

FRANÇOIS OST, *Naturaleza y Derecho. Para un debate ecológico en profundidad*. Título original: *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit* (traducción de J. A. Irazabal y J. Churruca). Ediciones Mensajero, Bilbao, 1996, 333 pp.

1. Este libro no es un libro sobre legislación ambiental que se ocupe sobre el régimen jurídico de este o aquel recurso natural. Tampoco es un libro de política ambiental que indique la forma en que deba formularse la regulación jurídica y económica de las actividades con repercusiones sobre el ambiente. Y tampoco es un libro de filosofía o ética ambiental que trate de convencernos de la necesidad de cambiar nuestros hábitos y nuestra concepción sobre la realidad natural. Este es un libro donde se aborda la problemática ambiental y el papel que el Derecho debe jugar ante la crisis ecológica. «Este libro –dice su autor, filósofo y jurista, al comienzo del mismo– aborda la crisis ecológica desde el punto de vista ético y jurídico; por tanto, plantea inevitablemente la cuestión axiológica: “¿Qué deberíamos hacer?”» (p.10).

La crisis ecológica de la sociedad de nuestros días es algo que nadie puede negar. No se trata sólo de la desaparición diaria de especies animales y vegetales, de la producción de grandes catástrofes ecológicas, de la destrucción de la capa de ozono, de la contaminación de los acuíferos, del efecto invernadero, de la destrucción de ecosistemas, etc., etc. Se trata sobre todo de las múltiples contradicciones que pueden observarse desde diversas perspectivas –filosófica, económica, jurídica, ética, etc.– en las relaciones del hombre con la naturaleza. La crisis ecológica, en definitiva, ni es un invento ni una falsa alarma. Ni deriva de denuncias catastrofistas e interesados de aquéllos que pretenden sustituir el proyecto político vigente por un proyecto político discrepante e incompatible con aquél. Hoy en día son ya pocos los que reducen el problema ambiental a una cuestión de *hippies*, o de *ecologistas-sandía* (los que son «verde por fuera y rojo por dentro»). Cualquier persona con un mínimo de sensatez y de información es consciente de que la crisis ambiental es real.

Una crisis que, como dice el autor, «es a la vez crisis del vínculo y crisis del límite: una crisis del modelo de naturaleza, sin duda. Crisis del vínculo, porque ya no vemos qué es lo que nos une a los animales, a los seres vivos, a la naturaleza; crisis del límite, porque ya no vemos qué nos distingue de ellos» (p. 10). Pues bien, sobre esta premisa el libro se estructura en tres partes: en la primera aborda la «crisis del vínculo» generada por la consideración de la naturaleza como objeto; en la segunda se trata de la «crisis del límite» derivada de la consideración de la naturaleza como sujeto; finalmente en la tercera parte F. Ost plantea la naturaleza-proyecto que asume las relaciones que mantiene el hombre con la naturaleza, relaciones que le unen a ella sin llegar a una identificación indiferenciada.

2. La naturaleza-objeto es fruto de la modernidad occidental. Galileo, Bacon, Descartes, Hobbes convierten la ciencia moderna en técnica, abandonando la especulación: «su objetivo no es conocer el mundo, sino fabricar otro mundo, el que se puedan obtener mejores resultados. Así se abre, con aires de conquista y de triunfo, la era del artificio» (p. 42). A diferencia del hombre primitivo que, inmerso en una representación holística del mundo apenas distingue entre cosas y personas (tras las piedras, árboles y ríos se encuentran dioses y espíritus), no se atreve a perturbar el orden del mundo, el hombre moderno, liberado de las antiguas hierofanías, transforma sin freno el mundo natural con su tecnología.

Algo más tarde va a acompañar a esa ciencia positiva el derecho positivo. El nuevo paradigma lo va a representar la sacralización de la propiedad privada, que se convierte en el Código napoleónico en el más absoluto de los derechos. Un derecho absoluto e individualista que rechaza las tradicionales formas de explotación comunitaria de la tierra y cualquier tipo de limitación en la explotación en sus propiedades, que pueden recaer sobre casi

todos los recursos naturales. En estas condiciones, «cualquier idea de protección de la naturaleza queda así sacrificada en el altar de la propiedad y de la libertad económica» (p. 51).

3. Frente a los excesos de la situación descrita y a la evidencia del deterioro ambiental se trata reaccionar desde el Derecho con la legislación administrativa de protección ambiental. Una legislación que en momento presente y, a pesar de los medios técnicos disponibles para su almacenamiento y búsqueda, desborda con facilidad la capacidad de conocimiento y comprensión de todos los juristas. Leyes generales, leyes especiales, reglamentos de desarrollo, continuos cambios, todo ello con inclusión de listas, cifras, definiciones de tipo técnico, que necesitan ser continuamente revisadas y actualizadas, generando un «derecho de ingeniero» que a nadie satisface.

El mayor problema con el que se enfrenta este Derecho ambiental radica en que no ha logrado todavía adaptarse a las «dos ideas esenciales del paradigma ecológico: la globalidad y la procesualidad» (p. 87). La globalidad se refiere a que en la naturaleza todo forma parte de un sistema, de manera que existe una interdependencia de todos los elementos naturales. La procesualidad se refiere a los continuos e innumerables intercambios físicos, químicos, energéticos y biológicos que se establecen en el seno de los ecosistemas, que muestran el dinamismo de los fenómenos naturales y que se concretan en diversos principios como los de ciclo, reversibilidad, equilibrio y clímax. Todo ello, además, en el marco inseguro que proporciona la ecología científica, la cual todavía proporciona más preguntas que respuestas seguras.

La cuestión es si el Derecho puede apropiarse de las ideas de globalidad, procesualidad, incertidumbre, etc., propias de la ecología. La globalidad poco a poco se ha ido incorporando al mundo jurídico-ambiental. La concepción sistémica del ambiente luce ya en multitud de normas internacionales, comunitarias y nacionales (otra cosa es si de ella se extraen las debidas consecuencias) e incluso se ha incorporado también a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (ATS de 11 de mayo de 1989 y STS de 26 de diciembre de 1989) y de nuestro Tribunal Constitucional (STC 102/1995, de 26 de junio). La procesualidad se debe materializar en un aumento de la, todavía insuficiente, flexibilidad de la normativa ambiental, lo que pretende conseguirse mediante la remisión a los reglamentos y la constante reelaboración de la normativa, así como en una revisión de la teoría clásica de la responsabilidad por daños en lo relativo a la causalidad, responsabilidad y cuantificación de los daños.

En cualquier caso las escasas manifestaciones de una cierta «ecologización del Derecho» se muestran claramente insuficientes por una serie de factores que dificultan la efectividad de la normativa ambiental: falta de coherencia debido a la hiperinflación y sectorialización de la normativa; la amplísima discrecionalidad de que goza la Administración para su aplicación; tolerancia en las infracciones e inhibición en la aplicación de las sanciones por un necio escrúpulo en castigar a una actividad empresarial que ofrece determinados puestos de trabajo (¿por cuánto tiempo podrá mantenerlos? ¿hasta que se produzca una catástrofe ecológica?); la irresistible fuerza que ejercen los grupos empresariales ante los poderes regionales y locales en la elaboración y aplicación de la normativa; el desconocimiento de un Derecho tecnificado por los jueces y tribunales, etc. Pero quizás, como dice F. Ost, la causa principal de la ineficacia del Derecho ambiental no está en él: el Derecho ambiental es ineficaz porque está en contradicción con una sociedad y un Derecho que nunca ha cesado de pensar en términos de apropiación y desarrollo. Desde una comprensión global del sistema jurídico es evidente la contradicción que encuentran los textos legislativos de vocación protectora con «una lógica de conjunto que favorece masivamente la apropiación, la transformación y a veces la destrucción de la naturaleza» (p. 104).

4. Esta situación ha sido aprovechada por algunos apologistas del neoliberalismo que proponen una retirada masiva del Estado bajo la forma de una falta de regulación en provecho de otros mecanismos alternativos: la negociación y el pacto ambiental, un mejor

uso del derecho de propiedad y una gestión del ambiente por el mercado. Merece la pena dedicar unas líneas a su análisis.

El derecho ambiental negociado reviste múltiples formas: negociación entre los poderes públicos y un sector empresarial sobre el contenido de la normativa, negociaciones individuales para la concesión de autorizaciones, la creación de mercados de derechos de contaminación, etc. Esta concertación ambiental, que se inscribe en una tendencia más general de negociación y participación de la sociedad en la creación del derecho, se presenta como algo deseable por las ventajas que presenta en cuanto a la flexibilidad de la normativa y su coherencia que propiciarán una mayor efectividad de la política ambiental. Estas tendencias han sido recogidas ya en textos de carácter general (como el V Programa comunitario de política y acción en favor del medio ambiente o la Ley gallega de protección ambiental) y en normativas más específicas (como la Ley de envases y de residuos de envases).

F. Ost se eleva por encima de estos problemas específicos para rechazar con base en argumentos más generales estas técnicas. Existen dos límites a la negociación en nuestro sistema jurídico: la prohibición comunitaria de las ayudas estatales y la irrenunciabilidad del ejercicio del poder público. Si el primero de los límites puede ser salvado mediante los oportunos controles, el segundo puede generar más problemas, ya que en nuestro ordenamiento no cabe pensar en la existencia derechos adquiridos creados por la concertación y el pacto, cuando se encuentran en juego factores como el ambiente y la salud de las personas. Por otra parte aunque el poder público no se desentienda totalmente de sus poderes de control, es probable que la norma de protección ambiental resultante del pacto nunca llegará más allá de las concesiones que hagan las empresas contaminantes: ¿puede esperarse que, únicamente por efecto de la autorregulación, la empresa vaya a adoptar espontáneamente un comportamiento favorable al medio ambiente? Recuerda F. Ost en este punto a E. Rehbinder cuando advierte que «es improbable que un subsistema [la empresa] cuya primera orientación es la de optimizar sus resultados, tome más en consideración los intereses exteriores, en caso de conflicto de objetivos, que lo haría el sistema político y administrativo». En definitiva, la pregunta decisiva que se formula F. Ost y que los partidarios de estas técnicas se muestran incapaces de responder es la siguiente: «¿quién va a representar los intereses de la naturaleza y los de las generaciones futuras en la mesa del derecho negociado?» (p. 123).

5. El neoliberalismo tiene su versión ecológica en lo que se ha denominado la ecología de mercado. Esta corriente arranca de la «parábola» de la tragedia de los pastos comunes: la libertad de disfrutar de unos pastos comunes incita a aumentar sin límites el rebaño de cada comunero, lo que conduce inevitablemente a la destrucción de los pastos. Cuando las ventajas están privatizadas y los costos socializados, hay pocos incentivos para preservar los recursos, de manera que se propicia la adopción del comportamiento del pasajero clandestino (*free rider*) que busca maximizar su interés a costa ajena. Esta situación es perfectamente trasladable a las causas del deterioro ambiental, dado que muchos de los bienes ambientales (ríos, atmósfera, océanos, etc.) pueden asimilarse a los pastos comunes. Los remedios que se señalan para detener la tragedia de los bienes comunes son la apropiación privada del pasto común o su gestión por una agencia política. Para los ecologistas del mercado la gestión pública del ambiente acumula todos los defectos, por lo que la solución necesaria pasa por privatizar el ambiente natural. Esta privatización descansa en tres pilares: la propiedad privada, el mercado que asegura su circulación y la responsabilidad que garantiza su perennidad y su uso conforme al bien común.

— La propiedad privada de los bienes ambientales se muestra como la opción más beneficiosa para su protección por su triple conexión con la responsabilidad: el propietario es responsable de su conservación y de hacerlo fructificar; el propietario responde de los perjuicios que podría provocar al bien ajeno el uso que hace del propio; y el propietario nunca dejará de responsabilizar a un tercero en caso de que su bien sufra algún perjuicio.

— Es necesario también que los derechos de propiedad se puedan transferir a un mercado libre: sólo el mercado permite realizar una atribución óptima de los bienes ambientales, tanto en la creación de recursos que maximizan la utilidad como en la evaluación de las externalidades que la reducen. Respecto de los supuestos fallos del mercado, se dice que en realidad no es el mercado el que falla, sino que se deben a una definición y protección imperfectas. Se trataría más bien de una falta que de un exceso de mercado.

— La responsabilidad es el mecanismo que garantiza la protección automática de la propiedad, puesto que todo perjuicio causado a ésta engendra una deuda de daños e intereses compensatorios.

Sin perjuicio de reconocer que las tesis de la ecología de mercado contiene algunos elementos positivos, F. Ost sale al paso de ellas con unos contrargumentos que suscribo en su totalidad, aunque sólo me referiré a los que considero más importantes:

a) Desconocimiento del carácter sistémico del ambiente. Además de que se silencia todo lo relativo a a la desigualdad del acceso a la propiedad de estos bienes, de las distorsiones informativas, del papel que debe jugar el poder público en la organización del mercado y en el intento de equilibrar los intereses en presencia, se ignora el carácter sistémico del ambiente. Los ecologistas de mercado parecen pensar que el ambiente se reduce a una suma de parcelas vecinas y cercanas cuyos intercambios bioquímicos fueran siempre susceptibles de evaluación monetaria. Existen recursos naturales que pueden separarse y tener un precio en el mercado, pero los subsistemas ambientales en su conjunto (atmósfera, patrimonio genético, clima, etc.) escapan a ese reduccionismo. «¿Cómo se puede ignorar hoy en día –se pregunta F. Ost– que la realidad ecológica es a la vez translocal y transtemporal: a la vez global y compleja y por tanto totalmente ajena a una división puramente contable y a una evaluación únicamente monetaria? (...). Por tanto, puede comprenderse el gran peligro que implica construir una política de defensa del medio ambiente sobre mecanismos que precisamente son totalmente extraños a la perspectiva ecológica: ni las generaciones futuras, ni los grandes equilibrios ecológicos tienen acceso al mercado, si no es como objeto de explotación o como lejanos acreedores, de cuyas cuentas no se duda en extraer unos capitales cada vez más considerables» (p. 133).

En efecto, quienes piensan en que es posible definir perfectamente unos derechos de propiedad sobre los bienes ambientales ignoran lo poco que se sabe sobre los mismos y sus interacciones. Porque lo cierto es que en el conocimiento de las interacciones ambientales falta todavía mucho camino por recorrer. Piénsese por ejemplo en los daños causados por el Niño, fenómeno que sólo recientemente se ha descubierto que se debe a unas interacciones cíclicas (se desconocen sus causas y su funcionamiento) entre las corrientes oceánicas del Pacífico y el subsistema atmosférico. En definitiva creo que los partidarios de las teorías de la ecología de mercado ni son ecólogos (desconocen los rudimentos básicos de la ciencia de la ecología) ni muy ecologistas (están más interesados en el desarrollo económico que en la sostenibilidad de dicho desarrollo).

b) Falsedad de la premisa de la que parten. La alternativa propuesta como solución a la tragedia de los comunes es falsa: no hay que decidirse entre lo público (diabolizado) o lo privado (angelizado) porque ni uno ni otro se ha dado en la realidad en estado puro (p. 134). Por mi parte yo añadiría que precisamente la reglamentación y administrativización de la protección ambiental surgen de la situación de deterioro ecológico creada por unas actividades que apenas estaban sometidas a un control ambiental de carácter administrativo. En la situación actual sigue habiendo una resistencia –latente unas veces, manifiesta otras– a la normativa de protección ambiental por parte de muchos sectores empresariales, quienes la ven como un obstáculo a sus derechos de propiedad y de libertad de empresa. Si con todos sus defectos se retira ese control público, ¿en virtud de qué milagrosa circunstancia se va producir la transformación en la actitud ante los bienes ambientales? Desde luego no por la existencia de un mercado en que estén perfectamente definidos los derechos de propiedad sobre esos bienes, porque como se ha visto, esa definición perfecta es imposible

de lograr en el estado actual de la ciencia. Ello nos lleva a la crítica relativa a la existencia de ese utópico mercado.

c) Aun suponiendo la existencia de ese mercado e incluso, admitiendo la igualdad de fuerzas en la negociación entre los eventuales contaminadores y los afectados por la contaminación (y sin entrar ahora en la dificultad de identificar en cada momento a éstos), «¿qué es –se pregunta F. Ost– lo que puede garantizar que unos y otros hagan entrar en sus cálculos la preocupación por las generaciones futuras y por el medio ambiente como tal? Y aun si lo quisieran ¿cómo podrían cuantificarse esos intereses?» (p. 135).

d) El argumento de la responsabilidad como solución a los problemas ambientales, una vez definidos los derechos de propiedad, es quizás el más endeble por su reduccionismo miope. Se piensa en esta figura como si las víctimas, los responsables y los daños fueran fácilmente identificables y cuantificables. La contaminación se produce muchas veces por la existencia de diversos focos, que además pueden generar efectos sinérgicos –es decir, aquéllos cuya incidencia ambiental es mayor que el efecto suma de las incidencias individuales contempladas aisladamente–, acumulativos –su gravedad aumenta con el tiempo–, permanentes, irreversibles o irrecuperables. Identificar a los responsables y a las víctimas –que pueden ser futuras– y cuantificar los daños resultará en muchos imposible. Por ello la responsabilidad por daños ambientales debe articularse por mecanismos que no renuncien a la intervención pública.

e) Finalmente la cuestión de la propiedad. Aun aceptando que la gestión privada de grandes espacios o elementos naturales pueda resultar beneficiosa en algunos casos, siempre quedarán aspectos ambientales que no accederán a la propiedad privada, por su escaso interés simbólico (piénsese en las especies animales o vegetales que no resultan atrayentes o que son poco conocidas a pesar del papel que jueguen en el ecosistema) o por ser insusceptibles de propiedad (los grandes ecosistemas, los ciclos químicos y biológicos, el clima, etc.).

6. Hasta aquí se ha visto la consideración de la naturaleza como objeto: como objeto del derecho de propiedad privada o, sin dejar de serlo, como cosa que se administrativiza. En la segunda parte del libro se trata de la naturaleza como sujeto, lo que lleva al reconocimiento de derechos subjetivos a la misma, en su conjunto, o a algunos de sus aspectos. Es la crisis del límite: el hombre queda desplazado del centro y colocado en la línea de una evolución dentro de la cual no tiene ningún privilegio particular que invocar.

Concurren en esta idea muy diversas ideologías y teorías. Por un lado se encuentra la *deep ecology* (literalmente ecología profunda, aunque sería más exacto denominarla ecología radical). Movimiento filosófico, cultural y hasta pseudo-religioso que proclama «una vuelta a los orígenes», una vuelta a la naturaleza; defiende una igualdad biocéntrica según la cual todas las cosas tienen un valor intrínseco, del cual se deriva un mismo derecho a la vida, una identidad entre todos los seres vivos, e incluso entre éstos y las realidades abióticas; lo natural se convierte así en la suprema norma de acción.

Otra gran línea de pensamiento, menos radical y fundamentalista, engloba a los partidarios de los derechos de los animales. Dentro de estos todavía cabe encontrar diferentes tendencias. Dejaré a un lado las ramificaciones más extremas para centrarme en uno de los temas más debatidos y que, por supuesto, F. Ost no rehuye. Me estoy refiriendo a la cuestión de los derechos de los animales. Derechos de los animales que son defendidos no sólo desde el punto de vista de la protección ambiental sino también desde otros ámbitos fundamentados no en la preocupación ecológica sino el cariño o admiración por los animales.

Advierte F. Ost que gran parte de la confusión y las contradicciones que existen en este tema radican en la condición ambigua del animal. Por un lado se encuentran los animales de compañía que en el Occidente superdesarrollado suelen ser objeto de una hipervaloración afectiva. Por otro lado se encuentran los animales de experimentación, sometidos

a tratamientos absolutamente repugnantes para una persona de sensibilidad media. De esta imagen ambivalente de los animales, entre el mimo y la explotación, participan situaciones como las siguientes: las campañas en favor de determinados animales (que si antes se limitaban a especies salvajes –delfines, tigres de bengala, ballenas, elefantes, osos, etc.–, ahora alcanzan a otros animales menos atrayentes –como los buitres–, o menos exóticos –como los burros que, cuando son de pura raza, incluso se ofrecen como regalo en Bodas Reales–); la superexplotación de los animales de consumo (gallinas ponedoras, la producción de *foi-grass* mediante la sobrealimentación de patos y ocas, etc.); la utilización como mascotas, erigiéndolos en símbolos de determinados valores ya sean estos positivos (la organización de las abejas, la fidelidad del perro o del caballo) ya sean negativos (perversidad de la serpiente, crueldad del gato); etc.

F. Ost rechaza la configuración de derechos en favor de los animales. Ahora bien, la respuesta a esta cuestión depende, como él mismo advierte, de la premisas filosóficas de la concepción del mundo (ontología, epistemología, axiología) de las que se parte a la hora de determinar si existen diferencias y de qué tipo entre el hombre y el animal (p. 204). Para F. Ost «entre hombres y animales, debe establecerse una comunidad ética, una comunidad que al mismo tiempo es asimétrica: en efecto, aunque los animales sean objeto de solicitud, de respeto y de deberes, no pueden presentarse como titulares de derechos, ya que esta cualidad sólo tiene sentido referida a sujetos morales, cosa que, evidentemente, los animales no son» (p. 196).

Con estas premisas F. Ost, aun admitiendo el valor simbólico que pudiera tener el reconocimiento de derechos a los animales, rechaza las ideas argüidas en favor de dicho reconocimiento: el de la continuidad histórica (primero se desecharon discriminaciones injustificadas basadas en el racismo y en el sexismo y ahora es el momento de terminar con el especieísmo); el de la analogía que presentan con el hombre y que se eleva a la categoría de esencial (la capacidad de sufrimiento); y el de los casos límites (el reconocimiento de derechos a menores e incapaces). En definitiva, concluye F. Ost que «para mejorar la condición de los animales no hay que apoyarse en un pretendido igualitarismo de las especies, sino más bien en el desarrollo de las capacidades éticas de la especie humana» (p. 216).

Coincido en este punto con el autor. Además desde el punto de vista de la protección de los animales es indiferente que se materialice en derechos de éstos o en deberes de los hombres respecto de ellos. En último extremo, incluso reconociendo derechos a los animales sería necesario acudir, como ocurre con los menores e incapaces, a mecanismos de representación y defensa por otras personas. Pero también es necesario en el caso de que se establezcan deberes del hombre respecto de los animales y, en general, respecto de la naturaleza, que se allanen todas las dificultades que presenta la legitimación procesal ante la jurisdicción.

7. De lo que no cabe duda es de la necesidad de protección de los animales. Esta necesidad de protección se fundamenta tanto en motivos ecológicos, como en cierta idea de humanidad del hombre que conviene proteger y que se degrada si se reserva a los animales una suerte indigna. No obstante, todavía queda mucho camino por recorrer. Como dice F. Ost «el estatuto del animal necesita todavía ser pensado en la tradición occidental (...) por ello, no es extraño que el derecho, producto cultural de la misma sociedad, se muestre igualmente incapaz, en su forma actual, de proporcionar una representación coherente del estatuto del animal» (p. 202 y p. 222).

Señala a este respecto que conviven dos estatutos jurídicos diversos: por un lado, el derecho civil que no ve en los animales más que un objeto: son bienes muebles objeto de posesión (art. 465 Cc.) y de propiedad, que puede adquirirse por ocupación cuando carezcan de dueño (art. 610 Cc.). Son regulados como un bien de producción o incluso como producción misma (art. 357 Cc.). E incluso pueden perder hasta su propia individualidad (caso del usufructo de ganado o de piara del art. 499 Cc., o de la venta conjunta de animales como yunta, tiro, pareja o juego del art. 1491 Cc.); por otro lado, la legislación de pro-

tección de los animales, que a veces parece tender hacia el reconocimiento de derechos en favor de los animales (existe ya una Declaración de la UNESCO de derechos de los animales).

«La yuxtaposición de estos dos tipos de enfoque jurídico –señala F. Ost–, uno que cosifica al animal, y el otro que lo protege considerando su calidad de ser sensible, suscita la perplejidad de la doctrina jurídica», suscitando inquietudes acerca de si no tardará o si no ha llegado ya la hora de los derechos de los animales. Entiende el autor que el actual desarrollo del derecho positivo ya no permite considerar al animal como un objeto de derecho ni como un sujeto de derecho. Hay que inventar un estatuto jurídico que otorgue una situación justa al animal. Hasta entonces propugna que la legislación de protección se libere del antropocentrismo y de la mentalidad que sólo toma en consideración los intereses humanos a corto plazo. Considera plausible, a este respecto, la evolución que ha tenido esta legislación pasando de proteger en un principio a los animales «dañinos», a proteger a todos los animales silvestres, para terminar por referir la protección a los hábitats o biotopos que garantizan el medio indispensable para su supervivencia (pp. 223).

**8.** En mi opinión, la ambigua condición jurídica del animal es todavía más compleja de la que expone F. Ost. Porque dentro de la legislación de protección de los animales deben distinguirse claramente dos aspectos que tienen muy poco que ver entre sí. Por un lado la normativa de protección de los animales con fines de protección ambiental. Este tipo de legislación trata de preservar la biodiversidad y los hábitats naturales. La protección es tal que incluso la Administración (en definitiva la sociedad entera a la que aquélla sirve) llega a responsabilizarse de los daños que pudieran causar los animales especialmente protegidos<sup>1</sup>. Con ella se pretende proteger fundamentalmente a las especies animales. Aunque de modo reflejo queden también protegidos los animales individualmente considerados lo que importa es la preservación de la especie (la legislación de caza es el caso más significativo, porque autoriza a dar muerte a los animales, pero sólo en aquéllas condiciones y con aquéllos métodos que permitan la supervivencia de la especie).

Junto a esta normativa ha surgido otra cuya finalidad es el bienestar de los animales individualmente considerados. Esta normativa se refiere fundamentalmente a los animales no silvestres, es decir, a los que están en contacto permanente con el hombre, ya sean animales de compañía, animales domesticados o animales en cautividad. Se trata de una normativa cada vez más numerosa que regula el trato que hay que dar a los animales, prohibiendo el sufrimiento innecesario, obligando a que cuando éste sea necesario sea el mínimo posible, prohibiendo los malos tratos, etc. Esta normativa –de mataderos, de transporte de los animales, de animales de compañía, de sanidad animal, etc.– llega a ser muy minuciosa y llega a señalar la forma de guiar al ganado, los instrumentos permitidos para dar muerte a los animales, las condiciones de estabulación de los animales, la forma y dimensiones de las cuerdas o correas de sujeción de los animales, etc. Y junto a la legislación que impone imperativamente estas condiciones en el trato con animales, existe otra que fomenta la adopción de medidas que mejoren su bienestar (caso de la regulación comunitaria de las ayudas a la ganadería, que fomentan constantemente la incorporación de tales mejoras). Como digo, este heterogéneo bloque normativo contempla a los animales individualmente considerados y no como especie. No es la conservación del patrimonio genético animal lo

---

1. En nuestra normativa foral, el artículo 31 de la Ley Foral 2/1993, de 5 de marzo, de protección y gestión de la fauna silvestre y sus hábitats, en la redacción dada por el artículo 4 de la Ley Foral 8/1994, de 21 de junio, dispone que el Departamento de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda indemnizará, previa instrucción del oportuno expediente administrativo y las valoraciones a que hubiera lugar, los daños efectivamente ocasionados a terceros o a sus bienes por las especies consideradas amenazadas. Merece la pena señalar que cuando se indemnizan los daños causados al ganado no sólo se ofrece una cantidad por cada animal muerto, sino que adicionalmente se puede incrementar la cuantía «en concepto de trastornos a la gestión del rebaño (dispersión del ganado, estrés de las especies, pastoreo de recuperación y otros)» (art. 2 de la Orden Foral 878/1996, de 19 de agosto, del Consejero de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda, por la que se regulan las indemnizaciones de los daños causados al ganado por ataques de lobo). Nótese como la sensibilidad (y también el avance de las ciencias) hacen tomar en consideración incluso el estrés de los animales.

que interesa sino que el trato que reciban los animales de los hombre, sea un «trato humanitario», como llega a decir alguna legislación. Es decir que sea un trato que esté conforme con la propia dignidad humana que rechaza causar sufrimientos inútiles o innecesarios a los animales.

Estas dos formas de proteger a los animales (una al animal como especie y otra al animal como individuo) guardan ciertas conexiones derivadas de principios comunes como la prohibición de sufrimientos innecesarios y el de sufrimiento mínimo. Pero estos principios no dejan de plantear cuestiones todavía sin resolver. Me referiré brevemente a dos de estas cuestiones.

a) La primera cuestión es determinar qué animales deben ser objeto de protección o si esa protección debe ser extendida a las plantas. Del principio de sufrimiento mínimo se deduce que al menos deben ser objeto de protección los animales con capacidad de sufrimiento. Pero ¿sabemos con certeza qué animales sufren y cuáles no?

b) La segunda cuestión es la determinación de los límites de la protección. Admitidos los principios de prohibición de sufrimientos innecesarios habría que determinar cuándo debe considerarse un sufrimiento innecesario, o bien cuándo se puede permitir el sufrimiento de los animales por ser éstos necesarios. Remitirse a un criterio de utilidad para el hombre (con independencia de que este criterio antropocéntrico tenga que ser el utilizado) no soluciona el problema, porque ahora la pregunta sería qué utilidad humana justifica el sufrimiento de los animales. Una secuencia lógica nos llevaría a pensar que dicha utilidad sería la que da satisfacción a las necesidades humanas básicas. Pero tampoco ello nos ofrece bases seguras. Por ejemplo la alimentación o el vestido ¿justifican la producción de *foi-grass* o de abrigos de piel? La cosmética y la medicina ¿justifican cualquier tratamiento experimental con los animales? El ocio y la diversión ¿justifican la caza y las corridas de toros?

Esto último nos pone en contacto con la relevancia que tiene la cultura y la idiosincrasia de los pueblos en el estatuto de los animales. La regulación de la caza se ocupa de proteger las especies cinegéticas y de prohibir aquéllos métodos que causen sufrimientos innecesarios. Pero el derecho a la vida del animal cinegético individualmente considerado no está garantizado. Si nos referimos a espectáculos festivos donde el animal tiene un desgraciado protagonismo se complican las cosas. Algunas prácticas (precipitación de cabras desde campanarios, decapitación de patos por el sistema del tirón, etc.) son ya casi mayoritariamente rechazadas, salvo quizás en los lugares donde se celebran. Por lo que se refiere a la fiesta de los toros al argumento cultural en la defensa de su mantenimiento se unen argumentos «ecológicos», ya que la supresión de las corridas de toros podría implicar la desaparición del toro de lidia. La cuestión estriba en determinar que tradiciones se deben mantener y cuáles no. El arraigo y la diversidad de culturas y tradiciones dificulta la elección. Para evidenciar lo anterior no es necesario enfrentar tradiciones de países culturalmente muy alejados, sino incluso las diferentes tradiciones que existen un mismo país. En España, por ejemplo, las peleas de gallos están prohibidas en la mayoría de las legislaciones autonómicas, mientras que en otras se pueden autorizar excepcionalmente, y en alguna están permitidas con carácter general.

Ello nos hace volver sobre lo dicho anteriormente acerca del tema de los derechos de los animales: también aquí la concepción del mundo de la que se parta (y en ella ocupan un lugar muy importante las tradiciones y culturas en las que se vive) condiciona las respuestas que se ofrezcan en esta materia.

9. En la tercera parte del libro formula F. Ost su propuesta: la naturaleza-proyecto. Desechadas las concepciones objetivistas y subjetivistas de la naturaleza plantea relacionar hombre y naturaleza manteniendo a la vez sus parecidos y diferencias. «Hombre y naturaleza son partes asociadas, aunque no se puede reducir el uno a la otra (...) son inseparables, puesto que uno no puede existir sin el otro, ya que cada uno de esos elementos contiene al



menos virtualmente una parte del otro (el hombre es también una porción de naturaleza y, por su parte, la naturaleza produce la hominización)» (pp. 16 y 17).

La naturaleza-proyecto implica asumir lo que la naturaleza hace de nosotros y lo que nosotros hacemos de la naturaleza. «El proyecto es inserción en el tiempo y proyección en un futuro provisto de sentido; los moralistas hablarán de “responsabilidad hacia las generaciones futuras”, los economistas calcularán las condiciones de un “desarrollo sostenible”, los juristas establecerán los criterios para la “transmisión de un patrimonio”» (p. 18 y 229). En la búsqueda de ese proyecto para el medio recorre F. Ost tres etapas:

a) La primera epistemológica, donde se reclama la necesidad de un saber interdisciplinar, adoptando el pensamiento de la complejidad y la procesualidad del ambiente. Debe buscarse una teoría interdisciplinar del medio que permita dialogar a las ciencias naturales y a las ciencias sociales, «porque los fenómenos ecológicos han irrumpido en el campo político, mientras que el hombre ha entrado en el campo de la ecología (p. 247). El pionero del Derecho ambiental español, Martín Mateo, hace tiempo que señaló como una de las causas de la problemática ambiental el asimétrico desarrollo de la exploración de las leyes de la naturaleza y de las pautas de comportamiento social del hombre: «Es necesario integrar los planteamientos y resultados de la tecnología, con los presupuestos y correcciones precisas desde el campo de la política, o la ética, la antropología y el Derecho, que suelen correr a posteriori, no exentos de perplejidad y frustración, detrás de los avances revolucionarios de otras ciencias (...) El progreso en el descubrimiento de las leyes de la naturaleza y la capacidad de actuar tecnológicamente sobre ésta, no se ha atemperado con un adecuado mecanismo de regulación social, con lo que el hombre no parece suficientemente integrado en el mundo orgánico y sin que este desfase pueda ser corregido a través de los mecanismos de evolución y adaptación al medio dados los distintos ritmos de ambos movimientos» (*El hombre: una especie en peligro*, 1993).

b) La segunda fase es de carácter ético, concibiendo una responsabilidad adaptada a las consecuencias de nuestra actividad. Esta responsabilidad se debe configurar no como imputación respecto de una falta pasada, sino como asignación a una colectividad de una misión para el futuro, que le permita legar a las generaciones futuras un planeta viable. Una responsabilidad frente a la comunidad humana en base a una universalización tanto en el espacio como en el tiempo, de los intereses humanos. Con ello quedarán también aseguradas la supervivencia de la biósfera y la integridad del planeta. Los beneficiarios de esta responsabilidad serían, por tanto, las generaciones futuras y no la naturaleza en cuanto tal.

Esta responsabilidad deriva de los imperativos de una justicia intergeneracional que por lo que al ambiente se refiere desembocan en tres principios: el mantenimiento de opciones (preservación de la biodiversidad), la conservación de la calidad y la garantía del acceso a los recursos. Las obligaciones que se derivan de estos principios son las de uso equitativo, prudencia, prevención, etc. La traducción de estas obligaciones a reglas de derecho positivo compete al derecho internacional ambiental.

c) La tercera etapa es jurídica. En esta fase debe buscarse el régimen jurídico para ese proyecto mixto de naturaleza y cultura que es el medio. F. Ost propone la adopción del concepto jurídico de patrimonio. Patrimonializar las especies y los espacios naturales equivale a considerarlos como cosas vivas que es necesario salvaguardar. Para ello los bienes patrimoniales deben presentarse como heredados, indivisos e irremplazables. El rasgo fundamental de la teoría jurídica del patrimonio es que al representar una universalidad, comporta un activo y un pasivo entre los cuales se instaura una cohesión, de donde se deduce el principio de compensación por toda pérdida de sustancia o de calidad. Ello permite que se aprovechen los bienes de ese patrimonio, sin que el imperativo de conservación dominase a la idea de gestión. «El patrimonio se adapta a una gran fungibilidad de sus elementos, con tal de que su consistencia global (cuantitativa y cualitativa) quede preservada: así se armonizan gestión y preservación» (p. 307).

**10.** Evidentemente la propuesta de F. Ost es mucho más compleja de lo que indican estas líneas. Sin embargo basta lo expuesto para someterla a una breve crítica. La primera objeción es su falta de originalidad en algunos de sus aspectos: la necesidad del diálogo entre las ciencias naturales y las ciencias sociales, la responsabilidad o solidaridad con las generaciones futuras, la solidaridad con los países menos desarrollados (la responsabilidad común pero diferenciada), el desarrollo sostenible, la calificación de grandes zonas o elementos naturales como patrimonio común de la humanidad, la necesidad de un derecho internacional del ambiente, son cuestiones que ya se han defendido en muchos foros y que incluso algunas se han consagrado en la Declaración de Río de Janeiro de 1992 sobre el medio ambiente y desarrollo.

La segunda objeción es que sus propuestas son demasiado ambiciosas. Después de haber criticado y rechazado la regulación administrativa y la gestión privada del ambiente, la naturaleza-proyecto que propone queda en algunos aspectos demasiado imprecisa. Por ejemplo ese patrimonio del que habla ¿comprende toda la naturaleza o existen varios patrimonios constituidos por los distintos subsistemas? La gestión de ese patrimonio ¿es privada o pública? Por otro lado, cuando expresa alguna propuesta concreta ésta resulta utópica. Así por ejemplo cuando dice lo siguiente: «Generalizando esta idea a escala de todo el planeta, considerado como “patrimonio común de la humanidad”, se podrían instaurar unos mecanismos de compensación entre los Estados “supercontaminantes” y los demás. Para ello, habría que evaluar la capacidad del recurso (agua, atmósfera, suelo) para absorber un determinado tipo de residuo contaminante, o la capacidad del recurso para resistir al consumo gracias a su capacidad de reproducción y después dividir la cifra por el número de habitantes del planeta. Así, cada país recibiría un cupo de contaminación y consumo, un cupo fijado sobre la base del criterio más justo: el número de habitantes» (p. 307). Esta propuesta además de ser absolutamente irrealizable (¿cómo va a ser posible evaluar la capacidad de cada recurso nada menos que a escala planetaria?), y poco ecológica (siendo uno de los riesgos ambientales mayores el incremento de la población mundial, difícilmente puede ser el criterio más justo para distribuir los cupos de contaminación el del número de habitantes de cada país) resulta contradictoria con lo que anteriormente ha criticado (reproduce el sistema de las burbujas de contaminación pero a nivel planetario) y defendido (¿dónde queda la procesualidad y el dinamismo del ambiente? ¿cada cuánto han de redistribuirse los cupos de contaminación, ya que la población de los países varía constantemente?).

La tercera objeción es que deja sin resolver las cuestiones concretas y pequeñas, pero que deben ser resueltas. En efecto, las propuestas de F. Ost, tanto las genéricas e imprecisas como las concretas e irrealizables, tienen una dimensión global y planetaria, pero no hace referencia alguna a cómo afrontar en el día a día la protección ambiental. Tras criticar con minuciosidad el régimen actual de protección nos deja sin saber qué hacer hasta que cristalice su propuesta. Y desde luego hasta que se logre una autoridad mundial que pueda imponer un derecho internacional del medio ambiente regulador de los cuotas de contaminación y que gestione ese patrimonio común, habrá que seguir autorizando actividades contaminantes, realizando evaluaciones de impacto ambiental, gestionando los residuos, exigiendo responsabilidades, imponiendo tasas por vertidos, gestionando los espacios naturales protegidos, etc.

**11.** De todas formas estas objeciones no deben impedir ver lo valioso del libro. Precisamente la magnífica crítica que formula en las dos primeras partes del libro (a la naturaleza-objeto y a la naturaleza-sujeto) hace concebir esperanzas excesivas en su propuesta de una naturaleza-proyecto. Evidentemente en un libro no puede encontrarse la panacea del problema ambiental y precisamente es la calidad y profundidad de sus reflexiones sobre la situación actual la que crea esas falsas expectativas. Incluso en la tercera parte resulta admirable por dotar de unos fundamentos filosóficos y éticos muy importantes a cuestiones que, como he mencionado, ya han sido recogidas en textos internacionales.

El libro, en definitiva, responde con creces al subtítulo que se la ha dado en español: «para un debate ecológico en profundidad». Su lectura es conveniente y necesaria para los

concedores del Derecho ambiental ya que les obligará a reflexionar sobre los problemas complejíssimos de todo tipo (epistemológicos, axiológicos y técnicos) que éste les presenta. Problemas de un Derecho ambiental que es todavía reciente y que no significa que el Derecho deba retirarse de la cuestión ambiental. Antes al contrario; como advierte el autor, no sólo es necesaria una cierta «ecologización del Derecho» sino que también «hay que abogar por una “juridicización de la ecología”, imponiendo en este campo, como en cualquier otro en el que intervenga el Derecho, unos valores y garantías que le corresponde promover: el respeto de los procedimientos y de la regla preestablecida, el carácter público y la transparencia de las decisiones, la exigencia de un verdadero debate que permita a cada una de las partes hacer valer sus argumentos» (p. 97).

Pero también resulta necesaria su lectura para quien todavía no se haya acercado al intrincado mundo del Derecho ambiental y a quienes lo observen como una molesta, aunque pasajera moda. Quizá su lectura les saque de esa errónea impresión. Como dice F. Ost en las páginas finales del libro «si se deja que las cosas sigan su curso, lo más probable es que suceda lo peor. Arrastrada por un movimiento entrópico, que parece ser su inclinación natural, la humanidad seguirá, a un ritmo acelerado, el proceso de pillaje de sus recursos y de alteración de su medio. La crisis exacerbará más aún las diferencias de condición entre los hombres y las naciones, lo cual hace que se perfile en el horizonte la guerra o cualquier otra forma de destrucción masiva. En esas condiciones, el “modelo patrimonio” que, hace poco, parecía muy improbable, ¿no se impone como una necesidad? Cuando lo probable es inaceptable, ¿lo improbable no se convierte en un deber?».

**JOSÉ FRANCISCO ALENZA GARCÍA**