayores sean los niveles de bienestar animal de la Unión, mayores deberán serlo los de los Estados miembros, sin perjuicio de que sea necesario recurrir a los mecanismos nacionales y comunitarios de control del desarrollo y aplicación de la legislación de la UE que serán examinados en el siguiente apartado.

Finalmente, no debe perderse de vista que la Comisión ha adoptado otro texto más reciente que presenta su visión estratégica sobre la salud animal en la UE y, dentro de las actividades planteadas, incluye el Plan sobre Bienestar Animal. Es al postular la revisión y mejora del marco de salud animal de la UE (pilar 2) donde explicita que las acciones específicas sobre bienestar animal figuran descritas en el Plan de Acción 2006-2010 “que ahora forma parte integral de la Estrategia de Salud Animal de la UE”<sup>82</sup>. De este modo, se reafirma la orientación del Plan sobre Protección y Bienestar de los Animales, a la vez que se integra en una empresa más ambiciosa (avanzar hacia un marco regulador único sobre salud animal) que podría dotar a la legislación analizada en estas páginas de mayor coherencia y claridad. Por lo que habrá de estar a los futuros desarrollos de esta nueva estrategia para valorar sus resultados.

## 5. REPERCUSIONES PRÁCTICAS: PROMOCIÓN Y CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA

Para ofrecer una visión completa de un grupo de normas, resulta imprescindible no sólo analizar su contenido, sino también considerar su aplicación y repercusiones prácticas. Este cometido supone tratar de qué modo afectan las disposiciones a las actividades de la UE y a los Estados miembros, y muy especialmente cómo se controla su cumplimiento.

Es así que a continuación se examinarán algunas de las implicaciones de la normativa sobre bienestar animal para el funcionamiento diario de la Unión, atendiendo primero a las vías por las que los niveles comunitarios de bienestar animal se proyectan hacia el exterior de la UE, y después a los mecanismos para garantizar su cumplimiento en el interior. O lo que es lo mismo, se inquirirán las repercusiones de los actos en las relaciones internacionales

de la Unión (apartado a), para después examinar la incidencia en el ámbito comunitario (apartado b).

### A) EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES DE LA UE

La UE intenta promover un aumento del bienestar animal en el ámbito internacional, tanto en sus relaciones multilaterales como en sus relaciones bilaterales. Debe distinguirse de qué modo articula este cometido en sus relaciones con Organizaciones Internacionales y con terceros países.

En relación a la primera cuestión, se constata como la Unión promueve el bienestar de los animales a través de su participación en iniciativas de organizaciones internacionales, en particular de la OIE (Organización Mundial de Sanidad Animal), el Consejo de Europa y la OMC (Organización Mundial del Comercio). Por un lado, tal y como se declaró en una resolución del Consejo de Ministros de Agricultura adoptada en diciembre de 2002, la OIE es el organismo encargado de elaborar normas y directrices internacionales zoonitarias, tomándose como referente las directrices sobre bienestar animal que adoptó en mayo de 2004 y de 2005.

Por lo que se refiere al Consejo de Europa, la Comunidad Europea es parte o actúa en calidad de observador en varios de los convenios destinados a mejorar el bienestar animal en ámbitos tales como los ensayos efectuados con animales, el transporte, la cría y el sacrificio<sup>83</sup>. Asimismo, en las negociaciones de los acuerdos de la OMC se presiona para que se acepte el bienestar animal como cuestión no comercial en el comercio agrícola, ya que no se menciona explícitamente en ninguno de los acuerdos y “*es de suma importancia que el comercio no socave los esfuerzos comunitarios para mejorar la protección del bienestar de los animales*”<sup>84</sup>. En este sentido, la Propuesta de la UE a la OMC sobre el bienestar de los animales y el comercio en la agricultura de 28 de junio de 2000, señalaba que “*la CE al plantear las cuestiones relativas al bienestar de los animales en el (este contexto) no*

*(perseguía) el objetivo de establecer una base para la introducción de nuevos tipos de obstáculos no arancelarios, sino promover normas estrictas de protección del bienestar de los animales, con el fin de facilitar una información clara a los consumidores, sin perjuicio de preservar al mismo tiempo la competitividad del sector agropecuario y de la industria de productos alimentarios de la CE*<sup>85</sup>.

Paralelamente a participar en las iniciativas multilaterales, la UE impulsa el bienestar de los animales en sus relaciones bilaterales. Se diferencian las que mantiene con los *países exportadores* de aquéllas que mantiene con otros socios comerciales. En relación a las primeras, ya se ha mencionado que las importaciones de productos animales (entendidas como la circulación en los Estados miembros de productos procedentes de terceros países) están sujetas a una serie de requisitos comunitarios de sanidad animal para evitar la transmisión de enfermedades a personas u otros animales. Éstos incluyen condiciones generales aplicables también al comercio intracomunitario establecidas en Directivas del Consejo específicas (producción en establecimientos autorizados bajo la supervisión de un veterinario oficial, posibles controles en lugares de destino...) y otras que se suelen incluir en Decisiones de la Comisión (acompañarlos de certificados veterinarios oficiales del país exportador, someterlos a examen en el puesto fronterizo a la entrada en la UE...). Asimismo, al tratar de las normas indirectamente relacionadas con el bienestar de los animales se ha aludido a determinadas restricciones a la importación, exportación, circulación, e incluso oferta de venta de algunos productos. Además, la Unión ha iniciado negociaciones sobre las normas sobre el bienestar animal que deben incorporarse en los acuerdos bilaterales entre la UE y los proveedores de animales y productos de origen animal de terceros países (como Chile y Canadá)<sup>86</sup>.

Por otro lado, y respecto a las relaciones con *otros socios comerciales*, la UE ha concluido desde mitad de los noventa Acuerdos bilaterales Sanitarios y Fitosanitarios con diversos países y organizaciones internacionales (Andorra, Canadá, Chile Islas Faroe, Méjico, Nueva Ze-

landa, San Marino, EEUU, Suiza...)<sup>87</sup> en los que se incorpora y dice tener en cuenta el bienestar animal al tratar las medidas aplicables al comercio de animales y productos de origen animal. Por esta vía, se fomenta activamente la inclusión del bienestar de los animales en el marco de los acuerdos veterinarios. Por ejemplo, en el marco del acuerdo MSF CE-Chile se ha creado ya un grupo de trabajo específico sobre el bienestar animal con el fin de alcanzar una posición común sobre la aplicación de las Directrices de la OIE sobre el bienestar de los animales. Cabe tener presente también que, con algunos de estos países (como Canadá, la Federación de Rusia y EEUU), se han celebrado otros acuerdos internacionales destinados a establecer normas de captura no cruel a escala internacional.

Junto a lo anterior, no puede perderse de vista que en las negociaciones de preadhesión también se tiene en cuenta el bienestar animal, a la hora de prever períodos transitorios en la recepción de los actos comunitarios sobre esta materia. Tales demoras dependen en gran medida de la situación del país candidato, y el carácter de la normativa comunitaria. Por ejemplo, en el caso de la última adhesión de Bulgaria y Rumania, no se permiten derogaciones en la transposición y ejecución de la legislación de la UE sobre seguridad alimentaria,

## B) EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN

La protección del bienestar animal otorgada por estas normas afecta fundamentalmente a los Estados miembros de la Unión dentro de cada país y en sus relaciones respectivas. Puede resultar directamente aplicable, dependiendo del tipo de norma del que se trate (Reglamento, Directiva...), y, en cualquier caso, es exigible ya sea *per se* o tras la transposición. Por ello, puede afirmarse que las anteriores normas comunitarias forman parte del ordenamiento jurídico español a todos los efectos, debiendo aplicarse por los operadores jurídicos de nuestro país con la prevalencia que a dichas disposiciones les corresponde, esto es, su primacía

sobre cualquier norma interna contraria, ya sea anterior o posterior.

Son los Estados miembros, de este modo, quienes tienen la obligación de asegurar el estricto cumplimiento de la normativa comunitaria no sólo transponiendo sus normas al Derecho interno, sino también garantizando su aplicación a través de las actividades de control<sup>88</sup>. En este sentido, debemos reseñar la existencia de diversos *mecanismos para controlar* el cumplimiento efectivo de la normativa comunitaria. Por un lado, cabe formular quejas ante la autoridad competente del Estado miembro afectado. A raíz de estas denuncias administrativas presentadas por algunas organizaciones han sido sancionados ayuntamientos como los de Vitoria-Gasteiz (por realizar “sorteos de cerdos”), Manganases de la Polvorosa (por el “lanzamiento de una cabra” desde el campanario) y Soria (por “La Saca”, un espectáculo taurino popular); e incluso particulares como una bruja apodada Trini, quien en marzo de 2003 maltrató ante las cámaras y sacrificó después a un gallo. Un asunto más reciente, tiene que ver con la queja formulada por varias ONGs acerca de “La Salud de los Zoos” en España<sup>89</sup>.

Por otro lado, y para el caso de que la autoridad competente no aplique la normativa, la Comisión puede considerar el inicio de un *procedimiento de infracción* (con arreglo al art. 226 del TCE) contra el Estado miembro en cuestión si dispone de datos suficientes y fiables. Esta información sobre la falta de aplicación de las normas comunitarias por un Estado puede proceder bien de denuncias de organizaciones o individuos particulares, bien de los propios servicios de la Comisión que cuenta con los informes de la Oficina Alimentaria y Veterinaria (un servicio que realiza inspecciones para verificar la aplicación e imposición de modo uniforme de la legislación europea en

los Estados miembros)<sup>90</sup>. La Comisión dará la oportunidad al Estado de presentar sus observaciones y emitirá un dictamen motivado; y, si el Estado no lo observa en plazo, tiene la posibilidad de plantear la cuestión ante el TJCE a través de un recurso por incumplimiento. En este punto, resaltar la queja de una ONG ante la Comisión Europea por la “caça amb barriaca” catalana que desembocó en una denuncia de la Comisión ante el TJCE, que ya había condenado este tipo de caza en diciembre de 2004 en relación con el “parany” valenciano.

Desgraciadamente, como los actos comunitarios sobre protección y bienestar de los animales son las más de las veces directivas, con frecuencia se presentan denuncias a la Comisión y finalmente es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el que termina por aplicar el Derecho comunitario y declarar los incumplimientos. Se trata de la consecuencia habitual de la intervención legislativa comunitaria indirecta, que plantea problemas por falta de transposición en plazo y deficiencias en la misma.

En definitiva, los esfuerzos de las instituciones comunitarias por construir un *corpus iuris* armonizado sobre protección y bienestar animal se topan con importantes obstáculos a la hora de plasmarse en normativas nacionales armonizadas y efectivas. Tales obstáculos son frecuentes en todos los sectores del Derecho de la UE, si bien en este punto se intensifica la responsabilidad de las autoridades internas y la necesidad de una supervisión reforzada de la Comisión Europea. Se requiere, por tanto, por cada uno de los Estados miembros un compromiso claro con la cultura del bienestar de los animales, que necesariamente debe reflejarse en un desarrollo y aplicación coherente en el Derecho interno de la normativa comunitaria analizada.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

1. European Commission; “Attitudes of consumers towards the welfare of farmed animals”, *Special Eurobarometer* 229, junio 2005, en [http://ec.europa.eu/comm/food/animal/welfare/euro\\_barometer25\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/comm/food/animal/welfare/euro_barometer25_en.pdf) (mayo 2009). Para una actualización de sus resultados, *vid.* European Commission; “Attitudes of consumers towards the welfare of farmed animals Wave 2”, *Special Eurobarometer* 229(2), marzo 2007, en [http://ec.europa.eu/food/animal/welfare/survey/sp\\_barometer\\_fa\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/food/animal/welfare/survey/sp_barometer_fa_en.pdf) (septiembre 2009)



Otro sondeo más reciente vuelve a poner de manifiesto que los ciudadanos de la UE consideran el bienestar animal como una cuestión de notable relevancia, *vid.* European Commission; “Attitudes of EU citizens towards Animal Welfare”, *Special Eurobarometer 270*, marzo 2007, en [http://ec.europa.eu/food/animal/welfare/survey/index\\_en](http://ec.europa.eu/food/animal/welfare/survey/index_en) (septiembre 2009)

2. Esta es la línea de pensamiento del profesor Pérez Monguió. A este respecto y teniendo en cuenta su extensa obra, *vid.* especialmente Pérez Monguió, J.; “Sobre la experimentación animal en el marco del nuevo Estatuto de la protección animal: la situación normativa española”, *Revista en Internet de Información General sobre Ciencia e Investigación*, Vol. 9, 2003, disponible en <http://www2.uca.es/revista/uca-investiga/opinion/enlaceopcion.htm> (mayo 2009)

3. Se trata del “Plan de Acción Comunitario sobre Protección y Bienestar de los Animales 2006-2010”, *cfr.* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y el Consejo de 23 de enero de 2006, *relativa a un Plan de Acción Comunitario sobre Protección y Bienestar de los Animales 2006-2010*, COM (2006) 13 final, accesible en [http://ec.europa.eu/comm/food/animal/welfare/com\\_action\\_plan230106\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/comm/food/animal/welfare/com_action_plan230106_es.pdf) (mayo 2009)

4. Puede consultarse la última versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, del año 2006 (DO C321E de 29 de diciembre), en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm> (mayo 2009). Para acceder directamente a su texto, cabe dirigirse a <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/oj/2006/ce321/ce32120061229es00010331.pdf> (mayo 2009), pp. 37 y ss.

5. Se trata, pues, de un acto adoptado por el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, que se considera necesario para lograr “en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad” sin que el Tratado CE “haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto”.

6. *Vid.* entre los actos indirectamente relacionados con el bienestar animal el Reglamento 998/2003 sobre circulación de animales de compañía *por el que se aprueban las normas zoonosanitarias aplicables a los desplazamientos de animales de compañía sin ánimo comercial*, DO L 146 de 13-6-2003, y el Reglamento (CE) 854/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, *por el que se establecen normas específicas para la organización de controles oficiales de los productos de origen animal destinados al consumo humano*, DO L 139 de 30.4.2004, p. 206/320.

7. Propuesta de Reglamento sobre el comercio de los productos derivados de las focas, COM (2008) 469.

8. Es el caso de la Directiva 86/609 del Consejo de 24 de noviembre de 1986, *relativa a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros respecto a la protección de los animales utilizados para la experimentación y otros fines científicos*, DO L de 18-12-1986, pp. 1-28.

9. *Vid.* la mencionada versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, del año 2006, p. 314.

10. Texto publicado en el Diario Oficial nº C 310 de 16-12-2004 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm> (mayo 2009). Para acceder directamente al precepto mencionado, cabe dirigirse a <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2004:310:SOM:ES:HTML> (mayo 2009), pp. 55-56.

11. Destaca el cambio de enfoque, abandonándose el concepto constitucional para optar por un texto que modificará los Tratados vigentes sin sustituirlos. *Cfr.* Consejo de la Unión Europea, “Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Bruselas 21 y 22 de junio de 2007”, *Rev. 1 Concl. 2*, 20 julio 2007, especialmente pp. 2-3 y Anexo I, accesible a través de [http://europa.eu/institutional\\_reform/chronology/index\\_es.htm](http://europa.eu/institutional_reform/chronology/index_es.htm) (agosto 2009)

12. Texto publicado en el Diario Oficial nº C 306 de 17-12-2007 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm> (agosto 2009). Para acceder directamente al artículo mencionado, pueden consultarse las Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea publicadas en el Diario Oficial nº C 115 de 9-5-2008, sitas en <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2008:115:SOM:ES:HTML> (septiembre 2009), p. 54.

13. Estas libertades fueron adoptadas por el “Farm Animal Welfare Council” (FAWC), un organismo consultivo independiente establecido por el gobierno británico en 1979 para examinar el bienestar de los animales y proponer al gobierno las modificaciones (jurídicas o no) que estime procedentes. Sobre las cinco libertades, *vid.* Farm Animal Welfare Council; “Five Freedoms”, en <http://www.fawc.org.uk/freedoms.htm> (julio 2009)

14. Sobre la Directiva en materia de experimentación con animales, *vid.* López-Almansa, E.; “Ciencia y experimentación animal: qué nos dice la UE”, *Studia Bioética*, en prensa, especialmente pp. 4 y ss y nota a pie 6.

15. DO L 18 de 23-1-2003.
16. DO L 395 de 30-12-1989. Ha sufrido numerosas modificaciones, lo que justifica que el pasado año se haya impulsado la adopción de otro acto posterior que codifique su texto, la Propuesta de Directiva del Consejo *relativa a los controles veterinarios aplicables en los intercambios intracomunitarios*. (Versión codificada), COM (2008) 99 final.
17. DO L 224 de 18-8-1990. Del mismo modo, este acto ha sido enmendado en reiteradas ocasiones. La última modifica su Anexo A, *vid.* Directiva 2002/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2002, *por la que se modifican las Directivas 90/425/CEE y 92/118/CEE en lo que respecta a las condiciones sanitarias de los subproductos animales*, DO L 315 de 19.11.2002, pp. 14-15.
18. DO L 146 de 13-6-2003.
19. Pérez Monguió, J.; *Animales de Compañía*, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 151-178, especialmente pp. 152 y 173-178.
20. Decisión de la Comisión de 26 de noviembre de 2003, *por la que se establece un modelo de pasaporte para los desplazamientos intracomunitarios de perros, gatos y hurones*, DO L 312 de 27-11-2003.
21. El período transitorio ha sido ampliado recientemente, por el Reglamento (CE) 454/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, *que modifica el Reglamento (CE) 998/2003, por el que se aprueban las normas zosanitarias aplicables a los desplazamientos de animales de compañía sin ánimo comercial, en lo que respecta a la ampliación del período transitorio*, DO L 145 de 4.6.2008, pp. 238-239.
22. Esta agencia comunitaria proporciona a las instituciones comunitarias y los Estados miembros dictámenes científicos independientes sobre todas las cuestiones que afectan a la seguridad alimentaria. Asimismo, evalúa los riesgos existentes en la cadena alimentaria e informa al público de los mismos. Su labor de asesoramiento científico sobre todas las cuestiones que afectan directa o indirectamente a la seguridad alimentaria, incluye la salud y bienestar de los animales.
23. Se trata de un comité de reglamentación de los contemplados en la Decisión sobre comitología, esto es, a cuya intervención queda sujeta la atribución de poderes de decisión por el Consejo a la Comisión. Su actuación abarca toda la cadena de producción alimentaria, desde las cuestiones relativas a la salud de los animales en la granja hasta el producto que llega a la mesa de los consumidores. De hecho, una de sus ocho secciones se ocupa de la sanidad animal y el bienestar de los animales.
24. DO L 31 de 1-2-2002.
25. DO L 139 de 30-4-2004. Sus últimas modificaciones han sido introducidas por el Reglamento (CE) 219/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, *por el que se adaptan a la Decisión 1999/468/CE del Consejo determinados actos sujetos al procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado, en lo que se refiere al procedimiento de reglamentación con control — Adaptación al procedimiento de reglamentación con control — Segunda parte*, DO L 87 de 31-3-2009, pp. 109-154.
26. Reglamento (CE) n.º 1782/2003 del Consejo de 29 de septiembre de 2003, *por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la política agrícola común y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) n.º 2019/93, (CE) n.º 1452/2001, (CE) n.º 1453/2001, (CE) n.º 1454/2001, (CE) n.º 1868/94, (CE) n.º 1251/1999, (CE) n.º 1254/1999, (CE) n.º 1673/2000, (CEE) n.º 2358/71 y (CE) n.º 2529/2001*, DO L 270 de 21-10-2003.
27. Para profundizar en las medidas de reforma de la PAC con incidencia en el bienestar animal, *vid.* Comisión Europea; Documento de trabajo de la Comisión de 23 de enero de 2006, *relativo a un plan de acción comunitario sobre protección y bienestar de los animales 2006-2010*, COM (2006) 14 final, pp. 6-7.
28. Reglamento (CE) n.º 338/97 del Consejo de 9 de diciembre de 1996, *relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio*, DO L 61 de 3-3-1997.
29. DO L 103 de 25-4-1979. Pueden concretarse sus variaciones y derogaciones temporales en el sistema EUR-LEX, <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm> En este sentido, el último acto a destacar es el Reglamento (CE) 318/2008 de la Comisión de 31 de marzo de 2008, que sustituye íntegramente el Anexo.

30. Cfr. arts. 9, 6.3 y 7 *ibidem*.

31. DO L 206 de 22-7-1992. *Vid.* Dictámenes rectificativos en DO L 59 de 8-3-1996, y DO L 31 de 6-2-1998.

32. El Reglamento (CEE) n° 348/81 del Consejo de 20 de enero de 1981 (*relativo a un régimen común aplicable a las importaciones de productos derivados de los cetáceos*, DO L 39 de 12-08-1981), adopta medidas restrictivas a las importaciones. Concretamente, prohíbe la importación con fines comerciales de productos derivados de los cetáceos y requiere la existencia de una autorización estatal de importación si se destinan a otros fines. Además, en estos momentos se está tramitando por el procedimiento de codecisión una propuesta de Reglamento sobre el comercio de los productos derivados de las focas, COM (2008) 469.

33. La Directiva 83/129/CEE de 28 de marzo de 1983 *relativa a la importación en los Estados miembros de pieles de determinadas crías de foca y productos derivados* (DO L 91 de 9-4-1983), protege determinadas especies de focas (la foca rayada o “de capa blanca”, y la foca con capucha o “de lomo azul”) de la caza no tradicional. En consecuencia, prohíbe la importación con fines comerciales de determinados productos procedentes de las crías de estas especies de foca, salvo los derivados de la caza de los inuit.

34. Cfr. Decisión 82/461/CEE del Consejo de 24 de junio de 1982, *relativa a la celebración del Convenio sobre conservación de las especies migratorias de la fauna silvestre (Convención de Bonn)*, DO L 210 de 19-7-1982; Decisión 81/691/CEE del Consejo de 4 de setiembre de 1981, *relativa a la celebración de la Convención sobre la conservación de los recursos marinos vivos del Antártico*, DO L 252 de 5-9-1981; Decisión 93/626/CEE del Consejo de 25 de octubre de 1993, *relativa a la celebración del Convenio sobre la diversidad biológica*, DO L 309 de 13-12-1993-Rectificación DO L 82 de 25-3-1994; Decisión 82/72/CEE del Consejo de 3 de diciembre de 1981, *referente a la celebración del Convenio relativo a la conservación de la vida silvestre y del medio natural de Europa (Convenio de Berna)*, DO L 38 de 10-2-1982; y Decisión 96/191/CE del Consejo de 26 de febrero de 1996, *relativa a la celebración del Convenio para la protección de los Alpes (Convenio de los Alpes)*, DO L 61 de 12-3-1996.

35. DO L 3 de 5-1-2005.

36. Council of Europe; *European Convention for the Protection of Animals During International Transport (Revised)*, CETS No. 193, disponible en “Council of Europe-Activities-Legal Affairs-Treaty Office-Treaties-Complete List- European Convention for the Protection of Animals During International Transport (Revised)”, en <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=193&CM=8&DF=7/19/2007&CL=ENG> (julio 2009)

37. En este punto *vid.* Comisión Europea; Libro Verde de 12 de diciembre de 2006, *sobre las aplicaciones de la navegación por satélite*, COM (2006) 769 final.

38. Directiva 91/628/CEE del Consejo de 19 de noviembre de 1991 *sobre la protección de los animales durante el transporte*, DO L 340 de 11-12-1991.

39. Directiva 98/58/CE del Consejo *relativa a la protección de los animales en las explotaciones ganaderas*, DO L 221 de 8-8-1998.

40. Council of Europe; *European Convention for the Protection of Animals Kept for Farming Purposes*, CETS No. 087, March 1976, disponible en <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=087&CM=8&DF=7/19/2007&CL=ENG> (julio 2009). Fue modificado en 1992 por un protocolo, Council of Europe, *Protocol of Amendment to the European Convention for the Protection of Animals Kept for Farming Purposes*, February 1992, cuyo texto se encuentra accesible en <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=145&CM=8&DF=7/19/2007&CL=ENG> (julio 2009). En relación a los mismos y su aprobación por la UE, cfr. Decisión del Consejo 78/923/CEE de 19 de junio de 1978, *relativa a la celebración del Convenio Europeo sobre protección de los animales en las ganaderías*, DO L 323 de 17-11-1978, pp. 12-13; y su modificación por *Protocol of amendment to the European Convention for the protection of animals kept for Farming Purposes*, DO L 395 de 31-12-1992.

41. Cfr. art. 1.2 de la Directiva 98/58/CE.

42. Directiva 1999/74/CE del Consejo, DO L 203 de 3-8-1999, modificada por el Reglamento (CE) n° 806/2003 del Consejo de 14 de abril de 2003, *por el que se adaptan a la Decisión 1999/468/CE disposiciones relativas a los comités que colaboran con la Comisión en el ejercicio de sus competencias de ejecución previstas en los actos del Consejo adoptados con arreglo al procedimiento consultivo (mayoría cualificada)*, DO L 122 de 16-5-2003. En relación a la misma, *vid.* asimismo la Directiva 2002/4/CE de la Comisión de 30 de enero de 2002, *relativa al registro de establecimientos de gallinas pone-*

doras, cubiertos por la Directiva 1999/74/CE del Consejo; modificada a su vez por la Directiva 2006/83/CE del Consejo de 23 de octubre de 2006, por la que se adapta la Directiva 2002/4/CE relativa al registro de establecimientos de gallinas ponedoras, cubiertos por la Directiva 1999/74/CE del Consejo con motivo de la adhesión de Bulgaria y Rumanía, DO L 362 de 20-12-2006.

43. La anterior Directiva del Consejo (91/629/CEE DO L 340 de 11-12-1991) ha sido derogada por la Directiva 2008/119/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, *relativa a las normas mínimas para la protección de terneros*, DO L 10 de 15-1-2009, pp. 7-13.

44. La anterior Directiva del Consejo (91/630/CEE DO L 340 de 11-12-1991) ha sido derogada por la Directiva del Consejo 2008/120/CE, de 18 de diciembre de 2009, *relativa a las normas mínimas para la protección de cerdos*, DO L 47 de 18-2-2009, pp. 5-13.

45. Propuesta de Directiva del Consejo COM (2005)221 de 30 de mayo, DO C 146 de 16-6-2005, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2005/com2005\\_0221es01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2005/com2005_0221es01.pdf) (mayo 2009)

46. Directiva 2007/43/CE del Consejo de 28 de junio de 2007, *por la que se establecen las disposiciones mínimas para la protección de los pollos destinados a la producción de carne* (Texto pertinente a efectos del EEE), DO L 182 de 12-7-2007. Se establece como fecha límite para su transposición el 30 de junio de 2010.

47. Directiva *relativa a la protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza*, DO L 340 de 31-12-1993.

48. Su texto se encuentra disponible en <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=102&CM=8&DF=7/19/2007&CL=ENG> (julio 2009) Respecto a la participación de la CE, Decisión del Consejo 88/306/CEE de 16 de mayo de 1988, *relativa a la aprobación del Convenio europeo sobre la protección de los animales de sacrificio*, DO L 137 de 2-6-1988.

49. Cfr. art. 1.2 de la Directiva 93/119/CE.

50. La Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA por sus siglas en inglés) ha adoptado dos opiniones científicas sobre los métodos de aturdimiento y sacrificio: EFSA, *Opinion of the Scientific Panel on Animal Health and Welfare (AHAW) on a request from the Commission related with the welfare aspects of the main systems of stunning and killing applied to commercially farmed deer, goats, rabbits, ostriches, ducks, geese and quail*, 13 de febrero de 2006, disponible en [http://www.efsa.europa.eu/EFSA/efsa\\_locale-1178620753812\\_1178620773440.htm](http://www.efsa.europa.eu/EFSA/efsa_locale-1178620753812_1178620773440.htm) (agosto 2009); y EFSA, *Summary of Opinion of the Scientific Panel on Animal Health and Welfare (AHAW) on a request from the Commission related to welfare aspects of the main systems of stunning and killing the main commercial species of animals*, 15 de junio de 2004, accesible a través de [http://www.efsa.europa.eu/EFSA/efsa\\_locale-1178620753812\\_1178620775454.htm](http://www.efsa.europa.eu/EFSA/efsa_locale-1178620753812_1178620775454.htm) (agosto 2009)

51. Cfr. La Propuesta de la Comisión de un Reglamento del Consejo COM/2008/0553 final, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0553:ES:NOT> (septiembre 2009)

52. Directiva del Consejo 1999/22/CE del Consejo de 29 de marzo de 1999, *relativa al mantenimiento de animales salvajes en parques zoológicos*, DO L 94 de 9-4-1999.

53. *Vid.*, entre otros, los informes de Eurogroup for Animal Welfare/EWLA; *Report on the implementation of the EU zoo Directive*, March 2006, disponible en <http://www.eurogroupforanimals.org/policy/pdf/zooreportmar2006.pdf> (agosto 2009); y, para el caso de España, Infozoos; *La Salud de los Zoos. Adecuación de los parques zoológicos españoles al Real Decreto 31/2003*, 2006, accesible en <http://www.infozoos.org/descargas/La%20salud%20de%20los%20zoos.pdf> (julio 2009)

54. Directiva 86/609/CEE del Consejo de 24 de noviembre de 1986, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros respecto a la protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos*, DO L 358 de 18-12-1986. Para adaptar a la evolución científica sus anexos técnicos (que contienen, entre otras, las líneas directrices relativas al alojamiento y los cuidados de los animales), se modificó por la Directiva 2003/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de julio de 2003, DO L 230 de 16-9-2003. Estos actos son congruentes con la participación de la CE en los trabajos del Consejo de Europa. De hecho, la Comunidad celebró el Convenio Europeo sobre protección de los animales vertebrados utilizados para experimentación y otros fines científicos (Decisión del Consejo 1999/575/CE de 23 de marzo de 1998, Diario Oficial L 222 de 24-8-1999), y su Protocolo de Enmienda (Decisión 2003/584/CE del Consejo de 22 de julio de 2003, DO L 198 de 6-8-2003).

Más recientemente, una Decisión del Consejo 2006/403/CE de 25 de abril de 2006 establece la posición que debe adoptarse en nombre de la Comunidad en lo relativo a una propuesta de modificación del apéndice A del Convenio Europeo sobre protección de los animales vertebrados utilizados para experimentación y otros fines científicos, DO L 156 de 9-6-2006.

55. ECVAM fue creado por la Comunicación de la Comisión al Consejo y el Parlamento Europeo SEC(91)1794 final de octubre de 1991, *Creación de un Centro Europeo para la Validación de Métodos Alternativos*, en cumplimiento de la previsión de la Directiva 86/609/CEE que requiere que la Comisión y los Estados Miembros apoyen activamente el desarrollo, validación y aceptación de métodos que reduzcan, refinen o reemplacen el empleo de animales de laboratorio (el conocido “principio de las tres erres”). Sus funciones se recogen en la mencionada Comunicación: coordinar la validación de métodos alternativos a ensayos con animales en la UE, servir de centro de intercambio de información a este respecto, establecer y gestionar una base de datos, y promover el diálogo entre los implicados para desarrollar estos métodos y que estos sean reconocidos en el ámbito internacional.

56. Cfr. Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: *Cuarto informe sobre las estadísticas relativas al número de animales utilizados para experimentación y otros fines científicos en los Estados miembros de la Unión Europea*, COM (2005) 7 final, de 20 de enero de 2005, no publicado en el Diario Oficial. Las últimas cifras son todavía más elevadas, *vid.* Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: *Quinto informe sobre las estadísticas relativas al número de animales utilizados para experimentación y otros fines científicos en los Estados miembros de la Unión Europea*, COM (2007) 0675 final, de 5 de noviembre de 2007, no publicado en el Diario Oficial.

57. Reglamento (CE) 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006, *relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH)*, por el que se crea la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos, se modifica la Directiva 1999/45/CE y se derogan el Reglamento (CEE) 793/93 del Consejo y el Reglamento (CE) 1488/94 de la Comisión así como la Directiva 76/769/CEE del Consejo y las Directivas 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CE y 2000/21/CE de la Comisión, DO L 396 de 30-12-2006.

58. *Vid.* Propuesta de la Comisión de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de julio de 2004 *por la que se introducen normas de captura no cruel para algunas especies animales*, COM(2004) 532 final, DO C 13 de 19-1-2005; y Resolución legislativa del Parlamento Europeo *sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se introducen normas de captura no cruel para algunas especies animales (COM(2004)0532 – C6-0100/2004 – 2004/0183(COD))*, de 13 de diciembre de 2005, P6\_TA(2005)0500, disponible a través de [http://ec.europa.eu/prelex/detail\\_dossier\\_real.cfm?CL=es&DosId=191601](http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=191601) (agosto 2009)

59. Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas de captura no cruel para algunas especies animales*, COM (2004) 532 final, DO C 157/70 de 28-6-2005, pp. 70-71.

60. *Ibidem*, par. 4 p. 71 y nota a pie 2.

61. *Ibidem* pars. 6.1, 6.2 y 11.5, pp. 72-73.

62. Cfr. Informe del Parlamento Europeo de 19 de septiembre de 2006, *sobre un Plan de Acción Comunitario sobre protección y bienestar de los animales 2006-2010*, A6-0290/2006 final, p. 28, par. 21, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2006-0290+0+DOC+WORD+V0//ES&language=ES> (septiembre 2009)

63. *Vid. supra* nota 3.

64. En el mencionado Documento de trabajo de la Comisión de 23 de enero de 2006, *relativo a un plan de acción comunitario sobre protección y bienestar de los animales 2006-2010*, COM (2006) 14 final, se establece la base estratégica de las acciones propuestas. Puede consultarse en [http://ec.europa.eu/comm/food/animal/welfare/work\\_doc\\_strategic\\_basis230106\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/comm/food/animal/welfare/work_doc_strategic_basis230106_es.pdf) (mayo 2009)

65. Propuesta de Reglamento del Consejo *relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza*, COM (2008) 553 final, tramitada por el procedimiento de consulta 2008/0180 y adoptada por el Consejo el 24 de septiembre de este año. Al adoptarse un Reglamento, se garantiza la aplicación uniforme del acto y por lo tanto se evitan las cargas y desigualdades que generarían las transposiciones nacionales de una Directiva. Como antecedentes, pueden consultarse sendos dictámenes de la Agencia Europea de Seguridad Alimentaria de los años 2004 y 2006 y una Opinión de la Oficina Alimentaria y Veterinaria disponible en [http://ec.europa.eu/food/animal/welfare/slaughter/fve\\_new\\_reg\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/food/animal/welfare/slaughter/fve_new_reg_en.pdf) (septiembre 2009)

66. Precisamente, la Comisión adoptó dos propuestas legislativas en esta dirección: la Propuesta de Directiva CE del Consejo de 1 de junio de 2006 *relativa a las normas mínimas para la protección de terneros (Versión codificada)*, COM (2006) 258 final, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2006/com2006\\_0258es01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2006/com2006_0258es01.pdf) (septiembre 2009); y la Propuesta de Directiva del Consejo de 8 de noviembre de 2006 *relativa a las normas mínimas para la protección de cerdos (Versión codificada)*, COM (2006) 669 final, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2006/com2006\\_0669es01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2006/com2006_0669es01.pdf) (septiembre 2007). La primera se ha traducido en la ya mencionada Directiva 2008/119/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, DO L 10 de 15.1-2009, pp. 7-13; y la segunda en la Directiva 2008/120/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, DO L 47 de 18-2-2009, pp. 5-13.

67. *Informe de la Comisión al Consejo sobre la experiencia adquirida en la aplicación de la Directiva 98/58 relativa a la protección de los animales en las explotaciones ganaderas*, COM (2006) 838 final.

68. Decisión de la Comisión 2006/778/CE, de 14 de noviembre de 2006, *por la que se establecen requisitos mínimos para la recogida de información durante la inspección de unidades de producción en las que se mantengan determinados animales con fines ganaderos*, DO L 314 de 15-11-2006, pp. 39-47.

69. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo *sobre los diferentes sistemas de cría de las gallinas ponedoras y más particularmente los cubiertos por la Directiva 1999/74/CE*, COM (2008) 865 final

70. El último es del año 2008, *vid.* Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *sobre el Desarrollo, la Validación y la Aceptación Legal de Métodos Alternativos a la Experimentación con Animales en el Sector de los Cosméticos*, COM/2008/0416 final.

71. Es la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo *sobre los productos cosméticos (refundición)* (SEC(2008)117) (SEC(2008)118) COM/2008/0049 final, con base jurídica en el artículo 95 TCE sobre aproximación de las legislaciones. Sobre experimentación con animales, *vid.* el capítulo V.

72. Cfr. Documento de trabajo de la Comisión de 23 de enero de 2006, *relativo a un plan de acción comunitario sobre protección y bienestar de los animales 2006-2010*, COM (2006) 14 final, pp. 6 y 8.

73. Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *relativa a la protección de los animales utilizados para fines científicos*, COM (2008) 543 final.

74. Organización Mundial sobre Sanidad Animal; *Código Sanitario para los Animales Acuáticos*, 2009, título 7, disponible en [http://www.oie.int/esp/normes/fcode/E\\_summry.htm](http://www.oie.int/esp/normes/fcode/E_summry.htm) (septiembre 2009)

75. Comisión Europea; Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo *Estrategia para el desarrollo sostenible de la acuicultura Europea*, COM (2002) 511 final, cfr. medida propuesta núm. 4.7.

76. La Comisión ha hecho balance de los resultados obtenidos por la estrategia comunitaria para el crecimiento de la acuicultura y pretende tratar las causas de su estancamiento, *vid.* Comisión Europea; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 8 de abril de 2009, *Construir un futuro sostenible para la acuicultura - Nuevo impulso a la Estrategia para el desarrollo sostenible de la acuicultura europea*, COM (2009) 162 final.

77. Ya se ha visto que esta iniciativa no prosperó. Pero también se ha advertido que, aunque el Parlamento Europeo la rechazase el 13 de diciembre de 2005, la Comisión puede presentar otras propuestas legislativas, a lo que le insta el Parlamento Europeo en su Informe de 19 de septiembre de 2006 *sobre un Plan de Acción Comunitario sobre protección y bienestar de los animales 2006-2010*. *Vid. supra* notas 58 y 59. De hecho en el último de los apartados de la Comunicación que adopta el Plan de Acción (COM(2006) 13 final) se incluye dentro de las acciones planeadas para el año 2009 la “*determinación de normas sobre captura no cruel con vistas a su aplicación en la UE para 2014*”.

78. Cfr. Comisión Europea; Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo *por la que se prohíbe la comercialización y la importación o exportación desde la Comunidad de pieles de perro y de gato y de productos que las contengan*, COM(2006) 684 final de 20-11-2006, DO C 78 de 11-4-2007, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2006/com2006\\_0684es01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2006/com2006_0684es01.pdf) (septiembre 2009); y el Reglamento 1523/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, *por el que se prohíbe la comercialización y la importación a la Comunidad, o exportación desde esta, de pieles de perro y de gato y de productos que las contengan*, DO L 343 de 27-12-2007, pp. 1-4.

79. La ya mencionada Propuesta de Directiva COM (2005)221 de 30 de mayo, DO C 146 de 16-6-2005, que finalmente vio la luz en julio de 2007. *Vid. supra* nota 45. Conforme al artículo 12, el plazo de transposición expira el 30 de junio de 2010.

80. Por el momento, las normas de la UE para la comercialización de los huevos y la carne de aves de corral ya prevén condiciones para el etiquetado en relación con el bienestar animal, como por ejemplo el método de cría de las aves.

81. Para profundizar en estos aspectos, *vid. López-Almansa Beaus, E.*; “Legislación europea sobre protección de los animales tras el Plan de Acción 2006-2010”, *Revista de Bioética y Derecho*, (Observatorio de Bioética y Derecho, PCB-UB), Núm. 9, enero 2007, pp. 4-5. *Vid. también COPA/COGECA*; “Reacción del COPA y de la COGECA frente al Plan de acción de la Comisión europea sobre el bienestar de los animales 2006-2010”, 20 marzo 2006. En otros documentos de interés, *vid. Eurogroup for Animal Welfare; Animal Welfare Action Plan (AWAP)*, Briefing, febrero 2006, [http://www.eurogroupanimalwelfare.org/pdf/briefing\\_awap\\_feb06.pdf](http://www.eurogroupanimalwelfare.org/pdf/briefing_awap_feb06.pdf) (mayo 2009)

82. Comisión Europea; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 10-9-2008, *Plan de Acción para la aplicación de la Estrategia de Salud Animal de la UE*, COM (2008) 545 final, p. 3.

83. Para acceder a una lista sobre el estado de las firmas y ratificaciones de los convenios del Consejo de Europa relacionados con la protección de animales, véase <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTableauCourt.asp?MA=42&CM=16&CL=ENG> (junio 2009)

84. Commission Directorate-General for Agriculture; *EU agriculture and the WTO*, 2001, <http://ec.europa.eu/comm/agriculture/external/wto/newround/full.pdf> (mayo 2009), p. 11, traducción libre de la autora.

85. Horgan R. (Comisión Europea); “Legislación de la UE sobre bienestar animal: situación actual y perspectivas”, *Redvet Revista electrónica de veterinaria*, Volumen VIII Número 12B, diciembre 2007, p. 6.

86. Abarcan actualmente normas sobre el aturdimiento y el sacrificio, y podrían ampliarse al transporte terrestre y marítimo de animales, *vid. Horgan R. (Comisión Europea)*, *op cit*, p. 5.

87. *Vid. entre otros* el Acuerdo de Asociación entre la CE y los Estados miembros y Chile sobre medidas sanitarias y fitosanitarias aplicables al comercio de animales y productos de origen animal, plantas y productos de las plantas y otros productos y bienestar animal, Anexo IV: Decisión del Consejo de 18 de noviembre de 2002.

88. Además de las previsiones generales de los Tratados constitutivos sobre la responsabilidad de los Estados miembros de velar por el cumplimiento del Derecho de la Unión, existen actos específicos sobre salud y bienestar animal que encomiendan al Estado la labor de controlar el cumplimiento de los actos de este sector normativo. *Vid. entre otros* el Reglamento 1/2005 sobre bienestar de los animales durante el transporte, *op. Cit.*; el Reglamento 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, *sobre los controles oficiales efectuados para garantizar la verificación del cumplimiento de la legislación en materia de piensos y alimentos y la normativa sobre salud animal y bienestar de los animales*, DO L 165 de 30-4-2004, pp. 1-141; y el Reglamento 854/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, *por el que se establecen normas específicas para la organización de controles oficiales de los productos de origen animal destinados al consumo humano*, DO L 139 de 30-4-2004, pp. 206-320.

89. *Vid. supra* nota 8.

90. Los últimos informes que afectan a España inciden, entre otras materias, en el bienestar animal de cerdos y gallinas ponedoras (2005), los subproductos animales no destinados al consumo humano (2006), el bienestar animal en el sacrificio (2007), y la vacunación de emergencia contra la lengua azul (2008). Puede accederse a todos ellos a través de [http://ec.europa.eu/food/fvo/ir\\_search\\_en.cfm](http://ec.europa.eu/food/fvo/ir_search_en.cfm) (septiembre 2009)

En el año 2009, está prevista una inspección sobre el comercio intracomunitario de équidos y otra sobre la seguridad de los piensos, cfr. European Commission; *Food and Veterinary Office Programme of Audits and Inspections 2009*, 2009.

**Fecha de recepción: 22 de julio de 2009**

**Fecha de aceptación: 21 de septiembre de 2009**





# ESTUDIOS

El derecho a la imagen como bien penal

*Ángeles Jareño Leal*

Educación para la ciudadanía y neutralidad estatal

*Alfonso Ruiz Miguel*

Notas sobre el régimen de las prestaciones *in house* en el Derecho

Español

*Julio V. González García*

Los enredos de la validez: tres distinciones para no perderse

*Ángeles Rodenas Calatayud*

¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)

*Marina Gascón Abellán y Luís Medina Alcoz*

## **RESUMEN**

El derecho a la imagen es un derecho fundamental reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución, de carácter autónomo con respecto a la intimidad. Así se reconoce en la legislación civil y penal, y como tal se ha aceptado también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del TEDH. El Código penal español introdujo la protección de este bien jurídico en 1995, entre los delitos contra la intimidad del artículo 197. Desde la perspectiva penal se trata de proteger la representación reconocible de la figura humana en un contexto de intimidad, castigando su captación subrepticia por parte de un tercero.

## **PALABRAS CLAVE**

DERECHO FUNDAMENTAL, CARÁCTER AUTÓNOMO. BIEN JURÍDICO PENAL, REPRESENTACIÓN RECONOCIBLE DE LA FIGURA HUMANA, CONTEXTO DE INTIMIDAD

## **ABSTRACT**

The right to one's image is a fundamental right as recognised by article 18.1 of the Spanish Constitution, and is autonomous with respect to privacy. This is recognized in civil and criminal law, and is also accepted as such in the jurisprudence of the Constitutional Court and the ECHR. The Spanish penal code introduced the legal protection of this right in 1995, including it under the crimes against privacy of article 197. From a penal perspective, it concerns the protection, within a context of privacy, of any recognisable representation of the human figure, punishing its surreptitious acquisition by a third party.

## **KEY WORDS**

FUNDAMENTAL RIGHT, AUTONOMOUS, PENAL LEGAL RIGHT, RECOGNISABLE REPRESENTATION OF THE HUMAN FIGURE, CONTEXT OF PRIVACY

# EL DERECHO A LA IMAGEN COMO BIEN PENAL

Ángeles Jareño Leal

Profesora Titular de Derecho Penal  
Universitat de València

**Sumario:** 1. La autonomía del derecho a la imagen. 2. Desarrollo jurídico del derecho “a la propia imagen”. 3. La imagen como bien jurídico penal. Nota bibliográfica

## 1. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO A LA IMAGEN

El artículo 18.1 de la Constitución recoge el derecho a la imagen junto al honor y la intimidad, al señalar: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Este reconocimiento conjunto ha originado cierto debate doctrinal sobre la autonomía del derecho a la imagen. De hecho, en el momento de redactarse la Constitución se propuso por algún grupo suprimir su referencia explícita, al entender que este derecho quedaría englobado en el honor y la intimidad. Algunos autores civilistas negaron, en su momento, su protección autónoma, al considerar, también, que quedaba englobado en la protección del honor. Hoy, los propios civilistas señalan que se trata de un debate ya superado<sup>1</sup>. Así viene a ponerlo de manifiesto el propio desarrollo legal, con la Ley 1/82 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen<sup>2</sup>, y la protección específica que se le dispensa en el artículo 197 del Código penal. También el Tribunal Constitucional ha señalado que se trata de un derecho autónomo, y que lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que afectan a la esfera personal de su titular, aunque no lesionen su buen nombre ni den a conocer su vida íntima, porque se trata

de salvaguardar un ámbito propio y reservado (aunque no íntimo) frente a la acción y conocimiento de los demás<sup>3</sup>.

Este derecho fundamental no forma parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (lo cual, por otro lado, podría haber resultado anacrónico), ni se menciona expresamente en el Convenio de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (quizás la reticencia doctrinal a su autonomía se haya debido en parte a la falta de tradición legal), pero el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) señala que el derecho a la imagen se encuentra dentro de los derechos de la personalidad, incluido en el concepto de “vida privada” del artículo 8 del Convenio, y declara que otorga a su titular la facultad para decidir sobre la captación y reproducción de su imagen, con las excepciones señaladas en el propio artículo<sup>4</sup>. También afirma este Tribunal en sus resoluciones la necesidad de la mayor vigilancia que debe existir “frente a los progresos técnicos de grabación y reproducción de datos personales de un individuo”, incluyendo “la realización sistemática de fotografías determinadas y su difusión a un público amplio”<sup>5</sup>.

La mención expresa al derecho a la imagen en la Constitución española (también en la Constitución portuguesa) supone cierta visión de futuro en 1978 y, en mi opinión, actualmente tiene razón de ser una protección

específica<sup>6</sup>. Hace treinta años resultaba difícil prever la fácil accesibilidad actual a ciertos desarrollos tecnológicos, cuyo uso determina que la imagen (y, por supuesto, la intimidad) esté en mayor situación de riesgo, y sufra un elevado número de ataques que, además, se realizan en ocasiones de forma indiscriminada y masiva (teleobjetivos, cámaras de tamaño mínimo, teléfonos móviles: objetos todos que permiten la captación subrepticia y la difusión de la imagen por *internet*). Por ello creo que se justifica la protección jurídica expresa que otorgan la legislación civil y penal.

En cuanto a su desarrollo histórico, como señala la doctrina francesa, la protección del derecho a la imagen está ligada, en su origen, a la aparición de la técnica fotográfica, y dicha protección se produce dentro del ámbito jurídico concreto de los derechos de autor, por lo que en un principio la imagen empieza a protegerse en su aspecto patrimonial, en relación con la propiedad intelectual y artística (inicialmente a través del derecho de responsabilidad civil)<sup>7</sup>. Con el tiempo, en Europa el derecho a la imagen acaba ligado al concepto de *vida privada*, tal y como expresamente reconoce el TEDH, y pasa con ello a reforzarse su aspecto “moral”, siendo ubicado por este Tribunal entre los derechos de la personalidad: “La garantía que ofrece el artículo 8 del Convenio está destinada principalmente a asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo en la relación con sus semejantes”<sup>8</sup>. En España, tras la Ley 1/82 se encuentran las primeras resoluciones de la jurisprudencia en el ámbito civil. Según los autores de este campo, hacia el año 1900 el derecho a la imagen habría adquirido autonomía en otros ordenamientos del derecho comparado, desarrollándose como una facultad de disposición ligada a la personalidad y bajo la influencia de la doctrina civil alemana relativa al derecho general de la personalidad y la doctrina estadounidense del *right of privacy*<sup>9</sup>. Así, la jurisprudencia civil española repite la idea de que estamos ante una “especie” dentro del “género” de los derechos de la personalidad y señala que “los derechos de la personalidad

se refieren a los aspectos o manifestaciones inherentes a la misma y especialmente trascendentes, tanto físicos, como la vida e integridad física, como morales, como el honor, intimidad e imagen”, y estos tres “no constituyen un solo derecho con varios aspectos (*ius in se ipsum*), derecho tricéfalo, sino tres derechos diferenciados”<sup>10</sup>.

## 2. DESARROLLO JURÍDICO DEL DERECHO “A LA PROPIA IMAGEN”

En definitiva, tras la Ley 1/82 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen, doctrina y jurisprudencia civil concluyen hoy en la protección autónoma de este último derecho con respecto a la intimidad y el honor. En verdad no puede ser de otra manera en nuestro ordenamiento jurídico, pues esta autonomía puede deducirse del artículo 18.1 de la Constitución, de la propia Ley 1/82 y de lo dispuesto en el artículo 197 del Código penal. Estamos ante la protección de un derecho de la personalidad (“irrenunciable, inalienable e imprescriptible”, artículo 1.3 de la Ley 1/82), y desde el punto de vista civil se reconoce un doble aspecto de este derecho a la imagen: moral y patrimonial<sup>11</sup>. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que en el artículo 18.1 se protege la dimensión moral del derecho, relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. Y aunque la dimensión del valor económico y comercial no forma parte del contenido del derecho fundamental, se trata de un bien digno de protección, tal y como recoge la Ley 1/82 (artículo 7.6). En suma, “el derecho garantizado en el art. 18.1 CE, por su carácter personalísimo, limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo”<sup>12</sup>.

Así, puede ser difícil la distinción del aspecto lesionado (moral o patrimonial) en los casos

de personas que han hecho con habitualidad un uso comercial de su imagen (que por tanto es ya muy conocida públicamente), y en un momento concreto se oponen a su captación y/o reproducción<sup>13</sup>. Desde luego esta situación puede ser compleja de solucionar en el ámbito civil, pero en el ámbito penal la lesión del bien jurídico protegido tendrá lugar cuando la captación o reproducción haya sido subrepticia y se dé en un contexto de intimidad. En este caso, la lesión existirá aunque haya actuaciones precedentes del sujeto pasivo haciendo públicos determinados aspectos de su intimidad mediante imágenes (matizaré algo esta afirmación en el siguiente epígrafe), puesto que se trata de un bien disponible. En el hecho de que el bien sea disponible es decisiva la regulación del perdón del ofendido para estos delitos recogida en el artículo 201.3 del Código penal, así como la necesidad de denuncia para proceder por el delito, según el mismo artículo 201.

Como parece lógico, la mayoría de conflictos que se plantean tienen lugar cuando se ha captado o reproducido la imagen en aras de la libertad de expresión y/o el derecho a la información. En este sentido, opino que la jurisprudencia española ha reaccionado de forma lenta a la protección de la imagen, y puede que en ello tenga que ver la falta de tradición jurídica al respecto en este país<sup>14</sup>. Así, existen resoluciones que parecen proteger más un “interés del público” que un “interés público” de la información en sí misma (concerniente al bien común; si bien es cierto que recientemente ha habido algún cambio jurisprudencial). La jurisprudencia civil parece haber seguido al pie de la letra la configuración norteamericana sobre la libertad de expresión (en su relación con el derecho a la información) como un derecho de carácter preferente, al ser “un instrumento a través del cual se forma la opinión pública”, cobrando vida “la esencia y las instituciones del sistema democrático” y ocupando, por tanto, una “posición preferente en el conjunto de los derechos fundamentales”<sup>15</sup>.

Se olvida así, como señala Vives Antón, que el carácter preferente de un derecho sólo es tal cuando lo señala la propia Constitución,

cosa que no ha realizado la española, al dejar el desarrollo de cada derecho fundamental, así como la regulación de su ejercicio, en manos del legislador, es decir, de la ley (artículos 20.4, 53.1 y 81.1 de la Constitución). Y en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1, cuando el legislador señala los límites al ejercicio de este derecho en su relación con otros derechos fundamentales tiene que “dejar incólume el contenido esencial del derecho, es decir, aquel contenido sin el cual la afirmación de que el derecho existe sería, sencillamente falsa”<sup>16</sup>. En síntesis, para Vives Antón “el contenido esencial de la libertad de expresión, ese “núcleo duro” que ningún poder público puede invadir, se halla constituido por el *derecho al disenso razonado*...con todo lo que de libertad de información y ausencia de “precauciones” y sanciones implica un tal derecho”<sup>17</sup>.

Parece que cuando se trata de resolver el conflicto entre el derecho a la imagen y esta libertad de expresión e información, lo más complicado será comprobar que se ha hecho un “uso correcto” de dicha libertad: es decir, que su ejercicio contribuye realmente al debate público que fundamenta el pluralismo político, que está en la base de un sistema democrático, en expresión habitual en la doctrina y la jurisprudencia. Como señala el TEDH, se trata de que dicha libertad informativa ejerza realmente el papel de “perro guardián de la democracia”, afirmando que “conviene efectuar una distinción fundamental entre un reportaje que relata unos hechos —incluso controvertidos— que pueden contribuir a un debate en una sociedad democrática, referentes a personalidades políticas, en el ejercicio de sus funciones oficiales, por ejemplo, y un reportaje sobre los detalles de la vida privada de una persona que...no desempeña dichas funciones. Si en el primer caso la prensa juega su rol de “perro guardián” de una democracia contribuyendo a comunicar ideas e informaciones sobre cuestiones de interés público, no sucede lo mismo en el segundo”<sup>18</sup>.

El problema siempre parece estar, precisamente, en concretar qué es el “interés público” (en relación ahora con el derecho a la imagen),

aunque probablemente sea más fácil reconocer lo que no lo es. En este sentido, y como he señalado, creo que alguna jurisprudencia inicial referida a este derecho a la imagen no ha sido siempre ajustada a las reglas que se acaban de recordar en el párrafo anterior, pues se diría que ha habido una aplicación poco *discriminada* de la preferencia de la libertad informativa, aun en casos que no son, de forma evidente, ejercicio estricto de la información tal y como acaba de entenderse<sup>19</sup>. Pero también es cierto que en la jurisprudencia civil reciente se encuentra alguna resolución que parece caminar en un sentido más decidido hacia la protección del derecho a la imagen, comprobando de manera más selectiva si la libertad informativa que se alega es realmente un ejercicio del derecho protegido en el artículo 20 de la Constitución o si, por el contrario, se trata de algo ajeno a dicho ejercicio, al buscar *únicamente* satisfacer la curiosidad humana u obtener beneficios económicos<sup>20</sup>. Esta es una jurisprudencia más acorde con la del TEDH, y siguiendo en esta dirección creo que podrá afianzarse una doctrina más sólida sobre lo que puede entenderse por “interés público”, en relación con la captación y reproducción de la imagen sin consentimiento. En este sentido, especialmente importante es que se consolide la idea, ya expresada por el Tribunal Supremo, de que no hay interés general, o relevancia pública, en “aquello que sólo satisface la curiosidad humana por conocer la vida de otros, o que está dirigido exclusivamente por el ánimo de lucro de quien obtiene o difunde la información”<sup>21</sup>.

También el TEDH, en la mencionada sentencia de 24-6-04 señala un camino para concretar el concepto de interés público en relación con el derecho a la imagen: “Cuando la publicación de fotografías tenga como único fin el de satisfacer la curiosidad de cierto público sobre los detalles de la vida privada de una persona, no se está contribuyendo a ningún debate de interés para la sociedad”<sup>22</sup>. Y añade que la vida privada “comprende elementos que hacen referencia a la identidad de una persona, tales como el nombre o su derecho a la imagen”, pues “la garantía que ofrece el artículo

8 está destinada principalmente a asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo en la relación con sus semejantes”, y por ello, “existe una zona de interacción entre el individuo y los demás que, incluso en un contexto público, puede concierne a la vida privada”<sup>23</sup>. En conclusión, señala este Tribunal que el elemento determinante para establecer el equilibrio entre la protección de la vida privada y la libertad de expresión (dentro de la cual ubica la fotografía) reside en la contribución que las fotografías hacen al “debate de interés general”, ya que no existe de forma indiscriminada un interés “legítimo” en conocer la vida privada de los demás<sup>24</sup>.

Con el tiempo, la jurisprudencia civil española ha ido consolidando algunas cuestiones, como la efectiva y real diferencia entre la lesión del derecho a la imagen y la lesión de la intimidad. También se ha pronunciado sobre cómo debe interpretarse el consentimiento del titular del derecho cuando hay dudas. Así, el Tribunal Supremo ha confirmado el *carácter singular del derecho a la propia imagen*, con respecto al derecho a la intimidad, definiendo el primero como aquél que “otorga la facultad a la persona interesada de difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad”<sup>25</sup>. Con ello el Supremo asume lo genuino y expreso de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico: aunque en el caso concreto la publicación de las fotografías o la difusión de la imagen no vulnere el derecho a la intimidad de la persona, puede darse una intromisión ilegítima en su derecho a la imagen entendida como facultad de disponer, en la medida en que aquellas son captadas y reproducidas sin el consentimiento. Por ello, con respecto al *consentimiento*, el Supremo también consolida la idea de que debe ser *expreso* en cada caso, recayendo la carga de su prueba en quien difunde la imagen<sup>26</sup>. De esta manera, no puede hablarse de consentimiento “indefinido en el tiempo”, que permita publicar la imagen de alguien en cualquier momento por el hecho de que el titular haya consentido en una o varias ocasiones an-

teriores, ya que el consentimiento debe versar “sobre la obtención de la imagen y sobre su concreta publicación en un determinado medio de comunicación social”<sup>27</sup>.

En conclusión, el Supremo asume la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la imagen, cuando este último señala que “el derecho a la propia imagen consagrado en el artículo 18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener dimensión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde”, y añade que esta facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico se le atribuye porque éste “constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de toda persona, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual”<sup>28</sup>.

En mi opinión, es deseable que la jurisprudencia futura se dirija en una línea más protectora del derecho a la imagen, pues creo que la libertad informativa se ha desfigurado bastante en los últimos años. Y sucede, además, que existe un flanco muy descubierto en la jurisprudencia sobre este tema: la protección del derecho a la imagen cuando se trata de *personas sometidas a la acción de la justicia*, que ven indiscriminadamente captada y reproducida su figura en los medios de comunicación. Como he señalado en otro trabajo, es notoria la restricción que se está efectuando al ejercicio de este derecho para las personas que están siendo sometidas a la actuación penal, especialmente. Deseo seguir insistiendo sobre esta cuestión porque, en mi opinión, algunas decisiones judiciales adolecen de una justificación sólida.

Así, no parece contribuir en nada a la formación de una opinión pública “democrática y pluralista” acompañar la información sobre la entrada o estancia en prisión de una persona con su imagen en esa situación, o simplemente con una fotografía que le identifica, cuando se trata de un personaje que no es público. Sólo existe, en estos casos, satisfacción de la curiosidad morbosa de los ciudadanos. Por ello, al consentir en la intromisión, la jurisprudencia está aminorando la disponibilidad del derecho a la imagen para estos sujetos, y parece concluir que vulnerar la ley, o la sospecha de haberlo hecho, justifica la difusión de dicha imagen en aras de un supuesto interés público, añadiendo así a la propia acción de la justicia la pena de “escarnio público”<sup>29</sup>.

Sin embargo la doctrina reciente del TEDH se pronuncia en otro sentido. En su sentencia de 11-1-05 (*Sciascia contra Italia*) este órgano condena al estado italiano por intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de una ciudadana encausada en un procedimiento, que ve reproducida su foto en varios periódicos, junto a la noticia del delito. La foto, realizada por la policía en el momento de ser detenida, había sido filtrada por la fiscalía a la prensa. A juicio del Tribunal, con dicha difusión se produjo una vulneración de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio, ya que la publicación de la imagen vulneraba el derecho a su vida privada, al no tratarse de un personaje público, sino simplemente de una persona sometida a diligencias penales. El TEDH recuerda que la injerencia en el derecho sólo es posible en el caso de darse alguna de las tres razones que cita el artículo 8.2 del Convenio (ninguna de las cuales concurría aquí): ser una injerencia prevista por la ley, alcanzar una de las finalidades legítimas según el precepto y ser necesaria en una sociedad democrática para alcanzar dicha finalidad (proporcionalidad de la injerencia). En este caso, el Tribunal finaliza declarando que la demandante es “persona ordinaria”, no personaje público, con lo que la posibilidad de la injerencia queda más reducida, y lo que es fundamental para todos los casos similares, el TEDH concluye que estar sometido a una

causa penal no aumenta la posibilidad de injerencia sobre la imagen de las personas<sup>30</sup>.

### 3. LA IMAGEN COMO BIEN JURÍDICO PENAL

Como bien jurídico, la referencia a la imagen aparece en el Código penal de 1995, cuando se efectúa la reestructuración de los delitos contra la intimidad y, entre otras cosas, se establece una mención expresa a su protección (tal y como ya había hecho la Ley 1/82 en materia civil). Es a partir de ese momento cuando empieza a perfilarse este bien desde el punto de vista penal. Al existir también la protección civil, el criterio para la intervención penal será que la captación o reproducción de la imagen comporte no sólo una lesión a la facultad de disponer, sino también, y a la vez, una lesión a la intimidad. Es decir, en el artículo 197 del Código se trata de la protección de la imagen que es captada y/o reproducida sin consentimiento del titular y en un contexto de intimidad (como se ha analizado detenidamente en otro trabajo)<sup>31</sup>.

Las sentencias en el ámbito penal han sido hasta ahora, lógicamente, menos numerosas que las civiles<sup>32</sup>. En el artículo 197 el concepto de imagen protegida tiene un ámbito estrecho, y es más reducido de lo que se viene entendiendo desde la perspectiva del Derecho civil, teniendo en cuenta el amplio espectro que llega a abarcar tal derecho en ese campo, ya sea en su aspecto moral o en el patrimonial. Como bien jurídico penal cabe realizar ciertas precisiones al concepto, como vamos a ver a continuación. Y para todos los casos, hay que señalar, de entrada, que debe tratarse de imágenes captadas de forma subrepticia y en un contexto de intimidad, requisitos del tipo del artículo 197 del Código penal.

En primer lugar, hay que decir que la imagen que se protege en este precepto es *la imagen reconocible de una persona*. La que reproduce sus rasgos físicos de forma que se la pueda identificar por terceros, siendo indiferente en

este punto el número de personas que efectivamente la reconocen. Precisamente el hecho de que sea posible identificar la figura, la individualidad de la persona, es lo que está en la base de la protección jurídica de este derecho. Por ello, la reproducción de sus rasgos físicos debe ser real y auténtica, de tal manera que la figura identifique por sí misma al sujeto en cuestión (con alguna matización, que a continuación se hará). En este sentido, la protección civil es más generosa que la penal, pues se admite también que se protejan casos en los que la identificación de la persona pueda “deducirse” del contexto<sup>33</sup>. Aunque existe cierta polémica entre los civilistas en este punto, parece reconocerse que también debe proteger la Ley 1/82, en el contexto del artículo 7.6, la imagen no reconocible de una persona, pero reproducida en un contexto que la evoca sin lugar a dudas: por los objetos personales que aparecen, la estatura, la pose, la ropa, el corte de pelo, la leyenda o pie de foto, o por otros datos que permitan identificar al titular de esa figura. En el ámbito civil, todo ello puede llevar a la lesión del aspecto patrimonial de la imagen si, por ejemplo, se reproduce con fines publicitarios<sup>34</sup>. También se habla en estos casos de lesión de la “identidad personal”, la cual es posible aunque la imagen no sea reconocible, sobre la base de que la representación facial es sólo una de las facetas de dicha identidad. En todo caso se exige que al menos un tercero haya reconocido a la persona (sin utilizar para ello una especial pericia profesional), y no solamente que se reconozca ella misma<sup>35</sup>.

Sin embargo, esta polémica civil relativa a la identificación del titular por el contexto que rodea la representación gráfica o audiovisual creo que, en toda su amplitud, es ajena al artículo 197 del Código penal, pues sólo los casos en que exista representación de la figura reconocible por terceros, en un contexto íntimo, puede hablarse del bien protegido en dicho precepto. Pero también es cierto que en determinadas situaciones puede ser decisivo para llegar a identificar al sujeto el contexto que le rodea. Por ejemplo, los casos en que la imagen captada subrepticamente en una si-



tuación de intimidad se reproduce utilizando técnicamente una tira o cinta negra sobre los ojos del titular. Si el resto de la figura subsiste íntegra en la imagen, y del contexto se deduce sin lugar a dudas la identidad de la persona, existirá, en mi opinión, lesión penal del bien jurídico. Sobre los requisitos para la identificación, la doctrina civil señala para ese campo que no se trata de que sólo se identifique a sí mismo el propio sujeto, sino de que exista una clara posibilidad de identificación por parte de cualquier tercero “neutral”, sin necesidad de aportar la prueba de que dicha identificación ha sido efectivamente realizada<sup>36</sup>.

También hay que realizar precisiones en cuanto a la *imagen accesorio* de una persona, cuya lesión justifica la Ley 1/82 si acompaña a una “información gráfica sobre un suceso o acaecimiento” (artículo 8.2 c). Sin embargo, creo que su protección sí que puede caber en el artículo 197 del Código; pues, si el sujeto es reconocible, aunque su imagen se encuentre en un plano secundario, existe lesión del bien jurídico si se dan los requisitos típicos. Naturalmente en estos casos será fundamental comprobar el ánimo de quien capta o reproduce dicha imagen, ya que el artículo 197 exige dolo directo<sup>37</sup>. Por ello, las conductas negligentes deberán resolverse en el terreno civil.

Por otro lado, a tenor de la exigencia contenida en el artículo 197 de medios tecnológicos para captar la imagen, es obvio decir que no se incluyen en el precepto determinados supuestos que algún sector de la doctrina civil incluye para su protección en ese campo, como son *la caricatura, la pintura o la escultura*<sup>38</sup>. Aunque en estos casos se trata de “reproducir” la imagen de una persona, en un sentido amplio, el 197.1 es contundente: utilizar “artificios técnicos...de grabación o de reproducción”. Por lo que la imagen protegida en este precepto es la que se capta y/o reproduce literalmente mediante dichos medios: fotografía, vídeo o televisión. En los supuestos que se han citado al inicio del párrafo estamos mas bien ante un uso comercial de dicha imagen, por lo que las reclamaciones se dirigirán en ese sentido. Por su parte, el Constitucional ha señalado que no

atenta al aspecto moral del derecho a la imagen, que es el protegido en el artículo 18.1 de la Constitución, un dibujo en blanco y negro realizado en ordenador, al no afectar esta representación a la dimensión moral de la persona, que es el bien protegido por el derecho fundamental<sup>39</sup>. Tampoco ese tipo de representaciones están dentro de la protección penal de la imagen, sin entrar ahora en la cuestión de que una caricatura pueda constituir un atentado contra el honor.

En conexión con lo anterior, también es evidente que el Código penal no protege en el artículo 197 el mero *aspecto patrimonial* de la imagen, es decir, la facultad del titular de explotar económicamente su imagen. La Ley 1/82 es la que protege el derecho relativo a la explotación comercial de la propia imagen. Pero podrían plantearse dudas sobre la aplicación del tipo penal en algunos supuestos relacionados con la utilización comercial de la imagen: por ejemplo, el sujeto ha cedido su imagen en un contexto de intimidad, con un fin lucrativo, para que sea publicada en un medio concreto, pero la encuentra reproducida en otro u otros medios sin su consentimiento. Aunque en estos casos procede claramente una reparación patrimonial, la pregunta que hay que formularse es por qué no existe el tipo penal (si se hubiera dado el requisito del apoderamiento subrepticio), teniendo en cuenta que la imagen en relación con la intimidad (protegida en el artículo 197) es un bien penal absolutamente disponible, como pone de manifiesto el artículo 201 del Código penal. Mi opinión inicial es que no existe el delito si la reproducción sin consentimiento en este caso está guiada por un exclusivo fin comercial, puesto que el bien del 197 es diferente. Pero creo que para encontrar una solución en cada caso debe combinarse el análisis de varios elementos: consentimiento inicial del titular, fin lucrativo de éste y de quien reproduce sin consentimiento y forma de acceder a la imagen en este último caso (matizo aquí una afirmación realizada en el epígrafe anterior). Esta solución caso por caso no parece, en su enunciado, que proporcione mucha seguridad, pero probable-

mente no exista más opción. Ello sucede porque en supuestos como el citado la cuestión adquiere un carácter más complejo, en cuanto al concepto de “intimidad” a efectos penales y su relación con el consentimiento para su difusión, aspecto lo suficientemente enrevesado para que no pueda ofrecerse aquí una propuesta, por lo que sólo emito sobre esta cuestión una opinión inicial.

Por otro lado, tampoco puede incluirse en el artículo 197 la protección del derecho a una determinada imagen, entendido como el derecho a tener *el aspecto externo que cada uno desee*. La propia jurisprudencia civil así lo reconoce también para este campo, al señalar que la facultad que otorga el derecho a la imagen “consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen”, por lo que cuando se habla del derecho a determinar los rasgos físicos personales y característicos se trata de “dejar que el libre desarrollo de la personalidad se proyecte en su imagen y se desarrolle dentro de un ámbito de privacidad, sin invasiones ni injerencias”<sup>40</sup>.

Con respecto a otros posibles aspectos de la imagen excluidos del 197, también cabe decir que no se comprende en el bien penal la protección de este derecho para *las personas jurídicas*. El derecho a la imagen del artículo 18 de la Constitución es un derecho de la personalidad, con las características de ser irrenunciable, inalienable, e imprescriptible (artículo 1.3 de la Ley 1/82). Y finalmente, considero que tampoco estamos ante el bien jurídico protegido por el 197 cuando se realiza un *montaje de imágenes*, de tal manera que la del sujeto se sobrepone o añade a otras en una fotografía, o en un montaje audiovisual, para conseguir un resultado relativo a la intimidad<sup>41</sup>. Ello es así porque en el precepto penal se protege la captación y/o reproducción “de la verdad”, pues sólo cuando la imagen captada no ha sido modificada o manipulada puede realmente lesionarse la intimidad. Por ello, en los supuestos como el que se acaba de mencionar sólo podría tratarse, en su caso, de la lesión penal del honor, o de una lesión de carácter civil<sup>42</sup>.

## NOTAS

1. Rovira Sueiro, M. E., *El derecho a la propia imagen*, Granada 2000, pág. 21 y ss.

2. Artículo 1.1 de la Ley:

“El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica”.

3. STC 81/2001, de 26 de marzo, fto. jco. 1. *Vid.* un resumen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Mieres Mieres, L.J., *Intimidad personal y familiar. Prontuario de la jurisprudencia constitucional*, Navarra 2002, pág. 62, y *passim*. También resume la doctrina de este Tribunal Azurmendi Adarraga, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid 1997, pág. 143 y ss.

4. Artículo 8 del Convenio:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

5. Sentencia del TEDH de 24-6-2004, *Caso Hannover contra Alemania*, aptdo. 70.

6. Sobre el proceso de elaboración Herrero-Tejedor, E., *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1990, pág.92.

7. Abravanel-Jolly, S., *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, Lyon 2006, *passim*, desarrolla el origen individualista del concepto de vida privada, y ubica el fundamento de la protección del “secreto de la vida privada” en el

individualismo, analizando su historia desde el Derecho romano, y su desarrollo entre los derechos del hombre después de la segunda guerra mundial.

8. Sentencia del TEDH de 24-6-2004, *Caso Hannover contra Alemania*, aptdo. 50.

9. Azurmendi Adarraga, *El derecho*, cit., pág. 48 y ss.

10. STS 13-7-2006, Sala Civil, Sección 1ª, fto. jco. 1.

11. Protegen este aspecto patrimonial las STS 3-12-08 y 28-11-07, Sala Civil, Sección 1ª. Por ello, cabe diferenciar entre la facultad de que no se capte ni reproduzca la propia imagen, y el uso comercial por parte del titular del derecho, obteniendo beneficios de su difusión. Aunque no resulta fácil, en ocasiones, trazar la separación entre ambos aspectos, para la doctrina civil es necesario hacerlo pues de ello va a depender el procedimiento a utilizar (aunque no hay consenso entre los civilistas). Amat Llari, E., *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, Madrid 1992, págs. 49 y 50, recalca su estrecha relación con el derecho de autor cuando se trata de un uso comercial de la imagen, puesto que el derecho al valor publicitario de nuestra imagen sería el reverso de la medalla del derecho a la intimidad, en la medida en que la privacidad es algo que determinadas personas no desean, por lo que “frente a una voluntad de reserva aparece una voluntad de publicidad”, y señala que “en la intimidad se discute si hay derecho a publicar, en el uso comercial lo que está en juego es quién tiene derecho a publicar”, tratándose, por tanto, de la imagen como un derecho de propiedad, no de la personalidad.

12. STC 81/2001, de 26 de marzo, fto. jco. 2

13. Puede depender también de que la persona en cuestión sea un personaje público que es sobradamente conocido e identificable por todo el mundo. Si la persona no ha utilizado comercialmente su imagen, o no es un personaje público, reproducirla en un medio de comunicación supondrá que a partir de entonces el público podrá identificarle, y asociar su nombre a su imagen, es decir, que el sujeto perderá el anonimato, con lo que parece que estamos ante una lesión del aspecto moral del derecho.

14. Por ejemplo, en Francia la protección de este derecho como derecho subjetivo tiene su origen precisamente en la jurisprudencia civil (es de origen “pretoriano”), introduciéndose en el artículo 9 del Código civil el “derecho al respeto de la vida privada” con la Ley de 17-7-1970, cuando ya existían decisiones de los tribunales al respecto: *Abra vanel, La protection*, cit., parágrafo 225.

15. Vives Antón, T.S., resume así la llamada “doctrina Meiklejohn”, en “Sentido y límites de la libertad de expresión”, en *La libertad como pretexto*, Valencia 1995, pág. 368. Herrero-Tejedor, *Honor*, cit., pág. 108, también hace un resumen de la doctrina norteamericana, para la que la libertad de expresión es poseedora de un núcleo resistente, que no puede ser abatido. Por ello, los otros derechos fundamentales deben rendirse ante él cuando está en juego la alteración de ese “núcleo duro”. Según esto, si la libertad de información no sobrepasa los límites de su ejercicio “lícito”, el que se refiere a su núcleo inviolable, tiene carácter preferente frente a otros derechos, siempre que se ejerza la libertad informativa al servicio del debate público y se “persiga” la verdad (importancia en este punto de la actitud del informador). De tal manera, la “ponderación” con los otros derechos fundamentales en conflicto queda postergada a un segundo momento, en el que pueda hablarse de que los derechos se encuentran en una posición equiparable”. *Vid.* la STS 19-9-08, Sala Civil, Sección 1ª, haciendo prevalecer en este sentido la libertad de información

16. Vives Antón, “Sentido y límites”, cit., pág. 371.

17. *Ibidem*.

18. Sentencia 24-6-2004 del TEDH, *Caso Hannover contra Alemania*, aptdo. 63.

19. Se analiza la jurisprudencia anterior a 2008 en Jareño Leal, A., *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Madrid 2008, pág. 97 y ss. Recientemente la STS 19-9-08, Sala Civil, Sección 1ª, justifica el atentado al derecho a la imagen en aras de la libertad de información utilizando los mismos argumentos que si del derecho al honor se tratara: una información veraz y de interés público, tratándose de un “reportaje neutral”. En la sentencia se plantea la lesión de la imagen en relación con la intimidad de los familiares de una persona fallecida, cuyas fotos después del accidente mortal son difundidas por un periódico. La solución adoptada en este caso por el Supremo es contraria a la doctrina

establecida en la STC 231/1998, de 2 de diciembre, en un supuesto de divulgación de imágenes de la persona ya fallecida, pero que afectaban a la intimidad del “dolor” la familia.

20. En este último sentido la STS 24-7-08, Sala Civil, Sección 1ª. También esta Sala, en la STS 20-11-08, señala que la libertad de información no alcanza a la fotografía que acompaña al reportaje, al no ser aquella esencial para dicho reportaje.

21. STS 24-7-08, Sala Civil, Sección 1ª, fto. jco. 2º.

22. *Caso Hannover contra Alemania*, aptdo. 65, declarando la violación del artículo 8.1 en relación con unas fotografías publicadas en las que se reproducen escenas de la vida privada de un personaje público, tomadas en lugares públicos.

23. *Loc. cit.*, aptdo. 50.

24. También se añade, en la conclusión de esta misma sentencia, la excepción a esa afirmación: “Existe un derecho del público a ser informado, derecho esencial en una sociedad democrática que, en circunstancias concretas, puede incluso referirse a aspectos de la vida privada de personas públicas, concretamente cuando se trata de personalidades de la política”. El TEDH resuelve en esta sentencia sobre una decisión del Tribunal Constitucional alemán afirmando que la imagen de los personajes públicos, tomada en lugares públicos, sólo es protegible cuando se capta en un contexto de “aislamiento espacial”. Según ello, con respecto a las “personalidades absolutas de la historia contemporánea” habría interés legítimo del público en conocer cómo desarrollan su vida privada, al ser modelos a los que imitar o rechazar. Por ello, el Tribunal alemán había hecho prevalecer en el caso la libertad de prensa, al tratarse de imágenes captadas en lugares públicos, aunque se tratara de momentos de la vida privada de un personaje público, reconociendo, así, un derecho de los ciudadanos a conocer y a ser informados sobre la vida de las personas con protagonismo social.

25. STS 24-7-08, Sala Civil, Sección 1ª, fto. jco. 2º, resolviendo a favor de la protección de la imagen.

26. *Loc. cit.*, fto. jco. 2º y 3º. De entrada, esto supone que en los casos en que las imágenes hayan sido captadas de forma subrepticia (con cámaras ocultas, o con teleobjetivos, por ejemplo) será fácil deducir que no existe dicho consentimiento. Además, a ello cabe añadir que el consentimiento otorgado para que se “capte” la imagen no significa que también se haya otorgado para que se “reproduzca” ante terceros; y ya en el genuino ámbito civil patrimonial, se señala que el hecho de que se haya consentido en que un medio reproduzca la imagen no significa que se autorice también a que lo hagan otros medios.

27. STS 24-7-08, Sala Civil, Sección 1ª, fto. jco. 3º. En los casos de reproducción de una imagen ya publicada anteriormente puede existir la lesión patrimonial del derecho; por ejemplo, si se hace un uso publicitario de la misma: en este sentido STS 3-12-08, Sala Civil, Sección 1ª, citando más jurisprudencia sobre el consentimiento.

28. STC 81/2001, de 26 de marzo, fto. jco. 2, y STS 3-12-08, Sala Civil, Sección 1, fto. jco. 2º.

29. Un análisis de la jurisprudencia sobre este punto en Jareño Leal, *Intimidad, cit.*, pág. 120 y ss.

30. “El carácter de “persona ordinaria” de la presente demandante restringe en este caso esta zona de interacción que, por otro lado, no podría ampliarse en este caso por el hecho de que la demandante fuera objeto de diligencias penales”, aptdo. 29 de la sentencia. En la sentencia 17-7-03 del TEDH (*Perry contra el Reino Unido*) se plantea la licitud de la prueba que consiste en grabar en vídeo, en comisaría, sin que lo sepa, al acusado de robo que se niega a someterse a la rueda de identificación. Su identificación posterior por testigos que ven el vídeo es la prueba decisiva para su condena. El Tribunal Europeo condena por vulneración de la vida privada, al no tratarse de una injerencia “prevista en la ley” (artículo 8.2 del Convenio), ya que la grabación no cumplía con los requisitos de la legislación interna del país: informar al sujeto sobre la existencia y uso del vídeo, pedir su consentimiento e informarle de sus derechos. En la STEDH de 11-1-2000 (*News Verlag contra Austria*) la solución se produce en sentido contrario, admitiendo la licitud de la injerencia, señalando la excepcionalidad del caso, que se planteaba en conflicto con la presunción de inocencia.

31. Jareño Leal, *Intimidad, cit.*, pág. 93 y ss.

32. Y en alguna ocasión el atentado a la imagen ligado a la intimidad se ha sancionado con otros preceptos penales, como ocurre en la STS de 3-10-07, sobre pornografía infantil.

33. Grimalt Servera, *La protección*, cit., pág.71.
34. El artículo 7. 6 de la Ley 1/82 no permite: “La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”
- 35 Sobre la polémica Rovira Sueiro, *El derecho*, cit., pág. 7 y ss., e Igartua Arregui, *La apropiación comercial de la imagen y del nombre*, Madrid 1991, pág. 22 y ss.
36. El tercero neutral puede ser el propio juzgador: Igartua Arregui, F., *La apropiación*, cit., pág. 29.
37. Existe una discusión doctrinal sobre la presencia, o no, de un elemento intencional específico en el artículo 197.1.
38. Sobre la caricatura incluida en el derecho a la imagen véase bibliografía civil en Grimalt Servera, *La protección*, cit., pág. 129, nota. 330. Azurmendi Adarraga, *El derecho*, cit., pág. 26, siguiendo doctrina civil: “El carácter metafórico de la caricatura no desvirtúa el contenido material de la imagen como representación de la persona en forma visible”. Sin embargo, parece que no lo tiene tan claro el Supremo, a tenor de cómo define la imagen protegida a efectos civiles: “Imagen es la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa; pero a los efectos que ahora interesan ha de entenderse que equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción”: STS 3-12-08, Sala Civil, Sección 1, fto. jco. 2º.
39. STC 81/2001, de 26 de marzo, fto. jco. 3.
40. STS de 17-9-2007, Sala Civil, Sección Pleno, fto. jco. 4º, sobre la facultad de conformar la propia identidad sexual (en los casos de la llamada “disforia de género”), señalando que al poner obstáculos a ello “no hay, en puridad, una vulneración de los derechos a la intimidad o la propia imagen, pero hay un freno al libre desarrollo de la personalidad”.
41. El montaje de imágenes es delictivo en el artículo 370 del Código penal francés.
42. *Vid.* sobre este tema en el campo civil Azurmendi Adarraga, *El derecho*, cit., pág. 185 a 187.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ABRABANEL-JOLLY, S., *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, Lyon 2006.
- AMAT LLARI, E., *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, Madrid 1992.
- AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid 1997.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen*, Barcelona 2007.
- GRIMALT SERVERA, P., *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Madrid 2007.
- HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid 1990.
- JAREÑO LEAL, A., *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Madrid 2008.
- IGARTUA ARREGUI, F., *La apropiación comercial de la imagen y del nombre*, Madrid 1991.
- MARTÍN-RETORTILLO, L. y DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid 1988.
- MIERES MIERES, L.J., *Intimidad personal y familiar. Prontuario de la jurisprudencia constitucional*, Navarra 2002.
- ROVIRA SUEIRO, María E., *El derecho a la propia imagen*, Granada 2000.
- ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen*, Madrid 1987.
- SANTOS VIJANDE, J.M., Serrano Hoyo, G., *La protección jurisdiccional, civil y penal, del honor, la intimidad y la propia imagen*, Navarra 2005.
- SARAZA JIMENA, R., *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Pamplona 1995.
- VIVES ANTÓN, T.S., “Sentido y límites de la libertad de expresión”, *La libertad como pretexto*, Valencia 1995.

**Fecha de recepción: 29 de junio de 2009**

**Fecha de aceptación: 21 de septiembre de 2009**

## RESUMEN

El trabajo analiza varios de los argumentos a favor y en contra de la asignatura de “Educación para la ciudadanía”. A partir de la distinción entre el principio de neutralidad estatal y el derecho a la objeción de conciencia, el artículo se centra en el primer tema, haciendo especial hincapié en la discusión de las tachas constitucionales aducidas por los votos particulares de las sentencias del Tribunal Supremo que por el momento han zanjado el debate jurídico sobre la asignatura. El escrito argumenta que la “Educación para la ciudadanía”, tal y como la regulan la ley y los decretos estatales, no viola la neutralidad estatal bien entendida.

## PALABRAS CLAVE

“EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA”, NEUTRALIDAD ESTATAL LIBERAL, REPUBLICANISMO, ULTRALIBERALISMO, EDUCACIÓN EN VALORES, RELATIVISMO ÉTICO

## ABSTRACT

This work analyses various arguments for and against “Citizen Education” as an academic subject. Starting from the distinction between the principle of State neutrality and the right to conscientious objection, the article focuses on the first theme. Special emphasis is placed on the discussion of constitutional flaws alleged by dissenting opinions in Supreme Court rulings that have, for the time being, settled the legal debate on the subject. The text argues that “Citizen Education”, as regulated by law and State decrees, does not violate State neutrality as properly understood.

## KEY WORDS

“CITIZEN EDUCATION”, LIBERAL STATE NEUTRALITY, REPUBLICANISM, ULTRA-LIBERALISM, VALUES EDUCATION, ETHICAL RELATIVISM

# EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA Y NEUTRALIDAD ESTATAL

Alfonso Ruiz Miguel

Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad Autónoma de Madrid

**Sumario:** 1. Algunas precisiones previas. 2. La neutralidad, entre republicanismo y ultraliberalismo. 3. Las opiniones disidentes: educación en valores y actitudes. 4. Las objeciones de contenido: ideología de género, relativismo y positivismo. 5. Una objeción original: el artículo 16.2 de la Constitución. 6. Una breve conclusión. Nota bibliográfica

## 1. ALGUNAS PRECISIONES PREVIAS<sup>1</sup>

El debate sobre la enseñanza escolar de la “Educación para la ciudadanía”<sup>2</sup> entronca con problemas filosófico-jurídicos complejos y profundos. Este escrito tiene el objetivo principal de adoptar una posición razonada sobre el debatido contraste entre la mencionada enseñanza y el principio de neutralidad estatal<sup>3</sup>. Los filósofos del Derecho podemos contribuir así a un rico y largo debate que no ha terminado en absoluto con las recientes sentencias del Tribunal Supremo, ya que seguramente continuará tras las probables decisiones del Tribunal Constitucional y, después, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>4</sup>. Sin sujetarme a un análisis pormenorizado de unas y otras argumentaciones, trataré de contribuir al diálogo que la filosofía del Derecho, según la concibo, debe mantener con la interpretación jurídica sobre principios y derechos básicos en los diversos puntos y planos en que una y otra se entrecruzan. Anticipo que mi argumentación será favorable a la legitimidad constitucional de la implantación de la materia.

## 2. LA NEUTRALIDAD, ENTRE REPUBLICANISMO Y ULTRALIBERALISMO

En una ocasión anterior en que me ocupé de la enseñanza de la Educación para la ciudadanía utilicé la ya clásica clasificación de Hirschman de los argumentos antirreformistas de perversidad, futilidad y riesgo<sup>5</sup>. Los dos primeros sugieren que los objetivos conseguidos por la materia son opuestos a los pretendidos (perversidad porque el tiro saldrá por la culata) o, en todo caso, que las pretensiones que animan su implantación no se alcanzarán (futilidad porque todo quedará en agua de borrajas). Poco importa que ambos argumentos sean incompatibles, o sólo muy limitadamente compatibles, con el tercer argumento, basado en el riesgo de adoctrinamiento ideológico de la asignatura. No sería la primera vez que los poderes públicos se proponen hacer algo inaceptable pero sin conseguir ser eficaces en su propósito. Sea como sea, aquí sólo me ocuparé de desarrollar la discusión sobre la tercera cuestión, de si la Educación para la ciudadanía compromete el principio de neutralidad del Estado, que resulta ser un punto de encuentro de algunos argumentos filosófico-políticos

y jurídico-constitucionales que propongo comenzar por ordenar en tres posiciones diferentes.

En un extremo se encontraría la posición que puede denominarse republicana, para la que la Educación para la Ciudadanía debería comprometerse no sólo con los fundamentos básicos del sistema democrático sino también con alguna particular visión de tal sistema, sea patriótica, pro-socialista, pro-neoliberal o pro-conservadora, según el modelo ideológico que se prefiera. En el otro extremo estaría la posición diafórica o descriptiva, a primera vista eminentemente liberal e incluso ultraliberal pero a fin de cuentas comunitarista, que para salvaguardar los derechos de las familias admite todo lo más una materia de estudio de las instituciones y regulaciones jurídicas básicas del sistema democrático limitada a *informar* de ellas sin entrar a juzgarlas ni pretender favorecerlas. Entre las dos anteriores —y es fácil adivinar que en este punto medio encuentro yo la virtud— puede situarse una posición que propongo denominar liberal sin más y que, distinguiendo entre el ámbito de la moral privada y la moral pública, o entre concepciones del bien y concepciones de lo justo, defiende que es legítima y puede ser saludable una Educación para la ciudadanía que pretenda *formar* cívicamente en los principios básicos del sistema democrático-liberal, que combinan de distintos modos la idea de tolerancia ante el pluralismo ideológico y político con la de firmeza ante los derechos humanos básicos y los procedimientos democráticos de deliberación y decisión colectiva.

He dicho que en este punto medio encuentro la virtud porque permite evitar los riesgos particularistas de las dos opciones extremas: de la primera, cuyo ejemplo clásico es el republicanismo jacobino y su instauración de una religión civil, caracterizada por su compromiso limitado a una u otra doctrina política concreta; y de la tercera, cuyo aparente ultraliberalismo conduce en el límite al *homeschooling* y en todo caso a ceder por completo la educación infantil y juvenil a la familia o, derivadamente, a la comunidad religiosa, favoreciendo una

especie de multiculturalismo de comunidades diferenciadas<sup>6</sup>.

A mi modo de ver, una posición intermedia como la anterior es coherente con la neutralidad liberal y no puede considerarse perfeccionista, puesto que su pretensión fundamental es difundir y alentar las reglas y conductas propias de la esfera de lo correcto, esto es, de ese ámbito del consenso por superposición relativo a la convivencia entre personas con distintas concepciones. Más allá de las distintas fundamentaciones parciales que esa esfera común pueda recibir según distintas concepciones del bien, la tesis presupuesta postula que existe un núcleo de fundamentación y de acuerdo común, los elementos esenciales del sistema democrático en un marco pluralista, que resulta perfectamente legítimo que el Estado defienda ante posibles desafíos e incluso fomente en el área de la educación de los jóvenes<sup>7</sup>.

Ciertamente, no existe una varita mágica que divida la esfera de lo bueno y la de lo justo de manera perfecta, indiscutible y universal. En el ámbito público hay inevitables interacciones entre la esfera de lo bueno y la de lo justo cuya delimitación no puede hacerse mas que a través del propio procedimiento democrático, y siempre de manera aproximada y seguramente imperfecta. Pero es precisamente el propio procedimiento democrático, siempre alimentado de sus valores sustantivos previos, el que puede garantizar la razonabilidad y, a la vez, la revisabilidad de esas inevitables y variables delimitaciones. En todo caso, el fomento mediante la educación del respeto al procedimiento y los valores esenciales del sistema democrático, que para ser verdaderamente tal ha de ser neutral entre las distintas y particulares ideologías que caracterizan a sociedades pluralistas como la nuestra, resulta una tarea perfectamente legítima para cualquier Estado de derecho que quiera defenderse de eventuales amenazas antidemocráticas y mejorar la calidad de sus libertades.

Por supuesto, las tres posiciones anteriores no dejan de ser una simplificación que intenta ordenar un continuo en el que caben diversos matices y varias posiciones intermedias.



En particular, y aunque sea brevemente, es de interés comentar la peculiar posición de John Rawls, que, además de introducir como nuevo factor la cuestión de la autonomía de los jóvenes, parece situarse en un ambiguo e inestable lugar entre la posición intermedia que he denominado liberal y la más extrema que confiere derechos prioritarios a las familias o comunitarista. En efecto, en un pasaje de *Political Liberalism* específicamente dedicado a la educación infantil, Rawls revalida su distinción entre el liberalismo comprensivo a lo Kant o Mill, cada uno con su particular visión del bien que exigiría fomentar los valores de autonomía e individualidad, y el más adelgazado “liberalismo político” por él defendido, que aceptaría sólo que

“la educación de los niños incluyera cosas tales como el conocimiento de sus derechos constitucionales y civiles, de modo que, por ejemplo, lleguen a saber que existe en su sociedad la libertad de conciencia, y que la apostasía no es un delito [...]. Además, su educación debería prepararlos también para ser miembros de la sociedad plenamente cooperativos y capacitarlos para tener sus propios medios de vida; debería también estimular en ellos las virtudes políticas generándoles el deseo de honrar los términos equitativos de la cooperación social en sus relaciones con el resto de la sociedad”<sup>8</sup>.

En ese marco, además, Rawls concede que, aunque no sea la intención de su propuesta educativa, es legítimo que pueda tener como efecto la expansión social del liberalismo comprensivo. Con ello remacha la especial ambigüedad e inestabilidad de su posición, por si no hubiera quedado suficientemente plasmada en la oscilación del texto citado entre ofrecer exclusivamente conocimiento o información jurídico-política (que los estudiantes *sepan* que apostarar no es delito) y transmitir valores y virtudes sociales esenciales (que *acepten* la idea de una justa cooperación social).

No me interesa entrar aquí en la agotadora y prácticamente ya agotada discusión sobre si el estricto liberalismo político de Rawls implica necesariamente una forma al menos limitada o parcial de liberalismo comprensivo, de modo que su resistencia a defender un modelo

educativo que primara el valor de la autonomía infantil frente a la familia habría resultado a fin de cuentas formalmente incoherente y materialmente errónea<sup>9</sup>. Más allá de si tal o cual posición es estrictamente neutral o más bien perfeccionista, la cuestión importante y sustantiva está en proponer una posición suficientemente razonable en la sin duda compleja relación de tensión entre los derechos del joven a su autonomía, los derechos de la familia a la transmisión de valores y los derechos (o, si se quiere, el papel) de una organización política bien constituida en la defensa y promoción del respeto al sistema de derechos y libertades. Los tres elementos en tensión aparecen expresamente, aun sin una solución claramente definida, en dos números del art. 27 de nuestra Constitución<sup>10</sup>:

“2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

En la tríada anterior, es bien claro que los derechos y libertades fundamentales cuyo respeto ha de fomentar el Estado mediante la educación enmarcan el perímetro dentro del cual puede justificarse tanto el fomento de la autonomía de los jóvenes como el derecho de los padres a transmitir sus valores morales y religiosos. Dejando por el momento a un lado la cuestión de delimitar el alcance de tales derechos y libertades, quiero detenerme por ahora en el problema del equilibrio entre los otros dos elementos de la tríada, compuestos por dos específicos derechos en tensión: el derecho a la autonomía o “pleno desarrollo de la personalidad humana” de los jóvenes y el derecho de los padres a elegir el tipo de educación de sus hijos, especialmente en el ámbito moral y religioso. Como uno y otro se oponen al modo de un juego de suma cero, lo único indiscutible es que ninguno de los dos derechos puede considerarse absoluto, ni la autonomía personal de los jóvenes como objetivo del sistema

educativo ni el derecho de los padres a decidir en toda la materia educativa<sup>11</sup>.

La solución al problema puede ilustrarse mediante una nueva distinción de tres formas y grados en la idea de autonomía, de los que comenzaré comentando los dos más extremos. En el lado más exigente, la autonomía puede ser vista, según lo propuso Stuart Mill, como el máximo desarrollo de una individualidad independiente mediante el fomento de la originalidad e incluso la excentricidad frente a las convenciones sociales, o también como el riguroso sometimiento de todo criterio moral al propio juicio bajo el criterio kantiano de universalización, o, en fin, como el éxito en el autogobierno y la autorrealización de las mejores potencialidades de cada uno. En el lado opuesto, menos exigente, la idea de autonomía puede resultar trivializada hasta comprender cualquier conjunto de decisiones discretas que el individuo va adoptando por sí solo aun sin una particular reflexión o criterio razonado, incluyendo la aceptación acrítica de las pautas y tradiciones de la propia familia o comunidad, en el límite aunque tal aceptación sea el resultado de un proceso eminentemente coactivo.

Basta el enunciado de los dos extremos anteriores para caer en la cuenta de que si la posición más exigente choca frontalmente con el derecho de los padres a intervenir en la formación religiosa y moral de sus hijos, derecho al que tiende a disolver en la nada, en cambio, la posición trivializadora disuelve en la nada la idea de autonomía del menor al permitir una expansión ilimitada del derecho de los padres a transmitir sus propias pautas y valores. El punto medio entre ambos extremos, a mi modo de ver, no se halla en un sistema educativo que, como propone Rawls, se limite a informar de los derechos básicos y a capacitar para ganarse la vida y para vivir cooperativamente en sociedad. El sistema educativo debe además fomentar en los jóvenes el cultivo de una autonomía mínima o básica, que les permita considerar crítica y razonadamente sus propios criterios, sean o no los de su ámbito familiar, en el marco del pluralismo ético, político y social<sup>12</sup>, a la vez que debe alentar también su plena libertad

para, una vez examinadas, bien reafirmarse en sus posiciones originarias bien asumir otras nuevas. Esa autonomía básica puede definirse también en negativo, como superación del “servilismo ético”<sup>13</sup> o de la “clonación ideológica” familiar<sup>14</sup>, es decir, de una falsa “autonomía” trivializada y acrítica, pero sin pretender fomentar ningún ideal fuerte o exigente de autonomía individual. Para mantenerse en ese punto medio parece necesario y suficiente suministrar al joven elementos informativos y formativos que, siempre dentro del respeto a los principios democráticos y los derechos básicos, le permitan contrastar con argumentos sus propios criterios ético-políticos.

Pues bien, creo que la posición jurídica que puede derivarse tanto de nuestra jurisprudencia constitucional en materias conexas como de las recientes sentencias del Tribunal Supremo que han decidido sobre la polémica asignatura apuntan en una dirección convergente con la anterior<sup>15</sup>.

En la jurisprudencia constitucional me parece relevante, por un lado, el límite externo que estableció la STC 5/1981 al afirmar que en nuestro sistema constitucional “todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales”, estando prohibida a los docentes en los centros públicos “toda forma de adoctrinamiento ideológico” (FJ 9); y, por otro lado, a pesar de su negación formal de que nuestro sistema sea de “democracia militante” en el sentido de que imponga una “adhesión positiva”, no deja cualificar esa negación la aceptación por el TC como constitucionalmente lícita de la exigencia de formalización del acatamiento a las propias reglas básicas del juego constitucional, incluso en relación con figuras tan sensibles como los partidos políticos o los parlamentarios, respecto de quienes ha aceptado la constitucionalidad de la imposición legal de un juramento o promesa (SSTC 122/1983, 101/1983, 8/1985, 119/1990, 74/1991, 48/2003). Entre ambos límites, aunque el TC no se haya pronunciado expresamente sobre ello, parece perfectamente razonable afirmar que, conforme al mandato

del artículo 27.2 de la Constitución de dirigir la educación hacia “el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”, nuestro modelo constitucional sí es de democracia militante en materia educativa<sup>16</sup>.

Por su parte, en directa relación con la enseñanza de la Educación para la ciudadanía, cuatro sentencias de febrero de 2009 dictadas por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo han admitido su compatibilidad con la neutralidad ideológica de los poderes públicos. Dicho sea entre paréntesis, es de alabar la buena calidad técnica y argumentativa de tales sentencias, en las que se entrecruzan dos ponencias diferentes y hasta cinco votos particulares, uno concurrente y cuatro discrepantes<sup>17</sup>. En cuanto al contenido, una sustancial mayoría del tribunal ha considerado que la asignatura, en su planteamiento y desarrollo normativo general, fomenta la adhesión a los valores y derechos básicos y comunes que subyacen al sistema democrático sin incurrir en adoctrinamiento sobre materias y valores específicos que estarían fuera de esa esfera común en cuanto manifestación del pluralismo ideológico. Desde un punto de vista jurídico-constitucional, ha de anotarse además que estas sentencias enmarcan la legitimidad de la nueva asignatura en una interpretación del derecho que el citado art. 27.3 de la Constitución reconoce “a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” como un derecho no absoluto. Tal derecho, según el TS, resultaría limitado ante todo por la noción de orden público mencionada en el art. 16.1 como linde de la libertad ideológica y religiosa (una noción que incorpora la garantía de los derechos de terceros que merecen protección) y, además, por la finalidad atribuida a la educación por el también citado art. 27.2 de dirigirse al “pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”, que el Estado debe garantizar dentro de las competencias de pro-

gramación de la enseñanza que le atribuye el art. 27.5 de la Constitución<sup>18</sup>.

### 3. LAS OPINIONES DISIDENTES: EDUCACIÓN EN VALORES Y ACTITUDES

Con mucho mayor detalle que la escueta síntesis anterior, se han publicado ya dos competentes análisis de los principales argumentos de las sentencias del TS, ambos sustancialmente conformes con ellos, uno de Antonio Embid Irujo y otro de Benito Aláez Corral<sup>19</sup>. Para no insistir con un nuevo resumen detallado, una buena forma de contrastar el valor y calidad de la argumentación de la mayoría del TS es revisar los principales argumentos de fondo que se desarrollan en los votos particulares. Aun con distintas insistencias, estas opiniones disidentes niegan que la regulación de la Educación para la ciudadanía sea neutral, acogiendo una u otra de las tres principales alegaciones de los recurrentes: que la normativa impugnada alentaría la ideología de género, el relativismo valorativo y el positivismo ideológico, suscribiendo así posiciones en materia moral que deben ser patrimonio de la libre opción de los padres y ajenas a la intervención del Estado. Pero detrás de esos reproches específicos hay una objeción previa y más general que conviene analizar antes: que la neutralidad a que está obligado el Estado liberal le impide imponer educación alguna en valores y actitudes.

En efecto, un reproche común a la mayoría de los votos disidentes es el argumento de que la Educación para la ciudadanía no sólo pretende transmitir información sino también promover adhesión moral y evaluar actitudes, lo que comportaría necesariamente adoctrinamiento y sobrepasaría por tanto los límites de la actuación neutral del Estado<sup>20</sup>. Obsérvese que en esta tesis es el mero hecho de transmitir —o incluso sólo el intentar transmitir— actitudes y valores lo que se condena, no el modo insistente y obstinado de hacerlo, que ambas cosas parecen necesarias en la aceptación tradi-

cional, eminentemente peyorativa, del término “adoctrinar”<sup>21</sup>. Sea como sea, el reproche de fondo de estos votos disidentes es que en materia educativa el Estado debe limitarse a “instruir” o transmitir conocimientos estrictamente objetivos y no a formar en actitudes y valores<sup>22</sup>.

Por recordar la formulación más contundente del argumento, uno de los magistrados disidentes, Peces Morate, llega a escribir que

“la coactividad sólo es legítima para imponer el cumplimiento de las leyes pero no para acomodar las conciencias a una determinada forma de pensar y sentir por muy común que sea”<sup>23</sup>.

Sin embargo, aparte de la solapada e indebida connotación de la frase de que en la Educación para la ciudadanía, a diferencia de la lengua o las matemáticas, se habría autorizado algo semejante al principio de que “la letra con sangre entra”, lo que el magistrado está negando es que pueda ser labor legítima de la escuela tratar de infundir hábitos de estudio o actitudes y valores de respeto a uno mismo y a los derechos ajenos, algo tan común y elemental en las legislaciones democráticas y en las tradiciones educativas europeas y, en general, occidentales que no se entiende bien cómo se ha podido llegar a considerar censurable. Por lo demás, la coactividad que el Estado emplea en la Educación para ciudadanía se limita a la posibilidad de negar la superación del curso y, en el límite, la obtención del título a quienes no la cursen o no la aprueben, que es el régimen ordinario para cualquier materia obligatoria<sup>24</sup>. Si no se parte del prejuicio de que la Educación para la ciudadanía no debe ser obligatoria, el argumento de Peces Morate se vuelve tan poco persuasivo como la hipotética afirmación de que “la coactividad sólo es legítima para imponer el cumplimiento de las leyes pero no para formar al estudiante en el pensamiento lógico y matemático o en la comprensión de la ley de la gravedad”. Así pues, la cuestión revierte en si el Estado está legitimado para imponer alguna formación en valores.

Tomada en su generalidad y sin más cualificaciones, la negación de que el Estado pueda

imponer cualquier formación en valores exigiría dos condiciones: primera, mantener una rígida separación entre instrucción y educación, entendida la *instrucción* como mera transmisión de información y de instrumentos de conocimiento y utilidad técnica y la *educación* como formación integral no sólo para poder entender el mundo y la sociedad, sino también para el desarrollo personal de hábitos de estudio, autodisciplina, valoración del entorno natural, respeto a los demás, etc.<sup>25</sup>; y, segunda condición, exigiría excluir de la enseñanza pública toda contribución a tal educación como no fuera a través de materias, programas y actividades libremente elegidas o en todo caso aceptadas por los padres. Basta, creo, enunciar las dos condiciones anteriores para caer en la cuenta de que ninguna de ellas es muy sensata por sí misma ni se puede encontrar en la tradición pedagógica occidental, incluida la española, en la que por cierto destaca una interpretación del liberalismo tan favorable al modelo formativo y de enseñanza pública como la de la Institución Libre de Enseñanza.

Además, si se repasa la legislación aprobada en materia de educación desde la Constitución de 1978 se puede observar que el anterior no es un punto en el que hayan existido discrepancias entre parlamentos conservadores y progresistas. Así, la Ley Orgánica 10/2002, de Calidad de la Educación, aprobada en la segunda legislatura de Aznar, se refiere expresa o implícitamente a la educación como formación en actitudes o en valores más de una veintena de veces, con prescripciones de este tenor (las cursivas son mías):

Artículo 1. “Son principios de calidad del sistema educativo: [...]; b) La capacidad de *transmitir valores* que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad social, la cohesión y mejora de las sociedades, y la *igualdad de derechos entre los sexos*, que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación, así como la práctica de la solidaridad, mediante el impulso a la participación cívica de los alumnos en actividades de voluntariado; [...]; i) La capacidad de los alumnos para confiar en sus propias aptitudes y conocimientos, *desarrollando los valores y principios básicos de creatividad, iniciativa personal y espíritu emprendedor.*”

Artículo 2.1.b) "Todos los alumnos tienen el derecho y el deber de conocer la Constitución Española y el respectivo Estatuto de Autonomía, con el fin de *formarse en los valores y principios* reconocidos en ellos y en los Tratados y Acuerdos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por España."

Se trata de criterios básicamente coincidentes con los contenidos en la Ley Orgánica 2/2006, de Educación (en adelante LOE), en la que el primer gobierno Zapatero introdujo la Educación para la ciudadanía, que establece principios generales y funciones de los educadores muy similares, así como objetivos de las etapas primaria, secundaria y de bachillerato que mantienen la misma idea de la transmisión de valores y de actitudes que contribuyan a una formación integral de los estudiantes<sup>26</sup>. La única diferencia entre una y otra ley está en que mientras en la última se incluye una materia específicamente dedicada a la Educación para la ciudadanía, en la primera tal tipo de formación se venía a proponer únicamente como transversal. En ese marco compartido, parece claro que la alternativa entre la transversalidad y la expresa previsión curricular<sup>27</sup> podía ser objeto de discusión a propósito de su oportunidad pedagógica pero no, en sí misma, de discrepancia ideológica, como en cambio ha venido ocurriendo durante el proceso de desarrollo de la LOE por los Reales Decretos correspondientes.

En todo caso, los argumentos alegados en los votos particulares sobre el adoctrinamiento de la Educación para la ciudadanía se aplicarían perfectamente tanto a la LOCE como a la LOE, es decir tanto a una materia específica como a una transversal y, en general, a cualquier modelo educativo que pretenda transmitir actitudes y valores; y no sólo en materias estrictamente morales o ideológicas (sin contar, naturalmente, con que sí, quiera o no quiera, la escuela, como, entre tantos otros, la familia, los amigos, los telediaristas, los dibujos animados y la publicidad, transmite y no puede dejar de transmitir valores y actitudes no dejará de ser sensato que haga expresos mediante una enseñanza formalizada los valores proclamados por el sistema democrático).

Ante ello, no me parece que existan más que dos posibilidades para admitir que la formación en valores y actitudes de la materia Educación para la ciudadanía viola algún precepto constitucional relativo a la neutralidad del Estado: o bien los decretos que han desarrollado la ley han ido más allá de lo establecido en ella o, si no lo han hecho, es la propia LOE la que incurre directamente en inconstitucionalidad, como, por cierto, lo habría hecho también la LOCE del gobierno Aznar, aunque nadie, que yo sepa, lo advirtiera en ningún momento. La segunda hipótesis parece excluida, al menos implícitamente, por el hecho de que ninguno de los jueces de las sucesivas instancias que han decidido sobre los recursos contra la asignatura, incluidos los magistrados disidentes del Tribunal Supremo, hayan propuesto plantear una cuestión de inconstitucionalidad de los preceptos correspondientes de la LOE, como deberían haber hecho si hubieran tenido alguna duda de que el vicio estaba en ella y no sólo en los decretos que la desarrollan. Queda por analizar, así pues, la primera hipótesis, que los decretos hayan ido más allá de lo permitido por la ley mediante contenidos que, por añadidura, violarían la neutralidad constitucionalmente exigible al Estado en materia educativa.

#### 4. LAS OBJECIONES DE CONTENIDO: IDEOLOGÍA DE GÉNERO, RELATIVISMO Y POSITIVISMO

Hay tres temas específicos en los que se viene insistiendo como injustificados ética y jurídicamente desde que comenzó el debate público sobre la introducción de la Educación para la ciudadanía: los contenidos dirigidos a inculcar la ideología de género, el relativismo valorativo y el positivismo jurídico<sup>28</sup>. Veamos con algún detalle estas objeciones en su mejor interpretación posible, especialmente tomando en consideración los argumentos de los

votos particulares a las sentencias del Tribunal Supremo.

No está muy claro el sentido de la objeción de que los contenidos de la Educación para la ciudadanía defienden, difunden o alienten la llamada “ideología de género”, entre otras razones porque no está claro en qué consiste tal ideología. Si por tal se entiende una teoría densa que no sólo interpreta la discriminación contra las mujeres y otras minorías sexuales y los modelos de familia como construcciones sociales históricamente dadas, con especial insistencia en la categoría del patriarcado, sino que también considera la identidad y la orientación sexuales como abiertas al libre desarrollo personal<sup>29</sup>, debo afirmar que en vano se buscará en los cuatro decretos estatales que desarrollan la enseñanza en cuestión apoyo alguno a semejante teorización. Tras una detenida lectura de esos prolijos decretos no he sido capaz de ver más referencias a dicha ideología de género que las alusiones a la valoración crítica de las discriminaciones, incluidas, naturalmente, las discriminaciones por razón de sexo o de orientación sexual<sup>30</sup>. En particular, tampoco he sido capaz de encontrar indicios de adoctrinamiento en favor de un modelo de familia no heterosexual, como no se confunda indebidamente la valoración crítica de los prejuicios homófobos a la que se refiere uno de los cuatro decretos que desarrollan la LOE con la apología del matrimonio entre personas del mismo sexo, sin duda porque dichos decretos han excluido deliberadamente la inclusión de un tema tan conflictivo como el de los modelos de familia<sup>31</sup>.

Más desarrollada en los votos particulares aparece la objeción que reprocha a la nueva materia aceptar o propugnar el relativismo en materia moral, que, curiosamente, aparece en dos opiniones disidentes que parten de posiciones filosóficas (y quizá también ideológicas) tan opuestas como el objetivismo moral y el relativismo ético. Así, desde una posición moralmente objetivista, los dos votos redactados por Frías Ponce sostienen que es contraria al principio de neutralidad la imposición de los valores de una moral común elegidos por el

Estado porque al adoptar los derechos humanos como “un referente moral universal y común para la conducta, con menosprecio de la ética natural”, se estaría imponiendo “una moral concreta, no neutra”. Más aún, añade este magistrado, al tomar “como referente único los derechos humanos reconocidos por la ley positiva”, la regulación reglamentaria excluye “implícitamente la fundamentación de una moral natural” e impone

“como obligatoria una moral relativista, que no todos los ciudadanos pueden compartir, y que, además, invade el terreno de la moral privada”.

Aunque este magistrado, remitiéndose al art. 27.2 y 27.5 de la Constitución, no cuestiona

“[l]a competencia del Estado en la formación de los alumnos en valores y virtudes cívicas que favorezcan la cohesión social y fomenten la participación activa y responsable de los ciudadanos”,

precisa enseguida que

“más allá de los valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional, la intervención en la educación de los poderes públicos es difícilmente justificable en cuanto puede afectar al ejercicio de los derechos y libertades, como la libertad de enseñanza”<sup>32</sup>.

Sin embargo, la argumentación de esta opinión disidente no especifica en qué y por qué los decretos que la desarrollan proponen una visión relativista y, por tanto, sobrepasan ese “sustrato moral del sistema constitucional”. En realidad, los textos de los decretos —varios de los cuales Frías Ponce cita textualmente en su voto pero sin que se destaque o se pueda apreciar su clara y directa relación con las bien genéricas y sumarias “reflexiones personales” que pretenden justificar su crítica—, remiten la “ética cívica común” precisamente al “sustrato moral del sistema constitucional” que el magistrado dice aceptar, con especial remisión a los derechos humanos reconocidos en la Declaración y en la Constitución.

En el otro lado del espectro filosófico, ahora precisamente desde una posición de relativismo ético, se encuentra el voto redactado por

Peces Morate, que parte de la afirmación del “hecho innegable” de la variedad de interpretaciones sobre los derechos humanos. Según su criterio,

“los hechos demuestran la inexistencia de unos valores éticos comunes al venir incorporados éstos en unas normas que los desarrollan de forma diversa y, en ocasiones, contrapuesta, [...] de modo que] no existe una ética o moral universal, que derive como precipitado natural y lógico de las Declaraciones Universales de derechos”<sup>33</sup>.

No obstante, la conclusión de este voto es que dentro de tan variopinta maraña sí existe un derecho indisputable y jurídicamente bien establecido que debe prevalecer en el caso: el derecho de los padres a educar a sus hijos en su particular y relativa moral.

Ahora bien, el anterior argumento relativista es poco persuasivo en dos aspectos diferentes: por un lado, en el plano más general, que haya distintas interpretaciones y desarrollos normativos de unos u otros derechos según épocas y culturas no excluye la validez de un núcleo básico que pueda obrar como común denominador del conjunto de tales derechos; y, por otro lado, más en concreto, la plasmación que un determinado sistema jurídico democrático hace de los derechos básicos puede perfectamente presuponer y alentar unos valores éticos comunes lo suficientemente precisos y abiertos a la vez como para garantizar la convivencia dentro del pluralismo ideológico y político. En realidad, Peces Morate termina aceptando abiertamente esta última conclusión cuando afirma que la mayoría del Tribunal

“insiste en que existen unos *valores éticos comunes*, lo que hace lícito fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica, pero la cuestión está en conocer si real y verdaderamente esos valores éticos, recogidos como precipitado en las normas positivas, son aceptados y aceptables por todos y cada uno de los ciudadanos, pues bastaría con que alguno o algunos no los tuviesen por tales para que sea necesario respetar sus convicciones y permitirles que eduquen a sus hijos conforme a ellas”<sup>34</sup>.

Sin embargo, en este texto se viene a reformular por completo el argumento inicial, que

asentaba el derecho prevalente de los padres en la inexistencia de una ética común, para asentar el derecho de los padres en su posible discrepancia particular con dicha ética común, cuya existencia se reconoce abiertamente. Y de lo que trata la Educación para la ciudadanía es de promover esa ética común, especialmente frente a quienes la impugnan.

Queda sólo pendiente de comentario el reproche sobre el positivismo ideológico de los decretos estatales que regulan la Educación para la ciudadanía, que consistiría en que los valores ético-políticos objeto de enseñanza y formación no se limitarían a los derechos humanos y al núcleo básico constitucional, sino que se comprometerían con las concretas regulaciones y especificaciones legales de tales derechos. Aunque mencionado genéricamente en los votos de Frías Ponce y de Peces Morate, el único voto que argumenta con detalle y solidez esta objeción es el de Campos Sánchez-Bordona. Sin embargo, creo que su interpretación del texto reglamentario es algo forzada, por lo que su objeción no resulta concluyente.

Citando únicamente uno de los decretos de desarrollo —el 1631/2006, de enseñanzas mínimas en la Educación Secundaria Obligatoria—, y, dentro de él, un solo párrafo de su extensa regulación, Campos Sánchez-Bordona argumenta que

“El respeto de los derechos —que, insisto, debe enseñarse y fomentarse— no equivale siempre y en todo caso, en mi opinión, al asentimiento o adhesión moral a su contenido”,

mientras que el decreto, según lo interpreta este magistrado, establece una vinculación necesaria entre el reconocimiento de un derecho legal y su aceptación moral

“cuando afirma que los derechos y obligaciones «que se derivan» de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Constitución Española han de ser «aceptados» por los alumnos como «criterios para valorar éticamente las conductas personales y colectivas y las realidades sociales»”;

de tal manera —concluye—, el reconocimiento legal de ciertos derechos, como la eventual

“admisión de la clonación no reproductora de seres humanos en una carta de derechos”, se convertiría en fuente de creencias morales indebidamente impuestas por el Estado<sup>35</sup>.

Conviene tener en cuenta el tenor literal del texto en cuestión, enunciado entre los “Objetivos” de la materia para el cuarto curso de la Enseñanza Secundaria Obligatoria:

“4. Conocer, asumir y valorar positivamente los derechos y obligaciones que se derivan de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Constitución Española, identificando los valores que los fundamentan, aceptándolos como criterios para valorar éticamente las conductas personales y colectivas y las realidades sociales”.

No negaré que la redacción de este texto podría haber sido más cuidadosa en varios aspectos, en especial evitando la expresión “que se derivan”, que entendida en sentido técnico-jurídico daría una amplitud desmesurada y absurda al objetivo educativo (en rigor, obligaría a valorar positivamente cualquier derecho u obligación reconocidos no sólo en cartas de derechos internacionales o autonómicas, sino en cualquier norma jurídica derivada de la Constitución, incluidas las ordenanzas municipales, es decir, desde las obligaciones de los transportistas de pescado hasta los derechos de los usuarios de aparcamientos públicos subterráneos). Pero tal interpretación me parece inapropiada por diversas razones. Ante todo, un texto jurídico como éste, que sin duda no ha sido redactado por un Kelsen, no merece ser interpretado de manera literal, estrictamente técnico-jurídica, sino teniendo en cuenta a los profesionales de la educación a los que está destinado (y presumiblemente de quienes procede su redacción).

Junto a ello, no es sólo que una interpretación literal llevaría a consecuencias tan insensatas como las temidas por el voto particular, sino que una lectura integrada del conjunto del Decreto y en relación con la LOE indica clara y positivamente que los derechos y obligaciones a los que el texto se refiere son los que “se derivan” en el sentido de que se establecen (o se reconocen por estar establecidos) en

la Declaración Universal y la Constitución<sup>36</sup>. Por lo demás, esos son los derechos respecto de los que, por su carácter fundamental, tiene sentido identificar “los valores que los fundamentan” y aceptar tales valores como criterios de enjuiciamiento ético: a mi modo de ver, la coma que sigue a la expresión “identificando los valores que los fundamentan” indica que, sensatamente, son tales valores y no los distintos derechos y obligaciones los que deben operar como criterios éticos; para entenderlo de la otra manera la norma debería haber utilizado la conjunción “y” en lugar de dicha coma. En esta interpretación, en fin, el peso debe estar en la adhesión moral a los valores que subyacen a los distintos derechos más que en una estricta y pormenorizada asunción y valoración positiva de los derechos mismos, cuyo respectivo alcance y límites son y pueden ser objeto de legítimas discrepancias ideológicas en las que la enseñanza de la Educación para la ciudadanía no debe tomar partido.

## 5. UNA OBJECCIÓN ORIGINAL: EL ARTÍCULO 16.2 DE LA CONSTITUCIÓN

Aunque no considerada propiamente en las sentencias del TS ni, que yo sepa, en la discusión doctrinal, una objeción de considerable peso frente a la materia alega que, con independencia de su intención formativa, sus formas de evaluación podrían violar el art. 16.2 de la Constitución, que establece que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”<sup>37</sup>. El alcance de la objeción no debe exagerarse, al menos en el sentido de que tal derecho constitucional —a semejanza del derecho a no declarar contra uno mismo del art. 17.3— en absoluto implica para terceros un deber genérico de no preguntar sino, aparte de la obvia exclusión de cualquier forma coactiva de interrogatorio, única y estrictamente el derecho a que la negativa a declarar sobre la propia ideología, religión o creencias se pueda considerar jurídicamente indebida por el hecho de venir constreñida por cualquier sanción



o consecuencia jurídicamente negativa<sup>38</sup>. Pero si la objeción no puede exagerarse, tampoco debe menospreciarse, pues plantea el problema del alcance del derecho del art. 16.2 ante las eventuales preguntas por las actitudes ideológicas, religiosas y similares que, en principio, deberían responderse como condición para aprobar una materia obligatoria como la Educación para la ciudadanía.

Hay una posible réplica a esta objeción que, aunque pueda recibir algún peso de situaciones más o menos análogas, no me resulta a fin de cuentas convincente: que el ejercicio del derecho del art. 16.2 no operaría en el ámbito educativo por tratarse de menores de edad que, precisamente, se encuentran en su etapa de formación. Acudiendo a las analogías, es cierto que, en aras de la formación de los menores, consideramos justificable la imposición de obligaciones y castigos informales que nos parecerían infamantes o, al menos, claramente inapropiados como medio de disciplinar el comportamiento de personas adultas (algunos ejercicios de educación física, reprimendas verbales, castigos del tipo “escribir cien veces...” o “en silencio contra la pared”, etc.). Sin embargo, la clara dicción del art. 16.2 y el sentido más inmediato del derecho a no declarar sobre las propias creencias, que pretende garantizar específicamente ese espacio a las personas que desean mantenerlo en el ámbito de su intimidad, no hace fácil distinguir por la edad en el ejercicio de tal derecho y, en todo caso, la distinción sería muy difícilmente aplicable a estudiantes con cierta madurez, especialmente a los más cercanos a la mayoría de edad.

La única réplica que me parece plenamente convincente ante la objeción del art. 16.2 es que las formas de evaluación de la Educación para la ciudadanía, al igual que las de cualquier otra materia del currículum escolar, deben excluir cualquier tipo de examen, indagación o pregunta de carácter ideológico, moral o religioso presentada como condición necesaria para la superación de la materia<sup>39</sup>. Desde luego, ni la LOE ni los decretos estatales que han desarrollado las enseñanzas de aquella y otras

materias establecen formas específicas de evaluación que incluyan tales forma de examen o indagación. De todas formas, si resultara que en la práctica los estudiantes son sometidos a semejantes procedimientos de evaluación, sin duda que habría razones para impugnarlas, de modo similar a como serían impugnables, según lo ha reconocido el Tribunal Supremo, las interpretaciones concretas de unos u otros libros de texto que pretendan adoctrinar en ideologías o creencias que superen el estricto marco de la amplia y abierta ética pública común propia del sistema democrático-liberal amparado por nuestra Constitución.

## 6. UNA BREVE CONCLUSIÓN

Concluyo ya. Aunque mi entusiasmo por la materia de Educación para la ciudadanía está lejos de ser ilimitado, no dejo de ser favorable a su implantación. Es cierto que su regulación reglamentaria es tan prolija y, en ocasiones, lindante con lo innecesario y ocasionalmente lo imprudente en sus contenidos como cica-tera y seguramente insuficiente en su reducida implantación horaria. También es cierto que la aplicación práctica de la materia tiene riesgos de sectarismo, sea a través del desarrollo autonómico, en varios casos conocidamente infectado de nacionalismo, sea a través de la letra pequeña de los variopintos libros de texto, que, al parecer, tanto pueden llevar sesgos católicos como marxistas<sup>40</sup>. Sin embargo, más allá de los riesgos, que se pueden y se deben controlar, quiero ver su implantación como una apuesta necesaria y razonable para intentar que nuestros jóvenes sean mejores ciudadanos. No está excluido el fracaso de la apuesta<sup>41</sup>, como nos viene ocurriendo con la enseñanza del inglés y de las matemáticas, sin que se oigan voces en favor de su supresión del currículum escolar. Pero fracasar tras haberlo intentado, a diferencia de seguir fracasando sin intentarlo nunca, al menos puede permitir apreciar los errores y aprender de ellos.

## NOTAS

1. Una versión más amplia de este escrito, con el título “Educación para la ciudadanía: entre la neutralidad estatal y la objeción de conciencia”, que, además de alguna nota más extensa, incluye un amplio apartado al final precisamente dedicado a la cuestión de la objeción de conciencia, se publicará en el *Anuario de Filosofía del Derecho* 2010

2. Aunque la materia tiene varias denominaciones reglamentarias según los cursos (“Educación para la ciudadanía y los derechos humanos”, “Educación ético-cívica” y “Filosofía y Ciudadanía”), aquí adopto siempre la denominación del título, por la que es generalmente conocida.

3. Sobre el tema hay ya una literatura considerable. Limitándome a la jurídica y filosófico-política y en la seguridad de que mi enumeración no es exhaustiva, véanse Aláez 2009, Arteta 2008; Castro Jover 2008; De Lora 2009; Embid 2008; Embid 2009; Fernández-Miranda 2007; García Figueroa 2007; García Guitián 2008; Garcimartín 2007; Gómez Sánchez 2008; Llamazares 2008; López Castillo 2007; López-Sidro 2008; Martí Sánchez 2007; Martín Cortés 2006; Moreno Antón 2008; Moreno Mozos 2008; Palomino 2008; Peces-Barba 2007; Prieto 2007; Rivera 2007; Roca 2008; Rouco Varela 2007; Ruano 2008; Ruano 2009; Ruiz Miguel 2007; y Solozábal 2007 (dicho sea entre paréntesis, el citado escrito del obispo Rouco Varela es un buen resumen de los distintos documentos episcopales de la Iglesia católica española, cuyos argumentos pueden verse por extenso en Llamazares 2008, cap. I.1).

4. No me ocuparé aquí de la jurisprudencia de este tribunal relacionada con la materia (especialmente los casos *Folguero c. Noruega* y *Zengin c. Turquía*), a la que se refieren las sentencias del Tribunal Supremo que luego se comentarán y sobre la que en España hay ya varios estudios que la relacionan con la Educación para la ciudadanía con criterios no coincidentes: cf. Embid 2008, ap. IV; Jurdado y Cañamares 2007; Martínez-Torrón 2007; y Llamazares 2008, pp. 167-172; sobre jurisprudencia europea anterior relativamente relacionada, en materia de educación sexual, como el caso *Jiménez Alonso c. España*, vid. Vega 2008, pp. 379-380.

5. Cf. Ruiz Miguel 2007.

6. La ordenación anterior tiene una correspondencia parcial con al menos dos de los cuatro sistemas que distingue Amy Guttmann: el “Estado familia”, de tipo platónico, que sería una versión totalitaria del modelo que he denominado republicano, y el “Estado de las familias”, que coincide con mi modelo comunitarista. En cuanto al “Estado de los individuos”, promotor de una autonomía de tipo milliano, y al “Estado democrático de la educación”, que es el sistema defendido por Guttmann bajo un modelo de democracia deliberativa, hay también una fuerte coincidencia de fondo aunque mi exposición siga un camino algo diferente (vid. 1999, cap. 1).

7. De acuerdo, Arteta 2008, pp. 48-55.

8. Rawls 1993, V, § 6.3, p. 199, trad. cast., pp. 233-234.

9. En tal sentido, cf. Callan 1997, pp. 13-50.

10. Textos, por cierto, que no inventan nada, hasta el punto de que vienen a reproducir la sustancia de sendos números del art. 26 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948: “2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales [...]. 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos” (véase también el art. 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el art. 29.1 de la Convención sobre los Derechos de los Niños de 1989).

11. Para resolver la tensión entre ambos derechos me temo que no se gana nada con esgrimir el brocardo *in dubio pro libertate* (Vega 2008, p. 383, que lo hace en concreto para apoyar la previsión reglamentaria de una cláusula de conciencia que convierta la Educación para la ciudadanía en materia de libre elección): ¿se trata de la libertad de los padres para elegir por sus hijos o de la libertad de los hijos para formar autónomamente su personalidad?

12. Martha Nussbaum lo expresa de esta irreprochable manera: “La indagación ética requiere un clima en el que los jóvenes sean alentados a ser críticos de sus costumbres y convenciones; y esa búsqueda crítica, a su vez, requiere la conciencia de que la vida contiene otras posibilidades” (1997, p. 54, trad. cast., p. 84).

13. Cf. Callan 1997, pp. 149-158, que fundamenta ese límite en la propia concepción de Rawls sobre la aceptabilidad del pluralismo razonable de acuerdo con el argumento de las “cargas del juicio” (*burdens of judgment*), es decir, del

reconocimiento de las limitaciones humanas en el razonamiento moral, especialmente ante casos límite y difíciles, y de la existencia de hecho de valores plurales con distintas ordenaciones individuales. La principal insistencia de Callan es que la libertad y la igualdad políticas garantizadas por el sistema democrático exigen que la sociedad, a través de la escuela, vaya más allá de la propuesta educativa del propio Rawls y fomente la autonomía de los jóvenes precisamente formándoles en el respeto al pluralismo social, lo que no debe dirigirse ni conducir al escepticismo sino sólo a combatir el dogmatismo ético (cf. *ib.*, pp. 24-50).

14. La expresión es de Llamazares 2008, p. 151.

15. En contra, afirmando que la nueva materia se inspira en el republicanismo antes aludido, se habían pronunciado al menos Martí Sánchez 2007, p. 229; Rouco Varela 2007, esp. apartado III; Moreno Mozos 2008, pp. 446-448; Palomino 2008, pp. 357-359. En cambio, con argumentos coincidentes o convergentes con el Tribunal Supremo, cf. Aláez 2009; Embid 2008, esp. aps. IV-VI; Embid 2009; Gómez Sánchez 2008; Peces-Barba 2007

16. Coincido así con el planteamiento de Alfonso Fernández-Miranda, que considera que “en materia educativa la Constitución ha querido ser ya no implícita sino explícitamente militante” (2007, p. 151) y se pronuncia en favor de una asignatura formativa en valores no meramente procedimentales pero a la vez limitadamente densos: “hay contenidos inexcusables como la proscripción del racismo, del machismo, de la xenofobia o de la homofobia, etc., pero habrá otros que no pasarán de ser opciones políticas. [...] la Constitución ni exige ni impone la apertura de la institución matrimonial a las parejas homosexuales, ni exige ni impone la apertura de la institución de la adopción a las mismas parejas” (pp. 150 y 153).

17. Las cuatro sentencias, de fecha 11 de febrero de 2009, resuelven dos tipos de recursos distintos —la primera sobre una sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y las otras tres sobre sendas sentencias similares del Tribunal Superior de Justicia de Asturias— con algunas variaciones entre las dos fundamentaciones jurídicas entre la primera, con ponencia de Luis-María Díez Picazo, y las otras tres, básicamente idénticas, con tres ponentes formalmente distintos: Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Ramón Trillo Torres y Nicolás Maurandi Guillén (respectivamente, recursos 905/2008, 948/2008, 949/2008 y 1013/2008): en adelante, se citarán como STS-Andalucía y SSTS-Asturias. Por su parte, de los veintinueve componentes del pleno, siete firmaron cuatro votos particulares discrepantes (algunos de ellos con variantes según las distintas sentencias) y tres el único voto concurrente. Las sentencias pueden verse, al menos a fecha de hoy, 11.3.2009, en la siguiente dirección: [http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Supremo/desmonta/oposicion/Ciudadania/pide/vigilar/doctrina/textos/elpepusoc/20090217elpepusoc\\_8/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Supremo/desmonta/oposicion/Ciudadania/pide/vigilar/doctrina/textos/elpepusoc/20090217elpepusoc_8/Tes)). Coincide con mi criterio sobre la buena calidad de las sentencias Embid 2009, p. 42.

18. Cf. el FD 6º de las cuatro sentencias citadas en la nota 17, así como el 9º de la STS-Andalucía y el 8º de las tres SSTS-Asturias, que son prácticamente idénticos.

19. Vid. Aláez 2009 y Embid 2009.

20. Así, varios votos particulares denuncian como contrarios a la neutralidad estatal que los decretos que regulan la materia tengan la pretensión de “promover la adhesión vivencial con lo enseñado” (Peces Morate, apartado 7º de su voto particular a las SSTS-Asturias) y de obtener “asentimiento o adhesión moral” al contenido de los principios democráticos y de los derechos y libertades fundamentales (Campos Sánchez-Bordona, apartado 2º de su voto particular a la STS-Andalucía), o, en fin, que prevean “criterios de evaluación [...] que juzgan la actitud y no la aptitud” (González Rivas, introducción a su voto en las cuatro sentencias; cf. también los aps. IX-X de su voto a la STS-Andalucía y los aps. VII-VIII de las SSTS-Asturias).

21. Según veo en la página correspondiente de Internet, la Real Academia Española ha enmendado la definición de “Adoctrinar” en el avance de la vigésima tercera edición de su Diccionario, que ahora dice: “Inculcar a alguien determinadas ideas o creencias”, excluyendo la ambigüedad en cuanto a los modos y a la carga peyorativa de la palabra que parecía mantener la definición anterior: “Instruir a alguien en el conocimiento o enseñanzas de una doctrina, inculcarle determinadas ideas o creencias”.

Es en el nuevo sentido no peyorativo en el que Benito Aláez Corral, con buenas razones, defiende abiertamente la constitucionalidad del “adoctrinamiento democrático pluralista”, en cuanto “inculación a través de la educación de los valores y principios democráticos” (2009, p. 30).

22 De tal modo, en este específico punto, algunos votos disidentes del TS van bastante más lejos que el obispo Rouco Varela. Para este último, “nadie dudaría de la legitimidad” del Estado “para obligar a los ciudadanos, desde los primeros

pasos de su itinerario formativo, a que conocieran, aprendieran y supieran valorar la estructura jurídica-política de la sociedad y comunidad política concreta a la que pertenecen —sean cual sean los lazos históricos que los unen a ella—, poniendo incluso un énfasis formativo especial en el conocimiento y dominio del contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, como sería en el caso de España, de los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias” (2007, ap. III; las cursivas son mías). La insistencia de Rouco Varela está en que tanto la Ley Orgánica de Educación como sobre todo los Decretos que la desarrollan introducen a través de la Educación para la ciudadanía contenidos formativos que van más allá de ese marco básico, hasta propugnar “una concepción ideológica del Estado —en nuestro caso, laicista-radical—”, precisa el jerarca católico, que pretende pasar a una indebida “formación doctrinal sobre el hombre y a los principios y normas ético-morales que han de presidir y regir su conducta y «su sitio en la vida»” (*idem*). Con ello, la discusión se establece en el plano de si la regulación de la materia, por sus contenidos concretos, viola el deber de neutralidad del Estado, que coincide con una de las líneas argumentativas de los votos particulares de las sentencias del TS, sobre lo que se hablará aquí más adelante. Sin embargo, en el texto se quiere discutir ahora la otra línea de algunos votos particulares, que se encuentra en un plano diferente, que no impugna los contenidos de la materia sino el supuesto previo de que el Estado pueda pretender la “formación” en cualesquiera valores político-morales a través del sistema educativo.

23. Ap. 5.º del voto particular de Peces Morate (al que se adhieren De Oro-Pulido López y Yagüe Gil) a las SSTS-Asturias.

La misma argumentación que sigue en el texto vale para la afirmación del voto particular de González Rivas de que la imposición de actitudes implicada en la educación de la autonomía personal (desarrollar un pensamiento propio, reforzar la autoestima, la identidad y la afectividad, construir la conciencia moral) implica adoctrinamiento, invade la esfera de la intimidad del sujeto e “incide” en el derecho de los padres del 27.3 (aps. VII y VIII de sus votos particulares tanto a la STS-Andalucía como a las SSTS-Asturias).

24. No obstante, la normativa educativa admite la posibilidad de que los alumnos obtengan el título de Educación Secundaria Obligatoria aun cuando cuenten con una “evaluación negativa en una o dos materias, y excepcionalmente en tres, siempre que a juicio del equipo docente hayan alcanzado las competencias básicas y los objetivos de la etapa” (art. 15.3 del Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria).

Sobre la variable interpretación de esta normativa según las Comunidades Autónomas en relación con la Educación para la ciudadanía, véase J. A. Aunió, “Más de un centenar de alumnos sigue boicoteando Ciudadanía”, *El País*, 8 de junio de 2009, p. 50.

25. Sobre el sentido de esta clásica distinción entre instrucción y educación, remito a Savater 1997, cap. 2. Aplicándola a la interpretación del art. 27 de la Constitución (bajo la terminología de “enseñanza” y “educación”), véase Aláez 2009, pp. 27-28.

26. En similar sentido, compárense también los arts. 15.1, 34.1, 56 y 79 y la disposición adicional tercera de anterior LO 10/2002, con los arts. 1.c, 17.a y b, 33.a, b, c, h y k, 91.1.e y g, 132.f y g, y la disposición adicional cuarta, n. 2, de la LOE.

27. Hago observar que la alternativa es excluyente porque el establecimiento de una asignatura específica no tiene por qué sustituir a la adecuada transmisión transversal de valores, que también se debe seguir produciendo por aspectos como el buen ambiente en el colegio, el ejemplo de los profesores, la contención de los comportamientos incíviles y el fomento de los cívicos o, en fin, la atención a los valores cívicos en los contenidos de otras muchas materias del currículum.

28. No se agotan con ellos los reproches a la asignatura, que también ha sido genéricamente acusada de haber sido concebida desde un “laicismo de cuño europeo [...] de acuerdo con unos patrones ideológicos que exigen dejar fuera a las instancias religiosas” (López-Sidro 2008, p. 6).

29. Cf. en tal sentido Gamper 2009, pp. 40-42, que, según lo interpreto, la defiende como un contenido adecuado derivado de la Educación para la ciudadanía, aunque sin aportar el más mínimo argumento textual derivado de los Decretos que han desarrollado la materia. La sobreinterpretación de Gamper se basa en el vagaroso argumento de que tal contenido viene exigido por el libre desarrollo de la personalidad de los jóvenes en combinación con la peregrina tesis de que “los derechos” (así, en general) están en una expansión histórica sin vuelta atrás que el liberalismo debe reconocer so pena de alejarse de la democracia. Al margen de un núcleo básico en el que seguramente estamos de acuerdo (prohi-

bición de torturas, presunción de inocencia, no discriminación, libertad de pensamiento y expresión, irretroactividad de la ley penal, participación política, etc.), el alcance y límites de los derechos no está sometido a leyes históricas, en especial porque, como lo muestra bien la historia del derecho de propiedad, algunos de ellos pueden colisionar entre sí, como los de libertad y los de igualdad, o los políticos y los civiles y sociales.

30. Así, en el RD 1630/2006, sobre las enseñanzas mínimas del segundo ciclo de Educación infantil (de 3 a 5 años), se propone “la adquisición de actitudes no discriminatorias”, añadiendo que “[l]a presencia de rasgos personales diferentes, bien por razón de sexo, origen social o cultural, debe ser utilizado por el profesorado para atender la diversidad, propiciando un ambiente de relaciones presidido por el respeto y la aceptación de las diferencias” (apartado “Conocimiento de sí mismo y autonomía personal” del Anexo). En el RD 1513/2006, sobre Educación primaria (de 6 a 11 años), el área de “Competencia social y ciudadana” tiene como objetivo “la valoración de las diferencias, a la vez que el reconocimiento de la igualdad de derechos entre los diferentes colectivos, en particular, entre hombres y mujeres”. El citado RD 1631/2006, sobre la Educación Secundaria Obligatoria incluye los siguientes temas: “Las relaciones humanas: relaciones entre hombres y mujeres y relaciones intergeneracionales. La familia en el marco de la Constitución española. El desarrollo de actitudes no violentas en la convivencia diaria” y “Valoración crítica de la división social y sexual del trabajo y de los prejuicios racistas, xenófobos, antisemitas, sexistas y homófobos” (contenidos de “Educación para la ciudadanía y los derechos humanos” del Anexo). Y, en fin, el RD 1467/2007, sobre el Bachillerato, establece entre los objetivos de la materia “Filosofía y ciudadanía” el siguiente: “7. Adoptar una actitud de respeto de las diferencias y crítica ante todo intento de justificación de las desigualdades sociales y ante toda discriminación, ya sea por sexo, etnia, cultura, creencias u otras características individuales y sociales”.

31. En efecto, en el decreto correspondiente al segundo ciclo de Educación infantil (de 3 a 5 años) se dice: “La familia y la escuela como primeros grupos sociales de pertenencia. Toma de conciencia de la necesidad de su existencia y funcionamiento mediante ejemplos del papel que desempeñan en su [la de los niños] vida cotidiana. Valoración de las relaciones afectivas que en ellos se establecen”. Por su parte, el Decreto de Educación primaria (de 6 a 11 años) menciona a la familia sólo de pasada en dos ocasiones: “Valoración de la igualdad de derechos de hombres y mujeres en la familia y en el mundo laboral y social” y “Aplicación de los valores cívicos en situaciones de convivencia y conflicto en el entorno inmediato (familia, centro escolar, amistades, localidad)...”. Y, en fin, en el de Educación Secundaria Obligatoria (de 12 a 15 años) se contiene los siguientes temas: “Las relaciones humanas: relaciones entre hombres y mujeres y relaciones intergeneracionales. La familia en el marco de la Constitución española. El desarrollo de actitudes no violentas en la convivencia diaria” y “Valoración crítica de la división social y sexual del trabajo y de los prejuicios racistas, xenófobos, antisemitas, sexistas y homófobos” (cf., respectivamente, Reales Decretos 1630/2006, 1513/2006 y 1631/2006; por su parte, en el RD 1467/2007, sobre las enseñanzas mínimas del Bachillerato, en la materia “Filosofía y ciudadanía” no hay la más mínima alusión a la familia).

32. Las citas anteriores recogen textos de los apartados I y II del voto particular de Frías Ponce a las SSTs-Asturias y de los apartados II y IV de su voto a la STS-Andalucía.

33. Ap. 5º del voto particular de Peces Morate a las SSTs-Asturias.

34. *Ídem.*

35. Ap. 2º del voto particular de Campos Sánchez-Bordona a la STS-Andalucía.

36. En efecto, en la larga introducción que el Anexo del Decreto 1631/2006 dedica a la “Educación para la ciudadanía”, así como en el apartado sobre “Contribución de la materia a la adquisición de las competencias básicas”, ninguna de las referencias directas a los derechos humanos y a los valores que los fundamentan avala, sino todo lo contrario, la interpretación literal adoptada en el voto particular de Campos Sánchez-Bordona.

37. Esta aguda y original objeción fue planteada por el profesor Lorenzo Peña en el coloquio que siguió a la versión oral de este texto en las Jornadas de Filosofía del Derecho celebradas en Logroño el 26 de marzo de 2009. En mi respuesta, desde luego improvisada, me limité a decir que si un estudiante alegara semejante derecho a no declarar en un examen de la materia demostraría con ello tan buen conocimiento de los derechos y de la Constitución que los ampara que merecería ser evaluado positivamente. Reconociendo que esta respuesta es algo lateral —tanto porque la objeción afecta al conjunto de la evaluación y no sólo al acto formal del examen como porque nada garantiza la aplicación de la solución en todos los centros docentes y, lo que es peor, si la respuesta se ritualizara entre algunos estudiantes mi solución dejaría de estar sustantivamente fundada—, en el texto intento replicar por otro camino.

Quiero observar asimismo que si bien en el FD 14º de las SSTs-Asturias se alude y resuelve el problema central aquí considerado de la evaluación de actitudes y valores, en ningún momento se considera específicamente el argumento relativo al art. 16.2 CE.

38. De todos modos, una diferencia entre los dos derechos mencionados es que en el caso del derecho a no declarar contra uno mismo sí puede haber consecuencias jurídicamente negativas en la medida en que la negativa de un acusado a declarar puede contribuir a determinar su culpabilidad si existen además otros elementos de prueba.

39. Lo que no significa que los estudiantes no puedan ser evaluados por las opiniones y actitudes que muestren libremente en relación con los objetivos de la materia: ¿por qué habría de aprobar la Educación para la ciudadanía alguien que, aun cuando demuestre un buen conocimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los derechos constitucionales, defienda o practique el racismo o propugne acabar violentamente con el sistema democrático?

40. Pablo de Lora ha repasado muchos de los libros de texto de la materia y, salvo alguna excepción, llega a conclusiones más bien tranquilizadoras (cf. 2009, § 3).

Por lo demás, la disposición adicional cuarta de la LOE dice que “corresponde a los órganos de coordinación didáctica de los centros públicos adoptar los libros de texto y demás materiales que hayan de utilizarse en el desarrollo de las diversas enseñanzas” y aunque añade que “la edición y adopción de los libros de texto y demás materiales no requerirán la previa autorización de la Administración educativa”, encomienda “la supervisión de los libros de texto y otros materiales curriculares” al “proceso ordinario de inspección que ejerce la Administración educativa sobre la totalidad de elementos que integran el proceso de enseñanza y aprendizaje, que debe velar por el respeto a los principios y valores contenidos en la Constitución y a lo dispuesto en la presente Ley”.

41. Según varios estudios empíricos, la enseñanza escolar de la educación cívica es sólo relativamente influyente en los jóvenes con independencia de que se ofrezca de manera transversal o como asignatura específica: la mayoría alcanza una comprensión baja de las instituciones y valores democráticos, pero la predisposición a participar en actividades cívico-políticas depende más bien del mayor nivel educativo familiar (cf. García Guitián 2008, pp. 82-89).

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

ALÁEZ CORRAL, Benito, 2009: “Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo sobre «Educación para la ciudadanía»”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 5, pp. 24-33.

ARTETA, Aurelio, 2008: “Aprender democracia. ¿Por qué?”, en Aurelio Arteta (comp.), *El saber del ciudadano. Las nociones capitales de la democracia*, Madrid, Alianza, cap. 1, pp. 31-55.

CALLAN, Eamonn, 1997: *Creating Citizens. Political Education and Liberal Democracy*, Oxford, Clarendon Press.

CASTRO JOVER, Adoración, 2008: “Los valores de la Democracia y Educación para la Ciudadanía”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIV, pp. 291-312.

CRICK, Bernard, 1998: *Education for Citizenship and the Teaching of Democracy in Schools. Final Report of the Advisory Group on Citizenship*. 22 September 1998 (puede encontrarse en Internet).

DE LORA, Pablo, 2009: “¿Puede mi hijo ser utilitarista? (o neoliberal, para el caso). Notas sobre la educación para la ciudadanía”, original mecanografiado (de próxima publicación en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*).

EMBED IRUJO, Antonio, 2008: “La educación para la ciudadanía en el sistema educativo español. Reflexiones jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 83, pp. 11-56.

– 2009: “Educar a ciudadanos. Reflexiones en torno a las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009 sobre la ‘Educación para la ciudadanía’”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 4, pp. 40-49.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, 2007: “Educación para la Ciudadanía. Una perspectiva constitucional”, en López Castillo 2007, pp. 147-153.

GAMPER, Daniel, 2009: “Educación para la ciudadanía. Derechos, democracia y la moralidad del espacio público”, *Claves de razón práctica*, n. 193, pp. 36-42.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, 2007: “La nueva asignatura de Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos. Un test para la racionalidad del sistema educativo”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, n. 199, pp. 61-78.

- GARCÍA GUITIÁN, Elena, 2008: "Educación y competencias cívicas", en Rafael del Águila, Sebastián Escámez y José Tudela (comps.), *Democracia, Tolerancia y Educación Cívica*, Madrid, Ediciones UAM, pp. 79-95.
- GARCIMARTÍN MONTERO, Carmen, 2007: "Neutralidad y escuela pública: A propósito de la educación para la ciudadanía", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 14, pp. 1-26.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, 2008: "Libertad religiosa y derecho a la educación: un comentario sobre la asignatura: «Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos»", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIV, pp. 313-336.
- GUTTMAN, Amy, 1999: *Democratic Education*, Princeton, N.J., Princeton University Press (1ª ed. 1987); *La educación democrática. Una teoría política de la educación*, trad. cast. de Águeda Quiroga, Barcelona, Paidós, 2001.
- HIRSCHMAN, Albert O., 1991: *The Rhetoric of Reaction (Perversity, Futility, Jeopardy)*, Harvard University Press; trad. cast., *Retóricas de la intransigencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.
- JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, Miguel Ángel y Cañamares Arribas, Santiago, 2007: "La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgerø v. Noruega", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 15, pp. 1-14.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio, 2008: Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia, Madrid, Dykinson.
- LÓPEZ CASTILLO, Antonio (comp.), 2007: *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Ángel, 2008: "La objeción de conciencia a la Educación para la ciudadanía ante los tribunales superiores de justicia", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 17, pp. 1-26.
- MARTÍ SÁNCHEZ, José María, 2007: «La "Educación para la Ciudadanía". Ley Orgánica 2/2006, de Educación», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIII, pp. 211-255.
- MARTÍN CORTÉS, Irene, 2006: *Una propuesta para la enseñanza de la ciudadanía democrática en España*, Madrid, Fundación Alternativas.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, 2007: "La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 15, pp. 1-22.
- MORENO ANTÓN, María, 2008: "La Educación para la Ciudadanía en clave jurídica", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIV, pp. 411-426.
- MORENO MOZOS, María del Mar, 2008: "Educación para la Ciudadanía: ¿Enseñanza de la Constitución y los Derechos Humanos?", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIV, pp. 427-448.
- NUSSBAUM, Martha C., 2001: *Cultivating Humanity. A Classical Defense of Reform in Liberal Education*, Cambridge (Mass.) etc., Harvard University Press, 1997; hay trad. cast. de Juana Pailaya, *El cultivo de la humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal*, Barcelona etc., Editorial Andrés Bello.
- PALOMINO, Rafael, 2008: "Laicidad y ciudadanía", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIV, 2008, pp. 336-359.
- PECES-BARBA, Gregorio, 2007: *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, con la colaboración de Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Francisco Javier Ansuátegui, Madrid, Espasa Calpe, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, 2007: "La escuela (como espacio) de tolerancia: multiculturalismo y neutralidad", en López Castillo 2007, pp. 51-70.
- RAWLS, John, 1993: *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press; trad. cast. de Antoni Domènech, *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996.
- REDONDO, Ana María, 2003: Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y «homeschooling», con "Prólogo" de Paloma Biglino Campos, Valencia, Tirant lo Blanch.
- RIVERA, Juan Antonio, 2007: "¿Cómo educar en valores? Sobre Educación para la Ciudadanía", *Claves de razón práctica*, n. 176, pp. 34-41.
- ROCA, María José, 2008: "Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 17, pp. 1-37.
- ROUCO VARELA, Antonio María, 2007: "La Educación para la ciudadanía'. Reflexiones para la valoración jurídica y ética de una nueva asignatura en el sistema escolar español", discurso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 29 mayo 2007, en <http://www.archimadrid.es/princi/menu/vozcarr/framecar/conferencias/29052007.htm>.
- RUANO ESPINA, Lourdes, 2008: "Objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 17, 2008, pp. 1-61.
- 2009: "El derecho a elegir en el ámbito escolar la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones en el marco de la LOLR", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 19, pp. 1-58.

- RUIZ MIGUEL, Alfonso, 2007: "Educación, escuela y ciudadanía", en López Castillo 2007, pp. 27-49; también, con la supresión de algunas notas, en *Claves de razón práctica*, n. 161, abril 2007, pp. 68-75.
- SAVATER, Fernando, 1997: *El valor de educar*, Barcelona, Ariel.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, 2007: "La enseñanza de valores entre la libertad religiosa y el derecho a la educación", en López Castillo 2007, pp. 137-146.





## RESUMEN

Una de las formas que tienen los entes públicos de afrontar la construcción de infraestructuras es la encomienda a entidades instrumentales; las cuales se realizan a través de convenios excluidos de la legislación de contratos. En nuestro ordenamiento, disponemos, además, de un régimen general previsto en la LCSP de los medios propios y servicios técnicos y regulaciones especiales para diversos tipos de infraestructuras. Sobre esta dualidad de regímenes se exponen las notas vertebradoras y se confrontan con un principio básico de la construcción de infraestructuras, cuál es el de estabilidad presupuestaria.

## PALABRAS CLAVE

PRESTACIONES *IN HOUSE*, ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA, SOCIEDADES ESTATALES DE OBRAS PÚBLICAS, MEDIOS PROPIOS Y SERVICIOS TÉCNICOS

## ABSTRACT

One of the ways in which public authorities deal with building infrastructure is by entrusting it to implementing bodies. These function through agreements excluded from contract law. In our regulations we also have a system, established by the Law on Public Sector Contracts, for departments and support services and special regulations for different types of infrastructure. Core points are presented in relation to this double system and come up against a basic principle of infrastructure building: budget stability.

## KEY WORDS

IN-HOUSE SERVICES, BUDGET STABILITY, STATE-RUN PUBLIC WORKS COMPANIES, DEPARTMENTS AND SUPPORT SERVICES

# NOTAS SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS PRESTACIONES IN HOUSE EN EL DERECHO ESPAÑOL

Julio V. González García

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad Complutense de Madrid

**Sumario:** 1. Planteamiento. 2. Dos impulsos antagónicos del Derecho comunitario sobre las prestaciones *in house*. 3. La jurisprudencia comunitaria sobre prestaciones *in house*: una visión distorsionada del Derecho de la competencia. 4. Sociedades de obras públicas con habilitación legal. A) Régimen de constitución de estas sociedades. En especial la función de la ley en el acto de creación y el contenido de la autorización del Consejo de Ministros. B) Las relaciones entre la Administración matriz y la sociedad instrumental. C) Régimen de la contratación de estas sociedades. D) Aspectos de los presupuestos de las sociedades estatales de obras. E) Financiación de las sociedades estatales. F) Financiación no derivada de la Administración matriz, sino en colaboración con usuarios y otras Administraciones públicas. El caso particular de las sociedades de aguas. G) Instrumentos de control y dirección por parte de la Administración matriz: la tutela de la Administración matriz. 5. Régimen general de los “medios propios y servicios técnicos” de la Administración. 6. Consideraciones finales. Notas

## 1. PLANTEAMIENTO

La posibilidad de que las Administraciones públicas recurran a medios propios para la ejecución de prestaciones está asumido desde siempre en el ordenamiento jurídico español. De hecho, en la legislación de contratos públicos, salvo un breve paréntesis en el siglo XIX, bajo la vigencia de la Ley de Obras Públicas de 1868, no ha existido ninguna limitación a que sean las Administraciones públicas las que, directamente o a través de entidades dotadas de personalidad jurídica, procedan a la ejecución de prestaciones. Son los denominados medios propios y servicios técnicos que recoge la actual Ley de Contratos del Sector Público.

De hecho, la tradición española en esta materia es clara en cuanto a la admisibilidad de estas figuras. La ejecución de las obras para la realización de los Juegos de la XV Olimpiada<sup>1</sup>,

celebrados en Barcelona en 1992, se hizo a través de un conglomerado de empresas públicas, agrupados en HOLSA, Barcelona Holding Olímpico, S.A. Algo parecido ocurrió con las obras de la Exposición Universal de Sevilla de 1992. Y, desde mediados de los años noventa, se han producido operaciones de reordenación administrativa que se han traducido en que infraestructuras hidráulicas, de regadíos, carreteras o ferrocarriles se desarrollen a través de sociedades mercantiles públicas<sup>2</sup> o que aeropuertos, puertos y otras infraestructuras para el transporte de ferrocarriles también se ejecuten recurriendo a entidades instrumentales, básicamente entidades públicas empresariales o similares. Y en el ámbito de las Comunidades autónomas, carreteras, prisiones, escuelas, hospitales, comisarías de policía... han sido ejecutadas con la participación de sociedades públicas y para las grandes obras públicas se

ha procedido de forma similar a como lo viene haciendo el Estado.

Como se puede apreciar, la problemática de las prestaciones *in house* en el ordenamiento jurídico español se desdobra: por un lado, nos encontramos con el marco general de la Ley de Contratos del Sector Público, que confiere la posibilidad de recurrir a entidades denominadas que son catalogadas como *medios propios* y, por el otro, hay regímenes especiales, derivados de las reordenaciones administrativas a que se ha hecho referencia.

La cuestión es cómo armonizamos este régimen legal de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre las prestaciones *in house*, lo que, en nuestro ordenamiento jurídico es de extraordinaria actualidad, como lo prueban las dos recientes sentencias de este Tribunal vinculadas a casos españoles, TRAGSA<sup>3</sup> y CORREOS<sup>4</sup>; que han motivado un cambio generalizado en los estatutos de las sociedades estatales que reciben encargos de la Administración matriz<sup>5</sup>.

A ellos se dedican estas páginas. No obstante, con carácter previo han de hacerse algunas consideraciones sobre el Derecho comunitario ante esta cuestión.

## 2. DOS IMPULSOS ANTAGÓNICOS DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE LAS PRESTACIONES IN HOUSE

Los procedimientos de construcción de infraestructuras en el ámbito europeo atraviesan un momento complejo. Hay una necesidad creciente de ellas para impulsar la competitividad de la economía comunitaria, tal como han puesto de manifiesto las autoridades comunitarias y la propia ciudadanía reclama cada vez más y mejores en todos los ámbitos, ya sean las de uso general, ya las necesarias para la prestación de servicios. Y sin embargo, nos movemos con un criterio restrictivo de naturaleza

económica: se están produciendo rebajas en la presión fiscal —preferentemente a las rentas más altas y a las rentas de capital, con los problemas distributivos que ello provoca— y, se han establecido elementos de tope en la cuantía del déficit público, en aplicación del principio de estabilidad presupuestaria. Con lo cual, en principio, las posibilidades que existen de construir obras públicas son menores de acuerdo con los procedimientos tradicionales.

El principio de estabilidad presupuestaria<sup>6</sup> tiene su origen, como es conocido, en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento<sup>7</sup> que impide que los Estados alcancen déficit público excesivo. Esto se exterioriza en un cómputo complejo de las denominadas *necesidades de financiación* de acuerdo a complejos parámetros contables<sup>8</sup>. En todo caso, la aplicación del pacto de estabilidad conduce a que el déficit público no pueda superar el 3% del PIB o que la deuda pública no supere el 60% del mismo PIB. Ahora bien, las propias autoridades comunitarias han sido conscientes de que un control exhaustivo de este déficit colapsaría las posibilidades de actuación de los poderes públicos y con ello el interés general se resentiría.

La Comisión Europea, a través de su oficina estadística Eurostat, ha abierto un conjunto de opciones para evitar que el coste de construcción consolide en el déficit público<sup>9</sup>. Uno de ellos es precisamente la constitución de entidades separadas de la Administración que tengan comportamiento de mercado, esto es, que realicen las actividades con un coste comparable al de las empresas privadas y tengan la opción de abrir su cartera de clientes. Al lado de esta nota han de asumir el riesgo económico de la construcción y de la explotación o la disponibilidad —en función de la naturaleza de la obra—. Si se dan estas dos condiciones se podría desconsolidar el coste de construcción de una infraestructura del déficit público, esto es, no formaría parte de los sumandos a la hora de determinar si la Administración de un determinado Estado se encuentra en una situación de déficit.

No es una operación sencilla pero abierta está esta posibilidad después de la decisión de

Eurostat<sup>10</sup> acerca de la imputación en el déficit público de los resultados de la sociedad mercantil del Gobierno federal austriaco BIG<sup>11</sup>. Y precisamente por ello, ha aumentado el número de entidades de esta naturaleza. Las consecuencias de este proceso son fáciles de percibir: uso de la ingeniería jurídico financiera y de la contabilidad de diseño por parte de los entes públicos para conseguir la desconsolidación; con los riesgos que tiene, como se demostró en el caso de la construcción por parte de la Comunidad autónoma de Madrid del Metrosur, a través de una entidad instrumental, MINTRA<sup>12</sup>. No podemos dejar de señalar, además, que con esta práctica reutiliza la estabilidad presupuestaria desde la perspectiva del truco, de la falsedad contable por parte de la Administración, para lograr un resultado no querido por el ordenamiento jurídico, como es un gasto por encima de las posibilidades, que están determinadas en abstracto. Se trata de una idea que, por otra parte, está fomentada por la utilización de contratos complejos por parte de los entes públicos, con más de una entidad participante, con prestaciones cruzadas, no siempre fáciles de entender cuando, sin lugar a dudas, habría caminos más sencillos, eso sí con el efecto de la consolidación contable. Se trata, por así decirlo, que nos encontramos ante la utilización de la ingeniería financiera por parte de las Administraciones públicas para construir sin afectar a su déficit. Es en definitiva, una manifestación de la reproducción en los entes públicos del comportamiento de los particulares, a fin de ganar en competitividad.

Al mismo tiempo que esto ocurría, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido cada vez más restrictiva a la hora de admitir la utilización de los medios propios, tal como veremos en el epígrafe siguiente. Los entes públicos se encuentran en una situación paradójica: ante una necesidad pública ineludible no pueden aumentar el endeudamiento salvo que modifiquen la partida presupuestaria a la que recurren, para lo cual precisan constituir entidades separadas. Es la solución del Derecho comunitario.

Pero al mismo el propio Derecho comunitario, hablando, esta vez, por la voz del TJCE le exige requisitos para la constitución de estas personas jurídicas que se encargan de la ejecución de infraestructuras que resultan inasumibles desde la perspectiva de la estabilidad presupuestaria. Y mientras se encuentra un mecanismo contable que permita la desconsolidación o un dinero complementario el fin público queda sin cubrirse, salvo que se recurra a procedimientos de privatización, que claramente no son los más adecuados por múltiples razones de naturaleza política, jurídica, social y económica. Como han señalado SOSA y FUERTES, el problema al que nos enfrentamos deriva de que “ha crecido de forma desmesurada el derecho de la competencia, es decir, el conjunto de reglas que tratan de garantizarla en el mercado libre. Lo que se ha visto con normalidad a lo largo de muchos años, ahora se contempla bajo la lupa de esa nueva rama del ordenamiento. Lupa que es de gran aumento”<sup>13</sup>.

### 3. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE PRESTACIONES *IN HOUSE*: UNA VISIÓN DISTORSIONADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La jurisprudencia del TJCE sobre los contratos *in house*<sup>14</sup> procede básicamente de la sentencia Teckal<sup>15</sup> y se puede articular sobre los siguientes puntos básicos: no nos encontraremos ante un contrato en el sentido de la Directiva “*en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan*”.

Con ello, en mi opinión, el TJCE realiza en lo que se puede considerar una visión distorsionada del Derecho de la competencia,

que afecta de forma privatizadora al Estado. El fenómeno de la utilización de entidades instrumentales para la provisión de infraestructuras siempre se ha considerado un fenómeno normal, en la medida en que supone una mera opción de organización administrativa, en donde juega la eficacia y la eficiencia de la medida de separar de la Administración matriz un determinado servicio y pasar a configurar una entidad separada.

De hecho, cuando se examina con algún detenimiento cuál es el régimen de las relaciones entre la Administración matriz y su entidad instrumental se verá que son muy parecidas a aquellas que se dan dentro del propio aparato administrativo. Frente a ello, la jurisprudencia comunitaria trae consecuencias que son claramente perniciosas: Introduce un elemento de cierta incoherencia en el sentido de que no se pueda recurrir a entidades propias porque presten un servicio para terceros, como se vio en el caso de CORREOS. Supone, además, un desamparamiento administrativo, en la medida en que obliga a abrir mercados y, por consiguiente, a disminuir las posibilidades de dirección y control por parte de la Administración matriz. Ocasiona un empobrecimiento administrativo por las transferencias de fondos que se producen fuera del sector público a pesar de disponer de instrumentos públicos suficientes para realizar la prestación. Dificulta, como demostró el caso TRAGSA, las posibilidades de cooperación y colaboración interadministrativa, en materias de competencias concurrentes o de competencias de uno sólo de los actores; lo cual tampoco parece razonable ya que es una materia pública con lo que sólo se cuestiona, en el fondo, el modo de distribución territorial del poder y los mecanismos de colaboración institucional.

Y todo ello sin que se alcancen a ver ventajas que reporta al interés general. Porque cuando se analiza este interés, la apertura a la competencia es un factor que ha de ser ponderado junto con otros, que en ocasiones pueden o deben tener un peso superior a la hora de analizar el modo en que se ha de realizar. Además, el TJCE está imponiendo estas obligaciones al

sector público, cuando para el sector privado no están recogidas, lo cual parece un comportamiento injustificadamente discriminatorio para el sector público, como han señalado en España SOSA y FUERTES<sup>16</sup>. Incluso resulta posible afirmar, tal como recuerda REBOLLO, que es una conclusión “de sentido común” que “la Administración no está obligada a contratar lo que puede hacer por sus propios medios, aunque estos medios estén personificados”<sup>17</sup>. Porque aquí no podemos olvidar que todo queda en manos públicas, tengan personalidad jurídica propia o no. Si se levantara el velo, en todas ellas, aparecería la Administración matriz.

Cuestión distinta es que se estén realizando en cada uno de los convenios que se realicen entre Administraciones públicas y sociedades instrumentales prácticas anticompetitivas que pueden y deben ser sancionadas en defensa del mercado. Pero es un problema diferente, ya que lo que denota la jurisprudencia comunitaria es que parece plantearse en términos de existencia de una presunción de que este comportamiento anticompetitivo existe siempre, lo cual no es cierto.

#### 4. SOCIEDADES DE OBRAS PÚBLICAS CON HABILITACIÓN LEGAL

El sistema de sociedades estatales para la construcción de obras públicas, tal cual lo conocemos en la actualidad, nace del art. 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social en donde se configura un nuevo procedimiento denominado específicamente procedimiento de gestión directa de la construcción y/o explotación de determinadas obras públicas. Este procedimiento lo que permite es la constitución de una o más sociedades para la gestión de carreteras y de obras hidráulicas. Dos años después, se incorpora un precepto similar para las infraestructuras de regadíos en el art. 99 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del

Orden Social y en 2004 para los ferrocarriles, que aparecen como objeto social añadido de las sociedades de carreteras y, en este sentido, se ha incorporado a la única sociedad estatal de carreteras, configurada con posterioridad a la aprobación por el Gobierno del Plan Estatal de Infraestructuras de los Transportes Terrestres. En aplicación de este modelo de constituir sociedades estatales para la gestión de obras públicas, la Administración General del Estado es titular de 18 de estas sociedades, ya sea en solitario, ya sea en colaboración con otras administraciones públicas, como ocurre en dos supuestos. 18 sociedades que son las que gestionan en la actualidad un porcentaje superior al 50% de la inversión pública en infraestructuras en sus respectivos sectores.

#### **A) RÉGIMEN DE CONSTITUCIÓN DE ESTAS SOCIEDADES. EN ESPECIAL LA FUNCIÓN DE LA LEY EN EL ACTO DE CREACIÓN Y EL CONTENIDO DE LA AUTORIZACIÓN DEL CONSEJO DE MINISTROS.**

Uno de los aspectos que han quedado señalado es el que, pese a constituir una sociedad mercantil, no es constituye un modelo que responda al prototipo característico societario, precisamente por el hecho de que tiene un objeto social vinculado al ejercicio de funciones administrativas, como es la realización de obras públicas. Este dato motiva que el régimen general de creación de las sociedades por parte de las Administraciones públicas disponga de algunas peculiaridades, que las separa de la simplicidad que presenta la constitución de las sociedades mercantiles convencionales, incluso las que son de capital enteramente público. En el desarrollo del régimen de las sociedades instrumentales, por tanto, el siguiente paso está constituido por la determinación de cuál es el proceso de constitución de la sociedad y lo que se pueden denominar los elementos generales de su régimen jurídico, en el que hemos de armonizar Derecho público, por un lado, y Derecho mercantil por el otro.

El proceso de creación de las sociedades instrumentales públicas para la construcción y explotación de obras públicas se va a materializar a lo largo de un procedimiento en el que se pueden deslindar dos fases: una primera, que tiene naturaleza jurídico pública compuesta, a su vez por dos actuaciones: una de carácter legislativo en el que se va a producir la configuración del tipo de entidad, y que va a permitir delimitar las fases siguientes del proceso y, en particular, concretar el tipo de actividad que se va a desarrollar y los elementos básicos de la misma y una segunda, la autorización concreta de la constitución de la sociedad —que, para la mayor parte de las sociedades, recaerán en la competencia del Consejo de Ministros—, para, en aplicación de la habilitación legal, constituir la sociedad y someterse a un régimen societario concreto.

Una vez concluida la parte del procedimiento sometida a las normas jurídico-administrativas, se pasará a la siguiente fase, que tiene un marcado carácter jurídico-privado y que, por ello, el carácter público del creador no va a aportar elementos suficientes para la diferenciación de otros actos similares de creación de otras sociedades mercantiles<sup>18</sup>. En todo caso, es la parte del proceso en el cual se va a proceder a la constitución propiamente dicha de la entidad. A partir de este momento, se entrará en una cuestión distinta, que será la de determinar, una vez creada, qué tipo de vínculo tiene con la administración matriz en cuanto a las actividades de construcción de infraestructuras, cómo se determinan y abonan y qué potestades retiene el ente creador de la sociedad.

Precisamente por lo anterior, la ley juega un papel relevante. El régimen de creación de órganos y estructuras dentro de las Administraciones Públicas responde a una reserva de ley relativa, recogida en el art. 103.2 de la Constitución que, como es conocido, dispone que “los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados *de acuerdo con la ley*” —las cursivas son mías—. En el planteamiento del precepto constitucional late un doble objetivo: por un lado, exigir

el cumplimiento de una serie de exigencias legales —que se produzca una definición por parte del poder legislativo—, que son las que planifican los modelos de organización de las Administraciones públicas para su servicio al interés general y, por el otro, que, en ese marco legal sea la propia Administración pública la que se vaya configurando en función de las necesidades que han ido surgiendo, en aplicación de los parámetros que ha determinado previamente el legislador. Papel del legislador que, como se puede observar, resulta indiscutible en el proceso de creación de sociedades y para cualesquiera otras formas de personificación a las que recurran las Administraciones públicas teniendo en cuenta el contenido del referido art. 103.2 CE. Obviamente, aquí el legislador tiene una serie de límites, de tal manera que derivan del resto de la configuración constitucional de las Administraciones públicas.

Por ello, para que se puedan disponer de estas competencias, para que se pueda alterar el régimen de ejecución de la obra, es para lo que se exige la habilitación al Consejo de Ministros en una ley para la creación de una sociedad de estas características. Tanto es así que, como señaló la doctrina, “no es una mera licencia sino una exigencia de nuestro ordenamiento”. Obviamente, hacer esto sin someterse al filtro inicial del parlamento supondría una alteración del régimen de los contratos y en particular, renunciar a las facultades administrativas que están recogidas en la Ley de contratos, precisamente por ser una sociedad sometida al ordenamiento privado y porque van a ejercitar la mayor parte de las competencias públicas en relación con la contratación —aunque sea con el auxilio de la Administración matriz—, lo cual es, como veremos con posterioridad, una exigencia para que se pueda desconsolidar el resultado de explotación de las cuentas del Estado. Esto es lo que justifica que haya que establecerse un régimen específico para el ejercicio de estas potestades, tal como prevé el art. 158.2 Ley 16/1996, cuando dispone que uno de los contenidos obligatorios del convenio entre la Administración pública de la que depende y la sociedad instrumental consiste precisamen-

te en la determinación de “las potestades que tiene la Administración General del Estado en relación con la dirección, inspección, control y recepción de las obras, cuya titularidad corresponderá en todo caso a la misma”.

La constitución de las sociedades mercantiles, una vez habilitado el Gobierno para su creación, pasan por un doble proceso: uno de naturaleza jurídico pública y otro privada, como por otra parte resulta lógico teniendo en cuenta que el creador de la sociedad es una Administración pública que tiene que cumplir con los requisitos de formación de la voluntad para que la entidad esté adecuadamente creada. Es una garantía para el interés general y sirve, además, como un mecanismo de control de la actividad administrativa. Esa dualidad de fases pasan por un lado, porque será precisa la autorización para la constitución de la sociedad, que tendrá que otorgarla el responsable del organismo creador, el cual será, en condiciones normales, el Consejo de Ministros. En segundo lugar, en la medida en que el proceso será para la constitución de una sociedad mercantil, habrá que insertar el acto autorizatorio dentro del procedimiento correspondiente a la entidad del tipo de que se trate y cumplir, en consecuencia, con los requisitos generales que configura la Ley de Sociedades Anónimas y, por extensión, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ya que nos encontramos en la mayor parte de los supuestos ante una sociedad unipersonal

Tomando como punto de partida la función que cumple para el desarrollo de las actividades societarias, el acuerdo de autorización de la constitución de la sociedad estatal tendrá un contenido que se puede articular sobre los siguientes puntos: i) Determinación de su objeto social en desarrollo de la habilitación que ha recogido la ley; ii) Concreción de la posibilidad o no de que la sociedad instrumental participe en otras entidades; iii) Adaptación y desarrollo de las cláusulas legales que determinan el régimen de transmisibilidad de las acciones, ya sea dejando libertad de venta, ya sea limitando a determinados compradores, ya sea prohibiéndolo por completo; iv) Se habrá de



proceder a la concreción de las bases del régimen económico financiero de la sociedad; v) El ámbito territorial en el que va a desplegar su actividad, ya sea la totalidad o parte del territorio nacional y que no forma parte de la autonomía societaria. Este punto es uno en los que la habilitación legal es menos precisa y, en consecuencia, cabe la máxima discrecionalidad por parte del Consejo de Ministros, en el marco de su potestad de organización. Sirva como ejemplo de la gran flexibilidad que existe en este sentido, la distribución de funciones entre las cuatro sociedades estatales de infraestructuras agrarias; vi) Un aspecto esencial para el desarrollo de las actividades societarias, cual es el de atribuir la tutela de las sociedades al Ministerio correspondiente que resulte más vinculada con la actividad de la sociedad, de acuerdo con el art. 166.2 LPAP y vii) El plazo para el que se constituye la sociedad, lo cual ha de ser conectado con la auditoría de las condiciones para su creación, en la medida en que este mecanismo de control indirecto determinará si debería tener una vida limitada —limitada a una necesidad específica— o, por el contrario, extenderse indefinidamente en el tiempo.

A ello se añade, en el supuesto particular previsto en el art. 62.1 f) LOFAGE, —creación de sociedades por organismos públicos— la justificación de que la creación de una sociedad mercantil resulte “imprescindible para la consecución de los fines asignados”, lo que implica una determinación de las razones por las que no es adecuada su creación a través de un órgano administrativo.

Una de las cuestiones que más llama la atención de la evolución de las sociedades instrumentales de obras públicas es el aumento de su objeto social, que ha pasado de estar limitado a la realización de las obras a intervenir desde la fase inicial de proyección de la obra hasta la última de participar en la explotación de la misma. Este cambio, como tendremos ocasión de analizar, es una consecuencia de cuál es la utilidad pretendida por las Administraciones públicas en el momento de la creación, que ha pasado de ser un mero objetivo de eludir los trámites de la legislación de contratos de las

administraciones públicas para pasar a ser la desconsolidación en las cuentas públicas del coste construcción de las infraestructuras. Esto hace que haya que adaptar su objeto social y su régimen de funcionamiento a las exigencias de Eurostat, en aplicación de los requisitos del SEC 95, lo que le obliga a la consideración de ser una sociedad orientada al mercado, tal como veremos en el capítulo siguiente. Pero, claro está, esta necesidad se ha de manifestar en el objeto social, que permita el desarrollo de actividades en la forma adecuada para la consecución del objetivo.

## **B) LAS RELACIONES ENTRE LA ADMINISTRACIÓN MATRIZ Y LA SOCIEDAD INSTRUMENTAL**

La relación entre la Administración creadora-La relación entre la Administración creadora de la sociedad estatal de obras públicas y ésta constituye uno de los elementos centrales —posiblemente el más relevante— para conocer cómo se desarrolla la construcción de infraestructuras. Hace falta, en consecuencia un elemento complementario, que diseñe el modo en que se va a proceder, en el que contemplen los elementos de su funcionamiento, lo cuál servirá además, como elemento habilitante para la financiación de la obra pública y su intervención. Es la consecuencia de que nos encontremos ante una persona jurídica diferente, en donde hay que estructurar un marco de relación. Hace falta, en consecuencia un elemento complementario, que diseñe el modo en que se va a proceder, en el que contemplen los elementos de su funcionamiento, lo cuál servirá además, como elemento habilitante para la financiación de la obra pública y su intervención. Es la consecuencia de que nos encontremos ante una persona jurídica diferente, en donde hay que estructurar un marco de relación.

Precisamente por ello, porque la situación es extraña para la construcción de infraestructuras, resulta preciso que los elementos centrales de la actividad de la sociedad instrumental estén contemplados en un convenio que establezca este marco general de relación. Como se

puede apreciar tras la lectura del precepto anterior, dos son los ámbitos básicos que tienen que recoger los convenios de gestión directa de infraestructuras: por un lado, el relativo a la gestión de la realización de las obras y, por el otro, el de financiación del proceso de construcción de las infraestructuras que deberán incluir las múltiples fórmulas que estarán a disposición de la sociedad estatal. Se trata, en definitiva, de aquellos elementos en los que puede existir cesión por parte de la Administración a una persona dependiente de ella. En la aplicación del precepto se puede afirmar, después de haber examinado la ejecución del precepto a través de los convenios firmados entre la Administración General del Estado —básicamente por los Ministerios de Medio Ambiente y Fomento— con distintas sociedades de obras públicas, que la situación es bastante peculiar, en la medida en que a pesar de que se produce formalmente la gestión de la ejecución de la obra en las sociedades instrumentales, al mismo tiempo los órganos competentes de los Ministerios respectivos retienen las funciones básicas sobre las mismas. Casi se podría afirmar que, en cuanto a la ejecución de los proyectos de infraestructuras, la situación es similar a la que se produciría si fueran esos órganos los que resultarían realmente los competentes y no hubiera una persona jurídica interpuesta.

Por tanto, sí se puede concluir en este momento que la autonomía de la que dispone la sociedad instrumental es, como no puede ser de otro modo, limitada y por tanto los efectos de la encomienda de gestión de la infraestructura también lo son, como se manifiesta en todas las fases del proceso constructivo, empezando por el propio de determinación del objeto. Evidentemente este régimen de autonomía limitada plantea el aspecto positivo de que con ello —y a salvo de lo que ocurra con los restantes elementos— se actúa de conformidad con la jurisprudencia del TJCE sobre prestaciones *in house*. No obstante, desde la perspectiva de la estabilidad presupuestaria la percepción es totalmente distinta<sup>19</sup>.

En cuanto a la naturaleza de la encomienda, creo que es la fórmula que mejor se adapta a

la realidad que se ha descrito con anterioridad. Recordemos que, de acuerdo con lo dispuesto el art. 1709 C.c. por el mandato “se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra”; que es exactamente lo que ocurre en estas relaciones entre Administración matriz y sociedad instrumental. Incluso, podría afirmarse que el convenio que se acostumbra a suscribir y que hoy recoge la LCSP no es necesario y bastaría con una mera instrucción de la Administración matriz, materializada a través de un acto administrativo. Como señaló REBOLLO, “puede y debe hacerse mediante un acto administrativo y, aunque apareciese en forma de convenio, no cambiaría su verdadera naturaleza. De hecho los entes institucionales—puros entes instrumentales de la Administración matriz— deben realizar lo que se les encargue sin que puedan negarse; su voluntad no importa y su consentimiento no es necesario”<sup>20</sup>.

Una obligación de hacer que en nuestro caso está constituida por la administración del proceso de construcción de la infraestructura —ya que la ejecución material de los trabajos se efectuará por parte de un contratista elegido con arreglo a las prescripciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas—. La obra, además, se efectúa en las condiciones de todo tipo que quiere el mandante; el cual retiene, además, no sólo las potestades que obligatoriamente ha de ostentar por tratarse de una Administración pública, sino aquellas otras que considera necesarias para una correcta satisfacción de los intereses generales. Y no puede obviarse el hecho, además, de que los bienes construidos no se integran en el patrimonio de la sociedad sino que pasan a formar parte del de la Administración que ha mandado los trabajos; que por otra parte es la que abona el mismo a través de las transferencias de fondos a la sociedad.

### C) RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN DE ESTAS SOCIEDADES

La actividad encomendada a las sociedades instrumentales puede concluir con la apertura

ra de un procedimiento para la contratación de la obra, salvo, claro es que lo ejecute ella directamente; algo absolutamente inusual. De hecho, lo usual es que la primera opción sea la preferida, en la medida en que este tipo de entidades carece de capacidad suficiente para su ejecución directa. La cuestión que corresponde analizar en este momento es la relativa al régimen al que se han de someter estos procedimientos.

La verdad es que en este momento, la cuestión del tipo de régimen al que se han de someter los procedimientos de adjudicación de los contratos de estas sociedades de obras ha dejado de tener gran interés desde un punto de vista teórico, teniendo en cuenta los grandes avances que se han producido en aplicación del Derecho comunitario, que ha de resultar uniforme en todo el espacio comunitario y que permita desarrollar los principios de transparencia y de igualdad de trato. Cómo se desarrolle la práctica administrativa es una cuestión diferente teniendo en cuenta el número de sociedades de esta naturaleza que se han creado en los últimos años; aunque también hay que reconocer que desde el momento en que la huida de los mecanismos públicos de contratación ha dejado de ser el gran interés para la constitución de estas figuras —para ser sustituido por la no consolidación para eludir las estrecheces de la estabilidad presupuestaria—, ha habido mayor disciplina por parte de los entes públicos.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada en aplicación de la directiva ha efectuado una interpretación amplia, funcional, de los tres criterios que configuran las directivas para decidir que nos encontramos ante un poder adjudicador: i) su creación está justificada por la consecución de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; ii) que tenga personalidad jurídica propia y iii) que se trate de una entidad financiada mayoritariamente por el Estado u otros entes públicos territoriales y que su gestión esté sometida a control por parte de estos últimos o que los miembros de sus órganos de dirección estén nombrados por los entes

públicos territoriales. Jurisprudencia que ha permitido declarar algo que parece razonable; esto es, que el criterio de someterse al ordenamiento jurídico privado no constituye ningún elemento que permita eludir la aplicación del Derecho comunitario de la contratación si se cumplen los elementos restantes que contempla la directiva.

Conviene recordar un aspecto relevante de Ley de Contratos del Sector Público, cuyo proyecto de ley se está tramitando en este momento en el Congreso de los Diputados. La separación que efectúa entre contratos sometidos a regulación armonizada y no armonizada —partiendo de los umbrales comunitarios en los contratos— y el grado de aplicabilidad de la futura Ley a las sociedades estatales repercutirá en el sometimiento a la regulación armonizada. En efecto, para las sociedades estatales sólo habrá que someter el régimen más estricto de la ley a los contratos armonizados, que para el supuesto del contrato de obras —que es el más importante de los que suscriben estas sociedades— están sujetos a regulación armonizada aquéllos cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.278.000 euros. Téngase en cuenta que con este importe, el impacto de la separación entre los dos tipos de contratos variará en función de la sociedad. Tomando como punto de referencia el pasado otoño, todos los contratos de la SEITT entrarían en el umbral superior, pero sólo la mitad, más o menos, de los de las sociedades de aguas estarían sujetos a regulación armonizada.

El régimen de los *contratos no armonizados* está previsto en el art. 175 LCSP, en virtud del cual, estos contratos están sometidos a unos principios que deberán ser desarrollados con posterioridad en unas normas que apruebe cada entidad. Así, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado primero, “la adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación”; esto es, un régimen parecido al de la anterior D.A. 6ª de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Las normas especiales que deberán ser aprobadas por cada entidad,

tal como prevé el apartado segundo del precepto, son “de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados en la letra anterior y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad”.

La realidad es que el conjunto de los principios de la ley, existiendo siempre la obligación de que se aprueben unas normas complementarias, supone un desplazamiento de la cuestión sin que se alcancen a ver las ventajas. Desde el punto de vista de su conocimiento para los contratistas, debido a que, por mucha publicidad que se le quiera proporcionar, la dispersión siempre dificulta que los operadores la tengan presente, sobre todo teniendo en cuenta que las diferencias entre ellas serán de matiz<sup>21</sup>. Desde la perspectiva de la eficacia, tampoco resulta la mejor solución, en la medida, en que el grado de cumplimiento será variado teniendo en cuenta los diversos poderes adjudicadores y la capacidad y el empeño que tengan para dictarlas. Y desde el punto de vista del contenido, resulta muy complicado encontrar diferencias tan sustanciales —fuera de las relativas a la organización— que justifique que no se aplique el régimen de los contratos sometidos a regulación armonizada, con lo cual nos podremos encontrar ante la situación paradójica de que con esta operación lo que se ha operado es una deslegalización, con los problemas que eso puede llevar aparejados.

Hay un último dato de los aspectos relativos a los contratos que suscriban estas sociedades que resulta de extrema importancia: de acuerdo con el art. 21.1 LCSP, los contratos que suscriban estas entidades tendrán naturaleza privada: “tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de administraciones

públicas”; esto es, los contratos de las sociedades estatales tienen la consideración de contratos privados y ello pese a ser contratos de naturaleza administrativa —en el sentido de que realizan obras por encomienda de una administración pública—.

Como consecuencia necesaria de la configuración civil de todos los contratos, su régimen será el siguiente: “los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado”. Esta regla es la clave para entender el control jurisdiccional que se prevé para los contratos de las sociedades estatales, el cual será en multitud de ocasiones ejercido únicamente por los Tribunales del orden civil. En efecto, tal es la conclusión que se puede extraer del art. 21.2 del LCSP, el cual dispone que: “El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta ley que no tengan el carácter de administración pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada”.

#### **D) ASPECTOS DE LOS PRESUPUESTOS DE LAS SOCIEDADES ESTATALES DE OBRAS**

La financiación, por tanto, ha de venir básicamente a través de aportaciones públicas o de contraprestaciones como consecuencia de actividades para otras entidades, públicas o privadas; algo para lo que están autorizadas en su

acto de creación tal como hemos visto. La financiación pública vendrá dada por los fondos comunitarios a los que tengan acceso, así como a las propias aportaciones que realicen las entidades de las que dependan, que se acostumbren a materializar mediante incorporaciones al capital de la sociedad instrumental, aunque no es el único procedimiento. Y obviamente, a través del recurso al endeudamiento a través de los mecanismos que reconoce con carácter general el ordenamiento jurídico, que en los últimos años ha permitido la diversificación de las fuentes de endeudamiento.

La financiación como consecuencia de actividades para terceros provoca que la mayor parte de los costes de construcción se determinen de forma convencional por obra —sean los terceros otras entidades públicas, sean futuros usuarios de la infraestructura— en lugar de aplicando los mecanismos que están recogidos de forma imperativa en el ordenamiento jurídico, como ha ocurrido con la legislación de aguas; lo cual supone una vuelta al régimen que estaba establecido en la Ley de Obras Hidráulicas de 1911. En todo caso, más allá de que se pueda criticar, con total razón, que con carácter general el porcentaje de las obras sufragado por los particulares deba ser del 50%, supone un mecanismo para lograr que estas sociedades estatales adquieran una consideración de ser de mercado, algo necesario en el contexto jurídico actual.

Uno de los elementos básicos para examinar el régimen de funcionamiento de las sociedades estatales de obras públicas está constituido por su vertiente financiera, que está estructurada sobre su presupuesto de explotación y el presupuesto de capital. Estas entidades han de aprobar ambos tipos de presupuesto, “que detallará los recursos y dotaciones anuales correspondientes”, tal como dispone el art. 64.1 LGP. Habida cuenta de su carácter estimativo, sobre lo que me extenderé en el epígrafe siguiente, la importancia fundamental deriva de que es lo que ha de orientar la actuación de la referida sociedad instrumental, tal como dispone el art. 67.1 LGP: “las sociedades mercantiles estatales, y las entidades públicas em-

presariales dirigirán su funcionamiento a la consecución de los objetivos emanados de los planteamientos reflejados en sus presupuestos de explotación”.

El presupuesto de explotación y el de capital disponen de un contenido similar. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 64.2 LGP, “estarán constituidos por una previsión de la cuenta de resultados y del cuadro de financiación del correspondiente ejercicio. Como anexo a dichos presupuestos se acompañará una previsión del balance de la entidad”, así como la documentación complementaria que decida el Ministerio de Economía y Hacienda. Las sociedades de ejecución de políticas públicas deberán remitir junto con el presupuesto una descripción de las que se vayan a realizar en el ejercicio, con expresión de los objetivos que se pretenden conseguir. Asimismo, deberán remitir un anexo de sus proyectos de inversión regionalizados por provincias, con indicación de si constituye una inversión nueva o si su origen se encuentra en ejercicios presupuestarios anteriores.

La financiación pública para sufragar las actuaciones que se van a realizar van a venir dadas por cuatro tipos de partidas: subvenciones de explotación, subvenciones de capital, aportaciones de capital y patrimoniales y préstamos. De ellas, las más relevantes son la primera y la tercera, siendo prácticamente irrelevante la última sobre el total de lo aportado por la Administración General del Estado. En las sociedades estatales de obras públicas, las partidas más importantes para la financiación por parte de la Administración General del Estado son las aportaciones de capital.

Cuando se analizan las relaciones entre el presupuesto anual de la Administración matriz y el presupuesto anual de las sociedades instrumentales hemos de partir de dos realidades: por un lado, el presupuesto de esta última ha de integrarse en el presupuesto de aquella y, por el otro, se trata de una integración que se produce entre dos tipos de presupuestos diferentes —como corresponde a entidades de tipo distinto—, lo que va a motivar alguna distorsión en cuanto al régimen de integración e,

incluso, al de aprobación de los presupuestos de las sociedades instrumentales.

La integración entre ambos presupuestos se produce mediante la incorporación del presupuesto de la sociedad en los Presupuestos Generales del Estado, tal como dispone el art. 33.1.b. LFP, que obliga a la incorporación, en la medida en que forma parte de su contenido, de: “los presupuestos de operaciones corrientes y los de operaciones de capital y financieras de las entidades del sector público empresarial y del sector público fundacional”. Se trata de un planteamiento que resulta a todas luces lógico teniendo en cuenta cuál es la relación que existe entre la Administración matriz y la sociedad instrumental y que esta forme parte del sector público, tal y como dispone el art. 2.c) de la misma Ley General Presupuestaria, y que, por tanto, los resultados de la sociedad se han de proyectar, de alguna forma —que se verá con posterioridad—, sobre la Administración de la que dependen.

## E) FINANCIACIÓN DE LAS SOCIEDADES ESTATALES

La ejecución de las obras, el desarrollo de los programas de actuación plurianual y la ejecución del presupuesto de explotación y de capital deriva de que exista financiación suficiente para afrontar los proyectos de la sociedad. Estos fondos podrán provenir de diversas fuentes, como son los fondos propios —que en un altísimo porcentaje constituyen transferencias efectuadas por parte de la Administración matriz—, las transferencias en diverso tipo de la Administración matriz, las transferencias de fondos de la Unión Europea o acudiendo a los mercados financieros a través de la concertación de las correspondientes operaciones de capital.

En principio, estos mecanismos de financiación son la consecuencia de la propia configuración de la sociedad, que tienen un objeto limitado. Es cierto que la evolución que han tenido en los últimos años ha supuesto una ampliación del marco de actividad, con el correspondiente aumento de las formas de ingreso y, paralelamente, de los riesgos que

tiene asumidos la entidad instrumental. En todo caso, aún hoy, por la propia naturaleza de las actividades en las que opera, la sociedad tiene una capacidad de ingresos que puede ser limitada —más allá de los que pueda percibir por realizar trabajos para terceros o, en su caso, de ciertos pagos que realicen los usuarios del servicio, ya sea directamente ya sea por la propia Administración en su nombre— y que, en todo caso, depende de la decisión de la Administración matriz en relación con las infraestructuras construidas en su nombre por lo que necesitará recurrir a formas de financiación indirecta de fondos públicos y, al mismo tiempo, de formas de financiación ajena; las cuales suelen estar vinculadas ya que operan en momentos temporales diferentes.

Las modalidades de financiación presupuestaria que se pueden aplicar a la sociedad instrumental entraría dentro de aquellas que se consideran financiación indirecta, en la medida en que pese a tener la naturaleza de ser presupuestaria no es aplicada directamente por la Administración matriz sino a través de la sociedad instrumental. Dentro de estos mecanismos tres son las formas que puede utilizar la Administración para afrontar los pagos: transferencias de capital —que se computan como gasto público en el momento en que se genera el compromiso de abono—, aportaciones al capital de la sociedad mercantil —de acuerdo con lo que vimos en el capítulo segundo cuando abordamos los problemas generales de este tipo de entidades— y, en tercer lugar, a través de créditos participativos. También nos podríamos encontrar con supuestos de financiación diferida en aquellos casos en los cuales haya pagos que realice la Administración matriz en concepto por peajes en la sombra —pagos en función del uso de la infraestructura— o pagos por disponibilidad —pagos por tener a disposición de la Administración la infraestructura con un determinado nivel de calidad de la misma— y pagos por servicios de gestión de infraestructuras —los cuales se aplicarán para mejora de las ya construidas mediante su reforma o adición de servicios complementarios—. En todo caso, como se verá en el capítulo si-

guiente, si se quiere desconsolidar el coste de la infraestructura en la Administración matriz, nos encontraremos con restricciones tanto de la partida presupuestaria de la que provienen las transferencias —ya que no pueden afectar a las necesidades de financiación de las Administraciones públicas— como de la cuantía, ya que tienen que tener un comportamiento de mercado, en las condiciones que marcó Eurostat y que veremos más adelante.

En todo caso, esta financiación pública, ya sea indirecta ya diferida, vendrá dada por las propias transferencias de fondos públicos a través de los mecanismos de la Ley General Presupuestaria y que son la contraprestación por el cumplimiento de los compromisos adquiridos con la Administración de la que dependen a través de los correspondientes convenios. Dentro de ellos ocupa un papel relevante el aporte pecuniario al capital de las sociedades públicas, que como se verá en el capítulo siguiente carece de efectos sobre el déficit público, en la medida en que, bajo ciertas condiciones, no afecta a las necesidades de financiación de las administraciones públicas; lo que está provocando continuas ampliaciones de capital para sufragar el coste de las infraestructuras, como muestran prácticamente todos los convenios de gestión de infraestructuras y, muy especialmente “Convenio de Gestión Directa de gestión y/o explotación de obras hidráulicas de la Cuenca del Júcar”, firmado en octubre de 2006 entre el Ministerio de Medio Ambiente y la Sociedad Estatal de Aguas del Júcar.

#### **F) FINANCIACIÓN NO DERIVADA DE LA ADMINISTRACIÓN MATRIZ, SINO EN COLABORACIÓN CON USUARIOS Y OTRAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. EL CASO PARTICULAR DE LAS SOCIEDADES DE AGUAS.**

Más allá de los mecanismos de los que proceda el dinero, que está estructurado en el Convenio, el problema fundamental que se plantea es “la desaparición para las actuaciones que realizan del régimen tributario de finan-

ciación de las obras hidráulicas hoy regulado en el art. 114 del Texto Refundido de la Ley de Aguas (con su referencia al canon de regulación y a las tarifas de utilización del agua). La desaparición forzosa de este régimen tributario es algo más que anecdótica y tiene un profundo significado si se tiene en cuenta que el gran peso inversor en este ámbito en el futuro parece que, inequívocamente, va a recaer sobre estas Sociedades, lo que podría convertir al régimen jurídico—tributario regulado en la Ley de Aguas, en una suerte de presencia testimonial o, en todo caso, solamente aplicable a las obras anteriores a la aparición y actividad de las sociedades estatales”.

El problema, sin embargo, no se limita a la mera determinación de las cuantías sino a cómo procede la recuperación de los costes de la construcción por parte de las sociedades estatales, ya que, en condiciones normales, éstas asumen parte del mismo, de acuerdo con lo que se verá con posterioridad. Se trata, todo ello, de cuestiones que están incluidas, algo que por otra parte resulta lógico, en el Convenio de Gestión Directa que hay suscrito entre la Administración matriz y la sociedad instrumental.

En cuanto al régimen económico financiero de las obras realizadas por las sociedades estatales de obras públicas con los usuarios, existe la posibilidad de que la sociedad pueda realizar en todo o en parte la ejecución y/o explotación de obras hidráulicas mediante el establecimiento de tarifas por convenio con los usuarios de las mismas. El régimen se aparta del régimen general de la financiación de las obras que está contemplado en el art. 114 de la ley de aguas, de tal manera que se configura de forma paccionada un régimen que tendrá que adecuarse a estas dos reglas: i) Hasta un 50% del importe de la inversión se financiará con cargo a los fondos propios de la sociedad de aguas. ii) El resto, mediante el establecimiento de tarifas con cargo de los usuarios de las mismas y/o mediante la venta de productos o servicios resultantes de la explotación de la obra”. Se trata de cantidades que, aunque se denominen en los convenios como tarifas, tienen la naturaleza de precios privados.

El recurso a las sociedades estatales de obras públicas puede tener consecuencias sobre el régimen financiero que se va a aplicar a la construcción de las que son sufragadas por los usuarios. En materia de aguas, por ejemplo, nos encontramos con que sociedad estatal y usuarios del agua comparten la realización de las obras, de tal manera que aquélla abona un porcentaje fijo del 50% del coste de construcción. La parte restante será abonada por el particular; todo ello como consecuencia de un convenio firmado entre ambos. A partir de aquí surgen dos cuestiones: cómo se armoniza con el principio de recuperación de costes que recogen las directivas comunitarias y qué efecto real tiene sobre el régimen impuesto en la ley.

El principio de recuperación de costes, que tiene un marcado carácter conmutativo ha sido recogido en la normativa comunitaria, concretamente de forma expresa en la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas y ha sido recogido en el art. 111 de la Ley de Aguas. Está articulado sobre dos puntos centrales: a) por un lado, el principio del coste, que impone que cada usuario deba compensar el coste que su utilización provoca; b) el principio de la utilidad, que lleva a exigir a todos los que se benefician de la implantación de una obra o servicio público a contribuir a su financiación en la medida de tal beneficio o ventaja; lo cual, lleva a diferenciar entre usuarios y beneficiarios de la obra hidráulica, dado que son situaciones parecidas pero no similares. El problema que aparece inmediatamente es cómo se armoniza un régimen convencional que supone un pago por parte de la administración de la mitad de la obra, tal como hemos visto con anterioridad en relación con las obras hidráulicas, con el referido principio de recuperación de costes.

Es cierto que este último principio no tiene carácter absoluto —la propia directiva señala que es un principio que las autoridades nacionales “tendrán en cuenta”—, y en la propia directiva se articulan mecanismos que suponen su atemperación por existir otros factores ju-

rídicamente relevantes, tales como los “efectos sociales, medioambientales y económicos de la recuperación y las condiciones geográficas y climáticas de la región o regiones afectadas” (art. 9). Esto nos conduce a un problema de motivación de la exención, tal como señala el art. 42.1 f) TRLA. El problema, por un lado, consiste en que las sociedades estatales están aplicando la regla del 50% de forma automática en todos los convenios que firman con usuarios del agua, algo que ciertamente no parece que encaje con la mecánica del sistema. De este modo, como se ha indicado, no “se advierten razones jurídicas que animan a esa generalización homogénea de la subvención pública en toda circunstancia (con independencia de tipos de obras, situación geográfica, capacidad de los usuarios o condiciones específicas del territorio), lo que, inevitablemente, planteará en el futuro problemas de compatibilidad con el principio de recuperación de costes que contiene la Directiva marco comunitaria”.

### G) INSTRUMENTOS DE CONTROL Y DIRECCIÓN POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN MATRIZ: LA TUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN MATRIZ

La configuración de una sociedad instrumental tiene como uno de sus elementos más relevantes de su régimen, tal como se ha señalado en algunos pasajes de este estudio, la determinación de un “Ministerio de tutela”. Es un elemento del acto de autorización de la constitución de la sociedad, que está recogido en el art. 176.1 LPAP: “al autorizar la constitución de una sociedad de las previstas en el artículo 166.2 de esta Ley, el Consejo de Ministros podrá atribuir a un ministerio, cuyas competencias guarden una relación específica con el objeto social de la sociedad, la tutela funcional de la misma”.

El punto más destacado para la gestión diaria de la sociedad y, sobre todo, para el cumplimiento de los objetivos de interés general que motivaron la creación de la misma es la concreción de los poderes de dirección que asume el Ministerio de tutela sobre el funcionamien-



to societario. Se trata desde luego, de un apartado en el cual las relaciones que se planteen en un plano metalegal son tan importantes como las que recoge de forma expresa y exteriorizada en la legislación. Y, desde luego, la presencia de altos cargos de los Ministerios de tutela en la dirección de todas las sociedades estatales de obras públicas acaba eliminando mucho dramatismo a las limitaciones que tienen los Ministerios para actuar en el actuar societario, ya que la duplicidad de funciones que cumplen permite que la correa de transmisión de las inquietudes ministeriales resulta mucho más fluida que si esto no ocurriera. Lo que ocurre es que, al mismo tiempo, pone en duda la propia existencia autónoma de la sociedad estatal y que realmente nos encontremos ante la consideración de una unidad institucional, tal como ha sido definida por Eurostat.

El tercer componente de la potestad de tutela es el de la responsabilidad de la Administración matriz, a través del ministerio que la ejerza, de dar cuenta de lo actuado por la sociedad estatal de obras públicas. Aunque se trate de una sociedad sometida al Derecho privado no podemos olvidar su componente público que exige que responda de su actuación ante el Parlamento dando cuenta de su gestión. Esta labor de exteriorización de la actividad de la sociedad instrumental la ha de hacer el Ministerio de tutela, tal como dispone el art. 177.1 LPAP: el Ministerio de tutela “será el responsable de dar cuenta a las Cortes Generales de sus actuaciones”, en el sentido de que el control político del funcionamiento de la misma, a través de los diversos mecanismos que están recogidos en los Reglamentos parlamentarios, será efectuado por el titular del Ministerio que ejercita la tutela.

## 5. RÉGIMEN GENERAL DE LOS “MEDIOS PROPIOS Y SERVICIOS TÉCNICOS” DE LA ADMINISTRACIÓN

Paralelamente a este régimen especial, la Ley de Contratos del Sector Público, al igual

que hacían todas las normas anteriores, configura el régimen de los denominados medios propios y servicios técnicos de la Administración. En principio con la catalogación de una entidad como medio propio y servicio técnico lo que se quiere es quitar toda posibilidad a que haya una diferenciación jurídica entre que se haga directamente como un servicio de la Administración o que se separe fuera de ella.

La condición de medio propio ha de estar recogida en los estatutos de la sociedad, tal como dispone el artículo 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público: “La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas”. Hoy, tras la sentencia TRAGSA<sup>22</sup>, el Consejo de Ministros impulsó el 6 de junio de 2008 la modificación de todas las sociedades que presten servicios a la Administración para que tengan atribuido este carácter específico de medio propio y servicio técnico a la hora de configurar encargos a estas entidades las cuales “se retribuirán mediante tarifas”, lo que llevará aparejada “la potestad para el órgano que configure el encargo de las instrucciones necesarias para su ejecución”. Se trata de una respuesta formalista, que resulta adecuada ante la jurisprudencia comunitaria, que ha incurrido, asimismo, en un acusado formalismo.

Como ha señalado DE LA QUADRA<sup>23</sup>, del antiguo art. 152 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, hoy 26.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, se puede extraer que cuatro son los criterios que legitiman la actividad de la Administración para

la realización directa de las obras a través de sus medios propios, personificados o no: su capacidad —motivos a) y b)—, la operatividad —motivos c), d), f) e i)— o incluso un criterio genérico, el de la conveniencia —motivo c)—, más un motivo inespecífico, que es el de la excepcionalidad durante la tramitación del anteproyecto —motivo h)—. Concretamente, los supuestos son los siguientes: a) Que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución; b) Que la Administración posea elementos auxiliares utilizables, cuyo empleo suponga una economía superior al 5 por ciento del importe del presupuesto del contrato o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma. c) Que no haya habido ofertas de empresarios en la licitación previamente efectuada. d) Cuando se trate de un supuesto de emergencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 97. e) Cuando, dada la naturaleza de la prestación, sea imposible la fijación previa de un precio cierto o la de un presupuesto por unidades simples de trabajo. f) Cuando sea necesario relevar al contratista de realizar algunas unidades de obra por no haberse llegado a un acuerdo en los precios contradictorios correspondientes. g) Las obras de mera conservación y mantenimiento, definidas en el artículo 106.5. h) Excepcionalmente, la ejecución de obras definidas en virtud de un anteproyecto, cuando no se aplique el artículo 134.3.a).i) En los supuestos de la letra d) del artículo 206.

En todos ellos hay un presupuesto que es la disponibilidad de afrontarla a través de sus propios medios, salvo los supuestos excepcionales de colaboración de los particulares y que están recogidos en la ley. Por tanto, hay que examinar sucesivamente cuándo las sociedades instrumentales pueden asumir esta condición, ya que, si no, habría que someterla a las reglas generales de la contratación administrativa y adjudicarla con arreglo a los procedimientos descritos en la normativa, abierta, por tanto a

que contratistas privados pudieran concurrir e hipotéticamente resultar adjudicatarios.

En segundo lugar, resulta imprescindible que exista equivalencia entre el control que efectúa la Administración matriz de los órganos propios y el que efectúa del funcionamiento de la sociedad. En este punto, conviene recordar que “el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios”<sup>24</sup>. Este control similar al que efectúe sobre los órganos propios ha de suponer el que tanto los objetivos estratégicos como las decisiones relevantes son tomadas en la sociedad de acuerdo con la voluntad de la Administración de la que dependen; lo cual afecta, indudablemente, a que la determinación de los trabajos que ha de efectuar y las condiciones en que se ejecutarán dependerán directamente de la Administración matriz.

Sí conviene recordar un factor que, a estos efectos, resulta esencial: En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan”. Precisamente por ello es por lo que se entiende que la naturaleza de la relación jurídica en estos supuestos no es la contractual sino la de un mandato, y que incluso el convenio que se acostumbra a suscribir no es necesario y bastaría con una mera instrucción de la Administración matriz, materializada a través de un acto administrativo. Como señaló REBOLLO, “puede y debe hacerse mediante un acto administrativo y, aunque apareciese en forma de convenio, no cambiaría su verdadera naturaleza. De hecho los entes institucionales —puros entes instrumentales de la Administración matriz— deben realizar lo que se les encargue sin

que puedan negarse; su voluntad no importa y su consentimiento no es necesario”<sup>25</sup>.

No obstante, se sigue configurando el convenio como modo normal de relación, tal como aparece en el art. 4.1.n), como supuesto excluido de la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: “Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174”.

El tercer requisito es que se trate de una entidad enteramente pública, aclaración que está contemplada de forma expresa en la LCSP —“si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública”—, ya sea de un ente público o de varios que concurren conjuntamente a la creación de la entidad por razones de eficacia<sup>26</sup>. Que se trate de una sociedad de capital enteramente público, en la medida en que es lo único que permite asegurar que el único elemento que caracteriza a la sociedad es la consecución de una finalidad de interés general. Un socio privado indica siempre la consecución de intereses de otra naturaleza, de carácter privado, y, además, “la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora en cuestión excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda

ejerer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios”<sup>27</sup>.

Obviamente, si es una sociedad mixta de dos o más Administraciones públicas, habrá que suscribir un convenio entre ellas. Con las palabras de MALARET, “puesto que se trata de una sociedad estatal, para actuar por encargo de otras Administraciones públicas requiere la formalización del correspondiente convenio entre las dos Administraciones públicas implicadas, la Administración matriz y la que realiza la encomienda (art. 15 LRJPAC). Este requisito tiene carácter sustantivo, no es un mero trámite formal, puesto que de su existencia o no derivan importantes consecuencias prácticas”<sup>28</sup>.

## 6. CONSIDERACIONES FINALES

Los elementos que se han señalado, críticos con la jurisprudencia comunitaria, no dejan de resultar justificativos de una realidad que tampoco es la mejor. El impulso que ha recibido la constitución de sociedades instrumentales hay que entenderlo en un contexto privatizador del proceso de construcción de infraestructuras, que se está produciendo en todos los países y que presenta perspectivas diferentes. En él, que se manifiesta en todas las áreas económicas, hay dos vertientes claramente diferenciadas: por un lado, aquellos supuestos de privatización que se ha efectuado para dar mayor participación a los particulares, y aquél otro que ha supuesto una privatización del régimen jurídico. E incluso, hay un último cambio, especialmente perceptible en nuestro país, que es el del modelo retributivo, que está yendo, por impulso comunitario, en una dirección de recuperación de costes por parte de los usuarios. Este proceso, más allá de cualquier crítica ideológica que no corresponde hacer en este lugar, presenta menos luces que sombras.

No supone, en mi opinión, ninguna ventaja ni desde la eficacia ni desde la eficiencia de la gestión y, desde luego provocan problemas

de transparencia administrativa y de control democrático. El control de actividad es inferior al de los Entes públicos y el control contable también plantea numerosos problemas. El problema, sin embargo es, como ya se ha señalado del contexto en el que se desarrolla la actividad pública en la actualidad. El princi-

pio de estabilidad presupuestaria, la reducción de la presión fiscal, la aplicación, excesiva en mi opinión, del derecho de la competencia están conduciendo a dificultades insoslayables en el ejercicio de funciones públicas. No debemos olvidar, en este sentido, que la Administración está sirviendo con objetividad al interés general.

## NOTAS

1. Sobre la organización de los Juegos de la XV Olimpiada celebrados en Barcelona en 1992 y el uso de personas interpuestas para la construcción de las infraestructuras necesarias para su celebración, véase MALARET I GARCÍA, E. *Público y privado en los Juegos Olímpicos*, Civitas, Madrid (1994).
2. Sobre el régimen general de estas sociedades estatales para la construcción de infraestructuras públicas, véase mi estudio *Sociedades estatales de obras públicas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (2008).
3. Puede verse mi comentario a la sentencia TRAGSA en “Medios propios de la administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, en la *Revista de Administración Pública*, nº 173 (mayo-agosto 2007), pp. 217-237. Asimismo, véase BERNAL BLAY, M.A.; “Un paso en falso en la interpretación del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario a la STJCE de 19 de abril de 2007 (As. C-295/05, ASEMFO v. TRAGSA)” en la *Revista de Administración Pública*, nº 137 (enero-marzo 2008) pp. 115 y ss.; así como en Italia, CARANTÍA, R.; “Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l'*in house*?”, en la revista *Urbanistica e appalti*, 2007, pp. 1479 y ss. Y sobre el régimen general de TRAGSA, véase AMOEDO SOUTO, C.; *TRAGSA. Medios propios de la Administración y huida del Derecho administrativo*, Atelier, Barcelona (2004).
4. Puede verse mi comentario a la sentencia CORREOS en “Prestación del servicio universal y doctrina de las prestaciones *in house*”, en la *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 26 (abril-junio 2008); pp. 193-209.
5. Después de la sentencia del TJCE del caso CORREOS, se habilitó desde del Consejo de Ministros por el otorgamiento del carácter de medio propio e instrumental a todas las sociedades estatales —no sólo las de obras— dependientes de la Dirección General Patrimonio del Estado y de la SEPI para reforzar la vinculación entre ambas. La sentencia CORREOS es en este punto extremadamente formalista.
6. Sobre el principio de estabilidad presupuestaria y obras públicas, véase mi estudio *Financiación de infraestructuras y estabilidad presupuestaria*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (2007).
7. El Pacto se adoptó por Resolución del Consejo Europeo de Ámsterdam de 17 de junio de 1997 y materializado en dos instrumentos jurídicos, concretamente el Reglamento 1466/97, del Consejo, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y la supervisión y coordinación de las políticas económicas y, por otro lado, el Reglamento 1467/97, del Consejo, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento que se había de aplicar en los supuestos de déficit excesivo.
8. El paso complementario que exige Eurostat tiene una parte formal, que tenga autonomía y contabilidad separada, y una parte material, que tenga comportamiento de mercado y que asuma los riesgos de las operaciones económicas, lo que exige comprobar que el 50% de los costes de producción son sufragados por el 50% de las ventas y, además, que se asumen los riesgos por parte de la sociedad de la operación; que consistirían en el riesgo de construcción y, dependiendo del tipo de infraestructura, de los riesgos de demanda o de disponibilidad. Esto afecta, asimismo, al modo en que se financian las obras por parte de la Administración matriz a la sociedad instrumental. No se abona la infraestructura directamente sino que, para la parte dependiente de los fondos de la Administración General del Estado, se realizan transferencias de fondos de los entes públicos de los que dependen constituyen el mecanismo de bono indirecto de infraestructuras, en la medida en que las transferencias públicas tienen el destino de constituir los fondos propios de la sociedad, lo cual, de acuerdo con la doctrina de Eurostat, elimina las posibilidades de consolidación. No sería, por tanto, un problema de que la financiación sea o no presupuestaria, sino de cómo se materializa, esto es, afecta a la partida presupuestaria de la que procede y a la finalidad que tiene. Y con ello, paralelamente, se está produciendo el

desplazamiento del pago al contratista por la ejecución de la obra, que es realizado por parte de la sociedad estatal. Lo cual también ha de resultar complementado con la asunción por parte de la sociedad, por lo menos formalmente, de los riesgos del contrato con el contratista que ejecuta las obras, tanto el de construcción —es ella la que paga los costes con cargo a sus fondos propios o a los demás que recaude— y los de explotación —en su doble vertiente, ya que la Administración no paga más de lo que está en el convenio—.

9. Concretamente, estoy haciendo referencia a la aprobación y publicación de dos documentos comunitarios al respecto, que se han transformado, junto con la decisión BIG que luego referiré, en verdaderas guías para la acción. El fundamental es el *Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública*, (2002). El gran desarrollo de las fórmulas de cooperación público-privado para la construcción de infraestructuras hizo que, dos años después, se hiciera público un capítulo complementario titulado “Long Term Contracts Between Government Units And Non-Government Partners” (2004).

10. Eurostat, decisión BIG, p. 2, News release 15/2002, p. 2.

11. BIG es el acrónimo de *Bundesinmobiliengesellschaft* una sociedad mercantil cuyo capital pertenece en su totalidad al Gobierno Federal Austriaco. Ante el estado de conservación de los inmuebles y las necesidades de adaptación, se configura una operación en la que se adscribe todo el patrimonio a ella y se le encomienda la renovación para posterior arrendamiento al Estado, de acuerdo con precios de mercado. Este operación —que, sin ofender a nadie, se puede llamar como de contabilidad de diseño— ha sido el espejo en el que buena parte de la obra pública para la construcción de edificios públicos se ha movido desde su publicación en 2002 por parte de Eurostat.

12. Sobre el caso MINTRA, debe verse el estudio de MARTÍNEZ CALVO, J.; “Hacia la construcción de un “Derecho administrativo financiable”. Crónica del caso MINTRA”; en la *Revista de Administración Pública*, nº 167 (2005), pp. 369 y ss.

13. SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M., “¿Pueden los contratos quedar en casa? (La problemática europea sobre la contratación in house)”, en el diario *La Ley*, núm. 6715.

14. Un estudio minucioso sobre la jurisprudencia del TJCE relativa a las prestaciones *in house*, casi exegético, es el de PERNAS GARCÍA, J.J.; *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*; IUSTEL, Madrid (2008).

15. La base está en la STJCE Teckal, de 18.11.1999, C-107/98. En el mismo sentido, puede verse entre otras SSTJCE de 7 de diciembre de 2000, ARGE gewässerschutz [C-94/99 (Tol 105456) sTjE\_770] y de 8 de mayo de 2003, España c. Comisión [c-349/97 (Tol 268321) sTjE\_2271].

16. SOSA WAGNER, F. y FUERTES, M.; “¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación in house)” en la revista LA LEY

17. REBOLLO PUIG, M., “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía”; en la *Revista de Administración Pública* nº 161 (mayo-agosto 2003), p. 379.

18. Una visión del proceso de constitución de sociedades mercantiles públicas desde la óptica del Derecho mercantil y analizando las especialidades de dicho procedimiento se puede ver en GARCÍA RUIZ, E., *La nueva sociedad anónima pública*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid (2006), pp. 115 y ss.

19. Recordemos que Eurostat, en la resolución del caso BIG señaló que resultaba posible desconsolidar su cuenta de resultados “a pesar de que la sociedad BIG esté participada en un 100% por el Estado federal, el grado de control de este último sobre la sociedad BIG no parece ir más allá de las disposiciones correspondientes relativas a las unidades institucionales (elaboración de la estrategia de conjunto de la unidad institucional sin influir en su gestión diaria)”. Eurostat, decisión Big, p. 2, News release 15/2002, p. 2.

20. REBOLLO PUIG, “Los entes...”, *op. cit.* p. 377.

21. De hecho, esto recuerda al problema que planteó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia de 12 de junio de 2003 “Comisión c. Luxemburgo” por la compatibilidad con el Derecho comunitario de la legislación luxemburguesa, derivada de la dificultad en el conocimiento de las disposiciones en materia de ocupación de

los bienes públicos para la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones. Piénsese en la multiplicidad de normas que se pueden aprobar y los problemas que puede plantear a los operadores no sólo tener acceso a ellas sino, además, tener presente todas las pequeñas diferencias que pueden existir partiendo de que todas resultarán parecidas.

22. Es preciso tener presente que TRAGSA lo tiene asumido, con carácter general, en la Disposición adicional 30ª de la ley de Contratos del Sector Público.

23. DE LA QUADRA SALCEDO, T., “La ejecución de obras por la Administración”, en la obra colectiva dirigida por GÓMEZ-FERRER MORANT, R; *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas (2004) p. 913 y ss.

24. STJCE de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, As. 340/04.

25. REBOLLO PUIG, “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, en el núm. 161 de la *Revista de Administración Pública* (mayo-agosto 2003), p. 377.

26. Esta posibilidad, que permite subsanar el problema que se verá con posterioridad de las sociedades instrumentales que tienen la consideración de “medios propios” de otra Administración pública, está admitida expresamente en la STJCE de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei. Aquí lo que se exigirá es que “cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto”. STJCE de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, As. 340/04.

27. Entre otras, véanse las SSTJCE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, As. C-26/03 y la de 10 de noviembre de 2005, Comisión c. Austria, As. C-29/04.

28. MALARET GARCÍA, E. “las sociedades para la construcción de obras hidráulicas”, dentro de la obra colectiva dirigida por EMBID IRUJO, A.; *El nuevo Derecho del agua: las obras públicas y su financiación*, Madrid (1998). p. 124.



## RESUMEN

El objeto de este trabajo es dotar al lector de algunas herramientas conceptuales básicas con las que aproximarse al problema de la validez jurídica. Tomando como punto de partida las principales nociones de validez empleadas por teóricos y juristas, se pone orden en las mismas, mostrando las relaciones de complementariedad y de oposición entre las diversas nociones, y se muestra cómo la adopción de diferentes puntos de vista sobre la naturaleza del Derecho condiciona el tipo de concepción que sobre la validez jurídica se suscribe.

En el trabajo se examinan tres distinciones, cada una de las cuales contraponen dos pares de conceptos. Se trata de la distinción entre existencia y validez normativa; entre validez regulativa y validez constitutiva, y entre validez formal y material. Estas tres distinciones permiten una aproximación al problema de la validez jurídica graduada de un mayor a menor grado de abstracción: las nociones de existencia y validez normativa serían los conceptos más amplios o abstractos y se hallarían presupuestos —de manera más o menos implícita— en las restantes nociones; por su parte, las nociones de validez regulativa y constitutiva se presentan como dos concreciones de la validez normativa y, finalmente, los conceptos de validez formal y de validez material aparecen como las dos dimensiones fundamentales de la validez regulativa.

## PALABRAS CLAVE

VALIDEZ JURÍDICA, EXISTENCIA CONVENCIONAL, VALIDEZ NORMATIVA, VALIDEZ REGULATIVA, VALIDEZ CONSTITUTIVA, VALIDEZ FORMAL, VALIDEZ MATERIAL

## ABSTRACT

The aim of this work is to give the reader basic conceptual tools with which to approach the whole problem of legal validity. Taking as our starting point the main notions of validity as used by theorists and lawyers, and after putting them in order, we show where they are complementary and where in opposition. We then go on to see how the holding of different points of view regarding the nature of Law conditions the endorsement of a particular view of legal validity.

Three distinctions are examined, each of which contrasts two pairs of concepts. We have the distinction between existence and normative validity; between regulatory and constituent validity; and between formal and material validity. These three distinctions allow us to approach the problem of legal validity in a graded fashion, from a higher level of abstraction to a lower: the notions of existence and normative validity being the broadest and most abstract concepts, presupposed more or less implicitly in the other notions. The notions of regulatory and constituent validity are concrete forms of normative validity. Finally, the concepts of formal validity and material validity appear as two fundamental dimensions of regulatory validity.

## KEY WORDS

LEGAL VALIDITY, CONVENTIONAL EXISTENCE, NORMATIVE VALIDITY, REGULATORY VALIDITY, CONSTITUENT VALIDITY, FORMAL VALIDITY, MATERIAL VALIDITY



# LOS ENREDOS DE LA VALIDEZ: TRES DISTINCIONES PARA NO PERDERSE

Ángeles Ródenas Calatayud

Profesora de Filosofía del Derecho  
Universidad de Alicante

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Existencia convencional y validez normativa. 3. Validez regulativa y validez constitutiva. 4. Validez formal y validez material. 5. A modo de conclusión.

## 1. INTRODUCCIÓN

El primer obstáculo con el que tropezamos al adentrarnos en el problema de la validez de las normas y de los actos jurídicos, es la ausencia de un concepto suficientemente estable de validez jurídica, compartido centralmente por quienes han teorizado sobre la materia. Difícilmente podemos toparnos con un concepto jurídico más escurridizo que éste. La noción de validez jurídica no sólo parece variar en función de cuál sea el autor que la maneje, sino que en ocasiones un mismo autor puede confundirnos empleando inadvertidamente diferentes nociones de validez<sup>1</sup>. La dificultad no radica tanto en que no se maneje una noción unívoca de validez jurídica —problema éste recurrente en casi todos los conceptos jurídicos fundamentales—, sino más bien en que ni tan siquiera las diversas nociones de validez jurídica que se emplean parecen compartir un núcleo conceptual claro.

El objeto de este trabajo es dotar al lector de algunos rudimentos conceptuales básicos con los que aproximarse al problema de la validez jurídica y, a la vez, tratar de mostrar la profunda ligazón que existe entre nuestra comprensión de la naturaleza del Derecho y nuestra adopción de una noción u otra de validez jurídica. No voy a estipular ningún

concepto de validez jurídica, ni a redefinir los empleados por los autores más reputados que se han ocupado del tema. Por el contrario, voy a tomar como punto de partida las principales nociones de validez empleadas por teóricos y juristas, poniendo orden en las mismas, mostrando las relaciones de complementariedad y de oposición entre las diversas nociones, y tratando —en fin— de poner de relieve cómo la adopción de diferentes puntos de vista sobre la naturaleza del Derecho condiciona el tipo de concepción que sobre la validez jurídica se suscribe.

Mi estrategia consiste en mostrar tres distinciones, cada una de las cuales contrapone dos pares de conceptos. Se trata de la distinción entre existencia y validez normativa; entre validez regulativa y validez constitutiva, y entre validez formal y material. Estas tres distinciones permiten una aproximación al problema de la validez jurídica graduada de un mayor a menor grado de abstracción: las nociones de existencia y validez normativa serían los conceptos más amplios o abstractos y se hallarían presupuestos —de manera más o menos implícita— en las restantes nociones; por su parte, las nociones de validez regulativa y constitutiva se presentan como dos concreciones de la validez normativa y, finalmente, los conceptos

de validez formal y de validez material aparecen como las dos dimensiones fundamentales de la validez regulativa. De manera que cada par de conceptos se encontraría albergado en el interior del otro, ordenados de una forma semejante a las *matriushkas* o muñecas rusas.

## 2. EXISTENCIA CONVENCIONAL Y VALIDEZ NORMATIVA

La distinción entre la existencia y la validez normativa nos sitúa —como acabo de indicar— en el plano más abstracto de esta indagación. Una adecuada comprensión de esta distinción nos exige recalar brevemente en dos dimensiones fundamentales implicadas en la naturaleza del Derecho: su dimensión fáctica y su dimensión normativa. En nuestra percepción de “lo jurídico” coexiste una dimensión de facticidad, junto con una dimensión normativa: consideramos como jurídicas a entidades cuya existencia se funda en hechos convencionales (1); pero también llamamos Derecho a entidades que pertenecen al sistema de acuerdo con las exigencias contenidas en las normas sobre producción de resultados institucionales (2). Veamos detenidamente cada una de estas dos dimensiones del Derecho, así como su vinculación con el problema de la validez jurídica.

(1) Por un lado, el Derecho se nos presenta como un fenómeno social; esto es como una realidad que no remite a hechos naturales, sino a convenciones. La compraventa, las hipotecas o el matrimonio son hechos o realidades convencionales. La peculiaridad de las realidades convencionales radica en que, si en el mundo natural los objetos preexisten a los criterios que nos sirven para construir los juicios acerca de su existencia, en las realidades convencionales es de estos mismos criterios de los que depende la existencia del objeto. No hay compraventa, hipotecas o matrimonios independientemente de las creencias de ciertos sujetos en su existencia. Las entidades jurídicas no preexisten a

los juicios sobre su existencia, ya que juicio y objeto forman una unidad.

¿Qué creencias tienen que darse entonces para poder afirmar que existe una determinada realidad convencional? Responder a esta pregunta requiere, para empezar, reparar en algunas exigencias generales de las convenciones sociales y, posteriormente, plantearnos las principales peculiaridades que el Derecho presenta. Expresados de la manera más sintética posible, los dos rasgos distintivos de una entidad convencional serían los siguientes<sup>2</sup>: en primer lugar, la *creencia mutua* entre los miembros de una comunidad “S” en la entidad “A”. Y, en segundo lugar, que la existencia de tal creencia genera entre los miembros de “S” alguna razón para la acción que, de otra forma, no tendrían; es decir que, al menos en algunos casos, la existencia de una creencia mutua es capaz de alterar el conjunto de razones para actuar que, una vez consideradas todas las cosas, los miembros de “S” tengan.

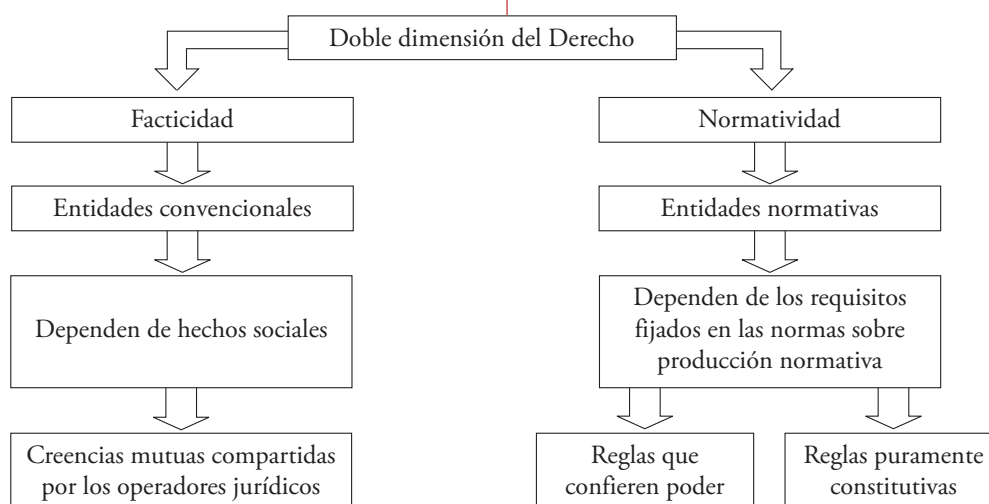
Vayamos ahora a las peculiaridades que las entidades jurídicas plantean<sup>3</sup>. Para empezar, hay que advertir que, tratándose de entidades jurídicas, la comunidad de referencia para determinar si existe o no una creencia es la integrada por los *operadores jurídicos* y que basta con que *una parte suficientemente extensa* de los operadores jurídicos suscriba tal creencia compartida. La comunidad de referencia no es, pues, toda la comunidad jurídica, sino sólo un sector lo suficientemente relevante como para que la práctica funcione. Respecto de la segunda exigencia —ésta se concretaría en que, al menos en algunos casos, la creencia en la existencia de la entidad jurídica puede formar parte del conjunto de razones que opera en el trasfondo de las resoluciones de los operadores jurídicos. Dicho en otras palabras, para que una entidad jurídica exista convencionalmente no basta con que exista una creencia compartida por parte de la comunidad de los operadores jurídicos en su existencia; además es necesario que puedan darse casos en los que tal creencia sea al menos en parte una de las razones que explique la adopción de ciertas resoluciones por parte de los operadores ju-

rídicos. En suma, sería la *creencia compartida por una parte suficientemente extensa de los operadores jurídicos* en la existencia de la entidad jurídica y su capacidad de generar una *razón para la acción*; lo que determina que entidades jurídicas como el matrimonio, las hipotecas o las sentencias existan —en este sentido convencional de *existencia* que por ahora estamos explorando—.

(2) Pero el Derecho no sólo presenta esta naturaleza factual, sino que —como ya he ad-

vertido— el Derecho constituye simultáneamente un fenómeno normativo. Difícilmente hallaremos un hecho social que descansa más claramente en las normas que el Derecho. Concretamente las normas sobre producción normativa fijan una serie de requisitos formales y sustantivos de los que depende la existencia (en sentido normativo) o validez de las entidades jurídicas.

El siguiente cuadro condensa las ideas centrales de esta distinción:



Ahora bien, esta distinción entre existencia convencional y existencia normativa de las entidades jurídicas puede parecer un tanto artificiosa. Al fin y al cabo, la noción de existencia convencional está fuertemente vinculada a la noción de validez normativa: las convenciones sociales compartidas relativas al reconocimiento como jurídicos de determinados actos son lo suficientemente estables, al menos en los sistemas jurídicos desarrollados, como para dar lugar a reglas sobre la producción normativa en las que se fijan o señalan los criterios de los que depende la existencia de las entidades jurídicas; permitiéndonos realizar pronóstico bastante fiables sobre el reconocimiento o no como jurídicas de ciertas entidades. Así pues, los juicios de existencia convencional acos-

tumban a caminar de la mano de lo que dicen las reglas.

No obstante —sin perder de vista esta importante puntualización— creo que hay buenas razones para que una concepción comprensiva de la validez jurídica no dé la espalda a la distinción entre las nociones de existencia convencional y de la validez normativa: esta distinción puede ser tremendamente útil y esclarecedora para dar cuenta de una serie de situaciones *anómalas* que de cuando en cuando se producen en el Derecho y a las que en otro trabajo me he referido como *situaciones de esquizofrenia jurídica*<sup>4</sup>.

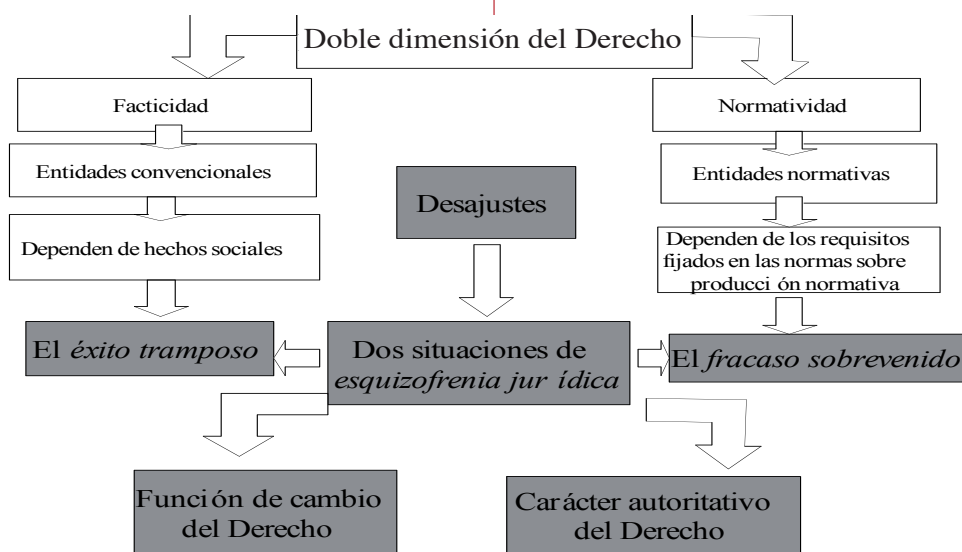
Las situaciones de *esquizofrenia jurídica* pueden deberse, por un lado, a que entidades

que de acuerdo con las normas del sistema no son Derecho, sean reconocidas como tales en virtud de hechos convencionales. La expresión “*éxito tramposo*”<sup>5</sup> condensa bien la esencia de este tipo de situaciones. Así, por ejemplo, podríamos hablar de “*éxito tramposo*” en el caso de una ley para cuya aprobación se hubieran sustituido fraudulentamente diputados por camareros, pero que, no obstante, consiguiera surtir efectos jurídicos, o en el del testamento realizado por una persona incapaz, pero que no fuera impugnado por nadie y, por lo tanto, surtiera efectos jurídicos.

Pero esta *esquizofrenia jurídica* puede obedecer también al fenómeno inverso: a que entidades que de acuerdo con las normas del sistema son indudablemente Derecho no cuenten — pese a ello — como tales para los operadores jurídicos. Por contraposición al supuesto anterior, me he referido a este tipo de situaciones

calificándolas como de “*fracaso sobrevenido*”. En el *fracaso sobrevenido* nos encontramos ante entidades normativamente válidas que, pese a ello, carecen de *eficacia jurídica*. Este es el tipo de situación que se produciría si, por ejemplo, los jueces se negaran de forma generalizada a inscribir en el registro las uniones legales entre personas del mismo sexo, o a reconocer el derecho de adopción de los cónyuges del mismo sexo. En estos casos diríamos que los jueces *de hecho* no reconocen como jurídicos tales matrimonios, pero que *de acuerdo con las normas del sistema* deberían hacerlo. Este tipo de situaciones comprometen la capacidad del ordenamiento jurídico para producir cambios sociales pero, según el grado de generalización de la desviación y la gravedad de sus consecuencias, pueden llegar incluso a poner en entredicho la propia fuerza autoritativa del Derecho.

En el siguiente cuadro condenso las ideas centrales sobre tales desajustes:



En suma, la distinción entre las nociones de existencia convencional y la validez normativa nos ayuda a dar cuenta de aquellas situaciones en las que se produce un desequilibrio entre la dimensión convencional y normativa del Derecho. Las nociones de *éxito tramposo* y *fracaso sobrevenido* ilustrarían los dos tipos

de situaciones en las que característicamente se manifiesta este desequilibrio. Pero, en todo caso, superado el límite que la tensión entre la existencia convencional y la validez normativa puede soportar, desaparecen las condiciones para poder hablar de “Derecho”.

### 3. VALIDEZ REGULATIVA Y VALIDEZ CONSTITUTIVA

Llegado este momento, se hace indispensable profundizar algo más en la noción de validez normativa. Como ya he señalado, tales juicios se refieren a la adecuación entre una entidad jurídica y las normas sobre producción normativa. Se trata, por tanto, de juicios de naturaleza normativa fundados en el propio ordenamiento jurídico. La cuestión pertinente es ahora: ¿de qué requisitos hace depender el ordenamiento jurídico la validez normativa de las entidades jurídicas? Concretar tales exigencias nos obliga a fijar la atención en las reglas que confieren poder y, más precisamente, en cada uno de los elementos que figuran en su estructura, como condición para la producción de resultados normativos. Voy a valerme del análisis estructural que Atienza y Ruiz Manero despliegan sobre las reglas que confieren poder normativo (para legislar)<sup>6</sup>, para dar cuenta de cada una de las exigencias de las que el ordenamiento jurídico hace depender la validez de los resultados normativos.

Concretamente, estos autores señalan que los elementos estructurales que figuran en el antecedente de las reglas que confieren poder (para legislar) serían cuatro, a saber: 1) un estado de cosas X (que incluye la materia; la persona o personas; el territorio; etc.); 2) un sujeto o sujetos Z; 3) una acción o procedimiento Y, y 4) un contenido C. Así, por ejemplo, el antecedente de la norma que confiere poder para producir Decretos-ley comprendería 1) un estado de cosas X de extraordinaria y urgente necesidad; 2) un sujeto Z que sería el Gobierno; 3) una acción o procedimiento Y que consistiría en dictar disposiciones legislativas provisionales y 4) un contenido C que, además de estar sometido a los límites constitucionales generales a la legislación, no puede afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.

Estos cuatro elementos estructurales guardan una conexión lógica con la idea de validez

normativa: la formulación completa de una regla que confiere poder contendría el conjunto de condiciones necesarias y, en su conjunto, suficientes de la validez normativa y, a la inversa, la ausencia de alguno o algunos de tales requisitos implica la existencia de un vicio de validez normativa. La exigencia de adecuación entre una entidad jurídica y el ordenamiento se concretaría en el cumplimiento pleno de cada uno de los requisitos característicos de las reglas que confieren poder, como los de la materia, persona (destinatario), territorio, sujeto, procedimiento y contenido.

No obstante, si por “adecuación” entendemos —como resulta común hacer— el cumplimiento pleno de tales exigencias, emerge ante nosotros un serio obstáculo: se trata del problema de los resultados normativos irregulares. Por supuesto, cuando se vulneran requisitos fijados en las normas sobre la producción normativa —por ejemplo, requisitos relativos al contenido, al agente, a la materia, etc.— existe un deber de anular (u obligar a subsanar) por parte de un órgano competente para ello. El deber de anular (u obligar a subsanar) es pues la respuesta que el ordenamiento asocia a la inadecuación de los resultados institucionales a las exigencias fijadas en las reglas que confieren poder. Ahora bien, pese a la existencia de un deber de anular (o la imposición de la obligación de subsanar) por parte de un órgano jurídico, los resultados normativos irregulares van a surtir efectos jurídicos en tanto que no sean anulados o —lo que todavía es más problemático— cuando adquieren carácter definitivo porque no existe posibilidad alguna de recurso en contra. Así, en el mejor de los casos, la norma inconstitucional, el testamento inválido o la sentencia irregular surten efectos sólo hasta que sean anuladas, pero pueden también adquirir un carácter definitivo. En tal caso sus efectos jurídicos son exactamente los mismos que si hubieran sido emitidos regularmente.

Sin lugar a dudas, todos estos resultados normativos irregulares presentan los rasgos propios de las entidades jurídicas convencionales a las que antes he hecho alusión: hay una *creencia mutua* entre los miembros de S en la existencia

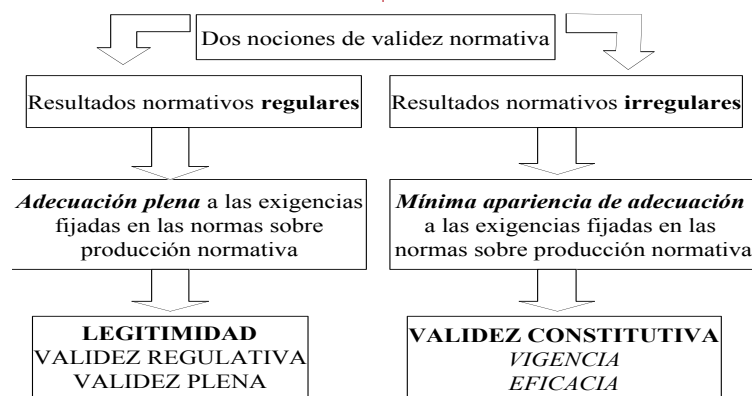
de estas entidades jurídicas<sup>7</sup>; así como que tales actos son capaces de alterar —al menos en algunos casos— el balance de razones que los agentes tengan para actuar. Estos dos rasgos nos permiten diferenciar estos resultados normativos irregulares de aquellos otros de los que simplemente afirmaríamos que no existen como, por ejemplo, la “sentencia” redactada por un grupo de estudiantes en clase de Derecho penal o el célebre testamento de Luis Buñuel, concebido a título de broma, en el que el cineasta declara como heredero universal de toda su fortuna a Don Nelson Rockefeller.

Pese a que esta caracterización de los resultados institucionales irregulares como entidades convencionales es acertada, no da cuenta de toda la complejidad que tales resultados comporta. En otro lugar he mostrado que el que la norma inconstitucional, el testamento inválido o la sentencia irregular produzcan efectos jurídicos no es sólo —ni principalmente— una cuestión de hechos convencionales, sino también y sobre todo una exigencia normativa<sup>8</sup>. He sostenido que de acuerdo con nuestros sistemas jurídicos no sólo *deben* producir efectos jurídicos aquellas entidades jurídicas que se adecuan a las exigencias contenidas en las normas sobre la producción normativa, sino también aquellas otras que, pese a no adecuarse, presentan al menos *una mínima apariencia* de adecuación. Dicho en forma extraordinariamente abreviada, debido a razones institucionales ligadas a la eficacia del Derecho, en tanto que mecanismo para la persecución de

determinados fines, el ordenamiento presume la validez normativa de entidades que, pese a no cumplir con todas las exigencias fijadas en las reglas que confieren poder, presentan una apariencia mínima de adecuación.

Esta reflexión en torno a los resultados normativos irregulares y a la presunción jurídica favorable a su validez nos lleva a la necesidad de practicar una disección en concepto de validez normativa, distinguiendo entre la noción de validez regulativa o legitimidad y la de validez constitutiva o institucional: la validez regulativa se predicaría de aquellos resultados normativos que se adecuan plenamente a las reglas de producción normativa; mientras que la noción de validez constitutiva sería aplicable a aquellos resultados normativos que, pese a ser irregulares, presentan una mínima apariencia de adecuación<sup>9</sup>. Por supuesto, la validez constitutiva se predica también de todos aquellos resultados normativos que se adecuan plenamente a las normas sobre producción normativa —es decir, aquellos que son regulares o legítimos—; pero donde la noción cobra relevancia es en relación a aquellos otros que, pese a no adecuarse, *de acuerdo con nuestro sistema* deben producir —en tanto no sean anulados— los mismos efectos que si lo hicieran. A diferencia de lo que sucede con los juicios de existencia puramente convencionales, los juicios de validez constitutiva tienen una naturaleza normativa, por lo que pueden servir como base a un juicio crítico fundado en el Derecho.

En el siguiente cuadro trato de sintetizar los aspectos centrales de esta distinción:



#### 4. VALIDEZ FORMAL Y VALIDEZ MATERIAL

Hemos visto cómo la distinción entre existencia convencional y validez normativa nos ayuda a dar cuenta de situaciones de *esquizofrenia jurídica*, en las que se produce un desequilibrio entre la dimensión convencional y normativa del Derecho; mientras que la distinción entre validez regulativa y validez constitutiva nos permite dar cuenta de la fuerza normativa de los resultados jurídicos irregulares. Por lo tanto, ambas distinciones nos sitúan en un plano de reflexión sobre el Derecho bastante general o abstracto; en un terreno abonado para el tipo de reflexión que caracteriza a la filosofía o teoría del Derecho.

Por el contrario, la distinción entre validez formal y validez material (o sustantiva) es sobre todo empleada por los dogmáticos del Derecho. En lo que sigue, empezaré reproduciendo lo que me parece que constituye un punto de vista bastante extendido entre los juristas sobre esta distinción, aunque me alejaré de él en algunos aspectos para realizar alguna crítica (1). También propondré una vía de análisis alternativa que nos permita profundizar algo más en la distinción (2).

(1) Usualmente, el término *validez formal* o *existencia*<sup>10</sup> se emplea para referirse al cumplimiento de una serie de requisitos relativos a las formas y procedimientos para la producción de resultados institucionales, así como a la competencia del órgano del que emana. En cambio, el término *validez material* o *sustantiva* es usado para designar la compatibilidad del contenido del acto o la norma con lo dispuesto en normas superiores<sup>11</sup>. De modo que los juicios de validez formal y de validez material no estarían referidos exactamente al mismo objeto: la validez formal se predicaría del acto que da lugar al resultado normativo; mientras que la validez material afectaría al contenido de tal resultado<sup>12</sup>.

Es también común señalar que el ordenamiento jurídico atribuye una respuesta diferente a los vicios de validez, según sean formales o materiales: la consecuencia jurídica de

los vicios formales sería la inexistencia de los actos y la de los materiales, la nulidad<sup>13</sup>. Por lo tanto, en el primer caso, el ordenamiento daría por no producido el resultado institucional; mientras que, en el segundo, el resultado se daría por producido (existente), aunque éste sería irregular.

Si la respuesta del ordenamiento ante los vicios materiales y formales fuera tan inequívoca e inexorable como este planteamiento presupone, existiría una correspondencia unívoca entre la validez formal y la validez constitutiva, así como entre la validez material y la validez regulativa: la adecuación de los resultados normativos a las exigencias formales de producción normativa supondría únicamente su validez constitutiva; mientras que el cumplimiento de las exigencias materiales aseguraría además su regularidad o legitimidad. Dicho en otros términos, los conceptos de validez formal y validez (meramente) constitutiva serían coextensivos, y otro tanto sucedería con los de validez material y validez regulativa<sup>14</sup>. De manera que habríamos obtenido una imagen fija del umbral mínimo que los actos jurídicos deben traspasar para que se produzca esa apariencia mínima de adecuación a las normas sobre producción normativa a la que acabo de referirme y para que —conforme a lo que hemos visto— el ordenamiento jurídico genere una presunción favorable a la validez constitutiva del resultado institucional.

Pero no estoy por completo de acuerdo con esta idea: discrepo de que la correspondencia entre la validez formal y la validez constitutiva y entre la validez material y la validez regulativa sea siempre unívoca. Si examinamos detenidamente nuestras prácticas jurídicas podemos encontrar una serie de situaciones en las que, pese a la concurrencia de *vicios formales*, consideramos que se han producido resultados institucionales *válidos constitutivamente*, aunque *irregulares* o *ilegítimos*. En un trabajo anterior me he valido de un ejemplo de todos conocido para mostrarlo: se trata del nombramiento de Eligio Hernández como fiscal general del Estado<sup>15</sup>. Dicho nombramiento fue desde el primer momento bastante polémico, ya que

parecía contravenir una de las exigencias formales que la ley prevé: el candidato a fiscal general debe contar al menos con quince años de ejercicio profesional. Como Eligio Hernández no había ejercido una profesión jurídica durante todo este tiempo, se pretendía que debían tenerse en cuenta también los años en los que había permanecido ejerciendo un cargo de naturaleza política. Finalmente, en 1994 el Tribunal Supremo zanjó la polémica y anuló el nombramiento por el incumplimiento de éste requisito formal. Lo que no se cuestionó para nada fueron las actuaciones llevadas a cabo por Eligio Hernández como Fiscal General: éstas surtieron los mismos efectos que si su nombramiento hubiera sido válido formalmente. El nombramiento, en suma, fue constitutivamente válido (hasta su anulación), pero irregular por el incumplimiento de un requisito formal.

Por lo tanto, no toda vulneración de las exigencias formales que figuran en las normas que confieren poder supone sin más la inexistencia del resultado institucional. El incumplimiento de un mismo requisito formal puede dar lugar, según los casos, a la inexistencia del resultado, o simplemente a la irregularidad del mismo. Algunos vicios formales no llevan aparejada la inexistencia del acto, ya que el ordenamiento jurídico opera también en estos casos con una presunción favorable a su existencia.

Los juristas suelen también atribuir una diferente naturaleza a los juicios de validez formal y material: sostienen que la verdad sobre los juicios de validez formal depende de simples averiguaciones empíricas o de hechos; mientras que los juicios de validez material requieren de una actividad interpretativa más compleja que involucra necesariamente juicios normativos. Por lo tanto, los juicios de validez formal sólo requieren comprobar que se dan los hechos o actos que atribuyen la competencia y que el acto realizado por el sujeto es de la clase prevista en la norma de competencia; mientras que los juicios de validez material exigen comparar normas, es decir, enunciados normativos interpretados<sup>16</sup>.

Tampoco estoy por completo de acuerdo con este punto de vista: creo que en algunos casos para determinar la validez formal de una norma o de otro resultado normativo puede ser necesaria una actividad interpretativa considerablemente compleja que involucre valores jurídicos y requiera realizar balances entre principios. Así, por ejemplo, de acuerdo con nuestras propias prácticas constitucionales, cuando se producen vicios procedimentales que afectan a la validez de las Leyes, la argumentación que hay que llevar a cabo resulta bastante compleja y requiere de la ponderación de principios constitucionales. Suele convenirse que la determinación de los vicios capaces de afectar a las Leyes sólo es posible teniendo en cuenta la finalidad que cumple el propio procedimiento, que no sería otra que el respeto en el Parlamento y la proyección en la Ley del principio democrático<sup>17</sup>. Únicamente las infracciones procedimentales que afectan al proceso de integración de la voluntad de la Cámara constituirían una violación del principio democrático; lo que supone que su gravedad es tal como para generar vicios formales de validez<sup>18</sup>. De manera que el principio democrático se concretaría en una serie de exigencias relativas a la regla de la mayoría, de participación y de publicidad, procedentes no sólo de la Constitución, sino también los Reglamentos de las Cámaras<sup>19</sup>. Todo este entramado constituiría el parámetro de la validez procedimental de las leyes, aunque los efectos de los vicios de procedimiento sobre dicha validez serían distintos según el carácter de tales vicios y su mayor o menor incidencia en el proceso de formación de la voluntad del órgano legislativo. Todo ello conlleva, como vengo sosteniendo, una tarea interpretativa bastante compleja, en la que se tiene que precisar primero qué exigencias del principio democrático se han vulnerado en el caso concreto, para determinar después si tal vulneración es lo suficientemente grave como para traer consigo la invalidez de la Ley por razones formales.

(2) Dejando a un lado el punto de vista frecuentemente compartido por los juristas sobre la distinción entre validez formal y validez

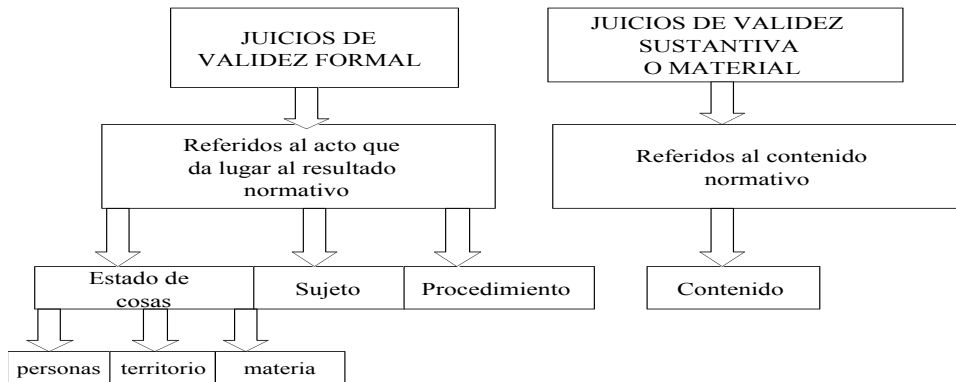


material, creo que una vía de análisis alternativa que nos permite avanzar en la distinción consiste en tratar de precisar algo más en qué consisten las exigencias materiales y formales de las que el ordenamiento jurídico hace depender la validez normativa de los resultados institucionales. Con este fin voy a apoyarme nuevamente en el desglose de los elementos estructurales de las reglas que confieren poder al que se refieren Atienza y Ruiz Manero.

Como se recordará, estos autores señalan que los elementos estructurales que figuran en el antecedente de las reglas que confieren

poder (para legislar) serían cuatro, a saber: 1) un estado de cosas X (que incluye la materia; la persona o personas; el territorio; etc.); 2) un sujeto o sujetos Z; 3) una acción o procedimiento Y, y 4) un contenido C. Pues bien, los otros tres primeros elementos de la validez —el estado de cosas X; el sujeto Z, y el procedimiento Y— coincidirían con exigencias que usualmente se consideran propias de la validez formal; mientras que el elemento C del contenido, encajaría en la categoría de la validez material o sustantiva.

En el siguiente cuadro trato de condensar esta idea:



Pero a esta equiparación se le podría oponer alguna objeción a la que me voy a anticipar a responder. Riccardo Guastini se ha manifestado contrario a incluir los vicios de competencia material<sup>20</sup> entre los vicios formales. Guastini señala que, puesto que los vicios formales afectan al acto creador de la norma y no a la norma o enunciado interpretado, es el enunciado o *la fuente* en sí misma lo que queda invalidado, *independientemente por completo* de su contenido normativo y *sin* que para ello sea menester *interpretar* la fuente<sup>21</sup>. En cambio, cuando tratamos de determinar si un órgano es o no competente para la producción de ciertos contenidos normativos, nos resulta necesario atribuir un significado a las disposiciones que los expresan. Al igual que sucede cuando juzgamos la validez material de una norma, la identificación del vicio de competencia material presupone la interpretación de la fuente en

cuestión<sup>22</sup>. Así, por ejemplo, tanto para poder afirmar que el decreto D del gobierno excede su competencia material, como para mantener que la ley L del parlamento es incompatible con el contenido de la Constitución, nos resulta indispensable interpretar el contenido de los enunciados<sup>23</sup>. Estas dificultades llevan a Guastini a cuestionar el carácter aparentemente exhaustivo con el que se presenta la distinción entre validez formal y validez material y, en su lugar, a proponer un tratamiento independiente de los vicios de competencia material.

En suma, si las observaciones de Guastini son certeras, la validez formal debe circunscribirse al resto de elementos que figuran en el antecedente de la regla que confiere poder: el elemento Z del sujeto o sujetos; el elemento Y de la acción o procedimiento y las demás dimensiones del elemento X del estado de cosas (persona, territorio, etc.). Pero a mi juicio esta

conclusión se sienta en una premisa discutible. En concreto, creo que en algunos casos también la determinación de la concurrencia de vicios formales puede requerir la atribución de significado al contenido del acto normativo, tal y como sucede con la determinación de la competencia material.

Pondré un ejemplo que ilustre mi discrepancia: pensemos en la llamada *excepción de litisconsorcio pasivo necesario*. Como es sabido, esta importante excepción procesal atribuye un defecto a la demanda que no va dirigida contra todos los posibles afectados por la resolución judicial; cuestionando por tanto la concurrencia del elemento personal que figura en el estado de cosas X, necesario para producir aquel resultado normativo al que llamamos *demanda*. Ahora bien, ¿puede un juez determinar si una persona o conjunto de personas pueden resultar afectadas por la demanda sin atribuir un significado concreto al acto normativo? Obviamente la respuesta debe ser negativa: la apreciación de un legítimo interés requiere de la adscripción de un contenido a la demanda<sup>24</sup>. Cosa diferente es, obviamente, que la actividad interpretativa desplegada entre a valorar la corrección sustantiva de la sentencia; este tipo de actividad interpretativa queda reservada, como sabemos, a los juicios de validez sustantiva o material.

En resumen, en algunos casos la determinación de la concurrencia de vicios formales puede requerir la atribución de significado al contenido del acto normativo, sin que la actividad interpretativa desplegada entre a valorar en modo alguno la adecuación entre el contenido de los enunciados y otras normas jerárquicamente superiores del sistema, como sucede con los juicios de validez sustantiva o material. La actividad interpretativa desplegada para determinar la concurrencia de vicios formales no difiere tanto —en este aspecto— de la llevada a cabo cuando se cuestiona la competencia material, por lo que no parece sea esta una buena razón —en contra de lo sugerido por Guastini— para desgajar la competencia material del resto de elementos constitutivos de la validez formal.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como señalaba al comienzo de este trabajo, la ausencia de un concepto centralmente estable de validez jurídica dificulta considerablemente la incursión en este campo temático. El objeto de las páginas precedentes ha sido diseñar un mapa conceptual con el que orientarnos al adentrarnos en el intrincado laberinto de la validez jurídica. Para ello he trazado tres distinciones entre pares de conceptos opuestos: se trata de la distinción entre existencia convencional y validez normativa; entre validez regulativa (o legitimidad) y validez constitutiva, y entre validez formal y validez material.

Las nociones de existencia y validez normativa serían los conceptos más amplios o abstractos y se hallarían de alguna forma presupuestos en las restantes nociones. La validez convencional nos remite a una serie de creencias, compartidas por los operadores jurídicos, en la existencia del resultado normativo; mientras que la de validez normativa alude al cumplimiento de una serie de requisitos, formales y sustantivos, fijados en las normas sobre producción normativa. Esta primera distinción permite dar cuenta de situaciones que llamo de *esquizofrenia jurídica*, en las que se produce un desequilibrio entre la dimensión convencional y normativa del Derecho. Las nociones de *éxito tramposo* y *fracaso sobrevenido* me han servido para ilustrar los dos tipos de situaciones en las que característicamente se manifiesta este desequilibrio.

Por su parte, la distinción entre validez como regularidad (o legitimidad) y validez constitutiva, sería el resultado de practicar una disección en el concepto de validez normativa: la validez regulativa se predicaría de aquellos resultados normativos que se adecuan plenamente a las reglas de producción normativa; mientras que la noción de validez constitutiva sería aplicable a aquellos resultados normativos que, pese a ser irregulares, presentan una mínima apariencia de adecuación. Precisamente la distinción entre validez como regularidad y validez constitutiva resulta indispensable para dar cuenta de la fuerza normativa de los resultados jurídicos irregulares.

Finalmente, la distinción entre validez formal y validez sustantiva es característicamente empleada por los dogmáticos del Derecho. La validez formal se vincula al cumplimiento de una serie de requisitos relativos a las formas y procedimientos para la producción de resultados institucionales, así como a la competencia del órgano del que emana; mientras que la validez material depende de que el contenido del acto o la norma sea compatible con lo dispuesto en normas superiores. Aunque he reproducido lo que me parece que constituye un punto

de vista bastante extendido entre juristas sobre la distinción, me he alejado de él en ciertos aspectos para realizar alguna crítica. También he propuesto una vía de análisis alternativa que nos permita avanzar en la distinción: apoyándome en el desglose de los elementos estructurales de las reglas que confieren poder, he completado algo más el puzzle, precisando en qué consisten las exigencias materiales y formales de las que el ordenamiento jurídico hace depender la validez normativa de los resultados institucionales.

## NOTAS

1. Es el caso de Hans Kelsen, quien emplea el mismo rótulo de validez para referirse a los conceptos de pertenencia, fuerza obligatoria y aplicabilidad. Cfr., entre otros, los trabajos de Carlos Nino *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Universidad de Carabobo, Valencia (Venezuela), 1979, cap. II; Eugenio Bulygin "Validez y positivismo", en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991 y "El problema de la validez en Kelsen", en Hans Kelsen, Eugenio Bulygin y Robert Walter, *Validez y eficacia del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2005 y Juan Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 54 y sig.

2. Empleo libremente categorías provenientes fundamentalmente de las concepciones propuestas por Eerik Lagerspetz [cfr. "On the existence of institutions", en Eerik Lagerspetz, Heikki Ikäheimo y Jussi Korkavirta eds., *On the Nature of Social and Institutional Reality*, SoPhi, Jyväskylä, 2001, pp. 70 a 101] y Alexander Peczenik y Jaap Hage [cfr. "Conocimiento jurídico, ¿sobre qué?", *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 1999, núm. 22, pp. 25 a 48]. Por supuesto ambos análisis se apoyan a su vez en la concepción ya clásica de Searle [cfr. *Speech Acts*, Cambridge University Press, 1974 y *The Construction of Social Reality*, The Free Press, Nueva York, 1995].

3. De todo ello me he ocupado con mayor detalle en Angeles Ródenas, "Sobre la validez jurídica: entre la normatividad y la convención", *Analisi e diritto*, Giappichelli, Milán, 2006, pp. 249 a 270.

4. Cfr. Angeles Ródenas, "Sobre la validez jurídica...", ob. cit., pp. 257 y sig.

5. Tomo prestada esta expresión de Atienza y Ruiz Manero, cfr. "Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica", *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 2003, núm. 26, pp. 719 a 735.

6. Ello no obstante, estimo que el esquema de reconstrucción de la validez normativa que seguidamente voy a desarrollar sería aplicable a cualquier otro tipo de resultado institucional (diferente de la producción legislativa) con la salvedad hecha de lo concerniente al elemento C del contenido, al que en breve me voy a referir.

7. Aunque no necesariamente una creencia mutua en la *plena adecuación* de tales entidades a las normas sobre la producción normativa.

8. Cfr. Angeles Ródenas, "Sobre la validez jurídica...", ob. cit., pp. 262 y sig.

9. Esta idea de *exigencias normativas mínimas* de las que depende la *apariencia de adecuación* de un resultado puede ponerse en relación con la noción de *actos de validación* de la que recientemente se ha ocupado Jesús Delgado Echeverría [cfr. Jesús Delgado Echeverría, "Validación, construcción de un concepto de teoría general del Derecho", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2008, núm. 31, pp. 640 a 658]. De acuerdo con Delgado Echeverría, los actos de validación "tienen como consecuencia constituir la fuerza de obligar de la norma de manera provisional", aunque el acto no haya sido correctamente producido de acuerdo con la norma que regula su producción. Poniendo en conexión de manera tentativa el instrumental conceptual de Delgado Echeverría con el que aquí estoy desplegando, diría que los actos de validación confieren al resultado institucional una apariencia mínima de adecuación a las exigencias normativas contenidas en el sistema.

Sobre las dificultades para determinar cuáles son las exigencias normativas mínimas que una entidad jurídica debe satisfacer para poder predicar de ella la validez constitutiva o cuál es el conjunto de condiciones necesarias y suficientes para poder predicar la validez constitutiva de tales entidades, cfr. Angeles Ródenas, “Sobre la validez jurídica...”, ob. cit., pp. 264 y sig.

10. El término *existencia* tiene aquí, como se verá enseguida, un significado completamente diferente del de *existencia convencional*.

11. Sobre esta distinción cfr., entre otros, los trabajos de: Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1989, p. 874; Riccardo Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, ed. Giuffrè, Milán, 1993, p. 52 y sig.; Josep Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Madrid, 2000, pp. 78 y sig.; Jesús Delgado Echeverría, “El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado”, *Anuario de Derecho civil*, num. LVIII-1, enero de 2005, pp. 17 y sig. (cito por la versión digital).

12. Cfr. Guastini *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, ob. cit., p. 56 y Josep Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, ob. cit., p. 78.

13. Cfr. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, ob.cit., p. 874; J. Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, ob. cit., pp. 78 y sig. y Delgado Echeverría, “El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado”, ob. cit., p. 17.

14. Este, si no me equivoco, es el punto de vista sostenido por Josep Aguiló en *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Madrid, 2000, p. 77.

15. Cfr. Angeles Ródenas, “Sobre la validez jurídica: entre la normatividad y la convención”, ob.cit., pp. 249 a 270.

16. Cfr., entre otros L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, ob.cit., p. 874 y Delgado Echeverría, “El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado”, ob. cit., p. 17.

17. Paloma Biglino Campos, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 54 y 59.

18. Ramón Punset, “Principio democrático y validez procedimental de las leyes”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992, pp. 271 a 276.

19. Cfr. la sentencia del Tribunal Constitucional Español 99/1987, de 11 de junio, especialmente el fundamento jurídico 1. a).

20. Los vicios de competencia material equivalen, en la terminología de Atienza y Ruiz Manero, a los vicios relativos al elemento material del estado de cosas X.

21. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, ob.cit., p. 57, (el énfasis es mío).

22. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, ob.cit., p. 58.

23. Una consecuencia importante que se sigue de lo anterior es que —como señala Riccardo Guastini— cuando una fuente pueda contener —como habitualmente sucede— una gran cantidad de normas, bien puede ser que no todas ellas estén en contradicción con normas jurídicas superiores, o que no todas excedan de la competencia material para dictar la norma en cuestión. En tal caso, la invalidez no afecta a la fuente en su conjunto, sino que se limita a aquellas normas que sean incompatibles con normas jerárquicamente superiores o que disciplinen objetos reservados a otro tipo de fuente [Cfr. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, ob.cit., p. 58].

24. Otro tanto cabría decir de la excepción de litisconsorcio activo necesario; afectando en este caso al elemento Z del sujeto o sujetos (de la demanda).

**Fecha de recepción: 04 de agosto de 2009**

**Fecha de aceptación: 21 de septiembre de 2009**



## RESUMEN

Ante las dificultades probatorias del nexo causal en supuestos de responsabilidad civil o patrimonial, el Derecho obliga a que el peso de la incertidumbre recaiga en su conjunto sobre uno solo de los sujetos implicados: sobre el agente (posiblemente) dañoso, cuando el juzgador rebaja el estándar ordinario de prueba para afirmar un nexo causal dudoso, y ordena la reparación total del daño padecido; o sobre la víctima, cuando el órgano judicial mantiene ese estándar ordinario y niega el nexo causal y con ello la responsabilidad. Es el principio del “todo o nada”. La teoría de la pérdida de oportunidad o “chance” altera este planteamiento, pues distribuye el peso de la incertidumbre causal entre las dos partes implicadas: el agente responde sólo en proporción a la probabilidad de que fuera autor del menoscabo; y, correlativamente, la víctima obtiene una reparación acomodada a la probabilidad de no haber padecido el daño de no haber mediado el hecho lesivo. De este modo, se brinda una solución equilibrada que pretende adaptarse a una sensibilidad justicial a la que repugna la liberación del agente (posiblemente) dañoso por las dificultades probatorias, pero también que se le conmine a reparar la totalidad de un daño que pudo no haber causado.

La Profesora de Filosofía del Derecho Marina Gascón Abellán y el Profesor de Derecho Administrativo Luis Medina Alcoz debaten en torno al fundamento de esta solución, empleada cada vez con más frecuencia (pero con poco rigor) por nuestros jueces y tribunales. La primera acude a la teoría de la prueba y el segundo a la teoría de la causalidad. Para la primera la doctrina de la pérdida de oportunidad no entraña ningún cambio significativo en los planteamientos causales tradicionales; para justificarla basta asumir que el conocimiento judicial de los hechos debe basarse en juicios razonados de probabilidad y acudir a la figura de la presunción *iuris tantum* del nexo causal. Para el segundo, esa doctrina implica una corrección parcial de los planteamientos causales tradicionales traducida en una complicación de los sistemas de imputación causal; junto al “todo o nada” basado en la afirmación o negación vínculo etiológico, opera el “ni todo ni nada” basado en la afirmación de causalidades solamente posibles.

## PALABRAS CLAVE

RESPONSABILIDAD CIVIL, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL, TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD, CAUSALIDAD, PRUEBA, INCERTIDUMBRE, CAUSALIDAD PROBABILÍSTICA

## ABSTRACT

Faced by the probative difficulties around causal links in the case of supposed civil liability, Law demands that the weight of uncertainty fall to just one of the parties: to the (possible) injuring party, when the judge lowers normal probative standards and affirms a doubtful causal link; or to the victim, when the judicial body keeps standards and rejects a causal link, and so any liability. It is a case of “all or nothing”. The loss of chance approach changes this, distributing the burden of causal uncertainty between the two parties involved; the injuring party is only liable in proportion to the likelihood of being the perpetrator of the impairment; correspondingly, the victim receives compensation according to the likelihood of not having suffered if it had not been for the harmful act. Thus, it offers a balanced solution that seeks to respond to a sense of justice that abhors the acquittal of the (possible) injuring party due to probative difficulties, but also the threat of having to make good damages not in fact caused by them.

Marina Gascón Abellán, Professor of Philosophy of Law, and Luis Medina Alcoz, Professor of Administrative Law, debate on the merits of that solution, used with increasing frequency (though not very thoroughly) by our judges and courts. The former turns to evidence theory and the later to causation theory. For the former the doctrine of loss of chance does not imply any significant change in the traditional causal approach; it is justified simply by assuming that judicial knowledge of the facts should be based on reasoned judgements of likelihood and by turning to the concept of the rebuttable presumption of causation. For the latter, this doctrine implies a partial correction of traditional causal approaches resulting in a complication of causal imputation systems; along with “all or none”, based on the affirmation or denial of the etiological link, we find “not all nor nothing”, based on the affirmation of what are only possible causalities.

## KEY WORDS

LAW OF TORTS, LIABILITY, STATE LIABILITY, PROPORTIONAL LIABILITY, LOSS-OF-A-CHANCE APPROACH, CAUSATION, EVIDENCE, UNCERTAINTY, PROBABILISTIC CAUSATION

¿PUEDEN  
DECLARARSE  
RESPONSABILIDADES  
POR DAÑOS SIN LA  
PRUEBA DEL NEXO  
CAUSAL? (Debate  
en torno a la teoría  
de la pérdida de  
oportunidad)

Marina Gascón Abellán  
Luis Medina Alcoz

# LA OPORTUNIDAD PERDIDA RESPONSABILIDAD, CAUSALIDAD, PROBABILIDAD (A propósito de algunas tesis de Luis Medina Alcoz)<sup>1</sup>

Marina Gascón Abellán

Universidad de Castilla-La Mancha

**Sumario:** 1. Planteamiento: causalidad, probabilidad e incertidumbre. La teoría de la oportunidad perdida. 2. Sobre la caracterización de la teoría de la oportunidad perdida como norma presuntiva. A) Permite conjurar la objeción contraepistemológica. B) Permite mostrar a la TOP como una doctrina legítima sin necesidad de respaldo legal. C) Coadyuva a evitar un uso espurio de la misma. 3. ¿Reinterpretar la causalidad?

## 1. PLANTEAMIENTO: CAUSALIDAD, PROBABILIDAD E INCERTIDUMBRE. LA TEORÍA DE LA OPORTUNIDAD PERDIDA

Hasta hace poco tiempo era relativamente frecuente que los estudios sobre la prueba comenzaran lamentando la escasa atención que los juristas prestaban a este aspecto central de la maquinaria judicial. El lamento no era infundado, pues el interés de la dogmática jurídica por la prueba —al menos en la cultura jurídica continental— raramente ha ido más allá de la simple exégesis legal y jurisprudencial, y la teoría de la argumentación jurídica, que desde mediados del pasado siglo ha experimentado un desarrollo espectacular, se había centrado prevalentemente en los problemas de interpretación normativa, dando así por sentado que el juicio de hecho no plantea especiales problemas o que, planteándolos, está irremisiblemente abocado a la subjetividad extrema

cuando no a la pura y simple arbitrariedad. Pero hoy las cosas ya han cambiado mucho. Los estudios sobre el razonamiento jurídico han comenzado a dedicar una atención especial al juicio de hecho y han destacado sobre todo un aspecto del mismo que, pese a ser obvio, había quedado oscurecido: su carácter meramente probabilístico. Este es seguramente el rasgo más sobresaliente del juicio de hecho y su constatación resulta crucial, pues la concepción del juicio valorativo en términos de simple probabilidad obliga a revisar numerosas instituciones jurídicas ligadas al universo de la prueba.

El razonamiento que caracteriza la prueba judicial sobre un hecho litigioso consiste —muy resumidamente— en sostener que existen leyes causales que conectan las pruebas con ese hecho ( $p \rightarrow h$ ), de manera que si se acreditaran las pruebas ( $p$ ) entonces quedaría acreditado el hecho ( $h$ )<sup>2</sup>. Por eso decir que el juicio de hecho (o la valoración de la prueba, que constituye su núcleo esencial) tiene estructura probabilística equivale a afirmar que esas



leyes o regularidades causales de las que debemos echar mano para probar un hecho son leyes probabilísticas; es decir, leyes que indican, de acuerdo con nuestra experiencia pasada, que «si sucede *a*, entonces es probable (en un cierto grado) que también suceda *b*». Conviene destacar además que esto no es así sólo para un reducido grupo de pruebas de débil fundamento epistemológico. Al contrario, este es el rasgo central, o el más definitorio, del razonamiento que tiene lugar en la prueba judicial. De hecho, incluso la mayor parte de las leyes que dan soporte a las llamadas pruebas científicas o deductivas son, en sentido estricto, leyes de naturaleza estadística, de manera que también los resultados de estas pruebas, como los del resto de pruebas, deberían ser leídos en términos de simple probabilidad, por más alta que esta pueda ser<sup>3</sup>.

Lamentablemente la concepción probabilística de la prueba no ha calado aún plenamente en el aire que respiran los juristas. Ni en consecuencia en la jurisprudencia, que aún maneja, o bien una visión extremadamente ingenua del juicio de hecho anclada en una concepción del mismo de naturaleza deductiva o demostrativa, o bien, alternativamente, una visión extremadamente subjetivista del mismo donde no queda espacio para su control racional<sup>4</sup>. Pero también es cierto que en esta cuestión se va avanzando poco a poco, y seguramente uno de los espacios donde cabe apreciar este progreso de manera más notable sea el de la prueba de la relación de causalidad, que constituye el intrínsculo probatorio en la mayoría de los procesos de responsabilidad por daños.

La prueba del nexo causal entre un hecho ilícito y el daño producido reviste un particular interés. Y ello porque, incluso para quienes tienden a caracterizar irreflexivamente el juicio de hecho como un razonamiento de naturaleza demostrativa y a concebir sus resultados en términos de verdad o falsedad absoluta, en relación con la prueba del nexo causal resulta ciertamente difícil mantener una concepción del juicio de hecho tan ingenua. Repárese sólo en la siguiente cuestión. Incluso si se da por descontado, al calor de las teorías de la equiva-

lencia de condiciones o de la *conditio sine qua non*, que existe relación de causalidad entre un hecho ilícito y un daño si aquél es condición necesaria de éste (o sea si podemos dar por cierta la hipótesis de que en ausencia de aquél éste no se hubiera producido), la comprobación de este punto no es algo que resulte precisamente fácil. Al contrario. En numerosísimos supuestos el daño puede deberse a causas distintas o incluso a una concurrencia de causas y, por consiguiente, pretender en estas circunstancias que el nexo causal deba resultar siempre fehacientemente acreditado no es más que una vana e irreal pretensión. Probar los hechos es (prácticamente siempre) cuestión de probabilidad. Más aun si lo que se trata de probar es la existencia de una relación de causalidad que —como acaba de decirse— es en sí misma una hipótesis sobre “lo que habría ocurrido de no haber mediado el hecho ilícito”. Naturalmente habrá casos en los que la probabilidad será muy alta y en consecuencia podrá equipararse a la certeza absoluta. Pero también habrá casos en los que no lo será: casos de incertidumbre, o dudosos, o con un importante margen de error, en los que por consiguiente —y de acuerdo con los estándares de prueba aceptados<sup>5</sup>— no podrá afirmarse si el hecho enjuiciado ha sido o no (condición necesaria y por lo tanto) la causa del daño. La existencia del nexo causal, en suma, no siempre puede resultar *evidentemente* acreditada o no acreditada.

La situación de incertidumbre en la que muchas veces se resuelve la especial dificultad probatoria del nexo causal conduce, en rigor, a declarar que no hay responsabilidad y con ello a denegar toda indemnización. En algunos casos, sin embargo, en concreto cuando se ha acreditado una *probabilidad significativa* de la existencia del nexo causal aunque no la suficiente para darlo por verdadero, esta denegación total de indemnización produce sensación de *injusticia*. Esto sucede particularmente en los procesos de depuración de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños producidos por uno de sus agentes, donde ese resultado insatisfactorio para el damnificado proviene no sólo de la especial dificultad

para probar el nexo causal sino también de la desigualdad de armas en que se encuentran víctima y Administración en el momento de esclarecer los hechos<sup>6</sup>.

Precisamente con el fin de corregir este eventual resultado injusto ligado a la incertidumbre sobre la existencia del nexo causal, por vía doctrinal y jurisprudencial se ha construido una doctrina, la de la *pérdida de oportunidad*, que sirve a este propósito de dos modos: primero como *instrumento de facilitación probatoria* de la prueba del nexo causal entre la actuación del agente y el daño producido; después como *criterio para cuantificar la indemnización* que corresponde. La trama de la doctrina es la siguiente: aunque no puede darse por probado el nexo causal porque la probabilidad no alcanza los estándares exigidos, sí puede probarse que había una oportunidad significativa de evitar el daño y que esa oportunidad se perdió a causa del comportamiento (activo u omisivo) del agente, en atención a lo cual puede imputarse responsabilidad y obtenerse por ello una indemnización proporcional a las expectativas de éxito de la oportunidad que se perdió.

El libro de Luis Medina Alcoz, *La teoría de la pérdida de oportunidad* (Thomson-Civitas, Madrid, 2007), constituye un magnífico estudio de esta doctrina y desde luego llama la atención de cualquier teórico o científico del derecho interesado en los problemas que presenta la prueba. Primero porque versa sobre la prueba de la relación de causalidad, que constituye sin duda uno de los mejores laboratorios para ensayar cualquier modelo teórico sobre la prueba. Segundo porque no sólo pretende resolver un importantísimo problema práctico del derecho de daños (el ya comentado de la “injusticia” que en muchos casos supone la denegación de toda indemnización por “insuficiente” prueba del nexo causal) sino que lo hace además desde un ambicioso programa teórico. Si en ocasiones los teóricos del derecho rompen la separación teoría/práctica ocupándose de problemas prácticos, también los dogmáticos la rompen a veces ocupándose de problemas teóricos, y Luis Medina es un excelente ejemplo de esto último. Y tercero, y

lo que resulta quizás más estimulante, porque la reconstrucción teórica de la prueba de la causalidad y de la doctrina de la oportunidad perdida se realiza desde una concepción probabilística del juicio de hecho, superando así los numerosos déficit aún existentes en una jurisprudencia y una doctrina que sólo costosamente se abren a ella. Merece la pena comentar y discutir brevemente con el autor algunos aspectos del libro.

## 2. SOBRE LA CARACTERIZACIÓN DE LA TEORÍA DE LA OPORTUNIDAD PERDIDA COMO NORMA PRESUNTIVA

Luis Medina configura la teoría de la pérdida de oportunidad como un *remedio resarcitorio* que se articula a través de una *técnica de facilitación probatoria*. Y ciertamente pocas objeciones cabe poner a esta caracterización, porque así es: es verdad que el objetivo de esta doctrina es procurar algún resarcimiento en ciertas situaciones de incertidumbre y es verdad también que allí donde es aplicable la prueba de la causalidad resulta aliviada, pues lo que la víctima debe probar no es que el comportamiento del agente *causó el daño* sino tan sólo que *fue la causa de que se perdiera una oportunidad significativa de evitarlo*. Ahora bien, conviene puntualizar esta última afirmación. El hecho de que la doctrina de la pérdida de oportunidad sea una técnica de facilitación probatoria no significa —como parece en cambio colegirse del planteamiento de Luis Medina<sup>7</sup>— que allí donde funciona se esté dando por acreditada o probada *sin fundamento empírico alguno* la existencia del nexo causal entre el comportamiento del agente y el daño producido. “Facilitación probatoria” no significa “ausencia de prueba”. Y que esto es así me parece que resulta visible si se opta por la que considero la reconstrucción más apropiada de la doctrina de la pérdida de oportunidad: la

que la concibe como una presunción *iuris tantum*.

Una presunción *iuris tantum* es una norma jurídica que, con el fin de proteger determinados valores (en nuestro caso con el fin de evitar que, por la extrema dificultad de probar el nexo causal, queden sin indemnización algunos supuestos de daños), establece que *debe presumirse (es decir debe actuarse “como si” estuviera acreditado) un hecho si se acreditan otros hechos y no existe prueba en contrario de aquél*<sup>8</sup>. Y este es justamente el modo en que puede reconstruirse la TOP<sup>9</sup>: “si había una oportunidad real y seria de evitar el daño que se perdió a causa de la actuación incorrecta del agente; y no está probado que el daño se debiera a otras causas; entonces debe presumirse que (o sea *debe actuarse ‘como si’ estuviese probado que*) el daño fue causado por la actuación incorrecta del agente”.

**(Hechos base ^ No-no-nexo causal) → Consecuencia jurídica**

**Hechos base:** 1) había una oportunidad real y seria de evitar el daño; y 2) esa oportunidad se perdió a causa del comportamiento del agente.

**No-no-nexo causal:** no está probado que no existe nexo causal (o sea, no está probado que el daño se debiera a otras causas distintas al comportamiento del agente).

**Consecuencia jurídica:** debe presumirse que (o sea, debe actuarse “como si” estuviera probado que) el comportamiento del agente causó el daño; es decir, *debe imputarse responsabilidad al agente y reconocerse una indemnización*.

Puede decirse, pues, que la doctrina de la oportunidad perdida instaura un remedio *normativo* que permite imputar responsabilidad por daños y reconocer una indemnización en los casos en que no existe suficiente certeza ni de la existencia ni de la inexistencia de la relación de causalidad pero está acreditado que había una oportunidad de evitar el daño que se perdió a causa del comportamiento del agente; y ese remedio normativo se articula técnicamente como una presunción *iuris tantum*<sup>10</sup>.

La caracterización de la TOP como presunción *iuris tantum* no sólo resulta apropiada sino que además presenta —me parece— algunas ventajas. En primer lugar, porque permite conjurar los recelos que despierta entre quienes ven en ella una técnica probatoria contraria a las exigencias de la teoría racional de la prueba. En segundo término porque se presenta como una técnica probatoria legítima aunque no goce de respaldo legal explícito. Por último, porque permite visualizar mejor los requisitos para su válida aplicación y contribuye así a evitar un uso espurio de la misma.

### **A) PERMITE CONJURAR LA OBJECCIÓN CONTRAEPistemológica: LA TOP NO ES UNA FICCIÓN PROBATORIA**

La TOP —como bien pone de manifiesto Luis Medina— no es aceptada con generalizado entusiasmo sino que es más bien objeto de críticas. La más importante de ellas se vincula a su carácter de instrumento que facilita la prueba y puede reconstruirse así: si la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño producido no está probada (porque la probabilidad de su existencia no alcanza los estándares exigidos), entonces no debería imputarse responsabilidad ni reconocerse indemnización alguna. Lo que se sostiene —en otras palabras— es que al aplicar la TOP se está actuando *contraepistemológicamente*, pues se está dando por probado algo que en absoluto lo está y por ende se está eludiendo el requisito del nexo causal necesario para la imputación de responsabilidad.

La reconstrucción de la TOP que mejor encarna esta crítica es la que la concibe como una *ficción* probatoria, una *mentira técnica*, un instrumento normativo que impone considerar verdadero algo que es falso y se sabe que es falso. Más exactamente, la que entiende que la TOP es una doctrina que *finge* que el daño producido es, no el que ha dado origen al conflicto, sino el consistente en la pérdida de la oportunidad de que aquél no se produ-

jera, y que en consecuencia *asimila la* (prueba del nexo causal entre el comportamiento del agente y la) *pérdida de la oportunidad de evitar un daño con* (la prueba del nexo causal entre el comportamiento del agente y) el *daño mismo*. Así pues, quienes sostienen que la TOP es una ficción probatoria hacen la siguiente lectura de la misma: si se prueba que el comportamiento del agente fue la causa de que se perdiera una oportunidad de evitar el daño, entonces *está probado* que el comportamiento del agente fue la causa del daño, *lo cual es claramente falso*.

Me parece, sin embargo, que esta lectura es equivocada. Primero porque —insistamos en ello— la TOP *no afirma* que esté probado el nexo causal sino sólo que si se dan ciertas circunstancias *debe actuarse “como si”* estuviera probado; es decir, debe imputarse responsabilidad. Segundo, y más importante, porque esa imputación no es arbitraria o ficticia: la asimilación entre la prueba de la pérdida de oportunidad de evitar el daño y la prueba del nexo causal sobre la que esa imputación se basa no es claramente falsa o contraepistemológica. La existencia de una oportunidad real y seria de evitar el daño es, al menos, un *indicio* de que con una actuación correcta (o sea, si no se hubiera perdido esa oportunidad) el daño se habría evitado, pues lo que significa una oportunidad *real y seria* es que «no hay razones para pensar que la oportunidad no se hubiera aprovechado» y que «de haberse aprovechado *es probable* que el daño se hubiera evitado». Indicio que además se refuerza con *otro indicio*: no se ha probado que el daño se debiera a otras causas. La TOP, por consiguiente, tiene un fundamento empírico: presupone —podría decirse— que el grado de probabilidad de que el comportamiento del agente haya sido la causa del daño es *directamente proporcional* al grado de probabilidad de haber evitado el daño e *inversamente proporcional* al grado de probabilidad de que el daño se haya debido a otras causas.

En suma, la equivalencia entre la prueba de la pérdida de la oportunidad y la prueba del nexo causal sobre la que se erige la imputación de responsabilidad que lleva a cabo la

TOP tiene un *fundamento empírico serio* que se expresa en el siguiente razonamiento: «si había una posibilidad real y seria de haber evitado el daño y no hay razones para pensar que el daño fuera debido a otras causas, entonces hay razones para sostener (o es probable) que de no haberse perdido esa oportunidad el daño se habría evitado»<sup>11</sup>. Es precisamente este fundamento empírico el que pone de relieve que no estamos ante una ficción sino ante una presunción. Y es también ese fundamento empírico el que pone de relieve que allí donde esta presunción funciona no se actúa contraepistemológicamente.

## B) PERMITE PRESENTAR LA TOP COMO UNA DOCTRINA LEGÍTIMA AUN SIN RESPALDO LEGAL

Pero que la TOP pueda reconstruirse como una presunción *iuris tantum* que goza de un fundamento empírico serio significa algo más: significa también que la cuestión de su anclaje en el derecho positivo, que es algo que lógicamente preocupa a Luis Medina<sup>12</sup>, tal vez deba ser relativizada.

En efecto, aun cuando la razón de ser de esta presunción —al igual que la del resto de las presunciones— es por así decir “ideológica o política” o en todo caso no epistemológica, pues —no importa insistir en ello una vez más— reside directamente en la necesidad de evitar que por la especial dificultad para probar el nexo causal queden sin indemnización determinados supuestos de daños, el hecho de que la presunción tenga un muy serio fundamento empírico —como por cierto lo tienen la mayoría de (aunque no todas) las presunciones— hace que se conecte tan fuertemente a la teoría de la prueba que no precise respaldo legislativo para poder entenderse justificada. Y es que la TOP, en realidad, no es sino un modo de “rebajar” el estándar de prueba del nexo causal, y no de prescindir de ésta. Por eso, en la medida en que allí donde esta presunción funciona *ha habido prueba significativa del nexo causal* (puesto que se ha acreditado éste con un

grado significativo de probabilidad y al propio tiempo se ha descartado —también con un grado significativo de probabilidad— que el daño se debiera a otras causas) aunque no la suficiente para superar el estándar ordinario establecido, no resulta descabellado ni carente de todo fundamento que los jueces la apliquen aun sin respaldo legal expreso.

Obviamente lo anterior no supone desconocer el importante ejercicio de poder que la “creación” jurisprudencial de esta presunción supone: si, de acuerdo con la “regla legal”, para imputar responsabilidad y reconocer indemnización es necesario probar el nexo causal (o sea, superar el estándar de prueba establecido para ello), entonces toda decisión judicial consistente en imputar responsabilidad y reconocer indemnización cuando el estándar de prueba no se ha alcanzado es una decisión “creativa” o “al margen de la regla” mencionada, y en este sentido cabría objetar en línea de principio que es arbitraria o injustificada. Ahora bien, “en línea de principio”, pues también es verdad que en la mayoría de los sistemas la construcción del estándar de prueba, es decir la determinación de las condiciones para entender cumplida la mencionada regla según la cual “no hay responsabilidad sin prueba del nexo causal”, es de origen jurisprudencial y/o doctrinal, y no legal<sup>13</sup>, y por consiguiente no resulta descabellado que también por vía jurisprudencial, y siempre que no se actúe contraepistemológicamente, pueda “rebajarse el estándar” y paralelamente “modularse la indemnización”.

Creo, en definitiva, que mediante la TOP no se están afirmando responsabilidades sin causa demostrada sino que tan sólo se está rebajando el estándar de prueba. Por eso, y en la medida en que éste no suele venir fijado legal sino jurisprudencialmente, no parece que precise un respaldo legal expreso. Los únicos requisitos para su válida aplicación son, según creo, requisitos de orden epistemológico, es decir ligados a la teoría de la prueba. Pero esto conecta con el punto siguiente.

### C) PERMITE VISUALIZAR MEJOR LOS REQUISITOS DE LA TOP PARA EVITAR UN USO ESPURIO DE LA MISMA

Por último, la reconstrucción de la TOP como una presunción *iuris tantum* también resulta útil para establecer sus presupuestos y evitar un uso espurio de la misma.

Uno de los peligros de la TOP más clara y atinadamente destacados por Luis Medina es el asociado a su “desmesurada potencialidad aplicativa”, pues casi cualquier supuesto de responsabilidad por daños puede en principio ser reconstruido conforme a esta doctrina. Esta potencialidad aplicativa de la TOP y la facilitación de la prueba que supone hacen que este remedio probatorio comporte riesgos que pueden resumirse de manera muy simple: la TOP puede terminar aplicándose con razón o sin ella. Y en particular puede terminar instituyendo una inaceptable sustitución sistemática del estándar de prueba del nexo causal. Para conjurar estos riesgos conviene tener claro cuáles son los presupuestos o requisitos para la válida aplicación de la TOP; es decir, los que justifican el recurso puntual a esta técnica, y una de las virtudes fundamentales del estudio de Luis Medina reside a mi juicio en la certera identificación de estos presupuestos y por tanto de los posibles usos indebidos de la doctrina de la oportunidad perdida. Es obvio, pues, como lo demuestra el libro que comentamos, que todos estos requisitos pueden ser perfectamente identificados sin necesidad de caracterizar la TOP como una presunción *iuris tantum*. Pero la caracterización de la TOP como norma presuntiva con fundamento empírico constituye una adecuada explicación de los mismos y contribuye a hacerlos bien visibles.

De hecho podemos reconstruir estos requisitos como sigue: 1º) en tanto que presunción *iuris tantum*, la TOP es un remedio *subsidiario* a la prueba del nexo causal al que sólo puede recurrirse cuando el proceso de prueba se ha cerrado sin éxito, es decir, en contextos de incertidumbre sobre la existencia (y sobre la inexistencia) del nexo causal<sup>14</sup>; y 2º) en tanto

que presunción que además de tener un fundamento valorativo o político tiene también un fundamento empírico; para que pueda recurrirse a la TOP *es necesario que exista una posibilidad real y seria de evitar el daño*, y no basta por lo tanto con alegar la existencia de una vaga y abstracta posibilidad de evitarlo. O si se quiere, la TOP sólo puede aplicarse válidamente si la probabilidad de que, actuando correctamente el daño no se hubiera producido, es una *probabilidad significativa o relevante*<sup>15</sup>.

#### Requisitos

- |   |
|---|
| <p>1. Incertidumbre causal: el proceso de prueba se ha cerrado sin éxito.<br/>         – No está probado que sí<br/>         – Tampoco está probado que no<br/>         Posibilidad real: tiene que haber alguna probabilidad significativa, no sólo una posibilidad abstracta.</p> |
|---|

Precisamente por eso hay un uso espurio de la TOP cuando falta alguna de estas circunstancias. En primer lugar cuando se utiliza esta técnica como *alternativa* a la prueba del nexo causal, lo que a su vez puede tener lugar en dos supuestos. Primero cuando se recurre a la misma pese a estar suficientemente probado el nexo causal con el único fin (aunque obviamente no se confiese) de rebajar indebidamente la indemnización; en este caso se le estaría hurtando a la víctima su derecho a la indemnización total para reconocerle sólo un resarcimiento parcial, y se estaría favoreciendo indebidamente al agente que provocó el daño<sup>16</sup>. Segundo cuando se recurre a la misma pese a estar suficientemente probada la inexistencia del nexo causal con el único fin (aunque obviamente tampoco se confiese) de proporcionar indebidamente alguna indemnización a quien dice haber sufrido un daño; en este caso se estaría favoreciendo indebidamente a la supuesta víctima concediéndole una indemnización que no le corresponde<sup>17</sup>. En ambos casos estaríamos actuando contraepistemológicamente por motivos injustificados.

Pero, en segundo lugar, también se hace un uso espurio de la TOP cuando no se acredita que existía una posibilidad real y seria de evitar un resultado dañoso; o si se quiere, cuando la probabilidad atribuida a las oportunidades

perdidas en la evitación del daño sea muy reducida. A este respecto conviene tener en cuenta que por ejemplo en un ámbito como el médico-sanitario, que es donde prevalentemente (y casi exclusivamente) se aplica la TOP como técnica probatoria, y donde por definición cualquier error médico implica pérdida de oportunidades de curación o de supervivencia para los pacientes, si no se exige que esas oportunidades sean reales y serias (y no meramente abstractas y débiles) se estará abriendo la puerta a la indemnización sistemática (es decir, siempre y en todos los casos), lo cual es obviamente un despropósito. Pero es que además, al actuar así, es decir al indemnizar oportunidades muy reducidas o no reales y serias, puede decirse que el requisito del nexo causal se diluye y se estará condenando por el mero incremento del riesgo, por pequeño que éste sea<sup>18</sup>.

#### Uso espurio de la TOP.

- |   |
|---|
| <p>1. Si se usa cuando está probado que sí (para rebajar indebidamente la indemnización).<br/>         2. Si se usa cuando está probado que no (para dar indebidamente alguna indemnización).<br/>         3. Si se usa cuando no hay más que una vaga y abstracta posibilidad de evitar el daño (para otorgar indebidamente alguna indemnización).</p> |
|---|

### 3. ¿REINTERPRETAR LA "CAUSALIDAD"?

Una de las aportaciones más relevantes del libro de Luis Medina, aparte naturalmente del pormenorizado análisis de la doctrina de la oportunidad perdida, seguramente sea la de haber contribuido a poner en solfa la acrítica concepción demostrativa del razonamiento probatorio en una de las áreas (la de la prueba del nexo causal) en las que dicha concepción puede tener consecuencias más injustas. Y es que, en efecto, cuando se maneja una concepción demostrativa de la prueba se asume al propio tiempo que para imputar responsabilidad la relación de causalidad ha de estar *completamente* acreditada, pero las enormes dificultades que muchas veces existen para alcanzar este resultado (equivalente a afirmar su "verdad",

sin matices) pueden conducir a una denegación de justicia. La TOP, en cambio, en cuanto técnica de “rebaja” del estándar de prueba del nexo causal justamente con el objetivo de evitar ese resultado injusto, descansa sobre el carácter meramente gradual o probabilístico de esta prueba y exige en consecuencia abandonar aquella maniquea concepción de la misma. En otras palabras, la TOP exige la apertura de los juristas y de los tribunales a una epistemología más racional y crítica de la prueba; y de hecho la aplicación de esta doctrina ha corrido paralela a la apertura comentada.

Pero Luis Medina va más allá y —aparte del cambio producido en la manera de concebir la *prueba* de la causalidad— sugiere incluso un cambio en el propio *concepto* de causalidad, un auténtico cambio de paradigma. Más concretamente, rebate el concepto mecanicista de causalidad para sostener otro basado en la probabilidad.

El autor, en efecto, entiende que la doctrina de la oportunidad perdida, al establecer indemnizaciones cuando no está probado el nexo causal entre hecho ilícito y daño, se muestra radicalmente incompatible con la teoría tradicional de la causalidad, y precisamente para superar esa incompatibilidad aboga por una interpretación de la TOP bajo el prisma de una *teoría de la causalidad parcial o probabilística* alternativa a esta última. Mientras la teoría tradicional se asienta sobre el concepto de causa como *condición unitaria o indivisible* de un evento, la TOP —sugiere el autor— exige una nueva teoría de la causalidad que se asienta sobre la idea de *causalidades parciales o proporcionales* a las que, en consecuencia, corresponde una indemnización también sólo parcial o proporcional.

Desde luego no puede negarse que la idea de “causalidades proporcionales” es sugerente, aunque para nuestras intuiciones más asentadas quizás pueda parecer estafalaria. No estoy segura, sin embargo, de que este concepto probabilístico de causalidad venga exigido por la TOP ni de que sea el más apropiado para manejar los problemas relevantes de la incertidumbre causal en el campo del derecho. Creo

más bien que la incompatibilidad señalada por Luis Medina entre la teoría tradicional de la causalidad y la TOP no es tal y que para explicar esta doctrina (o sea, para explicar por qué se indemniza cuando —según el estándar de prueba aceptado— no está probado que el hecho ilícito sea la causa del daño) no es necesario recurrir a una nueva teoría de la causalidad probabilística alternativa a la teoría tradicional. Tan sólo es necesario superar la acítica epistemología aún imperante en el ámbito jurídico que, no tomando nota de la falibilidad e imperfección de nuestro conocimiento del mundo ni en consecuencia del carácter meramente probabilístico de nuestras afirmaciones sobre el mismo, actúa como si la certeza se alcanzara totalmente o no se alcanzara en absoluto. Superada esa epistemología, dar respuesta al problema de la incertidumbre del nexo causal no es más que una cuestión de *policy*: de decidir si queremos mantener en todos los casos los estándares (probabilísticos) de prueba fijados con carácter general o si por el contrario estamos dispuestos a rebajarlos en ciertos supuestos modulando al propio tiempo las consecuencias jurídicas anudables a esa rebaja; en concreto, modulando la indemnización en proporción al grado de certeza con el que se afirma el nexo causal. En suma, la incertidumbre causal es, en mi opinión, un *problema epistemológico*, de conocimiento del mundo, y no (o no necesariamente) un problema que deba ser resuelto alterando el *concepto de causalidad*. Creo por ello que puede (y tal vez debe) hacerse una lectura de la TOP simplemente en estas claves, sin que exista confrontación con la teoría tradicional de la causalidad: a saber, como un remedio *normativo* resarcitorio que en casos de incertidumbre, y en aras de “hacer justicia”, rebaja el estándar de prueba generalmente aceptado y en consecuencia la indemnización correspondiente. Y no veo por qué esta explicación de la TOP como una suavización del estándar de prueba habría de resultar —como sostiene Luis Medina— “artificiosa”<sup>19</sup>.

Por lo demás, me parece que la ventaja que supuestamente ofrece la teoría probabilística de la causalidad de cara a explicar la TOP no es

tal. En opinión de Luis Medina dicha ventaja consiste en lo siguiente: mientras la teoría tradicional de la causalidad obliga a concebir la TOP como una doctrina que en situaciones de incertidumbre *modifica (rebaja) el estándar de prueba*, la teoría probabilística de la causalidad permite presentar la TOP como una doctrina que en situaciones de incertidumbre causal lo que modifica es *el objeto mismo de la prueba*, que, de ser que “el hecho ilícito ha causado el daño”, pasa a ser entonces “la probabilidad misma de evitar el daño u obtener una ventaja”. Pues bien, aparte de que no se comprende por qué es mejor o menos problemático modificar el propio objeto de la prueba que modificar el estándar, lo cierto es que en mi opinión entre ambas cosas no existe una diferencia radical. Repárese tan sólo en que probar o acreditar que “había una probabilidad  $x$  de evitar el daño u obtener una ventaja” (que se perdió a causa del hecho ilícito) no es muy diferente de probar o acreditar, con esa misma probabilidad  $x$ , que “el hecho ilícito ha causado el daño”, pues —recordemos lo ya dicho en el epígrafe 2.1— la existencia de una probabilidad  $x$  de evitar un daño u obtener una ventaja es un indicio de que con una actuación correcta (o sea, si no se hubiera perdido esa oportunidad) es probable en grado  $x$  que el daño se hubiera evitado. Resulta, en suma, difícil sostener que con la TOP se ha modificado el objeto mismo de la prueba, porque resulta difícil sostener que la prueba de la oportunidad de evitar un daño u obtener una ventaja es algo desvinculado o independiente de la prueba del nexo causal.

De todos modos, aunque se aceptara lo que he sostenido aquí (a saber, que la TOP seguramente no exige un cambio en la manera de concebir la causalidad), ello no resta un ápice de interés a la cuestión suscitada: la de cuál es el *concepto de causalidad* apropiado para la imputación de responsabilidad. Este es un asunto de la máxima importancia al menos por dos razones. Primero por la obvia razón de que existe una *intrínseca relación entre la teoría de la causalidad y la teoría de la prueba*, o si se quiere, entre el concepto de causalidad que se maneje y la cuestión de cómo ha de probarse

la relación causal (por ejemplo, según la tesis tradicional, la relación causal ha de probarse acreditando que el hecho ilícito es condición necesaria del daño). Y segundo porque tal vez no baste con un único concepto de causalidad. Es posible por ejemplo —quizás tenga razón Luis Medina— que el concepto de causalidad tradicional siga siendo el más adecuado o conveniente para cimentar la responsabilidad jurídica en general pero en cambio no sea el que mejor se acomode a algunas fórmulas resarcitorias hoy vigentes que establecen indemnizaciones proporcionales, como la de la responsabilidad colectiva, la responsabilidad por cuota de mercado u otras semejantes. Por lo demás, la fijación del concepto de causa es también un *prius* para dar respuesta a otros problemas relacionados con la causalidad. A partir de él, por ejemplo, y una vez establecido *cómo ha de probarse* la relación causal, puede ser conveniente saber *qué quantum de prueba puede razonablemente alcanzarse*; es decir cuáles son los *límites epistémicos* que afectan a la prueba del nexo causal. Conocer este punto es importante a efectos de establecer estándares de prueba empíricamente alcanzables. Por último, y también una vez fijado el concepto de causa, tendrá pleno sentido abordar la otra gran cuestión ya no fáctica sino jurídica implicada en la responsabilidad: la de la *causation in law*, por usar terminología al uso; o sea la de determinar, dentro de un contexto de causas o de condiciones de un efecto, aquella en la que se va a hacer descansar la responsabilidad, o la de determinar cuándo y conforme a qué criterios está justificado, a efectos de imputación de responsabilidad, ampliar o restringir el ámbito de sujetos comprendidos en la causalidad física probada; la de determinar, en suma, en qué supuestos cabe alterar la regla general que establece una equivalencia entre *relación de causalidad e imputación de responsabilidad*.

Son, pues, muchos los retos teóricos vinculados al problema de la relación causal en el Derecho y todos ellos penden de la teoría de la causalidad que se maneje. La espléndida monografía de Luis Medina Alcoz tiene esto claro, y de hecho —como hemos visto— adopta



una posición muy firme en este punto: la de sostener que la TOP exige una teoría probabilística de la causalidad alternativa a la tradicional. Tengo dudas de que esta sea la solución más correcta o conveniente. Pero eso es lo de menos. Lo que hace relevante esta obra no es sólo —me parece— el riguroso análisis de la TOP que realiza, ni sólo la comentada apuesta por una teoría alternativa de la causalidad para explicarla. El incuestionable valor de este

trabajo reside también, y muy especialmente, en que no huye de ningún problema teórico, por complejo que este sea. Es precisamente esta actitud de rigor en la fundamentación y de curiosidad intelectual lo que hace que el libro constituya también un completo estudio de los problemas y doctrinas de la causalidad, y desde luego un acicate para seguir escudriñando en ese universo de cuestiones.

## NOTAS

1. El presente debate se inserta en el proyecto de investigación nº PII109-0173-2296 (*Nuevos dominios de la teoría de la argumentación jurídica: legislación, prueba de los hechos y teoría del derecho*), financiado por la JCCLM.

2. Por simplicidad lingüística me permito aquí la licencia de hablar de “pruebas” y de “hechos litigiosos” en lugar de hablar —como sería lo riguroso— de “enunciados probatorios” y de “enunciados (o hipótesis) sobre hechos litigiosos”. Queda, pues, sobreentendido que lo que se prueban no son hechos sino enunciados sobre hechos y que lo que constituyen las pruebas tampoco son hechos sino (de nuevo) enunciados sobre hechos; o aun más concretamente, enunciados probatorios.

3. Incluso la prueba del ADN, sin duda una de las pruebas científicas más prestigiosas y de mayor rendimiento judicial, se funda en rigor en leyes de naturaleza estadística.

4. Es obvio que la posición más reprochable es la última, pues no obedece fundamentalmente a una errónea concepción de las cosas sino al acusado interés de servirse de las consecuencias de la misma: la concepción del juicio de hecho como juicio íntimo, intransferible e incontrolable convierte el poder de los órganos decisores en un poder sin frenos y —al eximirlos de la obligación de rendir cuentas— les facilita enormemente el trabajo.

5. Recordemos que un *estándar de prueba* marca el grado de probabilidad que (el enunciado sobre) un hecho debe alcanzar para darlo por probado.

6. “La víctima, lastrada con la carga de la prueba, se ve dificultada, al menos, por la frecuente actitud obstaculizadora de la Administración...; por sus propios desconocimientos; y por los perentorios plazos de prescripción de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial”. La observación es de Oriol Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Madrid, Civitas, 2000, p. 237, nota 346.

7. “Parece colegirse” porque si el autor entendiera —como creo que hay que entender, y sobre ello entraré en el punto 2.1— que cuando la TOP se aplica hay un buen *quantum* de prueba del nexo causal aunque claro está que no el suficiente para cumplir el estándar, creo que no sostendría —como veremos en el epígrafe 3— que con la TOP *no se suaviza el estándar* de prueba sino que lo que sucede es que *cambia el objeto mismo de la prueba*, que ya no es “la relación de causalidad” sino sólo “la probabilidad de obtener una ventaja”.

8. He argumentado a favor de esta reconstrucción de las presunciones en *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2ª edición, 2005, pp. 138 ss.

9. En adelante, y por razones de simplicidad, usaré este acrónimo para referirme a la *Teoría de la Oportunidad Perdida*.

10. Sobre la articulación de la TOP como norma presuntiva de facilitación probatoria he argumentado, con más determinación, en “La prueba del nexo causal en la responsabilidad patrimonial sanitaria”, en S. Jiménez, V. Martínez y E. Belda coords., *Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008.

11. Por lo demás, cuando la TOP se aplica a otros ámbitos donde el daño producido es propiamente la pérdida de una oportunidad de conseguir una ventaja, no sólo no instaura una ficción sino tampoco una presunción probatoria. Así sucede, por ejemplo, cuando se solicita la declaración de responsabilidad del abogado que, por no haber interpuesto en

tiempo un recurso mediante el que se pretendía una indemnización, ha hecho perder a su cliente la oportunidad de haber ganado el recurso y con ello la indemnización pretendida. No parece forzado sostener que en estos casos el *daño real producido es justamente la pérdida de la oportunidad* de interponer el recurso para obtener una resolución satisfactoria, y no la *indemnización que hubiera obtenido con una resolución satisfactoria*, que ni existe ni es seguro que llegara a existir. De modo que, en este caso, acreditar que había una oportunidad real y sería de obtener una ventaja es exactamente probar (directamente y no mediante una presunción) el nexo causal del que deriva la responsabilidad del abogado.

12. De ahí el esfuerzo teórico que el autor realiza para, por medio de la analogía, extender el único supuesto de reconocimiento legal expreso de la TOP en el derecho español (la Ley 31/2007, de 30 de octubre, *sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales*, artículo 112) a otros ámbitos; en particular al de la responsabilidad patrimonial médico-sanitaria, que es donde de manera más desenvuelta se aplica la doctrina que comentamos.

13. Y ello es así pese a que las leyes que prevén los institutos resarcitorios utilicen a veces, en referencia al requisito de la causalidad, expresiones del tipo “fehacientemente probado”.

14. En palabras de Luis Medina, la TOP, por cuanto técnica ante la incertidumbre, sólo entra en juego “cuando no haya podido acreditarse la concurrencia del nexo de causalidad porque el operador jurídico (...) considere que las probabilidades de que la víctima no hubiera sufrido el daño [con una actuación correcta del agente] no alcanzan el nivel suficiente para formar la convicción de que el agente provocó el daño”; o sea, sólo cuando fracase la prueba. Vid. *La teoría de la pérdida de oportunidad*, cit., p. 87.

15. Insiste también en esta exigencia L. Medina, *Ibidem*, (vid., por ejemplo, p. 94), que la configura como el “umbral mínimo de seriedad” por debajo del cual no hay nada que resarcir. En la jurisprudencia comparada ha empezado a plantearse qué probabilidad estadística de evitar el daño debe concurrir para que pueda aplicarse la TOP.

16. Por ello no deben extrañar las críticas a estos usos de la TOP: si la relación de causalidad está probada, no se ve por qué habría de rebajarse la indemnización.

17. En el mismo sentido L. Medina, *La teoría de las pérdidas de oportunidad*, cit., pp. 90 ss.

18. Vid. en este mismo sentido, A. Luna Yera, *Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria*, en *InDret*, 02/2005, p. 7.

19. Vid. capítulo VI, apartado V: *La proliferación de ficciones como síntoma de crisis*.

# LA RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL COMO RESPUESTA A LA INCERTIDUMBRE CAUSAL: ¿PROBLEMA DE DAÑO, DE CAUSA O DE PRUEBA?

(A propósito de las observaciones de Marina Gascó Abellán)

TEORDER  
2009, N.º 6, PÁGS. 190-226

Luis Medina Alcoz

Universidad Complutense de Madrid

**Sumario:** 1. Planteamiento. 2. Responsabilidad proporcional y teoría del daño. 3. Responsabilidad proporcional y teoría de la causalidad. A) La teoría de la causalidad probabilística. B) La responsabilidad proporcional como expresión de una metodología renovada de elaboración de teorías causales. 4. Responsabilidad proporcional y teoría de la prueba. A) El modelo cognocitivista de fijación judicial de los hechos. B) La supuesta presunción “*iuris tantum*” de causalidad. 5. Consideraciones finales.

## 1. PLANTEAMIENTO

Dentro de la responsabilidad por daños (contractual y extracontractual; de los particulares y de la Administración), la teoría general de la causalidad (en combinación con la dogmática general en materia de prueba) obliga a que el peso de la incertidumbre recaiga en su conjunto sobre un solo sujeto: sobre el agente dañoso, cuando, ante las dificultades probatorias, el juzgador rebaja el estándar ordinario de prueba para afirmar un nexo causal dudoso y ordena la reparación total del daño padecido; o sobre la víctima, cuando el órgano judicial mantiene ese estándar ordinario y libera de toda responsabilidad al agente (posiblemente) dañoso. Frente a este planteamiento, la teoría

de la *chance* distribuye el peso de esa incertidumbre entre las dos partes implicadas: el agente responde sólo en proporción a la probabilidad de que fuera autor del menoscabo; y la víctima obtiene sólo una indemnización parcial acomodada a la probabilidad de que hubiera dejado de padecer el daño de no haber mediado el hecho lesivo. De este modo, se brinda una solución equilibrada que pretende acomodarse a una sensibilidad justicial a la que repugna que se exonere al agente (posiblemente) dañoso por las dificultades probatorias, pero también que se le obligue a reparar la totalidad de un daño que pudo no haber causado. Frente a la regla clásica del *todo o nada*, se afirma así una pauta de *ni todo ni nada*, es decir, un criterio de responsabilidad propor-

cional en cuya virtud la indemnización resultante refleja de manera aproximada las dudas en torno a la verdad del nexo causal derivadas de un juicio de valoración probatoria que no arroja resultados concluyentes ni a favor ni en contra. Es el sistema que, por ejemplo, ante la incógnita del resultado de un tratamiento médico adecuado que no pudo llevarse a cabo con anterioridad por un error de diagnóstico, consigue que la víctima obtenga una reparación sin que el médico peche enteramente con unas consecuencias perjudiciales que habrían podido acontecer en todo caso.

Esta nueva construcción plantea, al menos, dos problemas de enorme enjundia. El primero es su *fundamento jurídico*, es decir, las razones por las que puede afirmarse que hoy el Derecho español de daños ha establecido esta solución jurídica para casos de incertidumbre causal en contra del asentadísimo y extendidísimo criterio de que la única responsabilidad posible es la *total* basada en la prueba *cumplida* de que hay una probabilidad suficiente de que, sin el hecho ilícito, el daño no se hubiera producido. El segundo es la delimitación del *ámbito de aplicación* de esta doctrina, esto es, la determinación de los casos de incertidumbre causal que siguen rigiéndose por la regla del todo o nada y de aquéllos a los que debe aplicarse la nueva regla de responsabilidad proporcional. La profesora Marina Gascón se ha centrado en la primera cuestión sin rehuir enteramente la segunda en el excelente comentario crítico que realiza a mi libro *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2007. Su tesis es muy original hasta el punto de que, en cierto modo, viene a añadir un nuevo filón de razonamientos al ya rico bagaje de teorías formuladas para justificar la doctrina de la pérdida de oportunidad.

El variado conjunto de construcciones expresadas (dentro y fuera de España) para fundamentar la teoría de la pérdida de oportunidad se apoya siempre en la teoría de la responsabilidad civil, aunque fijándose en diferentes segmentos: Un subgrupo se mueve en la teoría del daño (teorías ontológicas) y el otro en la teoría

de la causalidad (teorías de la causalidad probabilística). La tesis de Gascón Abellán representa una explicación alternativa que pretende conseguir el mismo resultado (justificar la teoría de la pérdida de oportunidad) apoyándose, no tanto en la dogmática de la responsabilidad, como en la teoría de la prueba y, muy en particular, en el modelo “cognocitivist” de fijación judicial de los hechos. Se trata de un planteamiento del que discrepo en parte, pero que, a mi modo de ver, aporta un conjunto de reflexiones muy útiles y sugerentes en un momento crucial para el devenir de la teoría de la pérdida de oportunidad en España: Últimamente, el Tribunal Supremo y los máximos órganos consultivos estatal y autonómicos están mostrándose proclives a la aplicación de la teoría fuera del círculo estricto de supuestos que plantea la responsabilidad de profesionales forenses, aunque, por lo general, sin demasiado rigor.

## 2. RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL Y TEORÍA DEL DAÑO

A mi juicio, la teoría de la pérdida de oportunidad se enfrenta derechamente a la teoría de la causalidad y a los preceptos sobre los que ésta se ha edificado; en España, los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, para la responsabilidad contractual y extracontractual de los particulares, y 139 de la Ley 30/1992, para la responsabilidad de las Administraciones públicas. Estos preceptos presuponen la prueba del nexo etiológico; que sin ella no puede surgir la obligación de indemnizar, y, por tal razón, la responsabilidad (parcial o proporcional) por una causalidad sólo posible parece incompatible con ellos. Tanto en España como en los ordenamientos de nuestro entorno, doctrina y jurisprudencia han camuflado este dato a través de variopintos expedientes: para justificar el otorgamiento de indemnizaciones parciales en supuestos de falta de prueba patente del nexo causal, acuden a artificios con que afirmar su compatibilidad con la concep-

ción tradicional de la causa. Afirman que, en los casos en que la probabilidad causal no es alta, sino simplemente seria, la víctima pierde una propiedad anterior (teoría ontológica del perjuicio patrimonial, desarrollada en Italia y en los Estados Unidos) o sufre un daño moral (teoría ontológica del perjuicio personal, aplicada en Francia y, sobre todo, en España). Bajo esta perspectiva, el daño indemnizado es, no el daño final incierto, sino la posibilidad de evitarlo, configurado como un daño *a se stante* de carácter económico o personal. De este modo, la teoría del daño proporciona cobertura para la indemnización en supuestos de incertidumbre causal insalvable.

Se trata de construcciones doctrinales que no resisten un análisis crítico y cuyo único sentido es proporcionar la protección que se estima debida, pero sin cuestionar el concepto tradicional de causa. Tales construcciones hacen depender la existencia de un daño emergente (económico o personal) de las posibilidades cognoscitivas del juez, esto es, de las informaciones de que dispone para formarse un juicio en torno a las circunstancias fácticas del caso. Si tales informaciones arrojan una probabilidad causal seria y no desdeñable, se afirma que la víctima ha perdido un bien de naturaleza patrimonial o moral, pero si, en el mismo caso, nuevos datos determinan que tal probabilidad sea, en realidad, muy alta o muy baja, ese bien desaparece “misteriosamente” para afirmarse o negarse la existencia del nexo causal (y, por tanto, conceder o denegar la reparación total). Por eso las teorías ontológicas constituyen *ficciones en sentido estricto*: A su través, se pretende innovar, sin que lo parezca, esto es, “rectificar el Derecho existente, pero sin decirlo, haciendo creer y haciendo como si lo creyera uno mismo que se aplican las normas que de antiguo vienen dadas”<sup>20</sup>, todo ello adoptando como verdadero algo que es enteramente falso: que, cuando fracasa la prueba del nexo causal, pero el juicio valorativo arroja una probabilidad no desdeñable, la víctima sufre la pérdida de un bien distinto, esto es, la pérdida (segura) de la posibilidad de evitar el daño final (incierto)<sup>21</sup>. Se trata de una ficción

que no puede aceptarse técnicamente, pero hay que admitir que gracias a ella la responsabilidad parcial por causalidades sólo posibles constituye una realidad en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. El conflicto entre la dogmática tradicional (que impone el todo o nada) y la sensibilidad justicial (a la que repugna esta solución en algunos supuestos de incertidumbre causal) se ha resuelto a favor de ésta última a través de las teorías ontológicas. Es tal el arraigo de estas últimas, que la denominación misma del expediente examinado (teoría de la *pérdida de oportunidad*) sugiere la existencia de *chances* u *oportunidades* como bienes de la realidad cuya pérdida reclama una reparación. Tan es así que, en los últimos años, asistimos en España a un fenómeno de aplicación creciente de la teoría de la pérdida de oportunidad que sigue enteramente basado en la idea de que el objeto de la reparación es, no el daño incierto, sino la pérdida de la posibilidad de evitarlo<sup>22</sup>. El problema es que este modo de proceder, al ocultar el problema de fondo, impide la discusión abierta en torno al alcance que puede reputarse como adecuado o idóneo para la responsabilidad sin causa (suficientemente) acreditada dentro del Derecho español de daños. Por eso creo que es hora ya de llamar las cosas por su nombre y situar la teoría de la pérdida de oportunidad donde le corresponde: en la teoría de la causalidad, como subsistema de imputación probabilístico que funciona al lado del clásico y general de *todo o nada*<sup>23</sup>. Sólo así puede plantearse en serio el debate en torno al campo operativo que debe corresponder a cada uno de los dos subsistemas.

La profesora Gascón Abellán se muestra crítica con las teorías ontológicas cuando rechaza la construcción que “*finje* que el daño producido es, no el que ha dado origen al conflicto, sino el consistente en la pérdida de la oportunidad de que aquél se produjera”. Sin embargo, algunos de los pasajes de su excelente comentario crítico pueden interpretarse como concesiones a las teorías ontológicas. El más evidente es, quizá, el incluido en la nota

11: “cuando la TOP se aplica a otros ámbitos donde el daño producido es propiamente la pérdida de una oportunidad de conseguir una ventaja, no sólo no instaura una ficción sino tampoco una presunción probatoria. Así sucede, por ejemplo, cuando se solicita la declaración de responsabilidad del abogado que, por no haber interpuesto en tiempo un recurso mediante el que se pretendía una indemnización, ha hecho perder a su cliente la oportunidad de haber ganado el recurso y con ello la indemnización pretendida. No parece forzado sostener que en estos casos el *daño real producido es justamente la pérdida de la oportunidad* de interponer el recurso para obtener una resolución satisfactoria, y no la *indemnización que hubiera obtenido con una resolución satisfactoria*, que ni existe ni es seguro que llegara a existir. De modo que, en este caso, acreditar que había una oportunidad real y sería de obtener una ventaja es exactamente probar (directamente y no mediante una presunción) el nexo causal del que deriva la responsabilidad del abogado”.

Estoy de acuerdo en que un abogado, *siempre* que olvida recurrir la sentencia desfavorable para los intereses de su cliente, produce un daño moral, por frustración de aspiraciones de defensa. Pero la reparación de este daño no debe encauzarse a través de la doctrina de la pérdida de oportunidad: Constituye la lesión de un bien de la personalidad que debe indemnizarse con independencia de la mayor o menor probabilidad de victoria en el proceso que no fue. Por eso, junto a la compensación de este daño moral, puede acumularse la indemnización de los daños derivados de la falta de satisfacción de la pretensión; indemnización que habrá de ser total si la probabilidad causal (*id est*: el grado de prosperabilidad del recurso) alcanza el umbral (máximo) de certeza (doctrina causal clásica: *todo o nada*); o parcial si supera sólo un umbral (mínimo) de seriedad (doctrina de la pérdida de oportunidad: *ni todo ni nada*). Es la solución que, a mi modo de ver, debería aplicarse en otros casos, como los de ausencia de consentimiento informado: La falta de información sobre los riesgos apa-

rejados a una intervención o tratamiento genera un daño moral sustanciado en la lesión del derecho del paciente a autodeterminarse; y si resulta, además, que es posible que el paciente hubiera rechazado el tratamiento en que esos riesgos se desencadenaron efectivamente, procedería reparar también (total o parcialmente, según se supere el umbral máximo de certeza o el mínimo de seriedad) las lesiones físicas producidas. Así las cosas, la reparación del atentado al derecho de defensa del particular o a su capacidad de autodeterminación no se encauza a través de la teoría de la pérdida de oportunidad ni implica la validez parcial de las teorías ontológicas. Discrepo, consecuentemente, en este punto.

La profesora de la Universidad de Castilla-La Mancha realiza una segunda concesión a las teorías ontológicas cuando afirma que la doctrina de la pérdida de oportunidad puede interpretarse como una presunción legal *iuris tantum de causalidad* en la que el hecho base es: “1) había una oportunidad real y sería de evitar el daño; y 2) esa oportunidad se perdió a causa del comportamiento del agente”; y la consecuencia jurídica derivada es que “debe presumirse que (o sea, debe actuarse ‘como si’ estuviera probado que) el comportamiento del agente causó el daño; es decir, *debe imputarse responsabilidad al agente y reconocerse una indemnización*”. Este planteamiento presupone, a mi juicio, una noción sustantivada de oportunidad como bien en sí mismo, cuya pérdida puede distinguirse conceptualmente de la ventaja a la que tal oportunidad se orienta teleológicamente. En definitiva, parece admitir, en consonancia con las teorías ontológicas, que una cosa es la pérdida de una posibilidad de curación que sacrifica el médico negligente que diagnostica erróneamente la enfermedad y otra el menoscabo fisiológico que, quizá, habría podido evitarse con un tratamiento adecuado y tempestivo; que una cosa es la pérdida de una posibilidad de victoria que sacrifica el abogado negligente que no interpone el recurso; y otra la pérdida del beneficio (normalmente patrimonial) que habría podido conseguirse con una sentencia

favorable. En efecto, Gascón Abellán distingue dos causalidades, la que liga el hecho ilícito con el daño final incierto (consecuencia jurídica) y la que vincula el hecho ilícito con la pérdida de la posibilidad de evitarlo (hecho base). Conforme a su planteamiento, la afirmación de la segunda pasa por apreciar la existencia de la primera. Pero, según hemos razonado ya, no puede admitirse lógicamente la existencia de la pérdida de una oportunidad como un daño autónomo. La *chance* como bien (personal o patrimonial) no existe; es sólo el artificio al que acuden las teorías ontológicas para ocultar la quiebra del dogma causal que supone la reparación parcial de un daño incierto (pero de causalidad posible). De este modo, la formulación de Gascón Abellán constituye una concesión difícilmente aceptable a las teorías ontológicas o una tautología. Porque, si admitiéramos que la profesora castellano-manchega parte de que la única causalidad posible es la referida al daño *real*, resultaría que el hecho base del que la norma extraería la conclusión probatoria sería el mismo que el hecho resultante incluido en la consecuencia jurídica. Se trataría de una presunción de causalidad que exigiría la prueba de la causalidad, lo que constituye una posición lógicamente inconsistente. Hay, no obstante, una lectura alternativa de la posición defendida por Gascón Abellán que deja de sustantivar el concepto de oportunidad sin incurrir en argumentos tautológicos. Conforme a ella, el hecho base del esquema presuntivo propuesto sería, simplemente, la prueba de que había una probabilidad no desdeñable de causalidad, que supera el estándar mínimo de seriedad sin alcanzar el nivel máximo de certeza. Según esta relectura, el Derecho asociaría a esta prueba la consecuencia de que debe actuarse como si la causalidad estuviera demostrada (es decir, como si la probabilidad causal hubiera superado el umbral de certidumbre). Pero tampoco acaba de convencerme esta explicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, según razono después.

### 3. RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL Y TEORÍA DE LA CAUSALIDAD

#### A) LA TEORÍA DE LA CAUSALIDAD PROBABILÍSTICA

A mi juicio, al menos en el Derecho español, pueden evitarse las ficciones que, en la actualidad, sostienen la mayor parte de los autores y juzgadores para encubrir que la teoría de la *chance* se enfrenta a la teoría general de la causalidad. Basta fijarse en las normas en que está consagrada y constatar que allí no se dice que procede indemnizar a la víctima que sólo acredita una causalidad simplemente posible porque sufre un daño moral o porque pierde una cosa integrada previamente en su patrimonio jurídico (art. 2.7 Directiva 92/13/CE<sup>24</sup>; art. 112 Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales<sup>25</sup>, que reitera el contenido del artículo 63 de la derogada Ley 48/1998; art. 213 de Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos<sup>26</sup>; también determinados textos *soft law*: art. 7.4.3 Principios UNIDROIT<sup>27</sup>; art. 163 Parte General del Código Europeo de Contratos<sup>28</sup>; y las Leyes reguladoras de responsabilidad por daño causado por miembro indeterminado de grupo<sup>29</sup>). Tales normas quieren, sencillamente, que en los supuestos de hecho tomados en consideración surja la responsabilidad, aunque no pueda reputarse alta la probabilidad de que, sin la acción ilícita (o con la conducta debida omitida), el daño dejara de producirse. De este modo, esas reglas establecen un sistema alternativo de imputación causal que deja de basarse en la idea de que la causalidad es o no es (todo o nada), según se supere o no un umbral de certeza radicado en la alta probabilidad. Se trata de un *régimen especial de imputación probabilística* que da entrada a la virtualidad de una causalidad meramente posible y que permite la reparación parcial de un daño eventual sin negarle ficticiamente esta calidad. Planteada así la cuestión en el Derecho español, la dificultad es concretar hasta qué punto el recurso

a la analogía permite aumentar el inicialmente estrecho campo aplicativo de la doctrina de la oportunidad perdida y la concepción causal probabilística que lleva incorporada. El problema consiste, pues, en determinar si (y hasta qué punto) cabe proyectar el principio de causalidad probabilística que la Ley ha sancionado para un caso a supuestos imprevistos en que resulta igualmente imposible conseguir el grado de certeza que de ordinario es preciso para tener por cierto el hecho causal y ordenar la reparación total de perjuicio ocasionado.

Desde luego, facilitaría la labor del intérprete una reforma legal que estableciera con carácter general los supuestos en que procede brindar indemnizaciones parciales ante causalidades sólo posibles. A tal efecto, deberían ponderarse los resultados que arroja el análisis económico del Derecho, tanto a favor como en contra de un sistema de responsabilidad proporcional o probabilística<sup>30</sup>. Pero las reformas que se proyecten de ninguna manera pueden basarse exclusivamente en parámetros de eficiencia económica y prevención. La proliferación y consolidación de mecanismos de facilitación probatoria y técnicas de reparación proporcional en ausencia de prueba del nexo causal tienen que ver fundamentalmente, en realidad, con algo tan relevante como evanescente y difícilmente mensurable: la transformación de la sensibilidad judicial, que ya no tolera que sólo la causalidad cumplidamente acreditada encienda la mecánica de la responsabilidad. Y es que, tal sensibilidad, encauzada a través de pronunciamientos jurisprudenciales, estudios doctrinales y medidas legislativas, obliga a admitir que, de la misma manera que la causalidad perfectamente demostrada genera una responsabilidad “total” por el daño causado, la simplemente posible puede en algunos casos generar una responsabilidad “parcial” por la posibilidad del daño causado<sup>31</sup>. En lugar de acudir a ficciones o estratagemas jurídicas, debe reconocerse que la teoría de la *chance* ilumina una regla de responsabilidad proporcional en virtud de la cual el agente dañoso indemniza, no por el daño que ha causado, sino, simplemente, por el daño que posiblemente causó<sup>32</sup>.

Se trata, en definitiva, de una redefinición del concepto clásico de causalidad que prohíba las ideas de “causalidad sospechada”, “causalidad probabilística”, “porcentajes de causalidad”, “causalidad de proporciones” o “causación probable”, ligadas a las de “reparación proporcional” o “responsabilidad parcial”. Por eso no parece exagerado afirmar que esta severa transformación expresa un cambio de paradigma en sentido técnico.

Este planteamiento no acaba de convencer a la profesora Marina Gascón Abellán. Señala, en primer lugar, que el problema de la doctrina de la pérdida de oportunidad es más un problema de *prueba* que de *causalidad*. En definitiva, que el cambio de paradigma va referido, no tanto a las concepciones causales particulares como a las concepciones probatorias generales. Y esgrime, en segundo lugar, que mi tesis no alcanza a explicar la manera en que funciona la teoría de la pérdida de oportunidad: de mi planteamiento parece colegirse que puede darse por acreditada sin fundamento empírico alguno la existencia del nexo causal entre el comportamiento del agente y el daño producido; es decir, que puede actuar *contraepistemológicamente*; y esto no es verdaderamente así: “La TOP ... tiene un fundamento empírico: presupone —podría decirse— que el grado de probabilidad de que el comportamiento del agente haya sido la causa del daño es *directamente proporcional* al grado de probabilidad de haber evitado el daño e *inversamente proporcional* al grado de probabilidad de que el daño se haya debido a otras causas”.

El primer argumento expresa, sintéticamente, el núcleo del pensamiento de la profesora castellano-manchega en relación con la doctrina de la pérdida de oportunidad, y a él me referiré con más detenimiento después. En todo caso, desde ya admito parcialmente la excepción. La expresión de mi planteamiento puede conducir a la tesis completamente equivocada de que hay un *nuevo* sistema causal que sustituye por completo al *viejo*; que el sistema de imputación probabilística arrumba con el modelo causal tradicional de todo o nada. Y no es así en absoluto. Hay un cambio de para-



digma porque hay la alteración radical de nuestras convicciones tradicionales en materia de causalidad. Pero el efecto no es la sustitución de un sistema por otro, sino la complicación y el enriquecimiento de nuestros modelos de imputación causal. El *todo o nada* (la responsabilidad total ante probabilidades causales que superan un determinado estándar máximo de certidumbre) sigue siendo una regla elemental aplicable en la generalidad de los supuestos. Pero, en la actualidad, rige *también* otro sistema de *ni todo ni nada* (responsabilidad parcial ante probabilidades causales que sólo superan un determinado estándar mínimo de seriedad) para algunos casos de incertidumbre causal. Es más, aunque ambos sistemas son evidentemente diferentes, no puede desconocerse su sustrato común: en ambos casos la afirmación de la responsabilidad (total o parcial) se basa en una indagación racional acerca de la verdad del hecho causal. Por eso estoy completamente de acuerdo con la profesora Gascón en que la responsabilidad proporcional a que conduce la teoría de la pérdida de oportunidad tiene siempre un riguroso fundamento causal empírico. Lo que ocurre es que no creo que una teoría de la causalidad probabilística como la que sostengo conduzca a actuar contraepistemológicamente. Al contrario, expresa a las claras la necesidad de que el juicio de valoración racional en torno a la existencia del nexo causal se realice efectivamente<sup>33</sup>.

En efecto, tanto la teoría causal tradicional (y su corolario del *todo o nada*) como la teoría de la pérdida de oportunidad (y su efecto del *ni todo ni nada*) se basan en el cálculo (estimativo y, normalmente, lógico-inductivo) de la probabilidad. En el primer caso, la afirmación o la negación del nexo causal depende de un juicio de aceptabilidad enderezado a determinar si la probabilidad causal alcanza o no en el caso concreto un determinado umbral de certeza: el 50%, en el Derecho angloamericano en virtud del criterio *more probable than not*; y en torno al 75% en el Derecho europeo continental (y, según creo, en el hispanoamericano) en razón de la máxima *id quod plerumque accidit*. Bajo este planteamiento, si las probabilidad-

des causales alcanzan el dintel de certidumbre, se tiene por cierto el hecho causal y se brinda una reparación total; si, en cambio, no llegan a esa cifra, se niega su existencia y, con ello, se libera por completo al agente (posiblemente) dañoso. Así, pues, la teoría general de la causalidad se apoya en un juicio de verosimilitud encaminado a concretar la probabilidad de que, sin la intervención del hecho ilícito, el daño no se hubiera padecido. La respuesta resarcitoria del régimen alternativo establecido a través de la doctrina de la *chance* se basa igualmente en un juicio probabilístico encaminado a establecer el grado de verdad del hecho causal. Por eso conduce a la afirmación de causalidades posibles dotadas de fundamento empírico. La diferencia es que tal respuesta no depende ya de que la probabilidad causal pueda reputarse suficiente ni implica que el perjudicado obtenga todo o nada. Hallado el grado de probabilidad en el caso concreto, si es serio o apreciable, se proyecta sin más sobre la indemnización para afirmar una responsabilidad parcial basada en una causalidad sólo posible, y a la que no se niega ficticiamente esta calidad; la doctrina de la pérdida de oportunidad se vale de esa misma valoración probabilística; sólo que, si la probabilidad resultante supera un nivel (mínimo) de seriedad sin llegar a alcanzar el estándar (máximo) de certidumbre, impone una responsabilidad parcial, proporcionada a esa probabilidad. Por eso, cuando la teoría de la oportunidad perdida resulta aplicable, la decisión final es, simplemente, el resultado de proyectar el porcentaje calculado de probabilidad sobre el valor total del daño, que proporciona la medida exacta de la causalidad parcial que liga el hecho ilícito con el daño y el preciso alcance tanto de la indemnización a que tiene derecho el perjudicado como de la responsabilidad a que queda sujeto el agente (posiblemente) dañoso.

En este orden de ideas, la evolución del elemento causal recuerda a la padecida por el elemento subjetivo. El paradigma clásico de la responsabilidad civil era un modelo *monocéntrico*, que no admitía otro factor de imputación que la culpa. La alteración radical del modelo,

fruto de la evolución desde un sistema de rai-gambre penal (preventivo-punitivo) hacia otro basado en la exclusiva función resarcitoria de la indemnización, ha obligado a reconocer el juego de otros títulos de imputación distintos de la culpa (riesgo creado, sacrificio especial, incumplimiento). Pero esta evolución no ha supuesto 1) la preterición de la culpa como criterio de imputación, que sigue empleándose en la inmensa mayoría de los supuestos de responsabilidad civil; 2) ni, por supuesto, la erradicación de la exigencia de un título de imputación, esto es, de una buena razón que, sumada a la existencia del daño y del vínculo causal, justifique el surgimiento del crédito resarcitorio. Pues bien, el modelo causal tradicional es, asimismo, un sistema *monocéntrico* que sólo admite un sistema (de afirmación o negación del nexo causal, con afirmación o negación consecuente de la reparación total). Pero el surgimiento de la teoría de la pérdida de oportunidad (y de otros expedientes asimilables) está complicando y enriqueciendo ese modelo de imputación causal, transformándolo en un sistema *policéntrico*. Pero, también en este caso, 1) la afirmación de un sistema de causalidad probabilística no implica la preterición radical del viejo sistema, que sigue valiendo para la mayor parte de los casos; 2) ni, por supuesto, elimina la elemental exigencia de que las condenas de responsabilidad civil descansen *siempre* en una indagación seria y racional en torno a la verdad del hecho causal.

Así pues, tanto la culpa como la causalidad han sufrido o están sufriendo relevantes transformaciones catalogables como auténticos cambios de paradigma. Pero la dimensión del cambio no llega al punto de prescindir en absoluto de cada uno de los elementos del viejo sistema. Hay un buen número de constantes. Por eso, tan en contra estoy de los planteamientos panobjetivistas favorables a un entendimiento de que la responsabilidad civil se basa exclusivamente en la existencia de un daño y de un vínculo causal, sin que cobre relevancia alguna la culpa ni cualquier otro título de imputación (planteamiento todavía dominante en el Derecho español de la responsabilidad

patrimonial de las Administraciones públicas); como de las doctrinas que separan por completo el concepto de causa de la idea de verdad (entendida como grado de correspondencia), para transformarlo en una técnica al exclusivo servicio de la justicia preventiva o distributiva (construcciones norteamericanas que afirman la existencia del nexo causal, no tanto porque haya una probabilidad —mayor o menor— de que el sujeto agente produjera efectivamente la lesión, sino, simplemente, porque se estima que de este modo se previenen más accidentes o se distribuyen mejor los recursos disponibles).

## B) LA RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL COMO EXPRESIÓN DE UNA METODOLOGÍA RENOVADA DE ELABORACIÓN DE TEORÍAS CAUSALES

La circunstancia de que, en la actualidad, goce de particular predicamento la doctrina de la pérdida de oportunidad (y otras que, como la responsabilidad por cuota de mercado o por daño causado por miembro indeterminado de grupo, persiguen idénticos fines: proporcionar tutela en casos en que no es patente la presencia del vínculo causal, reconociendo el derecho a una indemnización acomodada a la probabilidad de que el sujeto agente fuera responsable) revela un cambio de actitud o percepción del problema de la causalidad. El debate causal tradicional ha estado (y sigue aún en gran parte) dominado por teorías como la de la imputación objetiva y sus predecesoras (de la causa próxima, eficiente y adecuada), formuladas con la intención de recortar las potencialidades aplicativas de un sistema que, de basarse en la estricta realidad causal, se creía carente de todo límite. En cambio, la doctrina de la oportunidad perdida se formula para ampliar esas potencialidades aplicativas porque se advierte que hay casos en que resulta injusto condicionar el surgimiento del crédito resarcitorio a la prueba fehaciente (suficiente) del lazo causal.

Cierto es que la percepción de que el elemento causal es un problema y de que la teoría de la *condicio sine qua non* no lo resuelve satisfactoriamente constituye una constante en todos los estudios de responsabilidad civil. Ahora bien, si, tradicionalmente, la causalidad se ha considerado problemática porque se temía que, a través de ella, pudieran multiplicarse exponencialmente las demandas de responsabilidad civil, ahora se ve de la misma manera, pero, en gran medida, porque empieza a constatar que con ella está llegándose al resultado exactamente contrario: el peligro de una sistemática exoneración de responsables debida a la dificultad de acreditar el nexo causal natural. Por lo menos en algunos sectores (actividades sanitarias, legales e industriales; fabricación y distribución de productos; procesos, procedimientos, concursos y oposiciones), se aprecia cómo los teóricos del Derecho de daños y la propia jurisprudencia han empezado a dirigir sus esfuerzos en otro sentido, movidos por un espíritu de ampliación más que de restricción; y ello obedece, quizá, al convencimiento de que demostrar la causalidad no es sencillo en absoluto. Se está tomado conciencia de que el juzgador no accede directamente a los hechos; de que llega a ellos a través de una percepción que, inevitablemente contaminada por la subjetividad, la imperfección del conocimiento empírico, las limitaciones inherentes al proceso y las dificultades del caso enjuiciado, sólo puede expresarse en términos de probabilidad. Se está abandonando, en definitiva, la clásica actitud del jurista acerca de los hechos, consistente en dar por descontado que el proceso puede asegurar su verdad. Por eso, se constata, primero, que, en determinados casos, la exigencia de la prueba de la causalidad, lejos de incrementar exageradamente el círculo de responsables, lo suprime totalmente; y se proponen, después, doctrinas y teorías que tratan de proporcionar tutela aunque falte la prueba (o la alta probabilidad) del nexo causal.

Y es que el debate causal tradicional —en el que se insertan aún las modernas reflexiones en torno a la doctrina de la imputación objetiva— ha girado en torno a una serie de proble-

mas que no se plantean en la inmensa mayoría de los casos de responsabilidad por daños: la identificación de pautas de negación de relevancia jurídica a causalidades demostradas. De ahí que se haya denunciado la desproporción desmesurada entre la enorme cantidad de literatura jurídica dedicada a la cuestión, sobre todo en el ordenamiento alemán —aunque también en el norteamericano—, y su relativa importancia práctica. Por eso, se dice, los juristas franceses a menudo parafrasean las palabras de Voltaire relativas a la existencia de Dios y afirman que, si no existiera la causalidad, los alemanes la habrían inventado para tener algo con lo que ejercitar sus mentes<sup>34</sup>. Dejando a un lado la provocación, lo cierto es que las cuestiones causales a las que se enfrentan nuestros jueces y tribunales no suelen tener que ver con la doctrina de la causalidad adecuada o la teoría de la imputación objetiva, esto es, con la necesidad de encontrar un criterio de “restricción” para negar relevancia jurídica a una causa física probada. Son mucho más frecuentes las sentencias que encaran la dificultad de valorar el dato fáctico de la causalidad, debiendo realizar un juicio en torno a qué habría ocurrido sin la intervención del hecho ilícito en situaciones de precariedad informativa.

Parece así que la transformación que expresa la doctrina de la pérdida de oportunidad es muy profunda: alcanza al método mismo con que, hasta ahora, han ido elaborándose los planteamientos causales. De manera sintética y muy simplificada puede afirmarse que las viejas teorías causales (causalidad próxima, adecuada, eficiente; imputación objetiva) son fruto de un “pensamiento dogmático” que pone el acento en la construcción de un sistema y que, al efecto, se fija en casos (muchas veces de laboratorio<sup>35</sup>) que ponen a prueba las teorías esbozadas. Y, en cambio, los nuevos planteamientos de la causalidad fáctica (la pérdida de oportunidad y otros, como la responsabilidad por causa anónima o la responsabilidad por cuota de mercado) son expresión de un “pensamiento problemático” que coloca ese acento en el caso con el único fin de solucionarlo, sin la pretensión de pergeñar una construcción

sistemática acabada. El fin perseguido con los viejos planteamientos es, prevalentemente, la construcción de una buena teoría, y, al efecto, opera una selección de problemas. Sin embargo, para los nuevos, el objetivo es la solución de problemas y, al efecto, opera una selección de teorías. Las doctrinas causales clásicas se han construido desde la dogmática y sientan criterios con que resolver una serie de casos que a menudo carecen de trascendencia jurisprudencial. Las nuevas se están elaborando a partir de problemas reales, presentes en la actividad diaria de los tribunales, proporcionando criterios para resolverlos. Parece, en definitiva, que, en la actualidad, el método *dogmático* (de arriba abajo) está siendo progresivamente desplazado por el método *tópico* (de abajo a arriba) a la hora de estructurar la reflexión teórica sobre la relación de causalidad<sup>36</sup>.

#### 4. RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL Y TEORÍA DE LA PRUEBA

##### A) EL MODELO COGNOSCITIVISTA DE FIJACIÓN JUDICIAL DE LOS HECHOS

Según he apuntado ya, la originalidad del planteamiento de Gascón Abellán radica, básicamente, en que trata de fundar la teoría de la pérdida de oportunidad directamente en la dogmática de la prueba, sin descender al instituto de la responsabilidad civil ni, por tanto, a su teoría causal. La clave de la fundamentación técnica de la teoría de la pérdida de oportunidad radica, a su juicio, en el rechazo de la concepción demostrativa de la prueba según la cual sólo hay responsabilidad si la relación causal está *completamente* acreditada. Es justamente la revisión de este modelo y la afirmación consecuente de un juicio al hecho basado en la probabilidad lo que permite entender y fundar la doctrina de la pérdida de oportunidad. De ahí que, a su modo de ver, el cambio de paradigma vaya referido, más a las concepciones probatorias que a las causales: “La TOP

exige la apertura de los tribunales a una epistemología más racional y crítica de la prueba; y de hecho la aplicación de esta doctrina ha corrido paralela a la apertura comentada”. Por eso la autora critica mis planteamientos, orientados a la revisión, no sólo de aquella concepción demostrativa de la prueba, sino también de la teoría de la causalidad en materia de responsabilidad civil. En su opinión, la incompatibilidad entre la teoría causal tradicional y la doctrina de la pérdida de oportunidad no es tal; “no es necesario recurrir a una nueva teoría de la causalidad probabilística alternativa a la teoría tradicional. Tan sólo es necesario superar la acrítica epistemología aún imperante en el ámbito jurídico que, no tomando nota de la falibilidad e imperfección de nuestro conocimiento del mundo ni en consecuencia del carácter meramente probabilístico de nuestras afirmaciones sobre el mismo, actúa como si la certeza se alcanzara totalmente o no se alcanzara en absoluto”.

Comparto las razones de fondo de la autora, pues me adscribo al modelo cognocitivistista de fijación judicial de los hechos que ella ha desarrollado magníficamente en múltiples contribuciones y, entre ellas, fundamentalmente, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999 (hay segunda edición de 2004). Tanto es así que, buena parte de mi pensamiento sobre la teoría de la pérdida de oportunidad está influido por sus trabajos, pues proporcionan una más amplia perspectiva con que abordar el problema de la prueba del nexos causal. Por eso estoy por completo de acuerdo en que un entendimiento cabal de la pérdida de oportunidad sólo es posible a través de un modelo probatorio que supere tanto el subjetivismo radical como la pretensión de que los hechos fijados en el proceso sean sólo los acreditados con absoluta certeza: Sólo al tomar conciencia de que “en la Tierra la verdad es una cuestión de grado”<sup>37</sup> puede entenderse una doctrina como la de la pérdida de oportunidad, que establece una respuesta resarcitoria cuando el grado de verdad del hecho causal es sólo intermedio, ni bajo ni alto. Entiendo, incluso, que el problema apremiante no es extender la

aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, sino consolidar una cultura probatoria de argumentación racional que dé cuenta en las sentencias de las razones lógicas (contrastables) por las que se estima verosímil o probable (y, por tanto, cierta) la existencia o inexistencia del nexo causal: Por encima de la injusticia a que a veces conduce el *todo o nada* está la de que se hurte a los ciudadanos un juicio razonado de probabilidad en torno a los elementos conducentes a las conclusiones probatorias<sup>38</sup>. En este sentido, se vislumbra en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (y en los dictámenes de los Consejos Consultivos) una peligrosa tendencia a utilizar la teoría de la pérdida de oportunidad para rebajar indemnizaciones que, en rigor, deberían ser totales porque los elementos de juicio disponibles permiten afirmar la existencia de un alto grado de probabilidad causal. Parece, en definitiva, que está generalizándose una tendencia que, en lugar de admitir la imperfección del conocimiento empírico para conformarse con una alta probabilidad a la hora de tener por cierto el vínculo etiológico, aplica la teoría de la pérdida de oportunidad para mantenerse adscrita a la corriente tradicional de exigencia de la absoluta certeza<sup>39</sup>. Por todo ello, valoro muy positivamente el esfuerzo de Gascón Abellán por proyectar sus estupendas construcciones en materia de prueba sobre el terreno de la responsabilidad civil: Al poner el énfasis en la teoría de la prueba, más que en la de la causalidad, acierta a introducir una serie de elementos de racionalidad que son fundamentales en un contexto como el actual en el que la mayor parte de las sentencias incluyen relatos fácticos inmotivados, aplicando a veces la teoría de la pérdida de oportunidad en supuestos en que hay suficiente prueba del nexo causal<sup>40</sup>.

Ahora bien, una cosa es que la doctrina de la pérdida de oportunidad sea (deba ser) *consecuente* con una teoría (cognocitivist) de la prueba (como sostengo); y otra bien distinta que sea *derivación* de una teoría (cognocitivist) de la prueba (como entiende Marina Gascón). Sin la teoría de la prueba no puede entenderse cabalmente la doctrina de la pérdida de oportunidad, pero la primera no puede por sí

fundamentar la segunda. Un juzgador adscrito al modelo cognocitivist de fijación judicial de los hechos es capaz de afirmar la certeza del nexo causal aunque no tenga la absoluta certeza; puede incluso razonar una rebaja del estándar ordinario de prueba para tener por cierto el nexo causal. Pero, basándose exclusivamente en la teoría de la prueba, no puede ordenar la reparación parcial de un daño incierto, cuando la probabilidad causal sólo supera un estándar mínimo de seriedad. Para ello necesita acudir al Derecho de la responsabilidad civil e indagar si existe una norma que lo autorice. Por eso creo que la teoría general de la prueba no puede por sí dar cuenta del fundamento de la doctrina de la pérdida de oportunidad, por más que ésta sólo pueda entenderse en el marco de aquélla. A tal efecto, es preciso acudir a la teoría general de la causalidad.

Y es que no puede dejar de tomarse en consideración que el *todo o nada* (basado en la existencia o inexistencia de una causalidad natural, real e indivisible) constituye un elemento basilar de la teoría clásica de la causalidad. Por eso su corrección exige una revisión de esa teoría, sin que sea suficiente la alteración de nuestras tradicionales convicciones probatorias. Prueba de ello es que el *todo o nada* constituye un corolario de la dogmática causal tradicional aplicado a problemas que no son probatorios; una dogmática que ha sido igualmente objeto de revisión en estos casos para proporcionar soluciones indemnizatorias equilibradas. Me refiero, en particular, a los casos de concurrencia de causas. La teoría tradicional obligaba a afirmar o negar enteramente la causalidad y, por ende, la responsabilidad, en supuestos en que una fuerza mayor (un hecho externo a la esfera de control del agente dañoso) concurre en la producción del daño. Sin embargo, la evolución legal, jurisprudencial y doctrinal del Derecho de daños ha matizado este planteamiento, introduciendo una regla de causalidad parcial que conduce al libramiento de indemnizaciones proporcionales de las que se descuenta el cupo de causalidad correspondiente a la fuerza mayor interviniente. Así, en particular, cuando tal fuerza mayor tiene origen humano porque la

proporciona la propia víctima (la denominada “culpa de la víctima”) o un tercero (la denominada “intervención de tercero”) <sup>41</sup>. En el primer caso, la moderna teoría causal, con múltiples apoyos en el Derecho positivo, establece una regla de responsabilidad proporcional en cuya virtud el agente dañoso queda obligado al pago de una indemnización de la que se descuenta la cuota de contribución causal aportada por la víctima. En el segundo, rige el criterio general de la solidaridad; todos los cocausantes quedan obligados frente a la víctima a la reparación total del daño padecido, pero en su relación interna funciona la regla de responsabilidad proporcional determinante de que quien abona la indemnización pueda reclamar de los demás la parte correspondiente a su cuota de aportación causal. Todo esto es, a mi juicio, expresión de un nuevo planteamiento causal, opuesto al tradicional con su corolario del todo o nada. Por eso, el entendimiento de las reglas de responsabilidad proporcional establecidas para casos de culpa concursal de la víctima e intervención concurrente de tercero es sólo posible en el marco de una dogmática revisada de la causalidad, sin que la teoría de la prueba tenga nada que decir. Pues bien, la regla de responsabilidad proporcional que impone la doctrina de la pérdida de oportunidad es una expresión más de este nuevo planteamiento y su enorme relación con la teoría de la prueba no debería ocultar que su instauración sólo es posible mediante la revisión de la teoría causal clásica.

## B) LA SUPUESTA PRESUNCIÓN “IURIS TANTUM” DE CAUSALIDAD

La posición de Marina Gascón se concreta en que puede entenderse la doctrina de la pérdida de oportunidad partiendo de la teoría de la prueba, como una doble regla, de presunción legal, por un lado, y de cuantificación, por otro. La regla de presunción dispone: “si había una oportunidad real y sería de evitar el daño que se perdió a causa de la actuación incorrecta del agente; y no está probado que el daño se debiera a otras causas; entonces debe presumirse que (o sea *debe actuarse “como si”*

*estuviese probado que*) el daño fue causado por la actuación incorrecta del agente”. Esta regla se complementa con otra de cuantificación en cuya virtud debe descontarse del valor total del daño padecido una parte proporcional a la probabilidad de que, en verdad, el agente no fuera autor del menoscabo padecido. La autora presta mucha más atención a la regla de presunción que a la de cuantificación. En todo caso, a juicio de la autora, su consideración conjunta permite: 1) conjurar la objeción contraepistemológica; 2) aliviar, cuando no evitar, el esfuerzo por buscar un respaldo legal a la doctrina de la pérdida de oportunidad; 3) visualizar mejor los requisitos de su aplicación, contribuyendo de este modo a combatir la utilización abusiva de la figura. Pero la construcción propuesta puede ser objeto de varios reparos, y, a mi modo de ver: 1) no es la única que conjura la objeción contraepistemológica; 2) no mitiga la necesidad de buscar un respaldo normativo dentro del Derecho dañoso; y 3) no ayuda a visualizar mejor que la teoría de la causalidad probabilística los requisitos de su aplicación.

A mi juicio, el punto más feble de la tesis de Marina Gascón se halla en la fundamentación técnica de la regla de cuantificación. Me parece evidente que el Derecho de daños, no el Derecho probatorio, es el único que puede establecerla. Por eso, la pretensión de la autora de fundar la teoría de la pérdida de oportunidad en la dogmática probatoria encuentra aquí una importante falla. Me parece que la regla de indemnización proporcional o probabilística constituye el núcleo cardinal de la teoría de la pérdida de oportunidad (su *contenido*); y que sólo una teoría causal revisada puede dar cuenta de ella. Únicamente la moderna teoría causal puede explicar el descuento de “cuotas de incertidumbre” en casos de pérdida de oportunidad, del mismo modo que fundamenta las indemnizaciones minoradas en supuestos de culpa de la víctima e intervención de tercero. Y sería un error reputar el cálculo indemnizatorio como una cuestión menor. Es la actitud clásica de la jurisprudencia y de la academia que, centradas en problemas de culpa y de im-

putación subjetiva, han reputado la cuestión indemnizatoria como un problema de orden exclusivamente fáctico cuya solución queda al arbitrio del juzgador. Pero tan jurídico es cuantificar una indemnización como apreciar la existencia de culpa. Por eso no me parece aceptable una teoría esforzada en fundamentar los presupuestos de aplicación (mediante la regla presuntiva) de la doctrina de la pérdida de oportunidad, dejando huérfano de apoyatura a su elemento crucial (la regla de responsabilidad proporcional).

Pero es que, en mi opinión, no resulta tampoco fácilmente aceptable la justificación de la regla presuntiva. Hay que tener en cuenta, en primer lugar, que su formulación se atiene a un concepto sustantivado (ontológico) de oportunidad perdida que, según hemos visto, debe rechazarse. Por eso entiendo que su formulación más acabada sería: *si resulta acreditada una probabilidad causal que supera un estándar mínimo de seriedad sin superar el máximo de certidumbre; y no está probado que el daño se debiera a otras causas; entonces debe presumirse que (o sea debe actuarse 'como si' estuviese probado que) el daño fue causado por la actuación incorrecta del agente*. Pero esta presunción *legal* no está formulada como tal en las normas que acogen la doctrina de la pérdida de oportunidad, cuya estructura es mucho más sencilla: el supuesto de hecho es la apreciación de la incertidumbre causal (probabilidad causal intermedia que sólo supera el estándar mínimo indicado); y la consecuencia jurídica es el libramiento de una indemnización proporcionada (al grado de probabilidad causal), sin que en ningún momento se obligue al juzgador a afirmar la existencia de causa, sino sólo la posibilidad de su existencia. Y es que, a mi modo de ver, la explicación de la doctrina de la *chance* en términos de presunción legal resulta un tanto forzada. Se trataría, por lo demás, de una presunción legal ciertamente extraña. Las presunciones legales cumplen la función de evitar un juicio de valoración probabilística sobre la verdad de un concreto hecho (cuando se tiene la prueba del hecho base); pero, en este caso, ese juicio de valoración probabilística debería realizarse

en todo caso. En primer lugar, porque la entrada en juego de la presunción de causalidad presupone el fracaso de la prueba del nexo de causalidad (la inexistencia de una probabilidad *suficiente* porque la efectivamente hallada no supera el estándar máximo de certeza); y, en segundo lugar, porque, para presumir el nexo etiológico, se precisa una probabilidad causal seria, no desdeñable, que sobrepase el umbral mínimo de seriedad.

Llegados a este punto, resulta inevitable la comparación entre la construcción de presunciones culpabilísticas como artificio al que acudían los clásicos para explicar el surgimiento de responsabilidades objetivas sin por ello contradecir el paradigma monista tradicional; y la construcción de presunciones causales, que parece un nuevo expediente para explicar el surgimiento de responsabilidades por etiologías sólo posibles sin por ello contradecir el paradigma clásico de imputación causal. La transformación de la sensibilidad justicial requería el reconocimiento de responsabilidades sin culpa (basadas en otras razones o criterios); y la respuesta inicial fue acudir a la presunción de culpa. Algo parecido puede estar ocurriendo cuando se invocan presunciones causales: El nuevo sistema de responsabilidad civil no encuentra la necesidad de que siempre haya una declaración formal de existencia de causalidad para encender la mecánica resarcitoria; admite casos en que basta una causalidad posible, aunque no alcance el umbral de certeza; no exige ya, para afirmar la responsabilidad, que se diga que el médico causó la muerte del enfermo al diagnosticarle tardíamente la patología, si la probabilidad de que lo hiciera no es alta; el sistema afirma a las claras la existencia de una causalidad dudosa y que esas dudas justifican la compartición del peso (económico) del daño entre las dos partes implicadas. Pero se trata de una transformación que los juristas que llevan trabajando durante largo tiempo con las herramientas del viejo modelo no pueden soportar fácilmente. Por eso, su esfuerzo por entrever causalidades jurídicamente afirmadas en estos casos puede ser, me parece, tanto como el intento de la civilística clásica por afirmar de

algún modo culpas en supuestos de responsabilidad objetiva. Pero creo que este modo de proceder, aunque conduce a la postre al mismo resultado resarcitorio, debe superarse. Porque, para un padre diligente que resulta condenado civilmente por las travesuras cometidas por su hijo no es lo mismo que la sentencia diga que responde porque ha educado mal a su hijo o porque no lo ha vigilado adecuadamente (por más que tales negligencias se presuman legalmente); a que declare que responde objetivamente por el riesgo que implica tener y educar a niños, que son de suyo difíciles de controlar. Porque, para el médico que resulta condenado, no es lo mismo que la sentencia diga que responde porque ha causado un daño (por más que tal afirmación se apoye en una presunción legal); a que declare que responde porque hay una incertidumbre causal cuyos efectos patrimoniales debe compartir con la víctima. Me parece, en definitiva, que no es preciso “insultar” a los progenitores ni a los profesionales sanitarios afirmando la existencia de culpa cuando el criterio del riesgo puede fundar por sí la responsabilidad; o la existencia de causalidad cuando la apreciación mera de una probabilidad causal intermedia puede justificar el libramiento de una indemnización parcial<sup>42</sup>.

La primera de las tres ventajas que, según Marina Gascón, proporciona la configuración de la doctrina de la *chance* en clave de presunción legal es la conjura de la objeción contraepistemológica. Esto porque, según dice, la teoría de la pérdida de oportunidad “*no afirma* que esté probado el nexo causal sino sólo que si se dan ciertas circunstancias *debe actuarse “como si”* estuviera probado; es decir, debe imputarse responsabilidad”; y porque “esa imputación no es arbitraria o ficticia: la asimilación entre la prueba de la pérdida de oportunidad de evitar el daño y la prueba del nexo causal sobre la que esa imputación se basa no es claramente falsa o contraepistemológica. La existencia de una oportunidad real y seria de evitar el daño es, al menos, un *indicio* de que con una actuación correcta (o sea, si no se hubiera perdido esa oportunidad) el daño se habría evitado, pues lo que significa una oportunidad *real y seria* es

que ‘no hay razones para pensar que la oportunidad no se hubiera aprovechado’ y que ‘de haberse aprovechado *es probable* que el daño se hubiera evitado’”. Comparto esta observación, sólo que, a mi modo de ver, la teoría de la causalidad probabilística que definiendo produce el mismo efecto. Según he razonado ya, mi explicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad parte de que un elemento constante de la teoría de la causalidad, que funciona tanto en el subsistema de *todo o nada* como en el de *ni todo ni nada*, es que las condenas indemnizatorias descansan *siempre* en una indagación seria y racional en torno a la verdad del hecho causal: Si ese “grado de verdad” es alto o suficiente, se aplica el primer subsistema para afirmar el nexo causal y la reparación total; si es simplemente serio, puede aplicarse el segundo para afirmar una causalidad posible y una reparación parcial.

La segunda ventaja de la construcción presuntiva es, según la ilustre profesora, que “permite presentar la TOP como una doctrina legítima aún sin respaldo legal”. No estoy seguro de que esto sea exactamente así. La presunción *legal* se distingue justamente de la presunción simple, entre otras cosas, por el dato de que está *legalmente* establecida. No soy partidario de un literalismo incapaz de entrever soluciones normativas distintas de las expresamente previstas. Pero me parece que es mucho decir que la catalogación de la doctrina de la *chance* como presunción legal libera de una indagación de Derecho positivo. Porque una cosa es que la realidad del Derecho de los daños y de los estándares probatorios sea la de un Derecho que suele hacerse primero en las sentencias y en los libros antes que en las Leyes, y otra muy distinta que tal circunstancia exima de investigar hasta qué punto el ordenamiento positivo vigente expresa de algún modo nuestras convicciones doctrinales. En todo caso, la profesora Gascón aporta en este punto un interesante argumento que, aunque no llega a convencerme enteramente de que puede ser superflua o innecesaria la búsqueda de apoyatura *legal* para una presunción *legal* como la propuesta, sí demuestra una legitimidad ma-



yor que los planteamientos causales contraepistemológicos (defendidos por la doctrina norteamericana antes mencionada) y la exigencia inequívoca para estos del acogimiento expreso. Me refiero a la idea de que la presunción legal de causalidad en que se funda la teoría de la pérdida de oportunidad, al tener un “muy serio fundamento empírico”, hace “que se conecte tan fuertemente a la teoría de la prueba que no precise respaldo legislativo para estar justificada”. En todo caso, no estoy muy seguro de que por esta razón la construcción presentada requiera de menores empeños de anclaje normativo que la teoría de la causalidad probabilística. Un problema fundamental que la teoría de la presunción no resuelve es la delimitación de los casos de incertidumbre causal en que procede aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidad. Ciertamente, la doctrina contiene una cierta cantidad de elementos delimitadores que permiten excluir de su ámbito operativo los casos que no son de incertidumbre causal estricta (probabilidades causales bajas que no superan el umbral mínimo de seriedad —negación de toda reparación—; y probabilidades causales altas que sobrepasan el umbral máximo de certidumbre —afirmación de la reparación total—)<sup>43</sup>. Pero si la pérdida de oportunidad es una doctrina con “desmesurada potencialidad aplicativa” es, justamente, porque puede proyectarse virtualmente sobre todo supuesto de incertidumbre causal estricta (y no sólo a los grupos de casos en cuyo seno se ha elaborado la teoría: actividades forenses, sanitarias, deportivas y concursos públicos, fundamentalmente)<sup>44</sup>. Pues bien, me parece que el planteamiento que sostengo, al enfatizar la importancia del anclaje legal de su respuesta resarcitoria, proporciona ciertas bases con que poner coto a la doctrina de la pérdida de oportunidad. Creo, en definitiva, que la extensión analógica de la *ratio* de las normas que establecen responsabilidades sin causa (suficientemente) acreditada, aunque imperfecta e insuficiente, constituye, al menos, un punto de partida. Sin duda, lo deseable es que el legislador introduzca mayores dosis de claridad en este punto (aunque sólo después de tomar en consideración un debate más intenso que el

desarrollado hasta el momento en España; su intervención inmadura puede ser peligrosa, por exceso o por defecto). Pero, por el momento, los concretos preceptos que la establecen y su extensión analógica a otros supuestos constituyen, junto a la caracterización tópica de grupos de casos, el cauce para una definición justa y racional del ámbito operativo de la teoría de la pérdida de oportunidad.

La tercera supuesta ventaja es que el diseño de la doctrina de la *chance* como presunción legal permite visualizar mejor sus requisitos y, con ello, puede atajar más efectivamente su utilización abusiva por exceso (afirmando responsabilidades ante probabilidades causales bajas y despreciables) o por defecto (rebajando responsabilidades ante probabilidades altas que, en rigor, deberían dar lugar a reparaciones totales). Me parece, sin embargo, que la doctrina de la causalidad probabilística visualiza por lo menos con igual claridad tales requisitos, tal como he razonado ya. Al configurar la *incertidumbre causal estricta* como el supuesto de hecho de la norma que prevé la consecuencia jurídica de la reparación proporcional, se captan fácilmente los perfiles aplicativos de la doctrina: Se aplica si hay incertidumbre (probabilidad ni alta ni baja: reparación proporcional); y no, consecuentemente, cuando hay la seguridad (relativa) de que el agente causó el daño (probabilidad alta: reparación total) o de que no pudo ocasionarlo (probabilidad baja: ausencia de reparación). Por lo demás, al configurar la incertidumbre causal como el supuesto de hecho de la norma que establece la consecuencia jurídica de la responsabilidad proporcional pueden obtenerse ulteriores requisitos de los que, quizá, no puede dar fácilmente cuenta el diseño de la teoría de la *chance* en clave de presunción<sup>45</sup>.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

Es muy probable que las diferencias de planteamiento que mantengo con la profesora Gascón Abellán obedezcan, en el fondo, a ra-

zones metacientíficas. Yo soy un administrativo estudioso de la responsabilidad por daños que se ha visto abocado a subir a la filosofía jurídica en materia de prueba; y ella es una filósofa experta en materia de prueba que se ha visto abocada a bajar al Derecho de daños. Por eso, al menos hasta cierto punto, es natural mi propensión a resolver el problema de la pérdida de oportunidad apoyándome prevalentemente en la teoría causal de la responsabilidad civil; y la de la profesora Gascón a resolverlo apoyándose prevalentemente en la teoría de la prueba. En todo caso, la mayor parte de nuestras diferencias son de *nomen*, y no de *substantia*: Son abrumadoramente mayoritarios los elementos comunes, quizá porque yo he ido de la mano de la profesora Gascón al acercarme a la teoría de la prueba, y ella ha contactado inicialmente con la doctrina de la pérdida de oportunidad a través de mi libro.

Tales elementos compartidos son, en esencia, los siguientes: 1) el rechazo del *todo o nada* como regla aplicable a *todos* los casos de incertidumbre causal; 2) la aceptación de la doctrina de la pérdida de oportunidad como teoría que proporciona en *algunos* casos una reparación proporcional a la probabilidad causal, cuando ésta supera un umbral mínimo de seriedad sin alcanzar el máximo de certidumbre; 3) la adopción del modelo cognocitista de fijación judicial de los hechos como referencia para la cabal comprensión de esa doctrina; 4) el rechazo de las teorías ontológicas, que configuran la pérdida de oportunidad como un daño en sí para justificar esa reparación parcial; 5) la insistencia en la necesidad de una valoración racional del daño (con apoyo, en su caso, en las normas del sistema legal de valoración del perjuicio corporal previsto para accidentes de circulación, pero extensible a muchos otros supuestos); y de una valoración racional de la probabilidad causal para la adecuada aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad. Este último aspecto es, a mi juicio, fundamental: la doctrina de la *chance* se realiza a través de la multiplicación del valor total del daño por el porcentaje de probabilidad causal, y todo el debate teórico en torno a ella queda

completamente oscurecido si no se enfatiza la importancia de estimar ambos factores rigurosamente, mediante la aplicación de reglas jurídicas y de racionalidad. Desgraciadamente, conozco pocos pronunciamientos españoles que se atengan a estos criterios de rigor<sup>46</sup>.

Hay, en fin, un aspecto que estimo vertebral para el cabal entendimiento del moderno debate causal en que, con toda probabilidad, concuerdo con la profesora Gascón, aunque ella no se haya ocupado del mismo en su comentario crítico. Me refiero al rechazo de la tendencia, muy en boga al abrigo de la doctrina de la imputación objetiva, a soslayar la reflexión *jurídica* en torno a la causalidad fáctica bajo el entendimiento de que pertenece al mundo del *ser* y de que, por tanto, su conocimiento sólo es posible a través de las Ciencias naturales. Es el planteamiento que, al separar radicalmente la causalidad de hecho de la causalidad de Derecho, parte de que la averiguación de si una conducta fue condición real y necesaria del menoscabo corresponde al científico natural y que, sólo si su criterio es positivo, debe pronunciarse el jurista, calificando la causa probada como relevante o intrascendente a los efectos de la responsabilidad civil.

La causalidad física no es algo que le venga dado al juzgador. Lejos de ser una cuestión exclusivamente técnica que se resuelve sin más incorporando el criterio de los expertos, es una actividad *jurídica* de ponderación fáctica que, como tal, está sujeta a las reglas que obligan a asegurar, a partir de la información aportada al proceso —incluida, como es natural, la científica o pericial—, que se acepte la hipótesis más verosímil o probable. Valorar qué habría ocurrido, de no haber mediado el hecho ilícito, es, en realidad, un juicio *normativo* que mide el grado de correspondencia de la hipótesis de que el agente causó el daño con la realidad objetiva. El juicio casual es un examen sujeto a criterios de racionalidad destinado a determinar si hubo causalidad para afirmarla como cierta, si la probabilidad de que el hecho ilícito fuera *condicio sine qua non* es alta o suficiente; o para descartarla por incierta, si tal probabilidad es baja o insuficiente. La

exigencia de un juicio o cálculo de probabilidad que calibre el grado de verosimilitud del hecho causal es, pues, una cuestión imbuida de normatividad que, no obstante, pertenece a la teoría de la causalidad física y a la teoría del conocimiento judicial de los hechos, que aportan las (variables) pautas con que apreciar el grado de (correspondencia con la) verdad del lazo etiológico. Es, pues, preciso relativizar la distinción entre *questio facti* y *questio iuris*, porque también la del primer tipo está sujeta a reglas y criterios normativos. Es necesario,

por tanto, atribuir también dignidad jurídica a la teoría de la causalidad física, encaminada a averiguar si el agente causó materialmente el daño. En este sentido, uno de los más relevantes méritos de la doctrina de la pérdida de oportunidad, en cuanto *regulación jurídica* de la incertumbre, es, justamente, mostrar a las claras el carácter normativo del juicio al hecho. En este sentido, la doctrina de la *chance* constituye un argumento más que, sumado a los múltiples que proporciona la obra de Gascón Abellán, demuestra que los hechos son también Derecho.

## NOTAS

20. Emilio GÓMEZ ORBANEJA, “Ficciones y conceptos formales en el Derecho”, *Moneda y Crédito*, núm. 128, 1974, editado como libro por Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 25.

21. Las teorías ontológicas construyen una *ficción* en sentido estricto porque inventan un bien que no existe y, con ello, inventan una causalidad igualmente imposible: la que vincula el hecho ilícito con la (pretendida) pérdida de ese bien. Pero, frente a la idea que parece derivarse de algunos pasajes del comentario de la profesora Marina Gascón, no creo que estas teorías realicen una *ficción probatoria* en el sentido de que obliguen a tener por demostrada la causalidad entre el hecho ilícito y el daño real o final (la pérdida de la ventaja de que se trate) incluso cuando tal afirmación carezca de fundamento empírico. No creo, en definitiva, que las teorías ontológicas conduzcan a actuar contraepistemológicamente. La mayor parte de sus exposiciones mantiene inalterado el esquema operativo básico de la doctrina de la *chance*: afirman responsabilidades proporcionadas a probabilidades causales serias, que no sobrepasan el estándar máximo de certidumbre. La condena resarcitoria se apoya, consecuentemente, en un juicio causal que no arroja resultados concluyentes, pero que proporciona un fundamento empírico serio en torno a la verdad del hecho causal. Lo que ocurre es que las teorías ontológicas, a la hora de justificar esta solución, en lugar de reconocer que el objeto de la reparación (parcial) es el daño final incierto (sólo posible); afirman que el bien resarcido es la pérdida en sí de la oportunidad.

22. Las primeras SSTs, Sala 3ª, que aplican sin tapujos la teoría de la pérdida de oportunidad se atienen a esta concepción ontológica (de 7 de julio de 2008 y 26 de junio de 2008 resumidas y comentadas más abajo). Por su parte, los Consejos Consultivos de algunas Comunidades Autónomas han empezado a aplicar en tiempos recientes la teoría de la pérdida de oportunidad en supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Y, aunque, por lo general, sus aplicaciones son mucho más rigurosas que las del Tribunal Supremo, se acogen decididamente a la teoría ontológica. Así, en particular, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha afirma que la doctrina de la pérdida de oportunidad “sustituye la reparación de un daño no probado por la de un daño que no consiste en otra cosa que en la pérdida de una posibilidad de curación” (Dictámenes 173/2007, 91/2008 y 199/2008). Esta idea se presenta a veces de manera más precisa: “lo que debe ser objeto de reparación” es, no el daño *real* padecido, sino “la pérdida de la oportunidad o de la probabilidad de que con un diagnóstico efectuado de conformidad con las pruebas y análisis que una adecuada *lex artis* imponían, se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable a la salud del paciente” (Dictámenes 173/2007 y 91/2008).

23. Por su amplio arraigo, es difícil prescindir de la denominación “pérdida de oportunidad” asignada a la teoría que está canalizando el subsistema de *ni todo ni nada* (responsabilidad proporcional por causalidades sólo posibles). Pero, quizá, su superación podría contribuir a aclarar los términos de ese debate.

24. “Cuando una persona interponga una demanda por daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización, únicamente se le exigirá que pruebe que ha habido violación del Derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que transponen este Derecho, y que hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esa violación”. El mandato cohonesta con lo establecido en el undécimo Considerando, que señala: “cuando

una persona presente una demanda de daños y perjuicios por los gastos realizados con ocasión de la preparación de una oferta o de la participación en un procedimiento de formalización de un contrato, no se le exigirá, para obtener el reembolso de dichos gastos, que pruebe que en ausencia de esta violación se le habría adjudicado el contrato”.

25. “(...) 2. Para que proceda la indemnización se exigirá que se haya probado que ha habido infracción de lo dispuesto en la presente Ley y que el reclamante hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato si no se hubiera cometido tal infracción. (...) 4. La indemnización deberá cubrir cuando menos los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación”. Si se compara el tenor de este artículo con el del mencionado artículo 2 de la Directiva 92/13 que transpone, se constata una diferencia destacable. El precepto comunitario no afirma expresamente que, en presencia una posibilidad real de adjudicación, deben indemnizarse parcialmente las ganancias dejadas de obtener. Se limita a concretar que en estos supuestos han de abonarse los gastos de preparación de la oferta y participación en el procedimiento. La regla ha sido significativamente matizada en la Ley española, que establece que, cuando el perjudicado tuviera posibilidades reales de obtener el contrato, la compensación deberá cubrir cuando menos los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. Ese *cuando menos* encierra la idea de que la reparación que se conceda a quien pierda una posibilidad real de victoria puede incluir parte del beneficio neto que la ejecución del contrato habría reportado. Ese *más* que puede abarcar la reparación puede corresponderse, en definitiva, con un porcentaje del lucro inobtenido (el denominado beneficio industrial, que la jurisprudencia española suele identificar con el 6% del importe del contrato previsto).

26. “(...) 3. En los casos en que la reclamación fuera estimada, se haya iniciado la ejecución del contrato y mediaren razones técnicas o de equidad que hagan desaconsejable dejar sin efecto la adjudicación, la entidad contratante podrá, con carácter excepcional y de forma motivada, sustituir la ejecución de la resolución adoptada por la Junta de Contratación Pública por la concesión de una indemnización de daños y perjuicios. La indemnización deberá tener en cuenta la posibilidad real de que el reclamante hubiera obtenido la adjudicación de no haber mediado la infracción y deberá cubrir, al menos, los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de licitación”.

27. “Certeza del daño. Sólo es reparable el perjuicio que se establece con un grado razonable de certeza, aunque sea futuro. La pérdida de una oportunidad puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización. El perjuicio cuyo importe no puede determinarse con un grado suficiente de certeza, ha de ser valorado según la discreción del tribunal”.

28. “Daño patrimonial resarcible. 1. El daño patrimonial resarcible comprende: a) Tanto la pérdida sufrida, b) como el lucro cesante, que el acreedor podía razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las medidas que haya adoptado. Forma parte del lucro cesante la pérdida de oportunidad de ganancia que puede considerarse —con certeza razonable— ocasionada y que debe evaluarse en función del momento del incumplimiento o de la mora. (...)”.

29. La singularidad de este tipo de casos estriba en que se sabe que sólo uno de los miembros del grupo causó el daño, pero se desconoce exactamente cuál, por lo que, en rigor, no hay concurrencia causal. La solución jurisprudencial, con reflejo en varios textos legislativos [Ley de Ordenación de la Edificación (art. 17.3) y Leyes de caza nacional (art. 33.5), aragonesa (art. 71.4), canaria (art. 32.4 párr. 2º), cántabra (art. 63.4) y riojana (art. 18.2 párr. 1)] consiste en imputar a cada uno de los partícipes la totalidad del menoscabo, debiendo, por tanto, responder solidariamente frente a la víctima; y admitiendo que, dentro de la relación interna que vincula a los distintos deudores, la indemnización se distribuya entre ellos en función de las probabilidades de que fueran los causantes. Como, por lo general, no hay elementos de juicio que permitan calibrar la entidad de la probabilidad causal de cada miembro, lo normal es que se repartan la indemnización a partes iguales. Se impone, pues, también en este caso, una regla de indemnización proporcional para afrontar un caso de incertidumbre causal.

30. Cfr. D. KAYE, “The limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation”, *Am. B. Found. Res. Journal*, 2/1982, pp. 487-516; S. SHAVELL, *Economic analysis of accident law*, Cambridge, Harvard Univ. press, 1987, pp. 115-117; J. MAKDISI, “Proportional liability...”, cit., pp. 1063-1101; S. LEVMORE, “Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs”, *Journal Legal Stud.*, núm. 19, 1990, pp. 705-707.

31. J. MAKDISI, “Proportional liability...”, cit., pp. 1083-1084. Con parecidos términos, J. BORÉ, “L’indemnisation pour les chances perdues: une forme d’appréhension quantitative de la causalité d’un fait dommageable”, *Juris-Classeur pér.*, Semaine jur., 1974, Doctr., marg., ap. 16.

32. J. MAKDISI, “Proporcional liability...”, cit., p. 1073.

33. La profesora Gascón se refiere a una idea incluida en mi libro que, a su juicio, puede suponer un entendimiento erróneo de la pérdida de oportunidad, como doctrina que afirma responsabilidades sin causa (ni acreditada ni posible): “El hecho de que la doctrina de la pérdida de oportunidad sea una técnica de facilitación probatoria no significa —como parece en cambio colegirse del planteamiento de Luis Medina— que allí donde funciona se esté dando por acreditada o probada *sin fundamento empírico alguno* la existencia del nexo causal entre el comportamiento del agente y el daño producido. ‘Facilitación probatoria’ no significa ‘ausencia de prueba’. Y que esto es así me parece que resulta visible si se opta por la que considero la reconstrucción más apropiada de la doctrina de la pérdida de oportunidad: la que la concibe como una presunción *iuris tantum*”. Y en nota aclara que “‘parece colegirse’ porque si entendiera —como creo que hay que entender, (...) que cuando la TOP se aplica hay un buen *quantum* de prueba del nexo causal aunque claro está que no el suficiente para cumplir el estándar, creo que no sostendría (...) que con la TOP *no se suaviza el estándar* de prueba sino que *cambia el objeto mismo de la prueba*, que ya no es la relación de causalidad sino sólo ‘la probabilidad de obtener una ventaja’”. Mi opinión es, justamente, que la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica sólo ante un buen *quantum* de prueba, según razono en texto a continuación. Pero esto es compatible con la afirmación de que esta doctrina modifica el objeto de la prueba. Admito que esta afirmación puede dar lugar a equívocos. Pero con ella pretendo sólo poner de relieve el cambio fundamental que introduce la teoría de la pérdida de oportunidad: no pretende suavizar las exigencias probatorias (rebajar el estándar de prueba) para afirmar la certeza del nexo causal y garantizar una reparación total del daño padecido; pretende, en supuestos difíciles (probabilidades causales intermedias, que superan un mínimo, pero no alcanza el umbral de certeza), trasladar al *quantum* indemnizatorio las dudas en torno a la existencia del nexo causal para, de este modo, distribuir el peso de la incertidumbre entre las dos partes implicadas y, consecuentemente, evitar que el agente pague enteramente un daño que pudo no haber causado; y la víctima quede sin reparación alguna por un daño que pudo habersele causado. Por eso he dicho que las técnicas de facilitación probatoria que se limitan a rebajar el estándar de prueba alteran sólo la forma del juicio probatorio sin resolver el conflicto de fondo, pues la víctima sigue recibiendo todo o nada; y que la teoría de la pérdida de oportunidad va más allá, transformando el objeto de la prueba, que no es ya la causalidad (la alta probabilidad causal), sino una probabilidad seria y real de causa que justifica una indemnización parcial. La clave es que la teoría de la pérdida de oportunidad libera de afirmar o negar la existencia del nexo causal. Afirma abiertamente la existencia de una causalidad sólo posible y justifica una responsabilidad proporcional.

34. Basil Spyridonos MARKESINIS, *The German Law of Torts. A comparative introduction*, 2ª ed., Clarendon, Oxford, 1990, pp. 82, 90, 484-485.

35. Ejemplos de esta naturaleza, incluidos habitualmente (con escasas variantes) en los estudios sobre el nexo causal en la responsabilidad civil, son: 1) A gasta una broma a B, encerrándole en su habitación; B tenía previsto volar a una determinada hora, pero, como consecuencia del encierro, pierde el avión, viéndose abocado a tomar el siguiente; este segundo avión sufre un accidente, cae al océano y B fallece; 2) A golpea a B, que acude al hospital para tratarse las heridas; la planta en que estaba ingresado sufre un incendio sin que B logre escapar de las llamas, falleciendo. Estos dos ejemplos se traen a colación para demostrar la importancia de que una teoría de la causalidad jurídica encuentre un criterio jurídico con que evitar que A responda civilmente de la muerte de B, pese a que su conducta constituye sin lugar a dudas una *condicio sine qua non* de ese resultado lesivo. Hay prueba de la causalidad material, pero se afirma que el Derecho establece un criterio de restricción (adecuación de la causa, riesgo general de la vida...) determinante de que tal causalidad carezca de relevancia jurídica. Este planteamiento es, sin duda, acertado y vale para resolver algunos de los problemas causales a que se enfrentan los jueces. Pero lo artificioso de los ejemplos propuestos pone ya sobre la pista de que, en la *realidad* de las controversias jurisdiccionales, los problemas causales suelen ser de otra índole. Lo habitual es que el problema sea la búsqueda de criterios jurídicos, no para negar relevancia jurídica a causas demostradas, sino para adjudicársela a causas no (suficientemente) probadas.

36. Huelga decir que estas consideraciones están directamente basadas en los planteamientos de Theodor VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad. L. Díez Picazo, Taurus, Madrid, 1964, pp. 53 ss.

37. Jerome FRANK, *Derecho e incertidumbre*, 2ª ed., trad. original inglés “Short of sickness and death: a study of moral Responsibility in Legal Criticism”, *NY Univ. L. Rev.*, oct. 1951, núm. 4, C. M. Bidegain, pról. J. Cueto Rúa, Fontamara, Mexico D. F., 1993, p 40.

38. Un ejemplo clarísimo en este sentido es la opinión que a veces merece la denominada doctrina del “juicio dentro del juicio”. La locución “juicio dentro del juicio” (*trial within the trial; procès-dans-le-procès*) no es más que una forma plástica de expresar la exigencia fundamental de que se aprecie el nexo causal a través un juicio probabilístico en una

concreta serie de casos de responsabilidad civil: los que plantean las actividades forenses y, en particular, los de culpa de abogados y procuradores, por falta de interposición de un recurso. Cuando el cliente-perjudicado demanda al profesional legal negligente —reclamándole la cantidad que habría conseguido de haber obtenido un pronunciamiento favorable—, para apreciar si hubo o no nexo causal entre el hecho ilícito (la falta de presentación del recurso) y el daño producido (la inobtención de las ganancias esperadas), hay que determinar la probabilidad de que las pretensiones frustradas hubieran sido estimadas en el proceso que no tuvo lugar. En estas hipótesis, para valorar si hay o no causalidad y, en su caso, aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad, el órgano decisor está obligado a realizar un “juicio dentro del juicio”, esto es, una representación ideal de lo que habría ocurrido en el proceso que arroje cuáles son las probabilidades de que fueran atendidas las pretensiones del cliente. Dicho en otros términos, el curso de los acontecimientos que es preciso imaginar para averiguar si hubo conexión causal es aquí el curso de ese procedimiento jurisdiccional que no llegó a comenzar; y el grado de probabilidad de que el agente dañoso fuera causante del daño es el grado de prosperabilidad del recurso que no llegó siquiera a plantearse. Es importante, pues, retener que el “juicio dentro del juicio” no es más que la aplicación particular a un ámbito concreto de la realidad de la regla general de que la certidumbre del nexo causal se comprueba a través de un juicio pronóstico de probabilidades en torno a si el hecho ilícito fue *condicio sine qua non*. Pues bien, en el Derecho español hay una jurisprudencia que niega la viabilidad del “juicio dentro del juicio”; una jurisprudencia que no ha tomado conciencia de que, de este modo, están vulnerándose reglas basilares del Derecho procesal y de la institución resarcitoria que obligan al juez a pronunciarse en torno a la concurrencia del nexo causal a través de un examen retrospectivo del que resulten las probabilidades de que el hecho ilícito generara el menoscabo. Pueden leerse en las sentencias de nuestros Tribunales relativas a estos temas afirmaciones tales como que “resulta totalmente imposible saber sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de las conjeturas cuál hubiera podido ser el tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que habrían recibido los tres frustrados (por la no personación del procurador demandado) recursos de apelación” (STS de 11 de noviembre de 1997, Ar. 7871). De este modo, el daño (la pérdida de las ganancias que esperaba obtener el cliente) deja de repararse, pero no porque no concurre el nexo de causalidad, sino porque el Alto Tribunal no quiere siquiera examinar si lo hubo o no. Estamos, simple y llanamente, ante casos en que la autoridad judicial expresa abiertamente su voluntad abdicativa de no ejecutar la tarea con que decidirse en torno al elemento causal (en la línea de la sentencia criticada se sitúa la STS, Sala 1ª, de 25 de junio de 1998, Ar. 5013). Sin duda, esta tendencia tiene que ver con la idea de que en el proceso ha de asegurarse la verdad de los hechos con absoluta certeza. Nadie mejor que un juzgador para explicar la dificultad de predecir el resultado de un procedimiento jurisdiccional. Se trata de una dificultad probatoria que no es en absoluto privativa de este tipo de pleitos, pero en éstos, al requerirse conocimientos específicamente jurídicos, el juez puede interiorizar mejor que en ningún otro la relatividad de las hipótesis que puedan formularse en torno a la concurrencia del hecho causal. Son supuestos en que el órgano decisor está especialmente capacitado para comprender que cualquier conjetura es falsable o refutable. La imperfección del conocimiento humano se le hace especialmente presente en estos pleitos, pero, ante la imposibilidad de conseguir certezas absolutas, en lugar decidirse con pautas de probabilidad, claudica y deja de encarar el cálculo del grado de prosperabilidad del recurso con que determinar si hubo o no nexo causal y, por tanto, si puede aplicarse o no la teoría de la pérdida de oportunidad. Resulta que el conocimiento judicial de los hechos y la valoración de si hubo o no nexo causal se basan, precisamente, siempre y en todo caso, en ese “resbaladizo terreno de las conjeturas”, que, lejos de ser “absolutamente inadmisibles”, es necesario y obligado. La determinación del grado de probabilidad de una hipótesis o conjetura es, precisamente, el vehículo que orienta cualquier investigación científica e histórica y todo pronunciamiento judicial sobre *questiones facti*. La probabilidad es el recurso con el que afrontar el ineludible problema de la incertidumbre. El cálculo de probabilidad permite así, en los asuntos planteados, depurar la medida en que el cliente hubiera vencido en el hipotético proceso y, de este modo, aceptar o rechazar la hipótesis de que el abogado o procurador ocasionó el daño. No cabe, por tanto, renunciar al cálculo de probabilidad, entendido como método racional impuesto por las reglas de la sana crítica y las normas de responsabilidad civil; método que justifica a veces que el profesional legal quede liberado de toda responsabilidad; pero que otras conduce a la apreciación del nexo causal o a la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad porque no puede excluirse *a priori* que las pretensiones del cliente hubieran sido estimadas por estar amplia y netamente fundadas y basarse en circunstancias fácticas indubitadas.

39. Las primeras sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que aplican abiertamente la teoría de la pérdida de oportunidad son seguramente ejemplos de este uso abusivo. La sentencia de 7 de julio de 2008 se refiere a un submarinista que sufre un accidente de descompresión en Cullera. Este tipo de contingencia exige actuar con la máxima celeridad introduciendo al afectado en una cámara hiperbárica, de modo que, a mayor demora, mayor riesgo de que el tratamiento resulte ineficaz. En Valencia no había una cámara hiperbárica, por lo que hubo de trasladarse al buceador a un hospital barcelonés. El problema fue que el traslado no se hizo en helicóptero, sino en ambulancia, y que ésta salió casi cuatro horas después de que el paciente ingresara en el hospital “La Fe” de Valencia. El tratamiento fue ineficaz quedando el paciente postrado en silla de ruedas. Por su parte, la sentencia de 26 de junio de 2008 se refiere a un error de diagnóstico: ante la sospecha de enfermedad tuberculosa, se indicaron determinadas medicinas. La paciente no sufría tuberculosis y tenía una predisposición individual a padecer toxicidad por esos medicamentos. Se suspendió el tratamiento, pero la pa-

ciente ya había desarrollado una neuritis óptica bilateral con disminución de agudeza visual. En ambos casos el Tribunal afirma que la actuación de la Administración sanitaria no se ajustó al estándar exigible de calidad: en el primero, por la ausencia de cámara hiperbárica en una zona de costa como es Valencia, la no utilización de helicóptero para el traslado y el retraso de la salida de la ambulancia. En el segundo, por la falta de pruebas encaminadas a verificar el diagnóstico de tuberculosis y, en todo caso, por la no indicación de las vitaminas que hubieran podido contrarrestar los efectos de las medicinas antituberculosas. A su vez, en los dos supuestos se descarta que exista la prueba del nexo causal entre el hecho ilícito y el daño (la paraplejía y la neuritis) porque es posible que éste hubiera seguido produciéndose, aunque la Administración hubiera actuado correctamente (transportando rápidamente al buceador a Barcelona; y diagnosticando adecuadamente la dolencia o, al menos, aconsejando la toma de medicinas que contrarrestaran los efectos de las antituberculosas). Por eso condenan a abonar en concepto de pérdida de oportunidad unas cantidades (90.000€ y 30.000€) notablemente inferiores a las pretendidas por los recurrentes (123.604€ y ?). En el primer caso se afirma: “aquel principio [de reparación integral] no demanda el reconocimiento a favor del actor de una indemnización que le satisfaga por las secuelas que no soporta, entre otras razones porque la curación nunca se encuentra médicamente garantizada. En otras palabras, no debe pagársele por las dolencias reales padecidas a consecuencia del accidente disbárico, sino tan sólo por la mera posibilidad de que, de no haberse sufrido la repetida dilación, hubiera podido obtener un resultado distinto, más propicio y benigno”. En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo declara en esta misma línea: “no se indemniza por la neuritis óptica que se le ocasionó al recurrente en ambos ojos, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad, pues del informe pericial practicado cabe sostener que, de haberse administrado vitamina B6, los resultados hubieran podido ser otros”. Hay que valorar positivamente estas sentencias, pues hacen suyo un expediente que, aunque difícilmente compatible con la teoría clásica de la causalidad, puede servir para proporcionar soluciones equilibradas en supuestos en que no parece justo que se condene a la Administración a reparar totalmente un daño que pudo no haber causado; ni que se obligue a la víctima a pechar totalmente con un perjuicio que pudo no haber padecido. Y resulta comprensible que a tal efecto el Tribunal se acoja al artificio de afirmar que el concepto indemnizado es un daño en sí mismo, distinto del perjuicio *real*, como si la posibilidad de curación fuera un bien integrado en el patrimonio personal de la víctima. Pero es altamente criticable que, cuando el Tribunal recobra la instancia y valora el daño, deje de acogerse a criterios de racionalidad con que cuantificarlo, estableciendo las indemnizaciones de manera global y a ojo. También que abuse por defecto de la doctrina de la pérdida de oportunidad para rebajar indemnizaciones que, en rigor, deberían ser totales por haber suficientes elementos de juicio para tener por demostrado el nexo causal. De hecho, este uso abusivo se ha producido, posiblemente, en las dos sentencias referidas. En la primera el Tribunal hace suyo un informe según el cual se recupera globalmente el 71,5% de los accidentados disbáricos sometidos a tratamiento durante las primeras seis horas. Y si esto es así, pudo perfectamente afirmarse la prueba de la causalidad, pues el umbral de certeza se sitúa en cifras cercanas a ese porcentaje; o pudo, en todo caso, concederse el 71,5% del valor de los perjuicios padecidos. Nótese que la cantidad reconocida es el 72,8 de lo solicitado. Parece, pues, que el Tribunal ha cuantificado la indemnización atendiendo a ese alto porcentaje de probabilidad causal. El problema es que el Tribunal debió proyectar tal probabilidad, no sobre la cantidad reclamada, sino sobre una valoración del daño padecido realizada con sujeción a criterios de racionalidad. En el segundo pronunciamiento parece que no hay duda de que la medicina tuberculosa generó la neuritis óptica, pudiéndose afirmar el nexo causal. Lo dudoso es, probablemente, que la Administración infringiera la “lex artis” al aplicar un protocolo establecido y no indicar las vitaminas que contrarrestan los efectos adversos de la medicina antituberculosa en el escasísimo número de pacientes en que tales pueden manifestarse. De hecho, la sentencia *a qua* no tuvo problema en afirmar el nexo causal, pero liberó a la Administración por entender que había actuado correctamente.

40. Un análisis fino y completo de estas tendencias en supuestos de responsabilidad hospitalaria, Clara Isabel ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

41. Sin embargo, cuando el hecho irresistible o imprevisible concurrente no es humano (fuerza mayor en sentido estricto, como fuerza de la naturaleza), sigue imperando, al parecer, el viejo criterio del todo o nada. La doctrina jurisprudencial no ha previsto para estos casos una minoración de la indemnización en proporción a la entidad causal de la fuerza mayor: El agente dañoso queda obligado a abonar una compensación total, despreciándose la incidencia de la fuerza mayor; o queda completamente liberado de toda responsabilidad, exacerbándose la importancia de la fuerza mayor. Pero en estos supuestos, sería, quizá, más razonable reducir el alcance de la responsabilidad, como acontece cuando las fuerzas mayores intervinientes proceden de conductas humanas (culpa de la víctima o intervención de tercero). Sobre todas estas cuestiones, María MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003.

42. Esta idea, en relación con la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos, la tomo de Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 257.

43. La incertidumbre causal, en cuanto supuesto de hecho de la norma que establece la consecuencia de la responsabilidad proporcional, proporciona algún otro criterio delimitador. A ellos me refiero después.

44. Cfr. David A. FISCHER, "Tort recovery for loss of a chance", *Wake Forest L. Rev.*, núm. 36, 2001, pp. 605-655.

45. La incertidumbre causal que conforma el supuesto de hecho de la norma de responsabilidad proporcional es una incertidumbre *irreversible*, y ésta no se da cuando hay, razonablemente, la posibilidad de que después de la *estimatio* llegue a conseguirse la certeza de que el agente no causó un daño, bien porque, producido éste, puede obtenerse después la reparación (*v. gr.*, licitador que pudo ser adjudicatario en el concurso del que fue ilegalmente excluido, pero que puede obtener el contrato en razón de la condena judicial a la repetición del procedimiento), bien porque, no habiéndose producido aún al tiempo de la liquidación de los daños, puede no materializarse nunca (*v. gr.*, médico que, al exponer a radiación a su paciente, no causa daño alguno, pero aumenta las posibilidades de que acontezca después). Esa incertidumbre es, además, *intrínseca*, en el sentido de que quien la propicia no puede ser la propia víctima. Consecuentemente, la responsabilidad proporcional no resulta aplicable a 1) supuestos en que el daño cuya conexión causal es sólo posible aún no se ha materializado ni a los casos en que acontecimientos venideros pueden razonablemente propiciar su reparación. 2) supuestos en que el perjudicado ha dejado de emplear los medios probatorios que, estando a su alcance, habrían podido articular un juicio (más) seguro en torno a la existencia del lazo causal.

46. Los hay, sin embargo, en la doctrina legal del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. El entendimiento y aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en los dictámenes de este órgano presenta varios aspectos criticables. Pero, si estas críticas pueden realizarse, es por la ciertamente encomiable voluntad del Consejo de vertebrar sus propuestas indemnizatorias, aplicando criterios legales de valoración del daño y expresando en porcentajes el grado de probabilidad causal. Cfr. Dictámenes 242/2007, de 19 de diciembre; 91/2008, de 29 de abril; y 199/2008, de 1 de octubre.



# BREVÍSIMAS OBSERVACIONES

Marina Gascón Abellán

Los comentarios del profesor Luis Medina a mis observaciones sobre la teoría de la pérdida de oportunidad han captado admirablemente los puntos que compartimos (los más) y los puntos de disenso. Se ha centrado, obviamente, en estos últimos. Sus observaciones son extensas y bien articuladas e invitan a reflexionar con calma sobre ellas. No es cosa, pues, de realizar ahora una réplica apresurada. Sin embargo no me resisto a apuntar dos o tres cuestiones que seguramente están en la trastienda de nuestro disenso.

La TOP es un *asunto de prueba*. El propio Luis Medina entiende que esta doctrina adquiere sentido como respuesta a la injusta situación que se produce por la dificultad de probar el nexo causal. Otra cosa es que *además* pueda sostenerse —como él hace— que tal doctrina exige un *concepto alternativo de causalidad*. Es en este punto donde nuestros planteamientos parecen divergir más acusadamente, pues en mi opinión —y esto es lo que he sostenido— la TOP es compatible con el concepto clásico de causalidad. Ahora bien, creo que la divergencia es más aparente que real, pues refleja —como tantas veces sucede— un desacuerdo lingüístico. Más exactamente, cuando yo sostengo que la TOP es compatible con el concepto clásico de causalidad estoy aludiendo a la *causalidad física*, que hace referencia a una relación de eventos acaecidos en el mundo y que debe ser acreditada (o sea, probada) cuando el derecho así lo exija para que surja la responsabilidad. En cambio cuando Luis Medina afirma que con la TOP cambia el concepto de causalidad se refiere en realidad a la *causalidad jurídica*, o sea al concepto jurídico de causalidad que está en la base de la *imputación de responsabilidad*. En definitiva, la teoría de la causalidad pro-

babilística a la que hace referencia el profesor Medina Alcoz es una doctrina sobre la imputación de responsabilidad y no una nueva teoría de la causalidad, entendida como relación física entre dos fenómenos.

Sigo creyendo además que la reconstrucción de la TOP como una presunción *iuris tantum* resulta adecuada porque explica bastante bien su funcionamiento y por las ventajas que ya señalé. Y frente a ello no cabe decir que tal reconstrucción no resulta aceptable porque dicha regla presuntiva “no está formulada como tal en las normas que acogen la doctrina de la pérdida de oportunidad, cuya estructura es mucho más sencilla: el supuesto de hecho es la apreciación de la incertidumbre causal... y la consecuencia jurídica es el libramiento de una indemnización proporcional (al grado de probabilidad causal)”. Como es obvio, la “reconstrucción teórica” de una doctrina no puede ser una simple descripción de su práctica forense o de la normativa que la cobija, sino que pretende avanzar un esquema teórico que permita dar cuenta de la misma y, al propio tiempo, analizar mejor sus presupuestos y límites. Y la reconstrucción de la TOP como regla presuntiva es —me parece— útil a estos efectos. Asimismo, tampoco creo que pueda aceptarse sin más la objeción de que se trataría de “una presunción legal ciertamente extraña” porque las presunciones legales cumplen la función de “evitar un juicio de valoración probabilística sobre la verdad de un concreto hecho... pero en este caso ese juicio de valoración debería realizarse en todo caso”. Pues bien, no se ve cuál es la objeción en este punto. No es este el lugar para profundizar en ello pero me parece cuestionable la afirmación de que la función de las presunciones sea evitar un juicio

de valoración probabilística. Su función, creo, es proveer una cierta solución normativa para preservar ciertos valores, y esto lo realizan —y de ahí su especificidad frente a otras normas jurídicas— operando sobre la carga de la prueba.

No obstante, y aunque se aceptara esta reconstrucción de la TOP como norma presuntiva, seguramente tiene razón Luis Medina respecto al hecho de que la doctrina que comentamos necesitaría un respaldo legal en el derecho de daños. Más exactamente, aunque puede decirse que allí donde funciona ha habido prueba significativa del nexo causal, y aunque no creo que puedan ponerse graves objeciones a que se rebaje jurisprudencialmente un estándar de prueba que ha sido creado también jurisprudencialmente, en aras de la seguridad jurídica sería deseable que dicha presunción contara con una previsión normativa que le diera respaldo y estableciera con cierta precisión los casos de incertidumbre causal en que procede aplicarla y el criterio para cuantificar la indemnización correspondiente.

Creo que, en el fondo, lo que menos gusta a Luis Medina de la reconstrucción de la TOP como una norma presuntiva es que de este modo *se declara una responsabilidad con base* —aunque sea a través de una presunción— *en la causalidad*. Más exactamente, lo que rechaza es que, a través de esta reconstrucción, no se abandona el universo terminológico de la “causalidad” aun cuando ésta no ha resultado probada. Por eso dice que no es preciso “insultar”, por ejemplo a los profesionales sanitarios, afirmando “la existencia de causalidad cuando la apreciación mera de una probabilidad causal intermedia puede justificar el libramiento de una indemnización parcial”. Desde luego no puede negarse que este intento de reconstruir la TOP como un sistema de responsabilidad basado, no en la *causalidad* (“por más que tal afirmación se apoye en una presunción legal”) sino en la *causalidad probabilística*, o *causalidad posible* o *probabilidad causal intermedia*, está animada por un loable propósito que podría compartirse sin grave esfuerzo. Pero, más allá de las palabras, ¿qué es la causalidad probable o posible sino la probabilidad de que exista causalidad, *tout court*?





# TEMAS DE HOY

La cadena de custodia

*Pablo Hernández-Romo Valencia*

La lucha contra el narcotráfico: a la espera de una estrategia efectiva

*Ignacio de Lucas Martín*



# LA CADENA DE CUSTODIA

Pablo Hernández-Romo Valencia\*

Universidad Panamericana, México D.F.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Formas de identificar un objeto en un procedimiento penal. 3. ¿Qué se entiende por cadena de custodia? 4. Necesidad de llamar a cada persona. 5. Interrupción o falta de un eslabón. 6. ¿Necesidad de estar en custodia permanente? 7. Las formas de acreditar la cadena de custodia.

## 1. INTRODUCCIÓN

En materia procesal penal cuando se está ante un proceso, en muchas ocasiones será necesario identificar algún objeto que fue tomado del lugar de los hechos motivo de la averiguación previa o que le fue retirado al probable responsable o que es considerado objeto del delito; en estos casos, el inculpado puede argumentar que el objeto es o no de él o que el objeto ha sido alterado de alguna forma. Una de las formas a través de la cual se puede identificar el objeto, por parte del Ministerio Público, es demostrándose que se cumplió con la cadena de custodia<sup>1</sup>.

Para llegar a un proceso penal, primero se tuvo que haber pasado por varias etapas, y en estas distintas etapas, puede suceder que “aparezcan” ciertas pruebas que en realidad no deberán ser consideradas como pruebas. Me explico. ¿Cómo se puede saber que una prueba en realidad pertenece a un determinado caso y no a otro? Esto es, si existe una prueba X\*, significa que existe un caso X; sin embargo, la pregunta es, ¿cómo podemos saber que la prueba X\* pertenece al caso X y no al caso Y, o que no pertenece ni a uno ni a otro? Únicamente si

la prueba X\* es perfectamente creíble, deberá ser tomada en consideración, para adecuar esa prueba al caso X. Lo anterior no significa que tener una prueba del caso X quiera decir, que en realidad el caso X de hecho existió. La respuesta a los cuestionamientos anteriores, se irá dando a lo largo del presente trabajo.

El presente trabajo está encaminado a que el jurista teórico y el práctico del procedimiento penal, conozcan cómo puede considerarse fiable una prueba objetiva, como es el caso de las armas, drogas, mercancías, sangre, fibras, pelos, etc.

## 2. FORMAS DE IDENTIFICAR UN OBJETO EN UN PROCEDIMIENTO PENAL

Existen dos tipos de pruebas que pueden ser de suma importancia en un proceso penal, las pruebas objetivas y las pruebas testificales<sup>2</sup>. Respecto de cada una se deberá ver las características de las mismas para conocer la fiabilidad de éstas. La fiabilidad<sup>3</sup> será distinta según se

\* *Master Of Laws, Northwestern University, Chicago, Il, Us.* Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante, España. El presente trabajo se realizó durante una estancia de investigación en *Yale University, New Haven, CT, USA*, durante el verano del 2009.

trate de una u otra; sin embargo, ésta dependerá del tipo de prueba que se presente<sup>4</sup>.

Si bien la identificación puede ser realizada en muchas ocasiones por un testigo, existen ciertos objetos de prueba que no son fácilmente distinguibles de los demás, como es el caso de las drogas, armas, sangre, etc., entre otras sustancias. Junto a lo anterior, los objetos de prueba pueden cambiar de manos fácilmente antes de que alguna autoridad identifique el material probatorio. Debido a lo anterior, las partes del proceso cuentan con un medio que proporciona seguridad jurídica a los efectos de identificación de la prueba; a este medio se le conoce como *la cadena de custodia*<sup>5</sup>. Cuando un objeto es fácilmente identificable, no existirá necesidad de establecer una cadena de custodia<sup>6</sup>.

Cualquier tipo de prueba objetiva puede ser estudiada y examinada por ambas partes del proceso —acusado/defensor y Ministerio Público—; de hecho, considero que no sólo pueden, sino que deben de ser examinadas por ambas partes. Respecto de este tipo de pruebas, el problema se puede presentar porque en muchas ocasiones las pruebas objetivas no son lo que aparentan; lo anterior se comprende, ya que cualquier tipo de documento, moneda o billete de curso legal puede ser falsificado; muestras de sangre pueden ser mezcladas o drogas pueden ser colocadas a una persona<sup>7</sup>.

### 3. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR CADENA DE CUSTODIA?

Cuando se habla de la cadena de custodia se hace referencia a aspectos importantes de identificación, y se refiere al testimonio del cúmulo de personas que detentaron un objeto entre el tiempo en que se cometió un hecho litigioso y el tiempo en el que empieza el proceso<sup>8</sup>. Esto es, cuando el objeto de la prueba no se puede distinguir, o cuando su condición al experimentar sobre él puede cambiar o cuando es presentado en el juzgado y se tienen dudas sobre el mismo, la cadena de custodia es el método más efectivo para identificar<sup>9</sup>.

Cuando el material probatorio no contiene marcas distintivas y es esencialmente fungible, toda vez que no tiene características únicas (como pueden ser las drogas poseídas por el inculpado o encontradas en un domicilio o en un coche), o cuando ningún testigo puede identificarlo por conocimientos personales respecto de sus características distintivas, o cuando se debe poner mucho cuidado por el riesgo que existe de que pueda haber un error o engaño sobre una prueba, la cadena de custodia del material probatorio es generalmente necesaria. La imposibilidad para distinguir entre bienes fungibles hace que la simple vista sea un medio imposible para identificar un objeto<sup>10</sup>; ya que ningún testigo podrá testificar con veracidad que “esta sangre es del señor Juan Pérez Merodio” sólo con ver la sangre, o que “esa cocaína es la que se le encontró al Alfredo Haro Cruz”, sólo con ver la cocaína, o que “ese cartucho es de los que se encontraron en el homicidio del señor José Luis Monroy Salinas”. En estos casos siempre será necesario comprobar la cadena de custodia, la sola prueba testifical no podrá servir<sup>11</sup>.

Debido a esta naturaleza —fungible— estos objetos son susceptibles de ser manipulados o perdidos, y fácilmente sustituidos por otros idénticos; y por eso se recomienda que sean manejados de manera adecuada, utilizando sobres o bolsas de plástico que se puedan sellar o envases que puedan ser marcados y en donde se puedan poner las iniciales de quienes detentaron el objeto; de esta forma los objetos de prueba pueden ser identificados fácilmente y se eliminan la mayoría de los problemas de identificación y contaminación<sup>12</sup>. En estos casos, cada persona que detentó —custodió— el material probatorio desde que se obtuvo hasta el proceso deberá ser llamada para que identifique el material, para que testifique que el mismo no fue alterado o manipulado, y para que describa cómo es que llegó a su posesión y a quién se lo entregó. La pérdida de un eslabón de la cadena de custodia no necesariamente será fatal, y si eso sucediere se estará a lo que se puede probar con la prueba más que por lo que hace a la admisión de la misma<sup>13</sup>. Ahora bien,



si el objeto de prueba depende de su posterior análisis en un laboratorio, la identificación hecha por el policía cuando marcó la prueba en el lugar de los hechos, no será suficiente para acreditar la cadena de custodia; toda vez que el haber marcado la prueba únicamente indica que la prueba que se exhibe en el juicio fue la que se obtuvo en el lugar de los hechos por el policía, pero la cadena de custodia puede ser necesaria para establecer que dicho objeto es el que fue analizado en el laboratorio<sup>14</sup>.

Muchas pruebas en materia penal son identificadas de esta manera; tal es el caso de las drogas que se obtienen cuando las poseía un inculpado, así como pruebas físicas que se encuentran en el lugar de los hechos y pruebas forenses —manchas de sangre, fibras de ciertos materiales, cabello, semen—, todas estas para su credibilidad dependen de la cadena de custodia<sup>15</sup>.

Lo más importante en un procedimiento penal, respecto de la cadena de custodia, es que se pruebe que el material probatorio es el mismo, en todos los aspectos relevantes, que el que se recogió en el lugar de los hechos<sup>16</sup>. De nada sirve que en un caso —proceso— el Ministerio Público, por ejemplo, presente como prueba una bolsa de marihuana; éste deberá probar que es la misma marihuana que se le incautó al inculpado por parte de la policía. Además deberá probar que el peritaje realizado por el perito en química respecto de la sustancia verde que se le entregó en una bolsa es marihuana, y que es la misma sustancia que le fue retirada al inculpado. Esto es, el Ministerio Público no dirá que lo que está en la bolsa es marihuana; dirá que es la misma marihuana que se le recogió al inculpado y que fue examinada por los peritos en química<sup>17</sup>.

De conformidad con lo anterior, el objeto de la prueba podrá ser considerado como una verdadera prueba toda vez que fue identificado —esto es, se probará que es lo que se dice que es— demostrando que no ha sido sustituido, alterado o modificado con otro igual o parecido<sup>18</sup>.

A efectos de una mejor comprensión pondré un ejemplo, para que el lector aprecie la importancia de la cadena de custodia:

Imagínese que un policía detiene a una persona y se percata que el detenido posee una sustancia que se asemeja mucho a la cocaína. Posteriormente, los peritos en química de la policía analizan la sustancia para determinar el contenido. Una vez iniciado el proceso penal, antes de que el químico pueda ser cuestionado respecto de su peritaje de la sustancia en cuestión, el Ministerio Público deberá probar que la sustancia que ofreció como prueba no sólo es aquella respecto de la que se emitió el peritaje, sino que también deberá probar que fue la sustancia que se le incautó al inculpado —detenido—. En este caso, el Ministerio Público deberá probar que el polvo blanco que resultó ser 90% cocaína es el mismo polvo que fue obtenido del inculpado.

Piénsese ahora que el químico de la policía testifica que las etiquetas identificadoras se desprendieron de varios paquetes que le fueron enviados para su análisis y que el polvo que él puede identificar como cocaína pudo haber sido obtenido de otro caso. El valor de esta prueba será nulo ya que no se podrá demostrar que dicha sustancia es la misma que la que le fue recogida al inculpado<sup>19</sup>.

Suponga ahora que el químico de la policía identifica la sustancia ofrecida en el juzgado como la que él utilizó como material probatorio, pero dice que no sabe a quién se le quitó esa sustancia. Si el policía que le quitó la droga al inculpado testifica que la sustancia es aquella que él le quitó al inculpado y que él la cuidó antes de entregársela al químico para que éste realizara las pruebas químicas, dicha prueba deberá ser admitida<sup>20</sup>.

Es importante dejar claro que siempre que se trate de sustancias como los estupefacientes y psicotrópicos, que no poseen marca alguna, es indispensable acreditar la cadena de custodia y ésta requiere de algún sistema de identificación y control<sup>21</sup>. Esto se puede lograr, por ejemplo, introduciendo la sustancia en un sobre cerrado y que cada persona que detente la sustancia firme el sobre como prueba de que lo que recibió lo pasó a otra persona<sup>22</sup>. En materia de drogas, la cadena de custodia más importante es la relativa al lugar donde se obtuvo de origen

hasta el análisis químico de la misma. Cualquier ruptura en la cadena de custodia en esta etapa o cualquier indicativo de alteración de la misma será fatal. De no cumplirse con la cadena de custodia existirá un riesgo enorme de que el examen que se practique a la sustancia no refleje el contenido de la sustancia tomada como objeto del delito<sup>23</sup>. Una ruptura en la cadena de custodia que suceda después del examen químico podrá ser tratada con mayor benevolencia.

En cualquier caso, cuando se ofrezca como prueba una porción de algo, siempre será necesario establecer que la porción fue tomada del resto del material probatorio<sup>24</sup>.

Una demostración perfecta de la cadena de custodia se dará, cuando se acredite con cada uno de los testimonios los eslabones de la cadena desde el momento en que el objeto de la prueba fue recogido en el lugar de los hechos, hasta el momento en que es ofrecido y ¿presentado? como prueba<sup>25</sup>.

La cadena de custodia no únicamente se refiere a detentar físicamente el objeto; requiere un alto grado de cuidado en el manejo de la prueba, para que de esta forma se elimine cualquier tipo de daño o alteración. El alterar las pruebas puede que no sea un problema común, pero mientras de forma más descuidada se manejen las pruebas, mientras por mayor número de manos pase, mayor será la probabilidad de alterar o de mezclar negligentemente las pruebas<sup>26</sup>.

La única autoridad facultada para decidir si se cumplió o no con la cadena de custodia será la judicial; ella decidirá si el gobierno —Ministerio Público— cumplió suficientemente con la cadena de custodia<sup>27</sup>.

#### 4. NECESIDAD DE LLAMAR A CADA PERSONA

Generalmente para probar la cadena de custodia se debe llamar al proceso a cada una de las personas que custodiaron el objeto, con el fin de que testifiquen si el objeto que tuvie-

ron es el mismo que se les está enseñando o si éste ha sido alterado o modificado<sup>28</sup>. Cada persona que haya tenido el objeto deberá describir cómo y quién lo entregó, en dónde se encontraba y qué sucedió mientras lo custodiaba, en qué condición lo recibió y en qué condición lo entregó al siguiente eslabón de la cadena<sup>29</sup>. El testigo también deberá decir qué precauciones tomó para asegurarse de que nada cambiara las condiciones de la prueba, así como que nadie tuvo oportunidad de detentar el objeto, fuera de las personas que forman los eslabones en la cadena de custodia<sup>30</sup>.

La carga de la prueba respecto de la identificación de objetos, incluyendo la cadena de custodia, recae en la parte que ofrece la prueba<sup>31</sup>. Sin embargo, generalmente, será el Ministerio Público el que deberá probar que el objeto de prueba original fue al que se le realizó el examen, que es el mismo que se está presentando, y que los resultados de la prueba que en ese momento se exhiben fueron producto del análisis del ejemplar original. Siempre existirá la presunción, salvo prueba en contrario, de que se cumplió con la cadena de custodia<sup>32</sup>; sobre todo si el objeto siempre estuvo custodiado por la autoridad<sup>33</sup>. De cualquier forma, la solución para acreditar correctamente la cadena de custodia recae en el testimonio de todas las personas que detentaron el objeto en cuestión y el o los lugares en donde fue almacenado<sup>34</sup>.

Los eslabones de la cadena de custodia son las personas que detentaron físicamente el objeto de la prueba. Las personas que tuvieron acceso, pero no detentaron el objeto de la prueba, por lo general no tienen por qué ser llamadas, toda vez que éstas no custodiaron el objeto<sup>35</sup>. El testimonio de cada una de las personas que detentaron el objeto sirve para acreditar un eslabón de la cadena<sup>36</sup>. El conjunto de todos los eslabones forma la cadena de custodia. Si no se conocen todos los eslabones de la cadena de custodia, no se puede tener la seguridad sobre la autenticidad de la prueba objetiva. Unido a esto, la declaración del testigo para probar la autenticidad de un objeto tangible puede ser equivocada o falsa<sup>37</sup>.

El tamaño de la cadena de custodia dependerá del propósito para el cual la prueba es ofrecida<sup>38</sup>.

## 5. INTERRUPCIÓN O FALTA DE UN ESLABÓN

La interrupción o la falta de un eslabón en la cadena de custodia pueden ser fatales, pero generalmente no es así. Puede suceder, que una o más personas que detentaron un objeto no pueden ser encontradas para que testifiquen. Si alguna de las personas que detentaron el objeto no es encontrada, puede que la interrupción en la cadena de custodia no importe, particularmente en ciertas pruebas circunstanciales —como puede ser el testimonio en el que se describe o reconoce el objeto, o la etiqueta o la marca— siempre que a través de las mismas se pueda asegurar que aun y cuando no se encuentre al ausente, éste no alteró el objeto o lo sustituyó por otro. Sólo cuando surjan serias dificultades, la interrupción o la falta de un eslabón afectará más al peso de la prueba que a su admisión<sup>39</sup>.

Respecto a determinadas pruebas materiales, alterar o manipular las mismas no presenta problemas, toda vez que contienen características que las hacen únicas porque tiene un número de serie —arma de fuego, billete de moneda de curso legal—, o porque el objeto posee características distintivas que hace que sea fácilmente identificable, lo que hace que la cadena de custodia sea menos importante y en ocasiones no se requiera<sup>40</sup>. Por ejemplo, imaginemos que un arma de fuego calibre 22 fue obtenida del lugar de los hechos, después de que la poseía una persona acusada de haber cometido el delito de homicidio. Si el policía que obtuvo el arma le pone sus iniciales en la base de la pistola, es inusual que vaya a tener problemas cuando tenga que identificar el arma en el juzgado, aun y cuando dicha arma haya estado en un lugar accesible a otras personas entre el tiempo en que detentó el arma por primera vez y en el momento del juicio<sup>41</sup>; en este

caso, el policía convierte a un objeto, que no es único, en un objeto fácilmente identificable, ya que puso una marca distintiva en él<sup>42</sup>. En el mismo supuesto, toda vez que las armas de fuego tienen un número de serie, si el policía escribió en su libreta el número de serie del arma, bastará con ese número de serie para poder decir que el objeto ha sido identificado<sup>43</sup>.

La diferencia entre un arma de fuego y un estupefaciente o psicotrópico, es que un objeto es único (o puede hacerse) y el otro no. Respecto a objetos únicos la cadena de custodia generalmente no se requiere<sup>44</sup>.

Cuando existe interrupción o ruptura en el manejo de un objeto respecto del cual no se puede explicar ésta, la pregunta que nos debemos formular es si esa interrupción o ruptura es suficientemente seria para que la prueba deba ser excluida. La respuesta está en comprobar si existió una verdadera oportunidad de que dicha prueba pudiese ser alterada o modificada durante el lapso de tiempo en que se dio la interrupción o la ruptura<sup>45</sup>. En estos casos, esto es, cuando el objeto de la prueba estuvo almacenado en un lugar en donde otras personas pudieron haber alterado, modificado o cambiado la prueba, o si por un periodo de tiempo, el objeto de la prueba pudo haber estado en las manos de una persona desconocida, el inculpado y/o su defensor debe objetar la prueba, en el sentido de hacer ver que la cadena de custodia es defectuosa<sup>46</sup>.

En cualquier caso en que el Ministerio Público trate de introducir como prueba los resultados de un laboratorio y no se permita al acusado/defensor interrogar al perito en química, el abogado defensor podrá argumentar que la sustancia y los resultados del laboratorio no pueden ser admitidos debido a la ruptura en la cadena de custodia; específicamente, que no se puede comprobar que la sustancia fue correctamente almacenada, o que no se puede testificar cómo y quién manejó dicha sustancia en el laboratorio. El abogado defensor, por lo menos, deberá argumentar que el químico deberá declarar respecto de las condiciones de la sustancia cuando la recibió<sup>47</sup>. Si, aun argumentando lo anterior, el juez decide que no se

tiene que presentar el químico, se estaría en presencia de violación de la garantía de poder presentar todos los testigos que se quieran así como cualquier otro medio de prueba<sup>48</sup>.

La ruptura de la cadena de custodia no traerá como consecuencia, necesariamente, que la prueba quede excluida, siempre que se logre acreditar que la prueba no fue alterada o modificada<sup>49</sup>.

## 6. ¿NECESIDAD DE ESTAR EN CUSTODIA PERMANENTE?

La parte procesal que necesita probar la cadena de custodia para identificar el objeto no necesita poseer el objeto durante todo el tiempo que lo detenta. Almacenar un objeto en un lugar visible en donde se pueda ver constantemente durante las horas de trabajo, o encerrar el objeto en determinado lugar cuando nadie está merodeando, son situaciones perfectamente admisibles que no implican interrupción de la cadena de custodia<sup>50</sup>.

Puede suceder que se presenten pruebas cuya condición ha sido modificada desde que sucedió el hecho delictivo al momento en que comienza el proceso. En muchos casos, el cambio de condición es irrelevante y puede que no tenga importancia. Esto estará permitido, siempre y cuando el juez pueda comprender, en conjunto con otro tipo de pruebas, por qué la prueba se modificó desde que sucedió el hecho<sup>51</sup>.

El grado de prueba necesario para sostener una cadena de custodia dependerá de la naturaleza del objeto en disputa<sup>52</sup>. Si el objeto es único y resistente a los cambios, la cadena de custodia es poco importante. Pero si la prueba pudo haber sido alterada o modificada o no puede ser fácilmente identificable, el juez requerirá una cadena de custodia más elaborada para establecer que el objeto de la prueba no ha sido alterado o modificado<sup>53</sup>.

Puede darse el caso de que se produzcan errores en la manipulación, en el análisis o que se trate de un error espurio de coincidencia; en

estos casos, si bien el Estado —Ministerio Público— puede probar que hay relación entre el inculpado y el lugar de los hechos, una mera relación no podrá ser equivalente a culpabilidad<sup>54</sup>.

## 7. LAS FORMAS DE ACREDITAR LA CADENA DE CUSTODIA

Existen dos formas a través de las cuales se puede acreditar que se cumplió con la cadena de custodia.

*Primera*, el Ministerio Público deberá probar que el objeto de la prueba estuvo detentado por una o más personas desde el momento en que se obtuvo la prueba hasta el momento en que fue examinado por los peritos o cuando empezó el proceso. En este caso se protege la integridad de la prueba eliminando la posibilidad de que cualquiera otra persona haya manipulado el objeto o cambiado el mismo. La persona que declare podrá consultar notas para recordar datos o hechos<sup>55</sup>.

Por ejemplo, en el caso de una persona que provoca un accidente y ésta se encontraba en estado de ebriedad. A la persona que se encontraba en estado de ebriedad, un enfermero o médico le sacará sangre para que ésta sea examinada, y será depositada en un tubo de ensayo, deberá ser etiquetado y llevado al laboratorio. Una persona que trabaje en el laboratorio recibirá el tubo con la sangre y deberá guardarlo en un lugar al que sólo ella tenga acceso. Posteriormente la persona que trabaja en el laboratorio le entregará el tubo de ensayo con la sangre del probable responsable al perito en química; éste realizará todos los exámenes que tenga que hacer para acreditar si había alcohol en la sangre del probable responsable. Si cada uno de estos tres —el que obtuvo la sangre, la que almacenó la misma y el químico— testifican, se podrá pensar con un alto grado de seguridad que la sangre que el perito en química examinó era la de ese probable responsable. En este supuesto, la prueba de sangre deberá ser admitida como prueba, y el químico podrá

ser cuestionado sobre los resultados de dicha pericial<sup>56</sup>.

*Segunda*, el Ministerio Público podrá establecer que el objeto de la prueba fue empaquetado o etiquetado a través de un sistema que elimina la posibilidad de ser alterado o modificado; o a través de documentos<sup>57</sup>. Por ejemplo, cuando se habla de posesión de cocaína. Un policía ministerial obtiene las drogas que poseía el inculpado. Él personalmente se lleva la droga a su oficina y la embala de forma segura; posteriormente la entrega al perito en química para que ésta sea examinada. El perito deberá de verificar que la droga estaba embalada correctamente y con alguna seña o marca que acredite quién la embaló; una vez hecho eso, el perito deberá abrir la bolsa por un lugar que no afecte la señal o marca y obtener una muestra de la sustancia; hecho esto, deberá volver a sellar la bolsa. Posteriormente podrá examinar la sustancia. Hecho lo anterior, el perito podrá rendir su dictamen y ser cuestionado sobre el mismo. En este caso, si las dos personas, el policía ministerial y el perito en química, declaran sobre estos hechos, se podrá acreditar de forma fehaciente que la droga examinada provenía de la detención que se realizó por ese policía ministerial en el caso mencionado. En

muchos casos será necesario que el perito en química lleve consigo al proceso la bolsa marcada<sup>58</sup>. En cualquier caso, los documentos que se utilicen para la cadena de custodia podrán ser cuestionados con base en la garantía de poder presentar todos los testigos y demás pruebas, prevista en el párrafo V, del artículo 20 Constitucional, apartado A.

En resumen, se puede decir que no existe ningún misterio por lo que hace a la *cadena de custodia*; la cuestión es la siguiente: ¿Puede el Ministerio Público presentar pruebas suficientes tendientes a demostrar que el objeto materia de la prueba fue manejado o empleado de cierta manera para acreditar circunstancialmente que no fue alterado, contaminado o sustituido entre el tiempo que se obtuvo por primera vez y el tiempo en que fue examinado por un perito o presentado en juicio? Si se puede comprobar lo anterior, la prueba deberá ser admitida, y no deberá importar que posteriormente a haber sido examinado el objeto haya sido perdido, destruido o consumido durante el periodo de examen<sup>59</sup>. Cuando se habla de la cadena de custodia, se está haciendo referencia a un simple método de identificación<sup>60</sup> de un objeto y a su relevancia probatoria en el proceso penal.

## NOTAS

1. Saltzburg, Stephen A./Martin, Michael M./Capra, Daniel J.: *Federal rules of evidence manual*, 9a ed., Vol. 5, USA: LexisNexis, 2006, p. 901-15

2. En el ámbito de la policía científica se puede hablar de “evidencias forenses” o “evidencias científicas”. En el ámbito judicial, nos referimos a ella como “prueba objetiva.” (nota del editor)

3. Si nos referimos al momento de la investigación policial, se suele hablar de “fiabilidad” de la prueba. Si nos referimos a la existencia de vicios en la prueba, podríamos hablando de licitud o ilicitud de la misma. (N del E)

4. Anderson, Terence/Schum, David/Twining, William: *Analysis of evidence*, 2a ed., USA: Cambridge University Press, 2005, p. 64.

5. Hanko, Kenneth J.: “Chain of custody and laboratory reports in drug prosecutions: A comparative analysis of military and federal case law”, en *Whittier Law Review*, vol. 2, No. 2, 1980, p. 215.; Jones Merritt, Deborah/Simmons, Ric: *Learning evidence. From de federal rules to the courtroom*, USA: West, 2009, p. 889.

6. Giannelli, Paul C./Imwinkelried, Edward J.: *Scientific evidence*, Vol. 1, 4a ed., USA: LexisNexis, 2007, p. 388.

7. Anderson, Terence/Schum, David/Twining, William: *Analysis of evidence*, p. 64.

8. Note: "Preconditions for admission of demonstrative evidence", en *Northwestern University Law Review*, Vol. 61, No. 3, july-august, 1966, pp. 477-478.; Lilly, Graham C.: *An introduction to the law of evidence*, 2a ed., USA: West publishing, 1987, p. 516.; Mueller, Christopher B./Kirkpatrick, Laird C.: *Evidence*, USA: Thomson/West, 2005, p. 596., de los mismos, *Evidence*, 4a ed., USA: Wolters Kluwer, 2009, p. 1974.; Allen, Ronald J./Kuhns, Richard B./Swift, Eleanor/Schwartz, David S.: *Evidence. Text, problems, and cases*, 4a ed., USA: Aspen, 2006, p. 180.; Graham, Michael H.: *Federal rules of evidence in a nutshell*, 7a ed., USA: Thomson/West, 2007, p. 552., del mismo, *Evidence. An introductory problem approach*, 2a ed., USA: Thomson/West, 2007, p. 232., del mismo, *Handbook of federal evidence*, 6a ed., Vol. 4., USA: Thomson/West, 2006, p. 703.; Jones Merritt, Deborah/Simmons, Ric: *Learning evidence. From de federal rules to the courtroom*, p. 889.; Goode, Steven/Wellborn III, Olin Guy: *Courtroom evidence handbook*, 4a ed., USA: West, 2001, p. 267.

9. Park, Roger C./Leonard, David P./Goldberg, Steven H.: *Evidence law. A student's guide to the law of evidence as applied in American Trials*, 2a ed., USA: Thomson/West, 2004, p. 565.

10. Giannelli, Paul C./Imwinkelried, Edward J.: *Scientific evidence*, p. 392.; Mueller, Christopher B./Kirkpatrick, Laird C.: *Evidence*, p. 596.

11. En este sentido, Mauet, Thomas A./Wolfson, Warren D.: *Trial evidence*, 4a ed., USA: Wolters Kluwer, 2009, p. 313.; Goode, Steven/Wellborn III, Olin Guy: *Courtroom evidence handbook*, p. 268.

12. Giannelli, Paul C./Imwinkelried, Edward J.: *Scientific evidence*, p. 392.

13. Mueller, Christopher B./Kirkpatrick, Laird C.: *Evidence*, p. 59.

14. Giannelli, Paul C./Imwinkelried, Edward J.: *Scientific evidence*, p. 392.

15. Lilly, Graham C.: *An introduction to the law of evidence*, p. 516.; Mueller, Christopher B./Kirkpatrick, Laird C.: *Evidence*, p. 424.; Waltz, Jon R./Park, Roger C.: *Evidence. Cases and material*, 10a ed., USA: Foundation/Thomson/West, 2005, p. 64.

16. Gitchel, Dent/Townes O'Brien, Molly: *Trial advocacy basics*, USA: National Institute for Trial Advocacy, 2006, p. 204.

17. Gitchel, Dent/Townes O'Brien, Molly: *Trial advocacy basics*, p. 204.

18. Gitchel, Dent/Townes O'Brien, Molly: *Trial advocacy basics*, p. 204.

19. En idéntico sentido, *vid.*, Lempert, Richard O./Gross, Samuel R./Liebman, James S.: *A modern approach to evidence. Text, problems, transcripts and cases*, 3a ed., USA: West Group, 2000, pp. 1167, 1168.; Lempert, Richard O./Saltzburg, Stephen A.: *A modern approach to evidence. Text, problems, transcripts and cases*, 2a ed., USA: West Publishing, 1982, p. 997.

20. Lempert, Richard O./Gross, Samuel R./Liebman, James S.: *A modern approach to evidence. Text, problems, transcripts and cases*, p. 1168.

21. Graham, Michael H.: *Federal rules of evidence in a nutshell*, pp. 551, 552., del mismo, *Evidence. An introductory problem approach*, p. 232., del mismo, *Handbook of federal evidence*, p. 703.; Lempert, Richard O./Saltzburg, Stephen A.: *A modern approach to evidence. Text, problems, transcripts and cases*, p. 993.; Park, Roger C./Leonard, David P./Goldberg, Steven H.: *Evidence law. A student's guide to the law of evidence as applied in American Trials*, p. 566.; Mauet, Thomas A./Wolfson, Warren D.: *Trial evidence*, p. 313.; Fisher, George: *Evidence*, 2a ed., USA: Foundation/Thomson/West, 2008, p. 807.; Faigman, David L./Saks, Michael J./Sanders, Joseph/Cheng, Edward K.: *Modern scientific evidence. The law and science of expert testimony*, Vol. 5., USA: Thomson/West, 2008, pp. 483 y ss.

22. Lempert, Richard O./Gross, Samuel R./Liebman, James S.: *A modern approach to evidence. Text, problems, transcripts and cases*, p. 1168.; Lempert, Richard O./Saltzburg, Stephen A.: *A modern approach to evidence. Text, problems, transcripts and cases*, p. 998.

23. Saltzburg, Stephen A./Martin, Michael M./Capra, Daniel J.: *Federal rules of evidence manual*, p. 901-16.

24. Graham, Michael H.: *Federal rules of evidence in a nutshell*, p. 552., del mismo, *Evidence. An introductory problem approach*, p. 233.

25. Park, Roger C./Leonard, David P./Goldberg, Steven H.: *Evidence law. A student's guide to the law of evidence as applied in American Trials*, p. 565.; Fisher, George: *Evidence*, p. 807.

26. Lempert, Richard O./Gross, Samuel R./Liebman, James S.: *A modern approach to evidence. Text, problems, transcripts and cases*, p. 1168.; Lempert, Richard O./Saltzburg, Stephen A.: *A modern approach to evidence. Text, problems, transcripts and cases*, p. 998.; Anderson, Terence/Schum, David/Twining, William: *Analysis of evidence*, p. 64.

27. Note: "Preconditions for admission of demonstrative evidence", p. 479.; Saltzburg, Stephen A./Martin, Michael M./Capra, Daniel J.: *Federal rules of evidence manual*, p. 901-15.; Fisher, George: *Evidence*, p. 807.

28. Note: "Preconditions for admission of demonstrative evidence", p. 478.; Mueller, Christopher B./Kirkpatrick, Laird C.: *Evidence*, p. 424.; Park, Roger C./Leonard, David P./Goldberg, Steven H.: *Evidence law. A student's guide to the law of evidence as applied in American Trials*, p. 566.

29. Park, Roger C./Leonard, David P./Goldberg, Steven H.: *Evidence law. A student's guide to the law of evidence as applied in American Trials*, p. 565.

30. Hanko, Kenneth J.: "Chain of custody and laboratory reports in drug prosecutions: A comparative analysis of military and federal case law", p. 215.; Park, Roger C./Leonard, David P./Goldberg, Steven H.: *Evidence law. A student's guide to the law of evidence as applied in American Trials*, p. 565.; Mueller, Christopher B./Kirkpatrick, Laird C.: *Evidence*, p. 1074.

31. Giannelli, Paul C./Imwinkelried, Edward J.: *Scientific evidence*, p. 402.

32. Graham, Michael H.: *Evidence. An introductory problem approach*, p. 233.; Giannelli, Paul C./Imwinkelried, Edward J.: *Scientific evidence*, p. 408.

33. Saltzburg, Stephen A./Martin, Michael M./Capra, Daniel J.: *Federal rules of evidence manual*, pp. 901-15, 901-16.; Mueller, Christopher B./Kirkpatrick, Laird C.: *Evidence*, p. 1075.

34. Lilly, Graham C.: *An introduction to the law of evidence*, pp. 516, 517.

35. Giannelli, Paul C./Imwinkelried, Edward J.: *Scientific evidence*, p. 397.

36. Mueller, Christopher B./Kirkpatrick, Laird C.: *Evidence*, p. 1074.

37. Anderson, Terence/Schum, David/Twining, William: *Analysis of evidence*, p. 65.

38. Giannelli, Paul C./Imwinkelried, Edward J.: *Scientific evidence*, p. 396.

39. Mueller, Christopher B./Kirkpatrick, Laird C.: *Evidence*, p. 424.

40. Graham, Michael H.: *Federal rules of evidence in a nutshell*, p. 551.; Giannelli, Paul C./Imwinkelried, Edward J.: *Scientific evidence*, pp. 389, 390.

41. Lempert, Richard O./Gross, Samuel R./Liebman, James S.: *A modern approach to evidence. Text, problems, transcripts and cases*, p. 1169.; Park, Roger C./Leonard, David P./Goldberg, Steven H.: *Evidence law. A student's guide to the law of evidence as applied in American Trials*, p. 565.

42. Giannelli, Paul C./Imwinkelried, Edward J.: *Scientific evidence*, p. 389.

43. Fisher, George: *Evidence*, p. 807.

44. Lempert, Richard O./Gross, Samuel R./Liebman, James S.: *A modern approach to evidence. Text, problems, transcripts and cases*, p. 1169.

45. Lempert, Richard O./Gross, Samuel R./Liebman, James S.: *A modern approach to evidence. Text, problems, transcripts and cases*, p. 1171.; Graham, Michael H.: *Federal rules of evidence in a nutshell*, p. 552.
46. Waltz, Jon R./Park, Roger C.: *Evidence. Cases and material*, p. 64.
47. Hanko, Kenneth J.: "Chain of custody and laboratory reports in drug prosecutions: A comparative analysis of military and federal case law", p. 223.
48. Hanko, Kenneth J.: "Chain of custody and laboratory reports in drug prosecutions: A comparative analysis of military and federal case law", pp. 235, 236.
49. Graham, Michael H.: *Evidence. An introductory problem approach*, p. 233.; Park, Roger C./Leonard, David P./Goldberg, Steven H.: *Evidence law. A student's guide to the law of evidence as applied in American Trials*, p. 567.
50. Mueller, Christopher B./Kirkpatrick, Laird C.: *Evidence*, pp. 424, 425.
51. Lempert, Richard O./Gross, Samuel R./Liebman, James S.: *A modern approach to evidence. Text, problems, transcripts and cases*, pp. 1171, 1172.; Lempert, Richard O./Saltzburg, Stephen A.: *A modern approach to evidence. Text, problems, transcripts and cases*, p. 999.
52. Cleary, Edward W./Strong, John W.: *Evidence. Cases-materials-problems*, 3a ed., USA: West, 1981, p. 325.
53. Saltzburg, Stephen A./Martin, Michael M./Capra, Daniel J.: *Federal rules of evidence manual*, pp. 901-16, 901-17.
54. Kaye, David H./Bernstein, David E./Mnookin, Jennifer L.: *The new Wigmore. A treatise on evidence. Expert evidence*, USA: Aspen, 2004, pp. 448, 449.
55. Giannelli, Paul C./Imwinkelried, Edward J.: *Scientific evidence*, p. 410.
56. Mauet, Thomas A./Wolfson, Warren D.: *Trial evidence*, p. 314.
57. Giannelli, Paul C./Imwinkelried, Edward J.: *Scientific evidence*, pp. 411 y ss.
58. Mauet, Thomas A./Wolfson, Warren D.: *Trial evidence*, p. 314.
59. Mauet, Thomas A./Wolfson, Warren D.: *Trial evidence*, p. 314.
60. Note: "Preconditions for admission of demonstrative evidence", pp. 478 y ss.





## RESUMEN

Cuando se cumplen cien años desde que la Comisión del opio de Shanghai en 1909 pusiera en marcha la política de fiscalización internacional, advertimos que lejos de disuadir a los narcotraficantes, su acción criminal corrompe todos los entramados de la sociedad, y que las acciones en el marco de la represión del tráfico no resultan suficientes para afrontar este fenómeno vinculado a la criminalidad organizada y favorecido por la globalización. Es el momento de promover iniciativas coordinadas y realistas que respondan desde todos los ángulos a este fenómeno criminal.

## PALABRAS CLAVE

NARCOTRÁFICO, POLÍTICAS DE FISCALIZACIÓN INTERNACIONAL, POLÍTICA CRIMINAL, COORDINACIÓN INTERNACIONAL

## ABSTRACT

One hundred years after the Shanghai Opium Commission established the international prohibition of narcotics, we see that this policy did little to discourage drug traffickers; the criminal activity of drug traffickers corrupts all levels of society and trafficking prevention initiatives are not sufficient to tackle this phenomenon, which is linked to organized crime and supported by globalization. The time has come to promote coordinated and realistic initiatives that address all angles of this criminal phenomenon.

## KEY WORDS

DRUG TRAFFICKING, INTERNATIONAL PROHIBITION POLICY, CRIMINAL POLICY, INTERNATIONAL COORDINATION

# LA LUCHA CONTRA EL NARCOTRÁFICO: A LA ESPERA DE UNA ESTRATEGIA EFECTIVA

Ignacio de Lucas Martín

Fiscal. Fiscalía Especial Antidroga

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Escenario del tráfico internacional de narcóticos a la luz del informe UN, INCSR y la UE. 3. El Plan de Acción de la Unión Europea en materia de lucha contra la droga (2009-2012). 4. Informe sobre la estrategia para el control internacional de narcóticos (INCSR). 5. Principales obstáculos en la lucha contra la criminalidad organizada y el narcotráfico. 6. Conclusión: en busca de una estrategia global. Nota bibliográfica.

## 1. INTRODUCCIÓN

En su informe mundial sobre drogas del año 2008, Naciones Unidas aprovechaba la ocasión para hacer un balance de 100 años de política de fiscalización internacional, remontrándose a la creación de la Comisión de opio de Shanghai en 1909.

Antes de que se estableciera esta comisión, existía un mercado libre de drogas que se nutría tanto de monopolios paraestatales como de la actuación de algunos gobiernos, de forma que China por ejemplo, obtenía de la droga el 14% de sus ingresos. En este escenario, la declaración resultante de la Comisión de Shanghai se configuró como un documento no vinculante, negociado por delegaciones de distintos países, para instaurar un régimen de derecho internacional que afrontara de forma eficaz el problema mundial de las drogas. La acción representada por esta Comisión fue retomada posteriormente por la Sociedad de Naciones, a través de tres convenciones distintas —en los años 1925, 1931 y 1936— con un efecto relativo, como conse-

cuencia de la falta de adhesión de algunas de las grandes potencias de principios de siglo XX.

No es sino con la iniciativa de Naciones Unidas cuando se adoptaron tres protocolos relativos al opio a finales de los años 40 y en 1953. Estos protocolos revelaban una evolución constante, no sólo normativa sino también en cuanto al tipo de droga, del opio a la morfina y más tarde a la heroína, y constituyen el precedente inmediato de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988.

Retomando las conclusiones del informe del pasado año de Naciones Unidas, pese a que se observa cierto grado de satisfacción acerca de los beneficios que ha supuesto la política de fiscalización internacional, se detectan cinco graves problemas aparejados al desarrollo de esta política: (1) la creación de un mercado negro lucrativo y violento; (2) la ausencia de medidas que complementen las políticas de represión con iniciativas de carácter preventivo y sanitario; (3) el desplazamiento del problema

del tráfico de drogas a otras regiones a consecuencia de la presión de las políticas de represión en determinadas áreas; (4) la aparición o desarrollo de ciertas sustancias objeto de tráfico, a resultas de los esfuerzos por controlar la producción de otras sustancias; (5) y finalmente, la presión que ejerce el derecho penal sobre los consumidores que ha incrementado en muchos casos su propia marginación y dificultado su tratamiento.

Este informe finaliza su exposición con una afirmación y una pregunta: “nadie puede saber a ciencia cierta cómo sería el mundo sin el sistema de fiscalización internacional de drogas, pero este se creó para responder a una profunda crisis humanitaria, que ya se ha resuelto en gran parte. Han surgido nuevas drogas y se han cobrado sus víctimas, pero ¿qué daños podrían haber causado (las drogas) si se las hubiera dejado proliferar en un mercado libre, como ocurrió con el opio en el siglo XIX en China?”.

Obviamente son muchas y diversas las voces que discuten la eficacia de la política de fiscalización internacional y plantean la necesidad de dar un giro importante a estas medidas. Basta mencionar los esfuerzos de la Alianza por la Política de Drogas, una organización que promueve la legalización de la venta controlada de marihuana en Estados Unidos, o el Internacional Council on Security and Development (ICOS) que impulsa la discusión sobre seguridad y política de drogas, entre otros, a través del Simposio celebrado en Río de Janeiro en Febrero de 2008.

Si repasamos los 5 graves problemas identificados en el informe de Naciones Unidas, junto a los relativos a la política de prevención, tratamiento y rehabilitación —para excluir en suma la marginación—, la existencia de un mercado negro lucrativo y violento vinculado al tráfico de drogas, no es desde luego una cuestión menor. De hecho, creo que lo más preocupante en última instancia no es el carácter violento de este mercado, sino los recursos que genera y los beneficios que produce.

Y no es una cuestión menor por cuanto que las actividades vinculadas al tráfico de drogas

no se circunscriben al propio submundo violento del tráfico de drogas, sino que se extienden como una marea negra a toda la sociedad, ensuciándola con la corrupción, el mercado ilícito de capitales, el tráfico de armas y la violencia en cualquiera de sus manifestaciones, de forma que es difícil sustraer el tráfico de drogas a cualquier fenómeno de delincuencia organizada. De igual forma, rutinariamente se suele establecer un vínculo entre el tráfico de drogas y el terrorismo. Pese a que sus objetivos, postulados y acciones frente al Estado son distintos, los resultados de una encuesta en 38 países demostraron que, casi en la mitad de ellos, existía una relación entre estos dos fenómenos (Nikos Passas y Andrea Jiménez-Salinas Framis “La financiación del terrorismo de Al-Qaeda: mitos y realidades”, *Inteligencia y seguridad*, junio-noviembre 2007).

Quizás es este uno de los primeros problemas que debemos afrontar cuando nos acercamos al tratamiento que se debe otorgar a este tipo de delincuencia, no al tráfico de drogas de menor escala, de venta de la droga a través del último eslabón de la cadena, a través de los “camellos”, sino al que se perpetra a través del crimen organizado. En mi opinión, desde ciertos sectores de la sociedad no se perciben las consecuencias globales del tráfico de droga, se presta principalmente atención a la desesperada situación de los drogodependientes, de las llamadas *mulas*, de los españoles cumpliendo penas de prisión en el extranjero (se estima que aproximadamente el 80% lo hacen por delitos de narcotráfico), pero los delincuentes no parecen tan *malos*.

Los narcotraficantes de Méjico, que aterrizan a la población y amenazan al gobierno parecen personajes de la *Reina del Sur* (Arturo Pérez Reverte, Ed. Alfaguara 2002); son tan lejanos a nuestra realidad que parece que se dediquen al crimen violento más que al narcotráfico. En nuestro entorno, los narcotraficantes evitan esa *mala prensa*, no se reportan casos de muertes violentas salvo puntuales ajustes de cuentas, y si acudimos a las informaciones que se facilitan sobre el narcotráfico y sus actividades, estas informaciones se limitan a las in-

cauciones regulares de alijos en barcos, contenedores, cada vez a través de métodos más ingeniosos y algún caso de corrupción. Pero, ¿dónde están las víctimas? ¿Son las víctimas las personas que por una situación de necesidad viajan en los llamados vuelos calientes ocultando la droga en su cuerpo? ¿Qué alarma genera esta delincuencia que no mata con armas de fuego? ¿Qué peligro representa para la sociedad, fuera del obvio y despreciable daño que causan en la salud de los drogodependientes? En última instancia, ¿por qué resulta necesario dedicar tantos recursos y esfuerzos humanos y económicos para combatir el narcotráfico cuando parece un moderno y simple delito de contrabando de sustancias prohibidas?

Cuando cursaba el último curso escolar y debía decidirme por una carrera universitaria, pedí consejo a mi padre. Él me respondió que, si estudiaba Derecho, podría abrir un periódico y entender cualquier noticia, no sólo de la tradicional sección de tribunales, sino también sobre política internacional, sobre el gobierno y el parlamento, o sobre la compra o el alquiler de un piso. Quizás mi padre fue demasiado optimista en su respuesta acerca de los parabienes del Derecho, pero últimamente, cuando abro el periódico, tengo la sensación de que, para comprender ciertas noticias nacionales, relativas al incremento de la criminalidad organizada y la corrupción, y, en particular, ciertos escenarios internacionales, donde el blanqueo de capitales, la violencia, el tráfico de armas y la corrupción parecen instaladas en los engranajes de la sociedad y en la política, es preciso profundizar en las claves del narcotráfico.

En la preparación de este artículo he tratado de reunir algunas noticias publicadas en la prensa en los últimos meses, relacionadas de una u otra forma con la lucha contra el narcotráfico.

Tradicionalmente hemos generado una identidad entre estas informaciones relativas al narcotráfico y Colombia, principal productor de cocaína, pero con un compromiso decidido a través de sus autoridades en la lucha contra el narcotráfico. Recientemente, en una entrevista concedida a un medio español,

Jaime Bermúdez, Ministro de Asuntos Exteriores de Colombia manifestaba “queremos profundizar con EEUU en la lucha contra el narcotráfico”, que representa el programa de cooperación más importante que mantienen estos dos países, al tiempo que señalaba que de ninguna manera se iba a reemplazar la base que los Estados Unidos tienen en la isla de Manta (Ecuador), que abandonarán en noviembre de este año, por otra en territorio colombiano (Javier Lafuente, entrevista a Jaime Bermúdez, *El País* 29 de abril de 2009). Hoy sabemos que Colombia ha llegado un acuerdo con Estados Unidos para instalar bases americanas en Colombia y reforzar su presencia en territorio colombiano con el objetivo último de mejorar la eficacia en la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo.

Este desafortunado protagonismo que hasta ahora había ocupado Colombia en sus esfuerzos por combatir eficazmente el narcotráfico ha dado paso a escenarios que se reproducen en otros estados. El más conocido actualmente se representa en Méjico, con informaciones que nos golpean por su crudeza y violencia, no sólo en ciudades fronterizas con EEUU como la estigmatizada Ciudad Juárez. Estados Unidos, a través de la Secretaría de Estado de la Administración Bush, Condoleeza Rice, ya enviaba un claro mensaje al indicar que “la violencia en la frontera es una prioridad de seguridad nacional para México y para Estados Unidos”; un mensaje político que vino acompañado de un sólido compromiso económico, a través de la Iniciativa Mérida, con una dotación de 360 millones de euros en los próximos tres años (Pablo Ordaz, “Estados Unidos da un espaldarazo a la guerra de Méjico contra el narcotráfico”, *El País*, 24 de octubre de 2008).

Otras manifestaciones de creciente preocupación nos llegan desde países que hasta ahora habían mantenido un perfil bajo, en comparación con los antes citados, en la lucha contra el narcotráfico, pero que ahora, a consecuencia de esa presión asfixiante en Colombia, han saltado al primer plano muy a su pesar. Es el caso de países productores como Perú o Bolivia, o países de tránsito como la República Domini-

cana. Así, el 18 de febrero de este año, Rómulo Pizarro, Presidente de DEVIDA, considerado como el zar antidrogas de Perú, afirmaba “veo muy lejano que Perú llegue a los niveles de violencia que tuvo Colombia o Méjico, pero si no tenemos la previsión necesaria, podemos sufrir un incremento de la violencia y también de la corrupción” (Jaime Cordero, “Auge de la narcoviencia en Perú”, *El País*, 18 de febrero de 2009); fenómenos estos, violencia y corrupción, cada vez más presentes en las zonas del interior del país que se identifican como áreas de producción y rutas de salida de la droga.

En Bolivia, la tensión acumulada entre las autoridades locales y Estados Unidos provocó en marzo de este año la salida de los agentes de la DEA, que habían compartido durante 35 años inteligencia operativa y estratégica con la policía local, hasta el punto de que el número de fábricas de cocaína intervenidas había alcanzado los 6.535 en el año 2008, una cifra que representaba un incremento del 950% desde el año 2000. Pese a ello, Alfredo Rada, Ministro de Gobierno afirmaba: “nuestra policía y nuestras fuerzas armadas tienen la suficiente capacidad operativa para luchar contra el narcotráfico”, añadiendo que “vamos a nacionalizar la lucha contra el narcotráfico, los métodos y las estrategias las deciden los bolivianos, no admitiremos injerencias” (Javier Lafuente, “Evo se queda solo contra el narco”, *El País*, 16 de marzo de 2009).

Esta preocupación que comparten los países de la comunidad andina se ha extendido a otros estados que padecen los efectos de la ruta que la droga sigue hasta llegar a los países de consumo, bien con destino a Estados Unidos bien a Europa. Este es el caso de Venezuela cuya frontera con Colombia sufre los efectos de la permeabilidad que opera como caldo de cultivo para favorecer los intereses de los narcotraficantes que transportan los primeros cargamentos de droga a través de las llamadas *go fast* al Caribe.

Otro buen ejemplo de la preocupación que se ha generalizado a los países de tránsito es la República Dominicana cuyo Presidente, Leonel Fernández, manifestaba en una entre-

vista que “en los últimos años toda la región se ha visto amenazada por el incremento del narcotráfico, la violencia y el crimen organizado. Nos sentimos desbordados; para poder enfrentarlo con eficacia hace falta cooperación. EEUU y Europa son claves porque es parte de la demanda (...).El Plan Colombia que tuvo un gran efecto porque tenía una gran dotación fue exitoso, pero generó un desplazamiento hacia México y la zona del Caribe. La respuesta de EEUU ha sido el Plan Mérida pero es muy insuficiente”. A la pregunta de si es posible ganar esta “guerra”, Leonel Fernández respondía “nunca podemos darnos por vencidos contra el narcotráfico. Colombia lo ha logrado, pero no hacemos nada si somos eficaces allí y el problema se desplaza a otros países” (Jose Manuel Calvo, entrevista a Leonel Fernández, *El País*, 18 de mayo de 2009).

Sin ánimo de exhaustividad (entre otros,, “Latin America starts revolt against US war on drugs. Decriminalisation begins in Argentina and Mexico”, *The Guardian*, 1 de septiembre de 2009), de recoger todas las informaciones aparecidas en los últimos tiempos para ofrecer una radiografía del narcotráfico y las distintas respuestas que la comunidad internacional trata de ofrecer con mayor o menor acierto, a veces encontramos artículos que tratan de formular una reflexión global. Es el caso del publicado bajo el título “El narco va ganando la guerra. ¿Y ahora qué hacemos?” (Fernando Peinado, *El País*, 2 de abril de 2009).

En él se compara las mafias de la droga con la hidra de la mitología griega por su facilidad para regenerarse: cuando la lucha policial acaba con una zona de cultivo de coca o de opio o bloquea una ruta, estas mafias desplazan el cultivo a otro rincón o reaparecen por un nuevo camino, ilustrando esta afirmación con la inagotable capacidad del crimen organizado para avanzar en el “I más D” de la delincuencia a través de los llamados narco submarinos —en el año 2008 la guardia costera de Estados Unidos interceptó una media de 10 semi sumergibles al mes aunque se estima que cuatro de cada cinco llegaron a su destino—.

Podríamos seguir acumulando informaciones acerca de la acción de los narcotraficantes en los países productores, de tránsito y de consumo, y de la respuesta de las fuerzas policiales comprometidas en su represión, como una suerte de acción-reacción, pero creo necesario destacar dos aspectos.

En primer lugar, parece que se advierte una tendencia a superar una visión egoísta y meramente local de este fenómeno: “yo no produzco, yo no consumo, luego qué problema tengo porque unos barcos transiten *por mi país* transportando la droga, dónde está el daño *para mi país?*”. Parece que por fin la responsabilidad compartida (“shared responsibility”) que opera como lema de trabajo de las fuerzas policiales en Colombia se extiende a todos los que de una forma u otra afrontan esta lacra social (no importa que no se trate de una conducta o respuesta altruista, de solidaridad con otros estados, sino de la percepción, al fin, de los indeseables efectos asociados al crimen organizado que incluso en estos Estados de tránsito comienzan a aparecer).

El segundo aspecto reside en identificar el tipo de acciones que permiten combatir eficazmente el tráfico de droga, combinando la perspectiva policial con las acciones judiciales, las iniciativas sancionadoras con la imprescindible política de prevención y de desarrollo de ciertas regiones.

## 2. ESCENARIO DEL TRÁFICO INTERNACIONAL DE NARCÓTICOS A LA LUZ DEL INFORME UN, INCSR Y LA UE

Con notables excepciones, salvedad hecha de las políticas de prevención y tratamiento que mercedamente encuentran cada vez más su espacio, parece que en este momento una de las claves desde la perspectiva de la persecución policial y judicial, para responder eficazmente no sólo contra el narcotráfico sino tam-

bién contra el crimen organizado es la acción coordinada a nivel internacional.

Si tratamos de fotografiar el panorama actual de la lucha contra el narcotráfico desde una perspectiva global, debemos acudir, en primer lugar, en nuestro contexto cultural, al Plan de Acción de la Unión Europea en materia de lucha contra la droga 2009-2012. Este Plan de Acción continúa las líneas trazadas por el correspondiente al período 2005-2008 y se comprende en el contexto de la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo sobre el tráfico ilícito de drogas que será objeto de un informe a presentar por la Comisión este año.

## 3. EL PLAN DE ACCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE LUCHA CONTRA LA DROGA (2009-2012)

Este programa, que complementa el Plan de Acción 2005-2008, subraya que la propia adopción por los Estados miembros de una estrategia común pone de relieve la preocupación política de todos los Estados, por encima de acciones individuales.

Antes de proponer otras medidas que complementaran y actualizaran, en el contexto de una estrategia común, las desarrolladas a través del Plan de Acción de 2005-2008, resultaba necesario evaluar los resultados de su aplicación. El informe de evaluación de este Plan de Acción (Informe de evaluación final 13407/08 ADD 3), calificado por la Comisión Europea como la evaluación más completa y actualizada del desarrollo de la estrategia de la Unión en materia de drogas, se detenía en la consecución de alguna de las metas propuestas:

1. El consumo de drogas se mantiene en niveles altos, aunque el consumo de heroína, cannabis y drogas sintéticas parece haberse estabilizado o incluso reducido (mientras, el consumo de cocaína

se ha incrementado en algunos Estados miembros).

2. El consumo de cocaína, cannabis y anfetaminas es menor, comparativamente hablando, en el ámbito de países de la Unión al que podemos contemplar en otros lugares del mundo, citando, en particular a los Estados Unidos.
3. La generalización del consumo y abuso de drogas en la sociedad se ha detenido, pese a que nos encontramos en un periodo de mayor producción de opiáceos y de un tráfico de cocaína sin precedentes en la Unión Europea. Al mismo tiempo, la Unión Europea ha incrementado sus políticas de prevención y reducción de los efectos nocivos de las drogas para la salud de los individuos y de la sociedad.
4. En términos de cooperación internacional, se advierte una mayor coordinación de la posición de la Unión Europea en foros internacionales de lucha contra el tráfico de drogas, como la Comisión de Naciones Unidas sobre Narcóticos (UN's Commission on Narcotics Drugs (CND))

Pese a esta valoración positiva, la Unión Europea ha considerado que resulta necesario profundizar en políticas que reduzcan el impacto social, económico y sanitario que genera el consumo de las drogas. Así introduce la idea de una "Alianza Europea en materia de drogas" con el objeto de movilizar un amplio sector de la sociedad civil tanto en ámbitos relacionados con el mundo de la droga como ajenos a este, y, en particular, el Plan de Acción 2009-2012 que identifica las siguientes prioridades que deben inspirar las respectivas legislaciones nacionales de los Estados miembros:

1. **Mejorar la coordinación, cooperación y sensibilización de la sociedad** acerca del fenómeno de la droga, involucrando a la sociedad civil y a los profesionales.
2. **Reducir la demanda de drogas**, subrayando las políticas de prevención, tratamiento y reducción del daño, con par-

ticular atención a grupos especialmente vulnerables.

3. **Reducir la oferta a través de una mayor eficacia de la acción policial**, aprovechando al máximo los recursos de Europol, Eurojust y otras instituciones de la Unión Europea. Asimismo, se promueve la creación de plataformas regionales de seguridad, que deben ser compatibles con las ya existentes.
4. **Desarrollar y mejorar la cooperación internacional**, teniendo presente que la Unión Europea es el mayor donante en la promoción de iniciativas para combatir el problema global de las drogas (subrayando que el cultivo ilegal de drogas es un componente importante de la oferta).

Estas prioridades, principios generales que deben regir la acción de los gobiernos y legisladores en los Estados miembros se vertebran, en el caso de **reducción de la oferta** a través de iniciativas encaminadas a: (i) reforzar la eficacia de las acciones coordinadas a nivel policial para dismantelar las organizaciones criminales a través del modelo Europeo de Inteligencia Criminal que da prioridad a las redes criminales y mercados que suponen la amenaza más grave para la sociedad (basado en el European Criminal Intelligence Model methodology ECIM); (ii) poner en marcha operaciones multidisciplinares de naturaleza policial, con la colaboración de Europol y Eurojust o servicios de aduanas, a través de equipos conjuntos de investigación; o (iii) el desarrollo de los proyectos de COSPOL (Comprehensive Operational Strategic Policing) en materia de drogas.

También se apunta la necesidad de responder de una manera ágil y eficaz, desde el punto de vista operativo, a las amenazas emergentes que proceden en el tráfico de drogas del nacimiento de nuevas rutas o la aparición de nuevas sustancias. Con este propósito, se propone la creación de plataformas regionales de seguridad semejantes al MAOC-N (Maritime Analysis Operacional Center-Narcotics) o Bal-



tic Sea Task Force, capaces de coordinar una respuesta operativa y dismantelar las organizaciones criminales.

Asimismo, como quiera que no podemos o no deberíamos ceñirnos a la acción policial, sino que se hace preciso complementar estas propuestas con otras, paralelas, de naturaleza judicial, se llama al fortalecimiento de la cooperación judicial en esta área y en el blanqueo de capitales relacionado con el tráfico de drogas. Este fortalecimiento se desarrollaría mediante (1) la aplicación real y efectiva de los instrumentos de la Unión en materia de asistencia mutua en asuntos penales, (2) la orden europea de detención y entrega, (3) el desarrollo de programas de protección de testigos, (4) el reconocimiento mutuo de órdenes de embargo y confiscación o (5) el establecimiento de Oficinas de Recuperación de Activos.

Así pues, si desde la perspectiva global de reducción de la oferta tratamos de resumir las iniciativas propuestas por este Plan de Acción para alcanzar unas prioridades que, a primera vista son muy ambiciosas y genéricas al mismo tiempo, no advertimos que exista un paralelismo en la acción policial y judicial en la lucha contra el tráfico de drogas.

La precisión de las iniciativas policiales (que por ejemplo deben evaluarse en función de parámetros como el incremento de las organizaciones criminales dismanteladas, imaginamos que en términos de detenciones, aprehensiones de droga o cambios en el comportamiento de los traficantes, en términos de nuevas rutas) no encuentra un acomodo equivalente en el área judicial. Para evaluar el éxito de estas iniciativas judiciales se habla del número de peticiones de asistencia mutua tramitadas o las órdenes europeas de detención emitidas. ¿Son estos los parámetros que revelan la eficacia judicial frente al tráfico de droga?

Frente a las plataformas de seguridad mencionadas, MAOC-N por ejemplo, ¿qué tipo de plataformas existen para coordinar el trabajo de los fiscales y jueces en estos delitos? ¿Cuántos Estados cuentan con una Fiscalía similar a la Fiscalía Especial Antidroga espa-

ñola? Qué acciones ha promovido Eurojust en esta materia, semejantes a la existente red de corresponsales en materia de terrorismo que acoge esta institución? ¿Qué reglas existen en la Unión Europea para identificar la jurisdicción competente para perseguir estos delitos, que por su propia naturaleza se desarrollan en varios Estados miembros? ¿Como se resuelven las cuestiones de admisibilidad de la prueba ya obtenida en otro Estado?

Resulta cuando menos llamativo si examinamos el Informe anual de Eurojust del año 2008 cómo el número de casos en materia de terrorismo se mantiene estable o incluso ha descendido (si comparamos los 39 casos identificados por Eurojust en el año 2008 con los 44 del año 2006), mientras que los casos en materia de narcotráfico se incrementan año tras año (la cifra asciende a 223 este año, por los 207 del año 2007 y 167 del año 2006). Entre los “objetivos estratégicos y logros de 2008” de este informe, sin embargo, no existe ninguna mención al narcotráfico.

No desconocemos la dificultad de plantear un verdadero debate en el seno de la Unión Europea sobre la política de lucha contra las drogas, pero, ¿de verdad los recursos destinados a estas iniciativas, policiales y judiciales, van a detener el ritmo de incautaciones o de alijos? ¿No sería este el momento de celebrar una Conferencia global sobre política de prevención y represión en la lucha contra el tráfico de drogas?

Son muchos interrogantes, muchas cuestiones que quizás no requieren un esfuerzo mayúsculo en términos financieros ni de recursos humanos pero que, desde luego, permitirían optimizar en muchas ocasiones el esfuerzo de los investigadores, jueces y fiscales que persiguen estos delitos. Algunas de estas cuestiones son objeto del Programa de Estocolmo que la actual Presidencia sueca de la Unión pretende abordar como un programa multianual que redefina las prioridades en el ámbito de justicia, libertad y seguridad.

Así, el Programa de Estocolmo (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo

y al Consejo “un área de libertad, seguridad y justicia al servicio del ciudadano”), que previsiblemente se adoptará a finales de año, bajo el epígrafe “una Europa que protege” señala que la Unión debe introducir un marco europeo completo para la obtención de prueba y una política en la lucha contra el crimen organizado basada en la optimización de los recursos y herramientas ya existentes.

Por cuanto se refiere al marco completo de obtención de prueba, obviamente, este es el resultado de la Decisión Marco sobre el exhorto europeo de prueba, que fragmenta el régimen de la prueba hasta el extremo de que su ámbito de aplicación es tan limitado que resulta en la práctica poco útil para quienes aplicamos en última instancia el derecho.

En particular, para combatir el tráfico de drogas, se promueve una perspectiva simultánea de reducción de la oferta y la demanda, reforzando la cooperación con ciertas regiones, aunque los principios que deberían vertebrar la reducción de este binomio oferta-demanda no participan en modo alguno de cierta definición ni desde el punto de vista policial ni judicial.

Desde mi punto de vista, la Unión Europea vuelve a caer en el error de generalizar, de optar por iniciativas vagas y en ocasiones vacías, programas y estrategias que constantemente se actualizan y luego permiten, transcurrido el tiempo de su desarrollo e implementación, una evaluación positiva o cuando menos generosa porque no se trata de probar la consecución de objetivos concretos.

Obviamente, una estrategia global no puede descender al terreno concreto de los mortales, de los que con el trabajo diario luchan contra organizaciones criminales con nombre y apellidos, pero sí está en las manos de las instituciones europeas y de los Estados miembros proponer iniciativas que mejoren u optimicen el trabajo que desarrollamos policías, servicios de inteligencia, jueces o fiscales; dotarnos, en suma, de instrumentos como la orden europea de detención y entrega que permite luchar eficazmente contra la delincuencia transnacional, aunque encontramos alguna excepción

como el Programa Indicativo 2009-2011 de la Comisión Europea que prioriza iniciativas de acción en la lucha contra el narcotráfico en África Occidental.

Si se propone a nivel policial la creación de plataformas de seguridad a imagen y semejanza de MAOC-N o Baltic Sea TF, nos preguntamos por qué se queda en el tintero la creación, por ejemplo, de una red de fiscales especializados en la lucha contra el tráfico de droga.

Creo sinceramente que hay que sacar del olvido a las iniciativas dirigidas a judiciales y fiscales, más allá de las obvias y genéricas llamadas a reforzar Eurojust, a la necesaria formación que debe especializarnos y a la cumplimentación de las solicitudes de asistencia mutua internacional, promoviendo así un enfoque multidisciplinar.

#### 4. INFORME SOBRE LA ESTRATEGIA PARA EL CONTROL INTERNACIONAL DE NARCÓTICOS (INCSR)

Desde la perspectiva de los Estados Unidos, en su Informe estratégico anual sobre el control internacional de narcóticos de marzo de 2009 (International Narcotics Control Strategy Report, March 2009, United States Department of State, Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs), pese a concluir que la proporción de consumo de cocaína (y de drogas en general, citando como fuente el SAMHSA, Office of Applied Studies, National Survey on Drug use and Health) había descendido en el período 2002 a 2007, subraya que el tráfico de cocaína se ha convertido en un riesgo muy significativo para la sociedad de los países de América, y, progresivamente, representa una grave amenaza para los países de tránsito de África Occidental, con estructuras económicas, de prevención y obviamente de represión, muy frágiles para combatir la criminalidad que traen consigo las organizaciones internacionales de narcotráfico.

En ese punto, este informe destaca que en los últimos años el descenso en el consumo y demanda de cocaína en América del Norte ha sido sustituido por un incremento de la demanda en Europa (según el Informe mundial sobre drogas de Naciones Unidas 2008), unido a rutas de tráfico emergentes que se sitúan en África Occidental.

No vamos de todas formas a entrar en el debate, que nos parece hasta cierto punto estéril, de cifras, del incremento o descenso efectivo del consumo en el mercado que representa Estados Unidos o la Unión Europea. Una vez más, retomando el ejemplo de la hidra y de la capacidad de las organizaciones de narcotraficantes de mutar y encontrar nuevas rutas, no podemos ceñirnos al beneficio en unos países a costa del perjuicio de otros, pues se trata de un fenómeno global.

Lo cierto es que la Unión Europea parece que se ha convertido en el segundo mercado de cocaína del mundo después de los Estados Unidos. Se estima que en el 2008 se han producido 1400 toneladas de cocaína en Suramérica de las cuales 550 fueron a parar a la Unión Europea, cifras estas que suponen un incremento de más del 20% en la última década.

Junto a estas cifras que revelan el incremento en el tráfico de droga no sólo a nivel global sino en particular con destino a Europa, e insisto en que pese a lo que pueda parecer, estoy tratando de evitar el debate de “y tú más”, se advierte de igual forma una creciente diversificación de los patrones que concierne al tráfico: recientemente, el occidente de África se ha convertido en un importante corredor para el tráfico y almacenamiento de la cocaína en tránsito desde Sudamérica a Europa (European Union Cocaine Situation Report 2007), aprovechando las facilidades que conceden los puertos de la costa oeste de África.

Como pone de relieve este informe, resulta evidente que los países de la región andina suponen el mayor área de producción de cocaína de todo el mundo, liderados por Colombia, Perú y Bolivia. Los grupos de narcotraficantes que operan en y desde esta región traba-

jan como sociedades compartidas con carácter transitorio cuando así se precisa, de forma que, cual multinacionales, se reparten las distintas actividades encaminadas en última instancia a obtener los inimaginables beneficios procedentes de la venta de la cocaína: unos se ocupan en el proceso de producción, de obtener los insumos químicos necesarios para el proceso químico de obtención de cocaína; otros, del transporte por vía marítima en yates o barcos nodriza; por supuesto, también intervienen en este proceso lucrativo quienes lavan los beneficios que reporta el delito y los introducen en el circuito financiero.

Cada vez resulta más complejo delimitar el marco de acción criminal de cada uno de estos grupos, de manera que, fruto de la globalización y las posibilidades que ofrecen los distintos mercados, unos y otros se entremezclan y subcontratan con un último propósito criminal.

Los esfuerzos que subraya este informe para promover el desarrollo alternativo, de la mano de Naciones Unidas para integrar regiones marginalizadas, no se limita a los cultivos que sustituyen a la cocaína en estas regiones. Pero, ¿podemos afirmar que estos programas, de marcado carácter preventivo, alcanzan los fines propuestos?

Como señala el Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Agencies, nuestro objetivo debe ser dismantlar estas organizaciones, privarlas de su liderazgo y del apoyo de quienes colaboran con ellas bien a través del lavado de activos o blanqueo de capitales bien a través del suministro de los precursores necesarios para la producción de las sustancias estupefacientes.

Resulta obvio que no podemos simplificar la solución, no podemos limitar nuestra respuesta a la mera acción policial por muy coordinada que resulte; como tampoco podemos concentrar todas las iniciativas en el contexto de la prevención. Es preciso primero, desde mi punto de vista, efectuar una reflexión profunda acerca de la estrategia internacional en materia de drogas, por qué no, una evaluación

de la aplicación de la Convención de Naciones Unidas para la lucha contra el tráfico de drogas de 1988, de la aplicación a nivel nacional y coordinada de la Convención de Palermo sobre delincuencia transnacional de 2000 y proponer iniciativas realistas y valientes.

Y, en segundo lugar, diseñar un programa de acción que identifique acciones complementarias de represión, policiales y judiciales, que permitan evaluar al final el número de organizaciones desmanteladas, de condenas, de capitales decomisados, de precursores intervenidos, a uno y otro lado, no sólo en la Unión Europea sino también, de manera coordinada, con los Estados de origen y de tránsito. Y en la base de esta acción, se requiere fomentar el conocimiento y confianza entre servicios de inteligencia, jueces y fiscales para intercambiar información y ejecutar acciones conjuntas.

Quizás se hace precisa una reforma institucional en determinados Estados, fortaleciendo la judicatura, su independencia, y la efectividad de las fuerzas de orden público para impedir que la corrupción penetre en ellas, tal y como apunta el INCSR.

De igual forma, estas acciones exigen una complementariedad desde el punto de vista de reducción de la demanda, desde la perspectiva de la producción, en última instancia para tratar de reducir tanto la producción como la demanda de estas sustancias.

## 5. PRINCIPALES OBSTÁCULOS EN LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y EL NARCOTRÁFICO

Como consecuencia de este escenario, del peligro que representa el narcotráfico y de la necesidad de plantear iniciativas más realistas, la Comisión Europea lanzó una misión de expertos bajo el nombre de “**Lucha contra las nuevas rutas de la cocaína en Latinoamérica, el Caribe y África Occidental**” en

el marco del Instrumento de Estabilidad para preparar el Programa de Acción en los años 2009-2011.

La Comisión Europea creó otros grupos de expertos en áreas como la lucha contra la delincuencia organizada, terrorismo o blanqueo de capitales bajo este Instrumento de Estabilidad. El presupuesto global de las misiones de expertos era de 1.530.000 €.

El objetivo de la misión de los expertos que constituían el componente de “lucha contra las nuevas rutas de la cocaína” era mejorar la eficacia en la lucha contra el tráfico de drogas a través de la acción conjunta, a nivel interregional, entre la Unión Europea y los países más representativos de Latinoamérica, el Caribe y África Occidental. Para ello, los expertos se entrevistaron en cada país con representantes de las instituciones responsables de la lucha contra el narcotráfico, tanto a nivel policial como judicial y político.

En el curso de estas misiones el grupo de expertos visitó Colombia, Venezuela, Panamá, Perú, Brasil y Ecuador en América Latina; Barbados, Trinidad, República Dominicana y Cuba en el Caribe; y Senegal, Togo, Cabo Verde o Guinea Bissau en África Occidental. Asimismo, por su evidente importancia y complementariedad, se completaron las misiones con visitas a la oficina del MAOC (N), Eurojust y ONUDD (Viena).

El grupo de expertos presentó en noviembre de 2008 un informe final del proyecto con una serie de recomendaciones a la Comisión Europea para la preparación primero del Plan de Acción 2009-2011, y posteriormente, de proyectos en estas áreas geográficas.

En este informe final de proyecto, se identificaban una serie de factores que dificultan la deseable y necesaria cooperación entre los países de América Latina, el Caribe, África Occidental y la Unión Europea:

1. **Escasa comunicación entre los países de América Latina, el Caribe y África Occidental.** En particular, las dificultades que atraviesa la relación entre Colombia y Venezuela, pero también entre

éste y los países del Caribe, ha facilitado la acción de los narcotraficantes que encuentran en el territorio venezolano la plataforma ideal para su ruta aérea y marítima hacia el Caribe primero, y finalmente a Europa.

2. **Corrupción.** La corrupción en el sector público tiene una incidencia muy significativa en este ámbito de la lucha contra la delincuencia en tanto que se extiende a agentes de los distintos servicios —policiales, aduaneros, militares— responsables de la lucha contra el narcotráfico. La ausencia de un régimen retributivo adecuado y de un código ético y sancionador eficaz facilita que la corrupción se introduzca y se fortalezca en el sistema.
3. **Ausencia de una acción coordinada entre los distintos Estados que padecen esta ruta,** cuyos efectos negativos se acentúan por la multiplicidad de actores y proyectos en la lucha contra el narcotráfico. De una parte, en cada uno de estos países se observa una pluralidad de agencias e instituciones que no se comunican entre sí y en consecuencia no optimizan sus recursos. Pero en segundo término, los distintos países de la Unión Europea, entre ellos España, lanzan iniciativas de apoyo y formación que no solo no se coordinan sino que se ignoran. Con el objetivo último de mejorar el flujo de inteligencia y el intercambio de información se han lanzado distintas iniciativas promovidas en unos casos por Naciones Unidas, en otros por la Unión Europea, en otras ocasiones compartidas y en alguna ocasión promovidas por distintos Estados miembros de la UE (Iniciativa de FR/ES/UK/ IT) que carecen de la deseable coordinación.
4. **Ausencia de un nivel adecuado de cooperación judicial entre América Latina, el Caribe y la Unión Europea.** No existe una acción judicial conjunta y coordinada que permita dismantelar las organizaciones criminales (pese a la existencia de redes de cooperación judi-

cial y coordinación entre Latinoamérica y la Unión Europea, principalmente España, como Iberred o la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, se advierte que los jueces y fiscales piden una comunicación más ágil). Asimismo, muchos países carecen de una Fiscalía especializada en esta materia (es el caso de la República Dominicana) y allí donde existe, exige un fortalecimiento en el área de formación para adecuarla a los cambios legislativos pero también en el plano institucional (Venezuela, Panamá o Ecuador cuentan con una Fiscalía Antinarcóticos pero necesitan adaptarla a los cambios en el principio acusatorio y fortalecerla).

5. **Ausencia de complementariedad entre las iniciativas policiales y judiciales,** mientras la cooperación policial entre determinados Estados de la Unión Europea —España, Reino Unido, Francia, entre otros— y los países objeto de las misiones se desarrolla con cierta fluidez, apoyada en los agregados de Interior o en los oficiales de enlace desplazados a América Latina, el Caribe y África Occidental, no se percibe el mismo interés en la necesidad de una acción judicial conjunta a uno y otro lado (tan sólo España disponía de un Magistrado de Enlace en Colombia hasta principios de este año).
6. **Eurojust, UNODC y MAOC (N).** Las visitas a estas instituciones han demostrado que existe un trabajo compartimentado entre ellas con escasa comunicación. Durante la visita a UNODC se percibió que esta institución desarrolla iniciativas muy significativas en la lucha contra el tráfico de drogas tales como un Programa de control de contenedores o “Legal Advisory Programme” en el ámbito judicial. En el año 2002, Naciones Unidas informaba que sólo el 2% de los contenedores era objeto de control; en la actualidad la cifra ha aumentado pero no de forma significativa. Basta visitar el canal de Panamá y comprobar el flujo

de contenedores, una de las fuentes de ingresos más importantes del país hasta el punto que está prevista su ampliación en fechas próximas.

## 6. CONCLUSIÓN: EN BUSCA DE UNA ESTRATEGIA GLOBAL

La importancia de luchar eficazmente contra estos grupos de criminalidad organizada y reforzar esta lucha en Latinoamérica y en los países de tránsito ha justificado el mecanismo impulsado por la Comisión Europea a través de estas misiones. La preparación por parte de la Comisión Europea del Plan de Acción y subsiguientes iniciativas con forma de proyectos en las regiones mencionadas (2009-2011), permite subrayar la importancia de desarrollar acciones en este área.

Ahora bien, no podemos olvidar que por mucho que incidamos en la seguridad, en los aspectos represivos, **no puede existir seguridad sin desarrollo**. Y, al igual que tratamos de coordinar acciones con los países productores y Estados en tránsito en el ámbito de la persecución del delito, no podemos desconocer que las políticas de desarrollo alternativo también requieren del apoyo de todos los países que identifican el narcotráfico como una de las claves del crimen organizado.

Si recordamos las conclusiones del Informe de 2008 de Naciones Unidas, este informe concluía preguntándose qué habría ocurrido si se hubiera permitido la proliferación de sustancias estupefacientes, el opio, qué habría ocurrido sin la política de fiscalización internacional.

Quizás este es el momento de añadir otra reflexión: ¿subsisten las razones que justificaron la adopción de esta política de fiscalización internacional? Y si la respuesta fuera afirmativa, podríamos plantearnos otro interrogante: ¿basta con la ejecución de esta política de fiscalización o se hace preciso una revisión

que complemente y actualice la mera interdicción?

De la lectura de los respectivos informes de la Unión Europea y del Departamento de Estado de los Estados Unidos, podríamos concluir que en ambos casos se realiza una urgente llamada a la cooperación internacional, se alerta del peligro que para la comunidad internacional supone el narcotráfico; quizás una llamada más, desde luego no la última. Estamos seguros de que los informes de 2009 reiterarán estos aspectos.

Sin embargo, fuera de la, al menos aparente, contradicción de cifras entre uno y otro, resulta evidente que no estamos ganando la guerra contra el narcotráfico. Y no lo hacemos porque no importa el número de incautaciones que efectuemos, las detenciones que la policía lleve a cabo, ni siquiera, aunque pueda parecer polémico, el número de condenas o de miembros de la organización que ingresen en prisión a resultas de un exitoso procedimiento penal de los que se instruyen en la Audiencia Nacional contra el crimen organizado.

Y no importa porque ¿cuántas de esas sentencias condenatorias se traducen en paralelas investigaciones y condenas en otros países donde también opera la organización criminal? ¿Pensamos acaso que la organización que radica en Latinoamérica va a dejar de enviar contenedores cargados de droga por el mero hecho de que la policía incaute unos contenedores y detenga a sus socios en España? ¿Es que somos tan ingenuos que nos hacemos la foto con el alijo, nos ponemos la medalla cuando se condena en sentencia a los tripulantes del barco que introduce la droga, y pensamos que hemos alcanzado otro éxito en la lucha contra el narcotráfico? Ojo, no quiero decir que este trabajo sea innecesario, que carezca de valor. Lo que creo es que no es suficiente.

Y todas estas iniciativas, estas iniciativas policiales que comprenden investigaciones complejísticas, con verdadero riesgo para la vida, con áreas de derechos fundamentales que se ven involucrados, con una inversión económica importante, no son suficientes porque en

cierta medida estamos respondiendo sesgadamente al narcotráfico.

Cuando planteamos que los narcotraficantes evolucionan constantemente, se adaptan a nuevas rutas, introducen nuevas sustancias estupefacientes, aprovechan al máximo las nuevas tecnologías, colaboran entre ellos aprovechando los efectos de la globalización y la permeabilidad de las fronteras, reconocemos que ellos han recorrido la mitad del camino cuando nosotros, la sociedad, todavía está calentando los músculos para iniciar la carrera. Nosotros seguimos corriendo detrás de ellos, incapaces aún de adaptarnos al nuevo escenario de globalización.

¿Podríamos ser más eficaces —policías, jueces, fiscales— si la dotación de medios materiales y humanos fuera mayor? Resulta obvio que sí; la especialización es una de las claves para comprender la dimensión y las dificultades que plantea la lucha contra el narcotráfico. Así lo afirmaba Jose Luis Lopes da Mota, Presidente de Eurojust en el Simposio sobre seguridad y política de drogas celebrado en Río en 2008, subrayando la importancia de los tribunales especializados.

En última instancia, el éxito de nuestras iniciativas depende de nuestros objetivos. Si nos fijamos como objetivo un incremento en el número de incautaciones, estoy seguro que el año próximo lo conseguiremos con el esfuerzo de los servicios de inteligencia y de la cooperación policial. Si se trata de que se mantenga o se incremente el número de narcotraficantes condenados, por tanto, de concluir eficazmente la labor iniciada por la policía, los fiscales trabajamos ya para llevar ante los tribunales a estos delincuentes.

Ahora bien, si de lo que se trata es de algo más, de ser verdaderamente eficaz no sólo contra el narcotráfico sino contra el mundo criminal que representa, me parece que seguimos contemplando una parte del puzzle y nos faltan muchas otras piezas.

Creo sinceramente que es indispensable una estrategia global en materia de drogas, con un compromiso real y efectivo de todos los

Estados. Es cierto como apuntábamos al principio que algunos países están más sensibilizados que otros en esta materia pero, en mayor o menor grado, la responsabilidad compartida debe configurarse como punto de partida para cualquier acción.

Esta estrategia global que debe descender al terreno de iniciativas concretas, no sólo debería comprender iniciativas desde el punto de vista policial y judicial. En este ámbito, resulta necesario primero, actualizar, replantear la política de fiscalización internacional, y necesariamente, complementarlas con otras acciones.

¿Qué tipo de iniciativas? En el ámbito legislativo, se trata de articular de forma coordinada instrumentos que permitan ser más eficaces en la lucha contra la criminalidad organizada. Consiste, no sólo, pero también en evaluar el grado real de implementación de la Convención de Naciones Unidas de 1988, su aplicación efectiva en los Estados firmantes y no su mera transposición en la legislación nacional respectiva.

Desde esta estrategia se debería promover asimismo un enfoque multidisciplinar e integral, complementando igualmente estas medidas, de forma coordinada, con otras en el ámbito de la prevención y el desarrollo de las regiones que, por su situación de penuria, son presa fácil para los narcotraficantes.

Se trata igualmente, de atacar las propias raíces financieras del narcotráfico, acabando con espacios de impunidad, cortando los canales que permiten a estas organizaciones blanquear y en última instancia, disfrutar del patrimonio obtenido con este delito.

Como señalábamos anteriormente, una de las dificultades para adquirir una conciencia real del peligro que representa el narcotráfico es la identificación de sus víctimas. Excluyendo los casos de muertes violentas, y lacras para la salud, creo que la víctima es la propia sociedad, los Estados, las instituciones, organismos que no sangran, cuyo deterioro no se percibe fácilmente. Sin embargo creo que ha llegado el momento de que nos tomemos en serio la

lucha contra esta delincuencia, olvidemos las retóricas, las propuestas genéricas que sólo contribuyen a generar desconfianza y dejemos

de empujar como Sísifo, ciegos, la piedra hasta la cima de la montaña esperando que vuelva a caer.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- Informe anual sobre drogas de Naciones Unidas, 2008.
- Plan de Acción de la Unión Europea 2009-2012 en materia de lucha contra la droga, 2008/c 326/09, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 20 de diciembre de 2008.
- Informe de evaluación final del Plan de Acción de la Unión Europea 2005-2008, 13407/08 ADD 3.
- Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento y al Consejo “un área de seguridad, libertad y justicia al servicio del ciudadano” COM (2009) 262/4.
- Decisión Marco sobre el Exhorto Europeo de Prueba, 2008/978 JAI, L 350/72.
- Multi annual Indicative Programme 2009-2011 of the Instrument for Stability, Regulation (EC) No 1717/2006 of 15 November 2006 estableciendo el Instrumento de Estabilidad OJ L 237, 24.11.2006, Comisión Europea.
- International Narcotics Control Strategy Report, Marzo 2009, US Department of State, Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs.
- ICOS —International Council on Security and Development—, Symposium on New Approaches to Public Security and Drug Policy, Rio de Janeiro, 25-27 Febrero 2008.
- La financiación del terrorismo de Al-Qaeda: mitos y realidades, Inteligencia y Seguridad, Revista de análisis y prospectiva, Nikos Passas y junio-noviembre 2007.
- Informe anual de Eurojust, 2008.

**Fecha de recepción: 11 de octubre de 2009**  
**Fecha de aceptación: 20 de octubre de 2009**







# VARIA

El derecho del más fuerte a someter al débil. El imperialismo ateniense y el concepto vacío de justicia

*Enrique Gómez Rojo*



# EL DERECHO DEL MÁS FUERTE A SOMETER AL DÉBIL. EL IMPERIALISMO ATENIENSE Y EL CONCEPTO VACÍO DE JUSTICIA

Enrique Gómez Royo

Catedrático de Derecho Romano  
Universidad de Valencia

En las páginas que siguen vamos a comentar de forma sintetizada algunos textos recogidos de los discursos contenidos en la Historia de la guerra del Peloponeso de Tucídides<sup>1</sup>, que se refieren a la concepción del derecho de los estados más fuertes a someter a los más débiles junto con otros sobre el concepto vacío de justicia de Trasímaco, tomados de la República de Platón.

Sabemos por la historia de los griegos que “πόλεμος”, la guerra y sus dos perennes compañeros, el dolor y el sufrimiento, fueron un componente esencial en la vida del hombre griego, ya desde antiguo. También conocemos lo que fue en el itinerario histórico de las *poleis* griegas el empleo violento y brutal del poder en la vida interna de las ciudades griegas, en las que fue usual la existencia de las *staseis* o enfrentamientos civiles, el mayor de los males que le puede ocurrir a la *πόλις*, cuando la *natura hominis* está dominada por la *πλεονεξία* o ambición de poder.

En el itinerario de las *πόλεις* hemos conocido también cómo el solipsismo propio de las ciudades griegas fue excepcionado ante el *metus* a la invasión por parte del Medo; así se formó una alianza estable de carácter defensivo, la Liga Delo-Ática, entre las distintas ciudades griegas lideradas por Atenas, que ya no podrán abandonar.

Conocemos la derrota de la poderosa máquina militar persa y el protagonismo político de Atenas a partir de esa victoria así como que la consolidación del poder de Atenas dará lugar a una acción política estabilizada de carácter imperialista, que se traducirá en pingües beneficios procedentes del comercio en el período de la *pentecontecía*, los cincuenta años que van desde la derrota del Medo hasta la patológica guerra del Peloponeso.

Muchos ciudadanos atenienses eran conscientes de que la bonanza económica reinante en la ciudad se debía fundamentalmente al dominio hegemónico y pragmático que Atenas continuó ejerciendo sobre sus aliados en

la guerra contra el Medo, sin que ni siquiera se planteasen si tal acción era justa o injusta. El ejercicio despótico de este dominio ante los teóricos aliados fue la causa del conflicto bélico entre Atenas y Esparta.

Después de las breves notas de índole político social, el otro bloque cultural que nos interesa se ubica en el siglo V a. C. en el mundo griego. A mediados del siglo V junto a los datos histórico-políticos indicados, hay que situar la actividad de un plural y complejo movimiento, cuyos protagonistas se llamaron a sí mismo “σοφισταί”<sup>2</sup>. Su cometido consistió en abrir a los hombres alternativas frente al pensamiento tradicional. Ofrecían a cambio de un honorario, (χρηματιστικοί) una enseñanza mediante nuevos métodos.

Un horizonte de nuevos problemas, ideas y tendencias se abrían para el *homo Graecus*, cuando se cuestionaron todas las creencias propias de la tradición y las formas de vida. En este proceso el objetivo común fue la educación de los ciudadanos, para emancipar por medio de esta διδασκαλία al hombre griego del peso y oscurantismo de la tradición.

Nos vamos a limitar a comentar alguna de las cuestiones sacada del rico campo cultural que en esta época abrieron los sofistas. Nos referimos al ejercicio despótico que llevó a cabo Atenas sobre sus aliados y cuyo origen se remonta, en concreto, a Gorgias, el valedor de la palabra como poder; el santo y seña de su pedagogía fue el λόγος δυνάστης; desde esta concepción suya del poder efectivo de la palabra, comenzó un itinerario hacia la idea de poder político en sí mismo, ya en esta época desvinculado de ligámenes trascendentes.

Este sofista afirmaba en el Elogio de Helena<sup>3</sup>: πέφυκε γὰρ οὐ τὸ κρείσσον ὑπὸ τοῦ ἥσσονος κωλύεσθαι, ἀλλὰ τὸ ἥσσον ὑπὸ κρείσσονος ἄρχεσθαι καὶ ἄγεσθαι, καὶ τὸ μὲν κρείσσον ἡγεῖσθαι, τὸ δὲ ἥσσον ἔπεσθαι.

“En efecto, sostiene el sofista en el *egkómion* al hacer la apología de Helena, *por naturaleza el más fuerte nunca es impedido por el más débil, sino que el más débil es mandado y es regido por*

*el más fuerte y (por naturaleza) el más fuerte va delante y guía y el más débil le sigue*<sup>4</sup>.

El *iter* histórico del derecho del más fuerte pasa también por Critias, le da forma Calicles y lo culmina Trasímaco. Tucídides, a su vez, lo ve materializado en la política exterior practicada por Atenas con sus aliados, como veremos a continuación.

Otra pieza interesante que ya coleteaba desde antiguo fue introducida en la vida social por los sofistas. Nos referimos a la distinción entre δίκαιον φυσικόν-δίκαιον νομικόν, derecho natural-derecho positivo<sup>5</sup>. Una corriente sofista, que arranca del sofista mencionado, desarrolló una doctrina del derecho natural como el “*derecho de los más fuertes*”.

Así sostuvieron la doctrina del derecho que asiste a los más fuertes a dominar a los que son por naturaleza más débiles dentro del sistema político de las ciudades griegas.

Este ideario que se inició con Gorgias se consolidó como el único derecho que detenta el que es más poderoso dentro de la ciudad con las trágicas consecuencias que tal ideario conlleva tanto en la vida interna de las ciudades como aplicado en el plano internacional, porque niega cualquier reconocimiento humanitario a los ciudadanos de otros estados más débiles, salvo pacto de sumisión.

El par conceptual δίκαιον φυσικόν-δίκαιον νομικόν, también dio lugar a otra corriente de pensamiento sofista que sostenía la sustancial igualdad de todos los hombres por naturaleza, pero de ella no nos ocuparemos aquí.

En íntima conexión con las enseñanzas de los sofistas estuvo Tucídides, considerado por la doctrina como uno de los *patres* de la ciencia histórica racionalista. Su obra muestra lo que fue su forma de pensar y, si atendemos a su capacidad de discurso, Tucídides poseyó una sólida instrucción retórico-dialéctica, que había asumido el ideario de las corrientes intelectuales dominantes en la época, que en Atenas a mediados del siglo V tuvieron amplia repercusión.

Sobre la confrontación patológica entre las dos grandes ciudades y sus aliados respectivos así como las trágicas consecuencias que aquella contienda acarreó, nos afirma el historiador, que va a transmitir una enseñanza plenamente fiel a la verdad, que sirva a los gobernantes del futuro para evitar los errores cometidos en el pasado.

En esta actitud era consciente de la obligación moral que competía al escritor de la historia política de transmitir a la posteridad la verdad y no la loa de grandes gestas *more* retórico, que no buscan la verdad de los hechos sino exaltar los triunfos<sup>6</sup>.

Como su finalidad era ante todo exponer la verdad objetiva y que fuese entendida por todos sus lectores sin ambigüedades, introdujo en su análisis, para una cabal comprensión de los hechos acaecidos, la distinción entre pretextos, que son aparentes y nunca verdaderos, (ἀρχαί) y motivos, ocultos pero que son la verdadera causa de la acción política, (αἰτίαι) en una larga cadena de hechos de naturaleza político militar, que fueron analizados racionalmente a partir de unas causas que se tradujeron en una serie de efectos nefastos para la sociedad ateniense, también para la griega en general y en un diagnóstico de futuro.

Quienes estaban al frente del Estado pre-textaban para la guerra, el *bellum iustum*, una serie de causas que no respondían a los verdaderos motivos de los actos de fuerza.

En el fondo la enseñanza de su presente delineaba como premonición lo que debía evitar nuestro futuro, si bien fue *vox clamans in deserto*. En su obra mostró magistralmente lo que es el valor de perennidad y modernidad; la amplia doctrina sobre su persona destaca que todo lo descrito es realmente actual y contemporáneo, porque los procesos históricos están llamados a repetirse, ya que la historia tiene para nuestro historiador un carácter cíclico.

El historiador, al analizar las causas de aquella patológica contienda, destaca la trascendencia que en el plano político tuvo la *natura hominis* así como los sesgos desviados o móviles que, originados en ella, tuvieron pro-

tagonismo activo en el desarrollo de los acontecimientos sociales y políticos de la vida de la ciudad ateniense.

De forma muy realista pone ante los ojos críticos del lector que el factor poder junto con la fuerza pueden determinar al unísono, por encima de la justicia, el comportamiento del hombre y el de los Estados.

Tucídides delinea los motivos, las fuerzas inmanentes o leyes e ideas que son dictadas por los políticos y los pueblos así como sus consecuencias morales y enseña que los problemas sociales y políticos del hombre del pasado no fueron algo anecdótico y ya “pasado” sino que están llamados a repetirse cíclicamente en la historia de los humanos, cuando impera un sesgo obsesivo y desviado por el poder, bien político bien económico, y se pierde el criterio de la recta medida y el de la justicia, (“μηδὲν ἄγαν”), que ya introdujo Solón en la agitada y convulsa vida social del siglo VI a. C. en la sociedad ateniense.

Tratemos de justificar la precedente afirmación desde el mensaje paradigmático de los mismos testimonios históricos. Atenas fue caracterizada por Pericles, según cita Tucídides<sup>7</sup>, τῆς Ἑλλάδος παιδευσιν, es decir, una *polis* democrática descrita como magisterio vivo para toda la Hélade (πᾶσαν πόλιν), tanto en el conjunto de sus instituciones como en el del cuerpo social.

Si descendemos a la experiencia del hombre griego y en ella atendemos a la raíz psicológica de los distorsionados comportamientos humanos, constata el historiador en la historia de las ciudades que tales conductas fatalmente se repetirán, tantas cuantas veces domine en la *natura hominis*, τὸ ἀνθρώπειον<sup>8</sup>, del gobernante de turno la πλεονεξία, ley egoísta, inmanente y activa en el hombre, que la impulsa a alcanzar por cualquier medio el poder y dominar sobre los demás, despreciar la justicia y negar todo derecho a los otros.

Su lúcida visión sobre el valor pedagógico de la historia así como del carácter de eterno retorno de los *facta hominum* en la historia, los justifica en el presente testimonio siempre que

la *natura hominis* en los políticos detentadores del poder esté dominada, no por el servicio al bien común de la *polis*, sino por el móvil de la *πλεονεξία*. Tucídides lo expone claramente en estos términos<sup>9</sup>:

ὄσοι δὲ βουλήσονται τῶν τε γενομένων τὸ σαφὲς σκοπεῖν καὶ τῶν μελόντων ποτὲ αὖθις κατὰ τὸ ἀνθρώπειον τοιοῦτων καὶ παραπλησίων ἔσεσθαι, ὠφέλιμα κρίνειν αὐτὰ ἀρκούντως ἔξει. κτήμᾳ τε αἰεὶ μᾶλλον ἢ ἀγώνισμα ἐς τὸ παραχρῆμα ἀκούειν ξύγκειται.

“y cuantos quieran investigar lo seguro de aquellos eventos así como de los futuros, que serán a su vez idénticos a aquellos según la *natura hominis*, será suficiente para juzgarlos valorar lo útil, (porque la obra) está concebida como un bien para siempre más que como (obra de) *certain* para escuchar al instante”.

Destaca nuestro historiador con carácter muy pragmático en su análisis de la *natura hominis* que en la naturaleza del hombre griego anidó la pulsión ciega por el poder o la fuerza, político o económico y, con carácter de referencia para el futuro, en la de todo humano y por ende también en los Estados, en cuanto instituciones creadas por ellos.

Desde su planteamiento; seleccionamos unas ideas sacadas del libro I de la historia de la guerra del Peloponeso, que relacionaron el derecho como poder efectivo del que es más fuerte militarmente hacia las ciudades.

El discurso seleccionado se pronunció por parte de los *legati Atheniensium* en la asamblea de los peloponesios a raíz de la acción política desmedida que los atenienses practicaron y que, criticada por Esparta, van a tratar de justificar.

I. 75. El planteamiento apologético parte de los principios que fueron el fundamento del ejercicio del mando hegemónico, que es el que ha llevado al imperio a la situación actual; situación sobre la que habría primado primero el **temor** al Medo, **ὑπὸ δέους**, es decir, el *metus*<sup>10</sup>, posteriormente el **honor** por la victoria frente a los persas, **ἔπειτα δὲ καὶ τιμῆς**, y

finalmente el **interés** de Atenas, **ὑστερον καὶ ὠφελείας**.

Aun teniendo la supremacía hegemónica y, por tanto, las manos libres para actuar según arbitrio, continúa el alegato de la embajada ateniense; la *polis* se atuvo en su actuación con las ciudades aliadas ante todo a la praxis de la justicia y a la moderación; ello en un grado mucho mayor y por encima de lo que el ejercicio efectivo del poder le obligaba, combinando con gran habilidad los valores esenciales que definen la *demokratía* ateniense como eran la *isonomía*, la *isegoría*, la *koinonía*, la *eleuthería* y la tolerancia con el ejercicio efectivo del *imperium* sobre los otros Estados<sup>11</sup>.

En suma, enfatiza el orador que, por encima de todo, la razón de Estado siempre habrá de tutelar bien los propios intereses, cuando alguien se enfrenta a mayores peligros, a fin de salvaguardar el fin supremo de la libertad, y este hecho en modo alguno ha de generar el resentimiento y el odio de nadie.

A la luz de lo indicado, se afirman las siguientes ideas en las que se aprecia que los hechos, el recurso al abuso de la fuerza, habían existido de siempre en todas las ciudades:

Lib. I. 76: οὕτως οὐδ' ἡμεῖς θαυμαστὸν οὐδὲν πεποιήκαμεν οὐδ' ἀπὸ τοῦ ἀνθρωπέου τρόπου, εἰ ἀρχὴν τε διδομένην ἐδεξάμεθα καὶ ταύτην μὴ ἀνεῖμεν ὑπὸ <τριῶν> των μεγίστων νικηθέντες, τιμῆς, καὶ δέους καὶ ωφλίας, οὐδ' αὖ πρώτοι τοῦ τοιοῦτου ὑπάξαντες, ἀλλ αἰεὶ καθεστῶτος<sup>12</sup> τὸν ἦσσω ὑπὸ τοῦ δυνατοτέρου κατείργεσθαι.

“Así nada extraño hemos hecho ni fuera de la *natura hominis*, si recibimos un imperio que se nos dio y no lo dejamos, después de haber sido vencidos por los tres motivos más importantes, el honor, el temor y el interés o utilitas ni, después de haber tomado tal iniciativa, fuimos los primeros, puesto que desde siempre ha prevalecido la ley de que el más débil sea oprimido por el más fuerte”

El uso del participio de perfecto absoluto junto con el adverbio de tiempo destaca lo que había venido siendo praxis habitual por parte de las Ciudades-Estado fuertes, lo que les



daba carta blanca para actuar según estimasen oportuno. Ello no obstante, el trato que los atenienses dieron a los Estados miembros de la **summactiva** o alianza fue el justo, por encima del poder que tienen.

Lib. I. 76: ἐπαινεῖσθαι τε ἄξιοι, οἵτινες χρησάμενοι τῇ ἀνθρωπείᾳ φύσει ὥστε ἐτέρων ἄρχειν δικαιότερον ἢ κατὰ τὴν ὑπάρχουσαν δύναμιν γένωνται.

“*son dignos de ser alabados aquellos que, aunque sirviéndose de la humana natura, (τῇ ἀνθρωπείᾳ) de forma que dominen a otros, son más justos que lo que corresponde al poder que está en sus manos*”.

Es evidente que en la mente del orador la *narratio* responde en su estrategia a lo que ve materializado en la acción política llevada a cabo por Atenas. Estamos ante una clara apología del derecho que asiste al que es más fuerte por naturaleza al empleo de la fuerza, cuando lo estime conveniente; si bien, a pesar de que el ejercicio del poder hegemónico les legitima a actuar desde la fuerza, según entiendan, los atenienses se guiaron por la moderación

Por tanto, habiendo afirmado la moderación como conducta usual, ¿cabe hablar de negociación entre ciudades desiguales? La respuesta fluye por sí misma; carece de sentido entablar cualquier tipo de negociación, porque desde el punto de vista de la acción política el principio dominante en cualquier ciudad griega militarmente bien equipada es que quien se halla en situación de superioridad en el uso de la fuerza, no tiene por qué acudir a ningún tipo de componendas o negociaciones con quienes son más débiles, porque lo que deben hacer los Estados débiles es someterse y dejarse de triquiñuelas de leguleyos. Es lo que enfatiza el texto siguiente abreviado.

L. I. 77: βιάζεσθαι γὰρ οἷς ἄν ἐξῆ δικάζεσθαι οὐδὲν προσδέονται.

“*pues usar de la fuerza es propio de aquellos que no precisan acudir a pleitos*”.

Esta premisa era clara, porque simplemente el detentador de la fuerza ha de ejercerla y ello es más que suficiente sin necesidad de acudir

a negociaciones con las ciudades que son más débiles, lo que hubiera sido ridículo en aquel contexto social y da la siguiente razón:

Lib. I. 77: ἀδικούμενοί τε, ὡς εἰκεν, οἱ ἄνθρωποι μᾶλλον ὀργίζονται ἢ βιαζόμενοι τὸ μὲν γὰρ ἀπὸ τοῦ ἴσου δοκεῖ πλεονεκτεῖσθαι, τὸ δὲ ἀπὸ τοῦ κρείσσονος καταναγκάζεσθαι.

“*Según parece, los hombres tratados injustamente se irritan más que cuando son víctimas de la violencia, porque lo uno parece que es ser defraudado por parte de un igual, y lo otro ser obligados por otro más poderoso*”.

Ponen de relieve también RUS RUFINO y MEABE que Tucídides hizo una lectura del *iter* de la política, que llevaron a cabo los atenienses en el plano de las relaciones exteriores, desde la teoría del derecho del más fuerte, que ya había sido planteada por Gorgias, que sostenía como tesis capital y primera la perentoriedad de dominar y noquear a los interlocutores mediante la palabra.

Calicles, que pertenecía al estamento de los *nobiles*, cuando observó con ojos críticos el panorama de la sociedad ateniense, estableció una nueva medida (*metron*) política: el “*denominado derecho del que es más fuerte por naturaleza*”; su paradigma para tal afirmación fue la naturaleza, sobre la que él proyecta muy rígida y férreamente, sin ningún tipo de ambages, toda una concepción mecanicista, causalista y empírica.

Sostiene sobre la base de la jungla, a la que parifica la sociedad humana, que el más recto ha de tener más que el más abyecto y malo; el más poderoso más que el que es menos poderoso, porque esta ley es la que rige los comportamientos en la selva de los animales.

A partir de este principio hay que determinar el derecho, cuyo postulado esencial radica en que el mejor domine sobre el peor y que tenga más, porque no parte de una esencial igualdad natural sino de la existencia en el plano ontológico de la desigualdad, que es la nota dominante en la naturaleza.

Por tanto, esta clara y perceptible desigualdad que domina en el mundo animal, se reproduce en idénticos términos en el mundo de los humanos, por lo que Calicles oponía al ideal igualitario de la *demokratía* el hecho de la desigualdad natural de los seres humanos. Parte de postulados de carácter empírico, en los que se puede apreciar que el más débil y menos adaptado está condenado a sucumbir ante el más fuerte y mejor equipado para matar y así sobrevivir en un entorno que le es naturalmente hostil.

Consiguientemente, si se mira retrospectivamente la historia de las familias afamadas y poderosas en las ciudades, se obtendrá un dato evidente, que se repite siempre y es dominante: el más fuerte domina permanente e inevitablemente sobre el más débil, sin que exista medio alguno que pueda frenar y cambiar esta realidad, por lo que sostenía este pensador “*tratamos a los mejores y más poderosos entre nosotros, desde la niñez, como leones*” y ciertamente desde esta premisa brillaba en todo su esplendor el derecho de la naturaleza.

Lo que el Estado denominaba “*igualdad ante el derecho y la ley*”, era una falacia y una pura arbitrariedad, porque someterse o no era, en definitiva, un problema de fuerza. Todo ello en un momento en que el derecho materializado en la ley había perdido su autoridad moral, lo que era presagio de vientos de revolución y caída.

En el ideario del “*derecho del que es naturalmente más fuerte*” se capta el principio según el cual el derecho (*ius positum*) y el Estado se materializan como resultado del consenso de aquellos que dominan. Nos encontramos también aquí con un tipo de razonamiento que fija la génesis del derecho por acuerdo de la mayoría social mediante el ideario del contractualismo como criterio de explicación del derecho, cuando los débiles crean este mecanismo opresor para defenderse y neutralizar a los fuertes, por lo que juzga esta convención de los débiles como injusta o bien como norma impuesta por parte del *homo politicus* dominador, que es el tirano capaz de dominar a los más débiles, el libertador fuerte y poderoso.

Trasímaco<sup>13</sup>, por su parte, gran retórico y experto gramático, asumió como cometido prioritario sensibilizar a todos los ciudadanos atenienses, de acuerdo con los valores políticos fundamentales y con la propia tradición de la *πάτριος πολιτεία*; dicha sensibilización era una necesidad ineludible para materializar en la *polis* una comunión de espíritu, una concordia y una prudencia cívica que, a su juicio, sólo era posible retornando a las sanas y anteriores formas de vida política.

En su ideario político late la idea de que únicamente cuando se instaure de nuevo el precedente modelo constitucional oligárquico, sólo en ese momento podía salvarse la ciudad, por lo que en diálogo con Sócrates plantea su concepción de la justicia, el derecho y la doctrina de la fuerza o sobre el poder y afirmará que la justicia es un concepto vacío.

Antes de abordar los fundamentos sobre los cuales estructura y construye Trasímaco su visión sobre la justicia y lo justo, indiquemos, siguiendo el criterio de RUS RUFINO-MEABE<sup>14</sup>, que el debate sostenido por Trasímaco y Sócrates representó un anillo importante y decisivo en el itinerario histórico de las ideas políticas y jurídicas de la cultura occidental, puesto que la teoría clásica relativa a la justicia y sobre la ley dio contenido a la posterior cultura jurídica de Occidente.

Ponen de relieve que a la luz de este debate adquiere el lector una posición equilibrada para valorar desde un punto de vista crítico el formalismo y el positivismo que domina en una parte importante de la moderna teoría del derecho entre otros aspectos, como son las tesis contractualistas o del iusnaturalismo liberal.

Platón atestigua en el libro I de la República la concepción que sostuvo Trasímaco sobre el contenido de la justicia, al responder a Sócrates cuando afirma, Rep. 331e que *iustum* o lo justo es “*dar a cada cual lo que se le debe*”: *τὸ τὰ ὀφειλόμενα ἕκαστῷ ἀποδιδόναι δίκαιόν ἐστι*. En este contexto dialogal interviene Trasímaco y da su propia definición, que aparece recogida en 338c:

φημί γὰρ ἐγὼ εἶναι τὸ δίκαιον οὐκ ἄλλο τι ἢ τὸ τοῦ κρείττονος συμφέρον.

*“en efecto, afirmo que el dikaion (i. e. el derecho) no es otra cosa que lo que le conviene al más poderoso”.*

Preguntado para que explique con mayor claridad lo que quiere decir (338d), continúa Trasímaco afirmando que, en las ciudades griegas, unas son gobernadas por tiranos, τυραννοῦνται, otras lo son por la democracia, δημοκρατοῦνται, y otras lo son por la aristocracia, ἀριστοκρατοῦνται y pregunta, ¿no es acaso ciertamente el gobierno de cada ciudad el que manda?

La lógica de su conclusión emana de las precedentes premisas que él había anteriormente expuesto: cada gobierno establece las leyes según su propia utilidad, τίθεται δὲ γὰρ τοὺς νόμους ἕκαστη ἢ ἀρχὴ πρὸς τὸ αὐτῆς συμφέρον, razón por la cual un gobierno democrático establece leyes democráticas, la tiranía (establece) leyes tiránicas y así también las restantes.

La postura de Trasímaco aparece reflejada en 338d-339a: *“al promulgar las leyes, pusieron de manifiesto (los que gobiernan) que lo justo es lo que les conviene a ellos, y al que se aparta de esto lo castigan como transgresor e injusto. Así pues, amigo entrañable, tal es, afirmo, lo que en todas las ciudades es justo: τὸ τῆς καθεστηκυίας ἀρχῆς συμφέρον, es decir, lo que conviene al gobierno constituido, y éste es el que tiene el poder; de suerte que acontece a todo el que razona rectamente τῷ ὀρθῶς λογιζομένῳ πανταχοῦ, que lo justo en todas partes es lo mismo: lo que conviene al más fuerte, τὸ τοῦ κρείττονος συμφέρον”*<sup>15</sup>.

Con toda claridad ha delineado Platón la concepción relativa al derecho y el concepto vacío de justicia que sostenía Trasímaco, que ve en todas partes como rasgo esencial en la acción política la voluntad de poder, porque los gobernantes buscan por medio del poder el provecho de su partido o grupo.

Acorde con el ideario del sofista, cobraba peso la llamada **justicia aparente**, caracterizada también como **“convención”** y posterior-

mente **“mentira social”**, porque todo el *status* socio-político existente en la pólis fue para Trasímaco un descarado y vergonzoso fraude a una verdadera ontología política y a una ética social articulada sobre una verdadera convivencia.

Dado que el fin del poder estaba en sí mismo, razona, no cabe que el gobernante se equivoque nunca, porque gobierna desde lo que es mejor para sí mismo: τὸν ἄρχοντα, καθ’ ὅσον ἄρχων ἐστίν, μὴ ἀμαρτάνειν, μὴ ἀμαρτάνοντα δὲ τὸ αὐτῷ βέλτιστον τίθεσθαι (Rep. 341a).

Desde las ideas de Calicles, *el derecho de los más fuertes* y del Trasímaco platónico, el *concepto vacío de justicia*, concluimos comentando un testimonio de Tucídides sobre la brutal praxis de la política exterior llevada a cabo por Atenas con uno de sus aliados.

La pluma de Tucídides reflejó unas dramáticas negociaciones en las que en el fondo el tema debatido fue la justicia frente a la fuerza.

Ello aconteció en el año décimo sexto de la guerra del Peloponeso, un crudo testimonio en unas páginas llenas de gran lucidez e intuición, ciertamente cargadas de dramatismo pero memorables, en el que se recogen las negociaciones llevadas a cabo entre los representantes de la isla de Melos, la ciudad débil y los atenien- ses, la fuerza<sup>16</sup>.

Toda la doctrina unánimemente ha destacado que la pluma del historiador realizó en ese pasaje un brillante y profundo análisis cuyo contenido, eminentemente político, pone de relieve mediante el juego conceptual de los opuestos tan usado por los griegos el conflicto que se desata entre motivaciones e intereses que presiden y determinan la actuación o *pragmateía* del imperialismo político. *Ve neutris!*

Nos encontramos ante la fuerza del *topos* del ζύμπερον, la *utilitas* en la razón de Estado, frente al derecho, δίκαιον, que asiste a quienes de común acuerdo aspiran a ser únicamente neutrales, siguiendo en este diálogo la técnica usual en los pensadores antiguos del tipo de razonamiento antitético,

El mismo razonamiento visto desde otra sede; diríamos que estamos ante diálogos que reproducen la figura dialéctica de la antilogía, es decir, razonamiento contra razonamiento, el conflicto abierto entre una *pragmateía* basada en el peso efectivo de la fuerza y su utilización y el derecho a la independencia o autonomía, que tiene el que es, desde el punto de vista de la fuerza militar, inferior o más débil o, en suma, entre lo que se siente colectivamente como un *desideratum* **justo** y lo que el poderoso entiende y ve como *ξύμφερον*, lo que es más conveniente a los intereses del Estado sin cortapisas éticas para sus intereses políticos.

En suma, a la luz de todo lo que hemos considerado aquí se expone con toda nitidez el permanente conflicto o colisión entre *iustitia* y su antitética la *utilitas*, entre lo que es para unos una moral de convicción, su idealismo religioso y su libertad patria, que colisiona con el pragmatismo descarado y sin tapujos del fuerte y sus corifeos.

Este tipo de razonamiento basado en el juego dialogal de opuestos, *iustitia-utilitas*, será una constante en la historia posterior del mundo helenístico y romano y se perpetuará este binomio, *iustitia-utilitas*, en la historia posterior. Conocemos la dura crítica de Carnéades, cuando en Roma afirma ante un auditorio selecto, que si la *Urbs* fuese justa habría de devolver todos los territorios conquistados a sus originarios destinatarios reintegrándoles sus derechos. Tal solución iría contra sus propios intereses. Sabemos que la legación griega hubo de volver por la vía rápida a su lugar de origen.

Los interlocutores de ambas partes abordaron con realismo la *vexata quaestio* practicada por todos los Estados de la fuerza por encima de la justicia. En este contexto, los melios en modo alguno pretenderán convencer mediante su razonamiento a los atenienses de que el derecho y la justicia les asisten y están de su parte, porque tal argumento, tan desnaturalizado y poco realista en aquel momento, provocaría, a causa de su ingenuidad e inutilidad política, una hilaridad descarada por parte de

sus contrincantes, de quienes conocemos lo que piensan sobre el derecho y la justicia.

Su razonamiento tiende a demostrar más bien que la guía política de la actuación de Atenas ha de ser no avasallar y agredir a ciudades neutrales y pueblos que únicamente tratan de vivir en libertad.

El blindaje mental de los atenienses, debidamente preparado de antemano, fue muy sólido y ninguna triquiñuela moralizante de los melios lo podrá cuestionar, lo que se evidencia en el fuerte realismo que impregna su discurso<sup>17</sup>; **está excluida cualquier negociación** porque en el fondo uno de los indicios de fuerza y de reconocimiento por todos los súbditos, *tò eikós*, es exactamente la enemistad, *ἐχθρός*, que a los atenienses más les encumbra en el panorama internacional, mientras que sí sería mal interpretado por todas las ciudades sometidas al poder hegemónico de Atenas como debilidad sellar un tratado de neutralidad o *Friedensvertrag*, pues ello sería interpretado por los pueblos que orbitan alrededor de los atenienses como un claro signo de debilidad, porque el odio del sometido patentiza la fuerza que tiene aquel a quien se odia.

Aquí muestra el orador ateniense la defenestración de cualquier escrúpulo moral, que sigue férreamente, sin desviarse ni un milímetro, las directrices de la razón de Estado que ordena su política imperialista.

V. 89. Así razonan los atenienses para conceder la salvación a la ciudad de Melos, **ὄτι δίκαια μὲν ἐν τῷ ἀνθρωπείῳ ἀπὸ τῆς ἴσης ἀνάγκης κρίνεται**, cuando los asuntos a dirimir son de esta naturaleza entre dos o más contendientes, hay que dejarse de cantinelas sobre negociaciones entre iguales, porque todos eran sabedores que el derecho sólo se tiene en cuenta en una negociación, cuando hay un equilibrio e igualdad, *ισότης*, de fuerzas *inter partes*.

Porque en caso contrario, *δυνατὰ δὲ οἱ πρὸυχοντες πρᾶσσοσι καὶ οἱ ἀσθανεῖς ξυγχωροῦσιν*, los que son superiores y más fuertes fijan lo posible y los débiles lo aceptan sin más.

“*Estamos aquí para sacar el máximo provecho (ἐπ’ ὠφελεία) a favor de nuestro imperio (τῆς ἡμετέρας ἀρχῆς), y para proponeros unas condiciones mediante las cuales salvar vuestra ciudad*”, lógicamente los atenienses pretenden ejercer el poder hegemónico sin conflictos y por esta vía que la salvación de la ciudad repercuta en utilidad para ambas partes.

Ante este crudo planteamiento preguntan los melios: **καὶ πῶς χρήσιμον ἂν ξυμβαίῃ ἡμῖν δουλεῦσαι, ὡσπερ καὶ ὑμῖν ἄρξει.** “¿Y cómo resultaría útil para nosotros ser esclavos, como también para vosotros lo es ejercer el dominio?”

Y responden los atenienses que ganan el bien preciado de la vida a cambio de la sumisión a Atenas.

La doctrina ha puesto de relieve que esta apología descarada de la fuerza y la realidad de la esclavitud ha sido una constante en la historia que llega hasta nuestros días. Cuando en el curso de la historia posterior pensadores como HOBBS y la corriente doctrinal del siglo XVII y XVIII pretendieron justificar la esclavitud, se sirvieron de un tópico que tenía idénticas características: la esclavitud se fundamentaba en un pacto de auto enajenación, que se realiza en beneficio de las dos partes<sup>18</sup>.

Como sostenía HOBBS, en ese convenio el que ha sido sometido o el que es militarmente más inerte recibe el bien preciado que consiste en la propia vida, si bien, en razón del

*ius belli* y el *ius gentium*, a los hombres que han sido sometidos por las armas se les podía eliminar limpiamente y sin tapujos, mientras que la ventaja que prometen al vencedor es su *obsequium* y *fides*, servidumbre de por vida.

Tucídides cuenta que a la pregunta de los melios sobre la neutralidad de la ciudad y no ser aliados de ninguna de las ciudades fuertes, **ξυμμάχους δὲ μηδετέρων.**

La respuesta cruda de los atenienses se imponía por su propia obviedad: **οὐ γὰρ τοσοῦτον ἡμᾶς βλάπτει ἢ ἔχθρα ὑμῶν ὅσον ἢ φιλία μὲν ἀσθαιείας, τὸ δὲ μῖσος δυνάμειος παράδειγμα τοῖς ἀρχομένοις δελούμενον.**

Encontramos en este pasaje otra vez el juego con finalidades didácticas de los opuestos, μῖσος - φιλία; el primero, odio del dominado, patentiza ante el resto de las ciudades sometidas, el prestigio y el poder del fuerte, mientras que el segundo, la amistad, erosionaría el prestigio de los atenienses y sería interpretado por los otros sometidos en clave de debilidad, ἀσθαιεία.

El resultado final, como es sabido, fue la aniquilación de la ciudad, el exterminio de sus ciudadanos y la esclavitud para mujeres y los niños.

¿Conocemos en nuestra historia reciente algún caso en el que se haya aplicado el derecho de los más fuertes para aniquilar al débil mediante la fuerza? *Fabula de te narratur!*

## NOTAS

1. THVCYDIDIS HISTORIAE. edidit O. LUSCHNAT. Vol. 1, libri I-II. Bibliotheca scriptorum Graecorum et Romanorum Teubneriana (1988).

2. La bibliografía sobre este plural movimiento es muy extensa. En el punto sobre la democracia ateniense remitimos a MÜLLER R., *Die Sophistik und die theoretische Begründung der Demokratie in Polis und Res Publica* (Weimar 1987) p. 188 ss.

3. DIELS/KRANZ, *Die Fragmente der Vorsokratiker*. Bd. II Zürich 1972) num. 82. 6.

4. Vid. la obra de RUS RUFINO y MEABE, *Justicia, Derecho y Fuerza* (Madrid 2001) p. 73.

5. La controversia *Nomos y Physis* en el pensamiento griego tiene una larga tradición que fue estudiada por HEINMANN en su obra *Nomos und physis. Herkunft einer Antithese im griechischen Denken des 5. Jahrhunderts* (Darmstadt 1980).

6. Vid. Sobre la vida y personalidad de Tucídides SCHMID/STÄHLIN, *Geschichte der griechischen Literatur. Handbuch der Altertumswissenschaft*. VII. 1. 5. (München 1964) [1948] p. 6ss: vida, obra, comienzo y magnitud de la gran guerra.

7. LIDDELL-SCOTT, *A Greek-English Lexicon* (Oxford 1961) p. 1287 reproduce el mismo texto traduciendo “*is the school of Greece*”, nosotros añadimos el matiz *in fieri* propio de los sustantivos cuyo sufijo termina en -is.

8. LIDDELL SCOTT, o.c.p., p. 141 τὸ ἀνθρώπειον *mankind, human nature*. IV. 61 πέφυκε τὸ ἀνθρώπειον ἄρχειν τοῦ εἴκοντος, testimonio en el que pone de relieve Tucídides el mismo axioma del derecho del más fuerte: “*la natura hominis ejerce el mando sobre el que cede*” y concluye que ha de estar vigilante ante la agresión; V. 105: en la negociación con los habitantes de la isla de Melos reiteran los atenienses que no es la ley de la Dike o justicia de la tradición sino la del más fuerte, porque se detenta el mando por el imperativo de la *natura*.

9. I. 22; Vid. SWAIN S., *Law and society in Thucydides* p. 550-567 en *The Greek World* ed. by Anton Powell (London 1995); QUARITSCH H., *Der Staatsbegriff und die antike Politik-Theorie* en *Politische Theorie und Praxis im Altertum*, herausgegeben von W. Schuller (Darmstadt 1998) p. 278 ss.

10. El *topos del metus* ha sido siempre muy útil hasta la actualidad por el juego que prestan los conceptos opuestos, pretextos y motivos; el pretexto es siempre aparente y nunca es verdad lo que oculta, mientras que el motivo nunca se exterioriza, porque encubre las verdaderas causas. El pretexto siempre es utilizado para aniquilar al enemigo. Así el *metus punicus* fue el pretexto, frente a voces no partidarias de tal empresa militar, para destruir Cartago o modernamente el temor a la existencia de armas de destrucción masiva fue el pretexto para desencadenar una guerra, cuyas trágicas consecuencias conocemos.

11. Vid. *Historia de la guerra del Peloponeso*. T. I . Introducción general de Julio Calonge Ruis. Traducción y notas de J. J. Torres Esbarranch (Madrid 1990) Biblioteca clásica Gredos p. 240ss en nota 428 el traductor pone de relieve la contradicción intrínseca en el panorama político del momento entre principios y valores democráticos *ad intra* e imperialismo en el mundo griego, *ad extra*, fenómeno común que llega hasta nuestro momento actual.

12. Entendemos que el participio de perfecto del verbo καθίστημι, construido en genitivo absoluto equivale a una relación adverbial de causa vid. KÜHNER GERTH, *Ausführliche Grammatik der griechischen Sprache* Bd. II (Darmstadt 1963) p. 77: *Partizip als Ausdruck adverbialer Verhältnisse der Zeit, der Kausalität und der Art und Weise*.

13. Sobre su vida vid. DIELS/KRANZ, *Die Fragmente der Vorsokratiker* Bd. II (Zürich 1969) p. 319 ss. num 85 ss; SCHMID/STÄHLIN, *Geschichte der griechischen Literatur*. VII. 1. 3, p. 185 ss.; WOLF E., *Griechisches Rechtsdenken* II. p. 106 ss.; y la biografía que citan RUS y MEABE, o. c. p. 33.

14. RUS RUFINO-MEABE, o. c. p. 98 ss.

15. Θέμεναι δὲ ἀπέφηναν τοῦτο δίκαιον τοῖς ἀρχόμενοις εἶναι, τὸ σφίσι σύμφερον, καὶ τὸν τούτου ἐκβαίνοντα κολάζουσιν ὡς παρανομούντα τε καὶ ἀδικούντα. τοῦτ' οὖν ἐστίν, ὃ βέλτιοτε, ὃ λέγω ἐν ἀπάσαις ταῖς πόλεσιν. ταῦτόν εἶναι δίκαιον, τὸ τῆς καθεστηκυίας ἀρχῆς σύμφερον' αὕτη δὲ ποῦ κρατεῖ, ὥστε συμβαίνει τῷ ὀρθῶς λογιζομένῳ πανταχοῦ εἶναι τὸ αὐτὸ δίκαιον, τὸ τοῦ κρείττονος συμφέρον.

16. Vid. V. 85; SCHMID/STÄHLIN, VII. 1. 5 p. 92 ss., *Meliardialog, Brutalisierung des attischen Imperialismus*; p. 109 s la superioridad militar de Atenas al servicio de mantener por encima de todo su interés soberano por el mar.

17. Vid. V. 95.

18. Resultan ilustrativos en este sentido los conceptos de enajenación del propio derecho del hombre sin ningún tipo de contraprestación y lo que se realiza en la expectativa de recibir una contraprestación. El pacto de sumisión al otro es la base que fundamenta la esclavitud: *sein Recht aufzugeben oder zu übertragen*. Vid. *Entäußerung natürlichen Rechts durch Gabe und Vertrag* en HOBBS Th., *Naturrecht und Allgemeines Staatsrecht in den Anfangsgründen* (Darmstadt 1976) p. 100 ss.







# NORMAS DE LA REVISTA



## I. EXTENSIÓN Y SOPORTE MATERIAL

Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales.

Los originales de los artículos destinados a las dos primeras secciones (Debate y Estudios) tendrán una extensión entre 22.000 y 60.000 caracteres a espacio y medio y punto 12.

Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen o *abstract* de 10 líneas en castellano y en inglés, así como de cinco o seis palabras clave o *key words* en castellano y en inglés.

Los originales han de enviarse por correo electrónico a la dirección de la coordinadora de la revista ([teoria@tirant.es](mailto:teoria@tirant.es))

En el artículo deberá constar el nombre del autor o autora, la universidad o institución a la que pertenece y, en su caso, la dirección de correo electrónico y de correo postal de contacto.

En el caso de que el texto haya sido publicado anteriormente en otro medio impreso o se haya presentado como ponencia o comunicación, se incluirán los datos en el documento.

En el caso de los artículos publicados en la Sección “Temas de Hoy” se podrá obviar parte de los requisitos formales de la Revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista lo hará constar.

En el caso de las traducciones de textos publicados en la sección “Varia”, obviamente no se han de cumplir estos requisitos.

## II. ADMISIÓN DE ORIGINALES

Los originales serán sometidos a informes internos por parte del Consejo editorial e informes externos anónimos. Cualquiera de los evaluadores internos o externos puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado, que serán comunicadas a los mismos, y en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones oportunas.

## III. ENVÍO DE ORIGINALES

Los originales pueden remitirse por correo electrónico a la dirección [teoria@tirant.es](mailto:teoria@tirant.es) o por correo tradicional, enviando una copia impresa y soporte digital a al siguiente dirección:

Revista Teoría y Derecho  
Tirant lo Blanch  
C/Artes Gráficas, 14, entlo.  
46010 Valencia

## IV. SISTEMA DE CITAS

Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editor considera que la forma óptima de presentar las referencias bibliográficas será al final del texto, a través de una nota bibliográfica que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de la posición del autor.

Excepcionalmente podrá utilizarse el sistema abreviado de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se indicarán en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Ejemplo: (González Vicén: 1990:95)

Al final del artículo se incluirá un elenco con las citas completas de todas las obras mencionadas, según el criterio que se indica anteriormente. Si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula. Por ejemplo: González Vicén 1979<sup>a</sup> correspondería a “La obediencia al Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIV, 1979, pp. 4-32 y González Vicén 1979<sup>b</sup> correspondería a “La Escuela Histórica del Derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, XIX, 1979, pp.1-48.

En todo caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma:

Apellido/s, inicial del nombre, Título, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, artículo incluido en libro, etc. Ejemplos:

1. Libro/monografía:

González Vicén, F.; *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 96 pp.

2.- Artículo de revista:

González Vicén, F.; “La Filosofía del Derecho como concepto histórico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-65

3.- Trabajo o artículo incluido en libro:

González Vicén, F.; “Estudio preliminar a la traducción de Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia” de John Austin, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 17-33

## V. MIEMBROS DEL CONSEJO Y DEL COMITÉ:

Para ser miembro del Consejo Editorial y/o del Comité Científico se requiere:

- Ser Catedrático de Universidad en activo en la propia Universidad y/o en centros de investigación.
- Ser mayor de 50 años.
- Tener un prestigio reconocido en el mundo académico.

Todas las condiciones han de cumplirse en el momento de ingresar en la Revista.

Como excepción y dada la naturaleza de sus funciones en el caso de la coordinación únicamente será necesario cumplir el tercer requisito.





# www.tirantonline.com

Información jurídica en internet



Doctrina

Formularios

Jurisprudencia

Legislación

Bibliografía

## ¡Solicite hoy mismo su alta!

Para solicitar su alta, dispone de:

---

teléfono de atención al cliente: 96 369 17 28

---

un número de fax: 96 369 41 51

---

una dirección de correo electrónico:

**atencionalcliente@tirantonline.com**

---

o directamente en [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)

---

