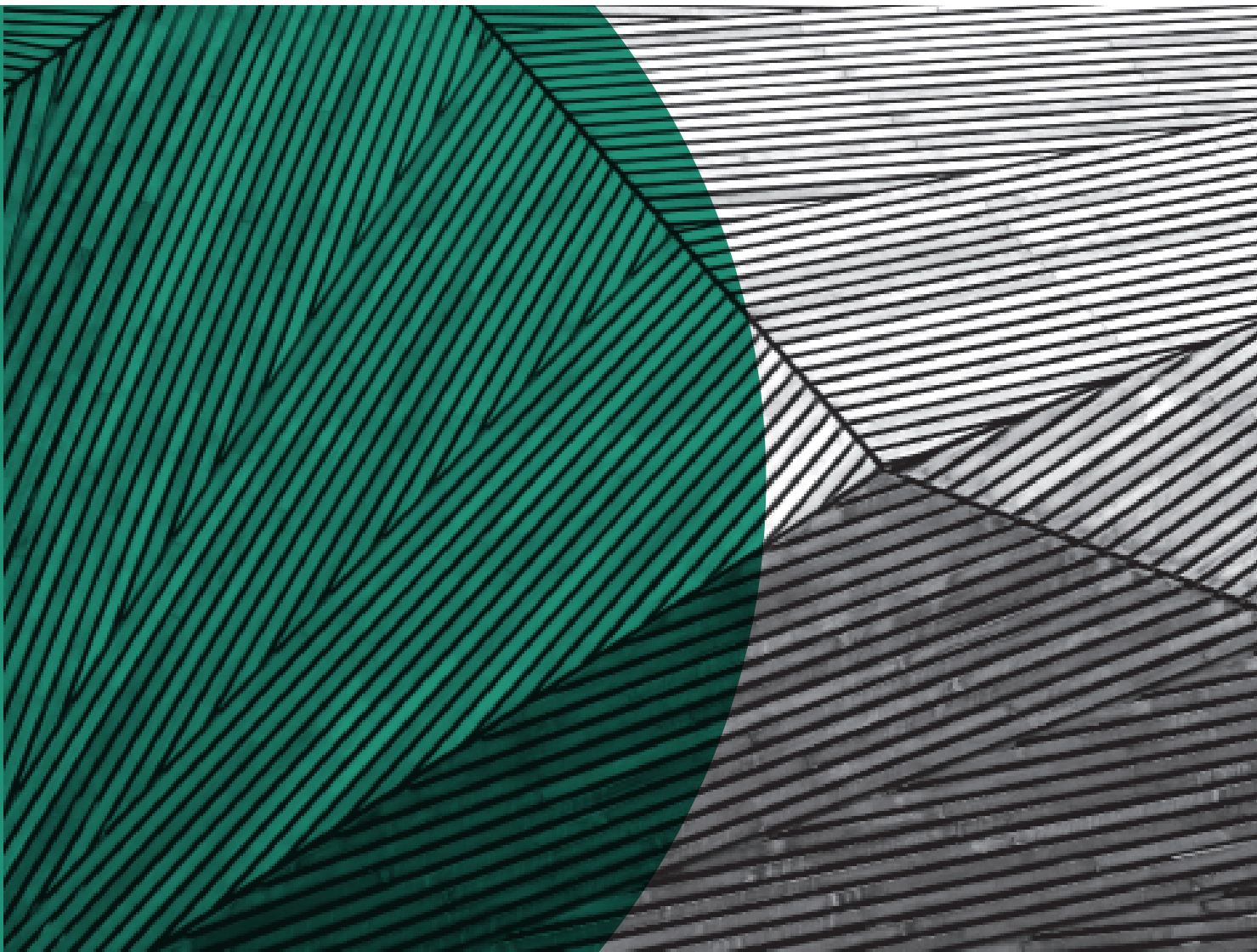


EVOLUCIONES E INVOLUCIONES DEL DERECHO DEL ANIMAL (¿DOMÉSTICO?) — O DE LOS DEBERES DE LOS HUMANOS PARA CON ELLO — EN PORTUGAL. UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

CARLA AMADO GOMES



Evoluciones e involuciones del Derecho del animal (¿doméstico?) — o de los deberes de los humanos para con ello — en Portugal. Una perspectiva constitucional⁺

CARLA AMADO GOMES

*Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa
Investigadora Efectiva del Lisbon Public Law Research Centre (LPL) - Centro de Investigação de Direito Público
Profesora Invitada de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa (Porto)*

ORCID 0000-0002-6484-0549
CIÊNCIA ID e215-1977-49ae

<https://www.facebook.com/carlamadogomes?ref=hl>
<http://icjp.pt/corpo-docente/docente/1886>

PLAN DE PRESENTACIÓN

1. La ley 92/95, de 12 de septiembre, y la prohibición de violencia contra animales;
2. El crimen de muerte y maltrato de animales de compañía (Ley 69/2014, de 29 de agosto)
3. La controversia constitucional: ¿tiene el animal de compañía dignidad criminal?
4. El juicio 70/2024 del Tribunal Constitucional y el anclaje del bien jurídico *bien estar animal* en la Constitución
5. Y después del juicio 70/2024?

1. La ley 92/95, de 12 de septiembre, y la prohibición de violencia contra animales

La Constitución portuguesa no contiene la palabra animal. El artículo 66 protege el bien jurídico "medio ambiente" que, aunque indefinido, abarca la biodiversidad y los animales en estado salvaje (véanse los apartados n° 2/c) y d): *la conservación de la naturaleza y gestión racional de los recursos naturales*).

La atención del legislador portugués en relación con los animales no tiene, por tanto, un anclaje constitucional, sino

- legal (en la Ley 92/95, de 12 de septiembre, modificada por última vez por la Ley 6/2022, de 7 de enero),
- convencional, tanto a nivel de la UE (TFUE, art. 13, aludiendo al bienestar animal y múltiples directivas sobre dimensiones de este concepto, como las condiciones para la cría de animales, su transporte al matadero, su utilización en experimentos médicos y científicos, su presencia en circos), como en el ámbito del Derecho Internacional, en particular, del Convenio

⁺ Este texto corresponde à apresentação feita pela autora no seminário de investigação de Direito Público da Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga. Agradeço ao Professor Gaspar Represas a gentileza do convite e à Professora Maria Dolores Cabello a sugestão do mesmo.

Europeo para la Protección de los Animales de Compañía, firmado en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987 y aprobado para ratificación por el Decreto n.º 13/93, de 13 de abril.

La Ley 92/95 sigue a la ratificación del Convenio, pero, aunque no proporciona una definición del universo de aplicación, no puede concluirse que su ámbito de aplicación se limite a los "animales de compañía".

Así, cuando esta ley prohíbe la violencia innecesaria contra los animales,

"1 - Se prohíbe toda violencia injustificada contra los animales, y se considerarán como tales los actos consistentes en infligir innecesariamente la muerte, los sufrimientos crueles y prolongados o las lesiones graves a un animal",

incluye a TODOS LOS ANIMALES, excepto aquellos que la propia ley admite como sujetos a violencia (experimentos científicos; caza; toros; caballos de arte ecuestre).

Esta prohibición requería, en la propia ley, una sanción administrativa para los infractores, inexistente hasta hace muy poco (solo recientemente han surgido esas sanciones, em 2022).

La eficacia de la prohibición instituida por la ley se puso a prueba con dos realidades: las corridas de toros a muerte y el tiro al palomar.

- Las corridas de toros eran un delito desde 1928, fueron despenalizadas y sujetas a sanciones administrativas (en la ley 12-B/2000, de 8 de julio), luego "neutralizadas" (con la modificación de la Ley 92/95 a través la ley 19/2002, de 31 de agosto);
- El tiro al palomar se ha erradicado recientemente, con una enmienda a la Ley 92/95 (ley 6/2022).

En ninguno de los dos casos hubo un debate con argumentos de constitucionalidad; el problema de los toros fue, sin embargo, abordado indirectamente por el Tribunal Constitucional cuando el Ayuntamiento de Barrancos quiso celebrar un referéndum sobre la continuidad de las fiestas de verano en su totalidad, es decir, con la suelta de toros y su muerte. La viabilidad del referéndum dependía de si las corridas de toros constituían una tradición comunitaria que pudiera considerarse una fuente de derecho consuetudinario con la fuerza necesaria para derogar la aplicación de una ley que penalizara la práctica. El Tribunal Constitucional no se comprometió con esta validación, y incluso consideró inconstitucional el referéndum, pero dio la idea al legislador ordinario para acabar con el problema: introducir las corridas de toros con "muerte afortunada" como excepción cultural a la prohibición de la violencia contra los animales, en el artículo 3 de la Ley 92/95 (modificación introducida por la Ley 39/2002, que así revocó la ley 12-B/2000).

El caso del tiro al palomar, aunque no llegó al Tribunal Constitucional, nunca ha dejado de estar presente en la jurisprudencia civil, con opiniones contradictorias sobre su compatibilidad o no con la Ley 92/95. Hasta que la Ley 6/2022 puso fin a la polémica, estableciendo claramente la prohibición del tiro al palomar en el artículo 1.g):

g) Utilizar palomas en la práctica del deporte desde el tiro hasta el vuelo, incluyendo entrenamientos y competiciones.

2. El crimen de “muerte y maltrato de animales de compañía” (Ley 69/2014, de 29 de agosto)

Estas tendencias contradictorias ilustran un creciente debate sobre la naturaleza de los animales en el sistema jurídico portugués desde principios de siglo. A pesar del silencio del CRP y de la fragilidad de la Ley 92/95 (ley sin sanciones administrativas hasta 2022, como he dicho), el legislador penal, de un lado, aceptó el delito de violencia contra los animales de compañía (con la ley 69/2014, de 29 de agosto, que introdujo el art. 387º del Código Penal, con la epígrafe “Muerte y maltrato de animales de compañía”), y el legislador civil, de otro lado, otorgó un estatus *sui generis* a los animales, eliminando su naturaleza de cosas (a través da ley 8/2017, de 3 de marzo, que introdujo el art. 201B en el Código Civil, que establece que “Los animales son seres vivos dotados de sintiencia y están sujetos a protección legal en virtud de su naturaleza”). El hecho de que no son cosas significa que la violencia contra las mascotas perpetrada por el dueño también puede ser penalizada.

Es precisamente el aspecto penal de la protección de los animales de compañía lo que ha desencadenado la controversia constitucional que estamos viviendo actualmente.

El citado artículo 387 del Código Penal dispone lo siguiente:

- 1 - Quien, sin causa legítima, mate a un animal de compañía será castigado con prisión de 6 meses a 2 años o con multa de 60 a 240 días, si no se prevé una pena más grave en virtud de otra disposición legal.*
 - 2. Si la muerte se produce en circunstancias que revelen especial reproche o perversidad, el límite máximo de la pena a que se refiere el párrafo anterior se aumentará en un tercio.*
 - 3. Quien, sin motivo legítimo, inflija dolor, sufrimiento o cualquier otro maltrato físico a un animal de compañía será castigado con pena de prisión de 6 meses a 1 año o multa de 60 a 120 días.*
- (...)*

3. La controversia constitucional: ¿tiene el animal de compañía dignidad criminal?

Cuando la norma comenzó a ser aplicada por los tribunales, hubo acusados que invocaron su inconstitucionalidad debido a la violación del principio de la naturaleza restrictiva de las restricciones

(privación de libertad sin identificación del interés jurídico constitucional a proteger) (artículos 27 y 18/2 de la Constitución), y también del principio de legalidad/tipicidad (artículo 29 de la Constitución). Los argumentos se basan, por un lado, en la falta de identificación del bien jurídico "animal" en la Constitución y, por otro lado, en la vaguedad del tipo en cuanto al objeto (animal de compañía como "animal mantenido o destinado a ser mantenido por humanos para su entretenimiento y compañía"), y en cuanto al comportamiento del infractor (infligir dolor, sufrimiento o cualquier otro maltrato).

La Corte Constitucional, en una sección, aceptó la tesis de inconstitucionalidad por vulneración del principio de la naturaleza restrictiva de las restricciones (de libertad, en este caso), ya que no discernió en la Constitución una identificación concreta de una norma para la protección de los animales como seres sintientes merecedores de protección con valor *a se*. Así, en 2021, declaró inconstitucional la penalización de la violencia contra los animales de compañía (Juicio 867/2021). Al mismo tiempo, específicamente en lo que respecta al apartado 3, se dictaron sentencias de inconstitucionalidad basadas en el argumento de vulneración del principio de tipicidad (Juicio 781/2022). El Tribunal Constitucional reiteró estas dos líneas argumentales en varias decisiones adoptadas en control concreto de constitucionalidad (a lo largo de 2022 y 2023).

Después de tres pronunciamientos (y fueron más de tres), en control concreto, por un lado en el sentido de la inconstitucionalidad del artículo 387 (por no identificación del bien jurídico) y, por otro lado, de la inconstitucionalidad del párrafo 3 del artículo 387 (por falta de determinabilidad de las normas), el Ministerio Público solicitó la declaración de inconstitucionalidad con fuerza vinculante general – por deber del cargo (artículo 281/3 de la Constitución) -, por cualquiera de las dos razones o por ambas.

4. El juicio 70/2024 y el anclaje del bien jurídico *bien estar animal* en la Constitución

En el juicio 70/2024, adoptado en el Plenario del Tribunal Constitucional (es decir, con los 12 magistrados y el Presidente), que se suponía que debía resolver la cuestión y erradicar las normas del ordenamiento jurídico, hubo un giro muy curioso:

- 9 jueces (contra 3) entendieron que el bien jurídico bienestar animal está protegido por la Constitución (quitando fuerza al primer argumento);
- 6 jueces (contra 6) entendieron que la norma tiene suficiente densidad, y el voto de calidad del Presidente fue determinante para el pronunciamiento de no inconstitucionalidad.

Me centraré en el primer argumento, porque es lo relevante para esta exposición, pero no puedo dejar de señalar el problema que puede representar el mantenimiento de una norma respecto de la cual la mitad de los jueces del Tribunal Constitucional tiene dudas de constitucionalidad, frente a los

principios de seguridad jurídica y igualdad. Cabe señalar que, trabajando en varias secciones y evaluando las solicitudes de revisión específicas, existe un grave riesgo de condena de los acusados cuyos casos "caen" en una sección que no considera existir violación del principio de tipicidad, siendo que, paralelamente, podrá haber acusados cuyos casos se remiten a salas que entienden que la hay — y esto significará su absolución.

Este problema sólo puede ser resuelto por el legislador ordinario reforzando al menos el concepto de "malos tratos", ya que el concepto de "animal de compañía" deriva del artículo 1, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Animales de Compañía. Esto genera un interesante efecto de tutela derivado de una cosa juzgada que no considera verificadas las presuntas inconstitucionalidades, traducido en un mandato de legislar.

En cuanto a la identificación del bien jurídico protegido por la regla del artículo 387 del Código Penal, por relación —en lo que respecta a la calificación de "animal de compañía"— de su apartado 3 con el artículo 389 del mismo Código (ambos introducidos en 2014), el juicio 70/2024 refrendó la tesis de que los animales son seres "intrínsecamente merecedores de tutela", y que los animales de compañía son un bien con dignidad criminal.

Si bien la palabra *animal* o la expresión *bienestar animal* no están incluidas en la Constitución, el Tribunal Constitucional invocó varios apoyos argumentativos para considerar este silencio como un obstáculo que podría ser superado:

- Derecho Constitucional Comparado, recopilando textos constitucionales que reconocen expresamente la necesidad de promover el bienestar animal, así como señalando diversa jurisprudencia constitucional comparada sobre la materia;
- Derecho internacional;
- Derecho interno infra constitucional, concretamente la Ley 8/2017 de la que hablé antes, que hizo que los animales pasaran del dominio de las cosas a un nuevo estatus, que los representaría "como una no-persona y una no-cosa pero capaz de ser objeto de derechos" (citando Menezes Cordeiro).

Partiendo de este contexto multinivel para poner a prueba el "proceso de reciprocidad de influencia" (en las palabras del Consejero João Loureiro) entre la Constitución y el derecho ordinario, y entre la Constitución y la conciencia social, el Tribunal Constitucional presenta los datos interpretativos alternativos de los fundamentos de la protección de los animales en el texto constitucional portugués. El Tribunal apela a un concepto de Constitución material, a un conjunto de valores que se agregan en la Constitución de la República Portuguesa, dentro de los cuales estaría indiscutiblemente el valor de la protección de la vida (como existencia física) y la integridad física de los animales de compañía,

considerados individualmente, expresando la idea de que "[...] *en nuestras sociedades regidas por el Estado de Derecho, la prohibición de la crueldad contra los animales tiene la dignidad de protección constitucional que proviene del hecho de que se reconoce incontestablemente, especialmente en las últimas décadas, que constituye una justa exigencia moral y de bienestar en una sociedad democrática*" (cita de Jorge Reis Novais).

Reclamando fundamentalmente una interpretación de la Constitución que respete las interacciones entre la norma y el sentimiento social, los Consejeros se dividieron entre los siguientes temas cuanto al fundamento de la protección de los animales en la Ley Fundamental:

Primera opción: Artículo 66, Protección del medio ambiente

En una síntesis hecha a partir de la declaración de voto de la Consejera Mariana Canotilho, "Una lectura de la Constitución a la luz de las exigencias del momento actual no puede dejar de importar la *eficacia horizontal de los deberes de protección del medio ambiente* y de mantenimiento del equilibrio ecológico, lo que exige necesariamente la llamada a una sana convivencia con otras especies. La Constitución, interpretada en el siglo XXI, protege a todos los animales según su propia condición y dignidad, sin transmutarlos en personas, ni reducirlos a un instrumento de protección de un concepto abstracto del medio ambiente. Las referencias explícitas en el artículo 66 al equilibrio ecológico, la estabilidad ecológica y los valores ambientales, que obviamente incluyen a los animales, reflejan una visión holística e integrada de los animales en el entorno de los seres humanos".

Este anclaje fue rechazado por la mayoría de los jueces, por consideraren que el animal en cuanto valor *a se* no está protegido pela norma de protección del medio ambiente, que incide sobre la biodiversidad en general.

Segunda opción: Artículo 1º, Dignidad de la persona humana

Apelando a una síntesis forjada en palabras del Consejero Gonçalo Almeida Ribeiro, "Es posible reconocer un bien jurídico relevante que puede extraerse de la idea de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), asumiendo que el bienestar de los animales de compañía legitima la intervención penal en virtud de las responsabilidades de los seres humanos", "[...] *ya que los animales de compañía son aquellos por cuyo bienestar los seres humanos, que en gran medida los han desnaturalizado y dulcificado, privándolos de capacidades indispensables para la supervivencia en la naturaleza y desarmándolos de los instintos de defensa contra la agresión, tienen una mayor responsabilidad*".

Este anclaje tampoco reunió el consenso de la mayoría de los jueces, fundamentalmente por entendieren que la dignidad de la persona humana presupone la interacción entre seres humanos, no entre animales.

Tercera opción: Artículo 1º, *in fine* - Principio de solidaridad

Recurriendo ahora a palabras del Consejero Teles Pereira, "Se admite que '[...] *la Constitución abre la puerta a una comprensión del principio penal del bien jurídico sobre una base no exclusivamente antropocéntrica, autorizando la atribución de relevancia penal a bienes jurídicos que, a pesar de no gravitar en torno a las dimensiones existenciales individuales y colectivas de la persona, integran, expresa o implícitamente, el orden axiológico jurídico-constitucional*'. Esta orden acepta la existencia de una '[...] *relación de dependencia existencial, caracterizada por una especie de posición de garante en relación con el bienestar de los animales que el hombre ha convertido en su compañero, que debe resultar la conexión del delito tipificado en el número 1 del artículo 387 del Código Penal, en la versión aquí considerada, con el orden axiológico jurídico-constitucional*', dando lugar así a un valor contenido en *'la parte final del artículo 1 en la que la Constitución compromete a la República —y por tanto al propio Estado— a comprometerse en la construcción de una sociedad [...] solidaria*".

Fue este último argumento, de la solidaridad, el que acogió la decisión de inconstitucionalidad.

Añadiría que, en mi opinión, el fundamento del respeto por el animal —socializado— en la Constitución se basa en la dignidad de la persona humana, pero contextualizada en un modelo de sociedad basado en la solidaridad, es decir, especialmente responsable por las criaturas más vulnerables, humanas y no humanas.

5. Y después del juicio 70/2024?

La compleja matemática de votos que subyace al juicio 70/2024 apunta a la necesidad de una revisión urgente del artículo 387 del Código Penal. Pero el giro de entendimiento del Tribunal Constitucional en el tema del bien jurídico recomienda, en mi opinión, que el legislador constituyente de la revisión se asocie al movimiento para constitucionalizar el bien jurídico animal como una grandeza con valor intrínseco, y no sólo como integrante de la biodiversidad que hay que proteger en un contexto natural y no socializado.

De hecho, algunas constituciones prevén la protección de los animales no salvajes, es decir, los que tienen una relación más estrecha con los seres humanos, ya sean socializados o domesticados: las constituciones de Alemania (artículo 20a), Austria (artículo 11), Bolivia (artículo 302, apartado I, apartado 5), Brasil (artículo 225), Egipto (artículo 45), Eslovenia (artículo 72), India (artículo 51, letra g)), Luxemburgo (artículo 11), Suiza (artículo 120, apartado 2) y el TFUE (artículo 13). Ecuador ha dado un paso más audaz y ha consagrado los derechos de la naturaleza en su ley fundamental (artículos 71 a 74).

En la falida revisión constitucional de 2023, las propuestas para introducir la protección animal en la Constitución vinieron de diversos partidos políticos (PS; BE; PAN; Chega).

Se puede decir que las opciones oscilaron entre

- Integrar el bienestar animal en los objetivos de las normas de protección preexistentes (PAN; Chega; PS);
- Crear una nueva norma para dar cabida específicamente a este bien jurídico (BE), así:

PRC n.º 2/XV

Artículo 72 bis (Derecho al bienestar animal)

- 1. Los animales son seres vivos sintientes sujetos a protección legal.*
- 2. El Estado promoverá el bienestar de los animales y garantizará la responsabilidad civil y penal por el sometimiento de los animales a tratos crueles.*

A ver cómo y cuándo (o mismo sí) la Constitución se rienda al movimiento del constitucionalismo animal en una próxima revisión constitucional. Por hora, el problema parece estar superado — exceptuada la revisión urgente del artículo 387º del Código Penal para eliminar los argumentos de la vaguedad del objeto y del comportamiento.

Notas:

1. La jurisprudencia constitucional citada se puede consultar aquí: (<https://www.dgsi.pt>)
2. La ley 92/95, de 12 de septiembre (con el último cambio introducido por la ley 30/2022, de 7 de enero) se puede consultar aquí:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2172&tabela=leis
3. La presentación comparativa de proyectos de revisión constitucional – 2022, Publicación del Parlamento, se puede consultar aquí:
<https://ficheiros.parlamento.pt/DILP/Publicacoes/Legislacao/50.ApresentacaoComparadaPRC/50.impressao.pdf>
4. Algunas referencias de lectura:

Carla AMADO GOMES, Direito dos animais: um ramo emergente?, in *Actas digitais do Colóquio Animais: Deveres e Direitos* realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa sob a égide do ICJP no dia 11 de Dezembro de 2014, coord. de Maria Luísa Duarte e Carla Amado Gomes, disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes/1/5105>, Lisboa, 2015, pp. 48 segs

Carla AMADO GOMES e Monique GONÇALVES, Um tiro certo: considerações breves sobre a Lei 6/2022, de 7 de Janeiro, à luz do Direito Animal, *Revista de Direito do Desporto*, #11, Maio/Agosto 2022, pp. 8 segs

Jessica EISEN, Animals in the constitutional state, *ICON* (2017), Vol. 5, n.º 4, pp. 909 segs

Tom REGAN, A case for animal rights, in *Advances in animal welfare science* (M.W. Fox & L.D. Mickley Eds.), Washington, DC: The Humane Society of the United States, 1986, pp. 179 segs

Kristen STILT, Rights of nature, rights of animals, *Harvard Law Review*, 2021, pp. 276 segs

Cass SUNSTEIN, The rights of animals, *University of Chicago Law Review*, 2003, vol. 70, pp. 387 segs