

CONSTRUYENDO EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN(*) (**)

BLANCA SORO MATEO

SUMARIO: I. LA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN AL DEBATE JURÍDICO.– II. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN ESPAÑA: 1. La vinculación del principio de precaución en sede regulatoria. Doctrina constitucional. 2. La vinculación del principio de precaución en sede regulatoria. Doctrina contencioso-administrativa. 3. La aplicación administrativa del principio de precaución. Doctrina Contencioso-administrativa.– III. LA POSIBILIDAD DE LIMITAR Y/O PROHIBIR TÉCNICAS, ACTIVIDADES O PRODUCTOS A NIVEL ESTATAL Y AUTONÓMICO: JUICIOS DE COMUNITARIEDAD Y CONSTITUCIONALIDAD: 1. Sobre la posibilidad autonómica de limitar o prohibir el «fracking» en sus territorios. La posición del Tribunal Constitucional: A) Sobre la prohibición absoluta del fracking en derecho autonómico. B) Sobre la controvertida inconstitucionalidad de la prohibición parcial del fracking en derecho catalán. C) ¿Cuál será la suerte de la Ley vasca antifracking? 2. Nueva directiva OMG. Existencia de armonización e invocación de otros intereses. ¿Encubrimiento de la insuficiencia de la armonización? 3. ¿Cabe la prohibición nacional y/o autonómica de pesticidas? Sobre la conformidad a derecho de las eventuales prohibiciones.– IV. UNA VIRTUALIDAD OLVIDADA DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN: EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO AMBIENTAL: 1. Sobre la aplicación directa de del principio de precaución como principio general del Derecho ambiental: su formulación. 2. Sobre su bifronte naturaleza: principio o regla. 3. El principio de precaución como parámetro de responsabilidad por omisión. 4. La necesaria distinción entre ignorancia e incerteza y la relevancia de la alerta temprana.– V. INCERTIDUMBRE Y RIESGO: ¿DE QUIÉN ES LA RESPONSABILIDAD?– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El estudio da cuenta de la recepción del principio de precaución en el ordenamiento jurídico español, tanto en sede normativa como aplicativa, a la luz de la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa, en sectores teñidos de incertidumbre científica y según el diverso nivel de armonización que se deriva del Derecho comunitario. Se plantea, asimismo, la discusión sobre la naturaleza jurídica del principio y su necesaria consideración como principio general del derecho ambiental.

Palabras clave: principio de precaución; riesgo; incertidumbre; armonización comunitaria; principios generales del derecho ambiental.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 13 de enero de 2017 y evaluado favorablemente para su publicación el 21 de enero de 2017.

(**) El presente trabajo se realiza en el marco del Proyecto de investigación DAHIS, «Daños ambientales históricos en la Región de Murcia»: desafíos, amenazas y soluciones (19491P/14), financiado por la Fundación Séneca (Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia).

ABSTRACT: The study aims at the analysis of the reception of the precautionary principle in the Spanish legal system. It addresses both the linkage to the legislator and the Administration, in the light of constitutional jurisprudence and administrative. Are treated sectors considered of scientific uncertainty, according to the different level of harmonization that is derived from Community law. There is, in addition, the discussion on the legal nature of the principle and its necessary consideration as a general principle of environmental law.

Key words: precaution principle; risk; uncertainty; community harmonisation; general principles of environmental law.

I. LA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN AL DEBATE JURÍDICO

En los últimos tiempos, la incorporación del principio de precaución al debate en torno a la toma de decisiones jurídicas de toda índole está originando un caldo de cultivo que, por parte de algunos, demanda un cambio de rumbo de ciertas políticas. Se propone un entendimiento más acorde con el desarrollo sostenible y que haga prevalecer su aplicación en caso de duda científica, con el fin de garantizar también un nivel elevado de protección de la salud y del medio ambiente en los casos en los que los datos científicos disponibles no permitan una evaluación completa del riesgo. En la actualidad, aunque sus contornos siguen definiéndose, el principio se ha convertido en un instrumento jurídico, a priori no queda claro si principio o regla, que faculta a las autoridades públicas para reaccionar en situaciones de incertidumbre científica acerca de los riesgos que una actividad, procedimiento o producto pueda generar, para evitar que se produzcan daños en el medio ambiente o la salud en tanto se mantiene la incertidumbre.

El principio de precaución se encuentra consolidado tanto a nivel internacional y comunitario. Es contemplado en la Declaración de Río adoptada por la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) (1) y a él se hace referencia expresa en su principio número

(1) No obstante, ya en la Declaración ministerial de la Segunda Conferencia Internacional sobre la protección del Mar del Norte (1987) se precisó que era necesario un planteamiento de precaución para proteger al Mar del Norte de los efectos potencialmente peligrosos de las sustancias más peligrosas, y que este planteamiento podía exigir la adopción de medidas de control de las emisiones de dichas sustancias incluso antes de que formalmente se estableciera de modo científico una relación de causa a efecto. En la tercera Conferencia Internacional sobre la protección del Mar del Norte (1990) se formuló una nueva declaración ministerial que recogía la declaración anterior y establecía que los gobiernos firmantes seguirían aplicando el principio de precaución, es decir, adoptando medidas para evitar los efectos potencialmente

15 (2). Asimismo, es recibido en Europa a través de su positivación en el art. 130 R. 2 del Tratado de Maastrich (1992) y a día de hoy se encuentra formulado por el art. 191 del TFUE, junto a otros principios de derecho ambiental. Según dicho precepto, *«La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga. En este contexto, las medidas de armonización necesarias para responder a exigencias de la protección del medio ambiente incluirán, en los casos apropiados, una cláusula de salvaguardia que autorice a los Estados miembros a adoptar, por motivos medioambientales no económicos, medidas provisionales sometidas a un procedimiento de control de la Unión»*. Como se desprende del precepto transcrito, el principio de precaución o cautela debe guiar la consecución de un nivel elevado de protección del medio ambiente.

A partir de esta genérica formulación, la posición mantenida por la Comisión Europea en relación con el principio de precaución es manifestada en la Comunicación de la Comisión, de 2 de febrero de 2000 sobre el recurso a dicho principio. Se reconoce que los responsables políticos se enfrentan constantemente al dilema de encontrar un equilibrio entre la libertad y los derechos de los individuos, de la industria y de las empresas, y se parte de la necesidad de reducir el riesgo de efectos adversos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal. Bajo estas coordenadas, la Comisión apela al necesario equilibrio de intereses con el fin de justificar la adopción de medidas proporcionadas, no discriminatorias y transparentes y coherentes, lo cual exige un proceso de toma de decisiones estructurado, que cuente con información científica pormenorizada y con otros datos objetivos. Además, aunque en el Tratado sólo se mencione explícitamente el principio de precaución en el terreno del medio ambiente, como se ha ocupado de precisar la Comisión, su ámbito de aplicación es mucho más amplio y abarca los casos específicos en los que los datos científicos son insuficientes, no concluyentes o inciertos, pero en los que una evaluación científica objetiva preliminar hace sospechar que existen motivos razonables para temer que los efectos poten-

peligrosos de las sustancias tóxicas, aunque no haya pruebas científicas de la existencia de una relación de causalidad entre las emisiones y los efectos.

(2) Principio que establece lo siguiente: *«Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente»*.

cialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal pudieran ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido (3).

El momento, el modo y la intensidad de penetración del principio de precaución o cautela en el ordenamiento jurídico de cada Estado es diversa (4). En Francia, La Ley Barnier, de 2 de febrero de 1995, introdujo el principio de precaución en los siguientes términos: «*La ausencia de certeza, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos del momento, no debe prorrogar la adopción de medidas efectivas y proporcionadas, orientadas a prevenir la realización de un daño grave e irreversible al medio ambiente, a un costo económicamente aceptable*» (art. L.110-1). Años más tarde el principio es elevado a rango constitucional, disponiendo el art. 5 de la Ley constitucional n° 2005-205, de 1 de marzo de 2005, relativa a la Charte de l'environnement (5), que «*Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage*».

La incorporación de la precaución como principio de derecho ambiental en la Carta Magna francesa vino a instaurar una verdadera responsabilidad ambiental, en el sentido de que la precaución, además, no se consagra sólo como principio, sino también como regla de aplicación directa. Como ha advertido BAGHESTANI-PERREY, es el derecho de la responsabilidad y no la responsabilidad ética el que se ve afectado por la formulación constitucional del principio de precaución, en tanto que para evitar el daño se ofrece un verdadero instrumento de acción con consecuencias importantes en el plano contencioso. En dicha lógica, se facilita la aplicación de la institución de la responsabilidad ambiental, aunque no en el ámbito penal, tan condicionado, como es conocido, por el principio de legalidad (6). El texto constitucional limita la aplicación del principio a la autoridad pública en razón de su capacidad

(3) Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el recurso al principio de precaución, Bruselas, 2 de febrero de 2000, COM (2000) 1 final, pp. 10 y ss.

(4) CIERCO SEIRA ha señalado a este respecto que «esta penetración varía de intensidad en cada Estado; y también es diversa, por supuesto, la vía a través de la cual se hace efectiva: en ocasiones es la jurisprudencia quien da entrada al principio de precaución en tanto que principio general del Derecho; en otras, en cambio, es el legislador quien acoge, de manera normativa, la aplicación del principio —aunque en este último caso también varía el rango de la fuente utilizada—. Vid. CIERCO SEIRA (2004: 85).

(5) <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Charte-de-l-environnement-de-2004>

(6) L. BAGHESTANI-PERREY (2005: 91-101)

exclusiva para garantizar la primacía del interés general sobre los intereses particulares.

Por otra parte, la evolución jurisprudencial del principio en Francia ha llevado a algún autor a afirmar que se trata de un cambio de paradigma del Derecho ambiental moderno, que sitúa a la prudencia reflexiva en la cúspide de toda decisión administrativa que pueda afectar al medio ambiente y a la salud (7). NAIM GESBERT observa cómo, a pesar de las diferentes definiciones del principio contenidas en el principio 15 de la Declaración de Río, en el art. 191.2 del TFUE, en el art. 5 de la Carta del medio ambiente y en el art. 110-1 II 1º del Código de medio ambiente, todas ellas tienen en común el dotar al principio de la misma esencia y forma. Al preguntarse por su fundamento ontológico, advierte que éste no es otro que ofrecer una luz, un intervalo entre dos tiempos, del estudio de la incertidumbre hasta alcanzar la certidumbre, un lapso de tiempo en el que desplegar la luz de la razón que es la precaución. Y todo ello en espera de una norma futura serena, meditada, que actualice un riesgo verosímil. Concluye el autor afirmando que el principio de precaución se convierte, en consecuencia, en un elemento del orden público ecológico. La importancia que el ordenamiento francés confiere al principio de precaución, a diferencia de lo que sucede en España, puede constatarse en la Arrêt del Consejo de Estado francés, de 12 de abril de 2013, a propósito de la construcción de una línea de alta tensión, y teniendo en cuenta los efectos que pueden provocar los campos electromagnéticos. Se entiende que para determinar la legalidad de la declaración de utilidad pública de un proyecto debe tenerse en cuenta el principio de precaución. Así, la Administración está obligada a investigar si está suficientemente reconocida la hipótesis de un riesgo de daño grave e irreversible para el medio ambiente y para la salud, esto es, si existe una correlación estadísticamente significativa de aumento de riesgo de leucemia infantil por exposición residencial a campos electromagnéticos. Finalmente, respetada esta operación, se aplica por el alto Tribunal un criterio de aceptabilidad de los riesgos («*acceptabilité compensée des risques*»).

En España, en cambio, el mero cumplimiento del Derecho sirve para excluir la existencia de un riesgo relevante, sin mayor operación. Recuérdese que el TS, en Sentencia de 19 de abril de 2006, consideró que, si en una hipótesis de futuro se acreditara la presencia de efectos no previstos que implicaran graves riesgos para la salud no conocidos hasta entonces, cuya etiología no estuviera suficientemente clara, el principio de precaución entraría en juego para, ante la situación de falta de certeza científica, legitimar medidas que excepcionaran la aplicación del régimen general. Consideramos que efectos

(7) E. NAIM GESBERT (2013a: 590-591 y 1999b: 564).

previstos también pueden implicar riesgos no aceptables, y el Tribunal Supremo parece descartarlos.

El principio de precaución, configurado hoy en día como otro gran principio del Derecho Ambiental, y que nace como oposición a la presunción general a favor del desarrollo, según la cual «cuando no se sepa o no se tenga la certeza de que una actividad [...] tiene impactos negativos, la conclusión por defecto es que la actividad puede desarrollarse, como veremos, va a servir de basamento para la adopción de decisiones políticas, normativas y administrativas e incluso judiciales y en último término como mecanismo de control de la discrecionalidad pública» (8). Ahora bien, a diferencia de lo acontecido en otros ordenamientos, el Derecho español no ha dado cabida al principio de precaución en el texto constitucional. Sólo las más recientes normas ambientales hacen referencia al mismo junto con otros principios de derecho ambiental ya consagrados. Y aunque son escasos los pronunciamientos de tribunales españoles en torno al principio de precaución, valdrá la pena, a continuación, dar cuenta de ellos para avanzar algunas conclusiones en relación con la efectividad de este principio en Derecho español.

Asimismo, nos referiremos a la aplicación del principio de precaución en sede normativa, es decir, a la vinculación del mismo al poder legislativo y a la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria. ¿Cómo vincula el principio de precaución a las leyes y reglamentos en España? Seguidamente daremos cuenta de la vinculación del principio de precaución en sede aplicativa, para pasar a analizar después cómo penetra el principio en tres concretos sectores: el fracking, los organismos modificados genéticamente y los pesticidas.

Como conclusión, y antes de entrar en el análisis anunciado, debe decirse que el principio de precaución debe acompañar a la toma de decisiones y obliga a repensar los riesgos inciertos. De este modo, se debe verificar la eventual existencia de pruebas para aceptar o no la hipótesis de un riesgo que pudiera justificar la adopción de medidas basadas en el principio de precaución, teniendo en cuenta la gravedad del riesgo, la necesidad de realizar la actividad discutida en base a la utilidad pública y el interés general. No obstante, los riesgos deben ser creíbles, serios, aunque no ciertos, pues si no ya deberían haberse modificado los umbrales en las normas, pero el objetivo debe ser la máxima protección de la salud. En este sentido, una gran obra pública implica riesgos, que pueden reducirse mediante la expropiación de las residencias. La duda, alimentada por el miedo, es suficiente para exigir la aplicación del principio de precaución a las autoridades públicas. No obs-

(8) A. E. EMBID TELLO (2009: 4). En este trabajo se efectúa un concienzudo e interesante análisis del principio de precaución y su relación con la evaluación de riesgos ante una situación de incertidumbre.

tante, la existencia de un riesgo potencial no es en sí misma una condición de legalidad de una decisión administrativa, sino más bien una condición que supedita la legalidad a la evaluación del riesgo que concluirá con la decisión de adoptar medidas o con la decisión sobre la aceptabilidad del riesgo. Pero en la definición de esta aceptabilidad, como se verá, no caben sólo razonamientos económicos.

II. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN ESPAÑA

1. La vinculación del principio de precaución en sede regulatoria. Doctrina constitucional

Aunque todavía son escasos los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional sobre el principio de cautela o precaución, podemos dar cuenta de una incipiente doctrina sobre su aplicación en sede regulatoria. Concretamente encontramos sólo dos sentencias que se refieren al principio de cautela y seis al principio de precaución.

Puede decirse que las SsTC 237/2012, de 13 de diciembre y 19/2013, de 31 de enero de 2013 inauguran a bombo y platillo la aplicación del principio de cautela. Se trata de dos pronunciamientos que resuelven sendos recursos de inconstitucionalidad planteados frente a la Ley que aprueba el PHN, considerando el TC que, en caso de incertidumbre sobre la idoneidad ambiental de tal proyecto —se refiere *al trasvase del Ebro contemplado en el PHN*—, debe descartarse (9). Ambas resoluciones efectúan una interpretación suficientemente amplia del principio en relación con un proyecto concreto. En puridad, se trata de la instauración del mismo en el plano aplicativo y no en el normativo, a diferencia de lo que sucede en relación al resto de pronunciamientos del TC a los *que infra* haremos referencia, pero no deja de ser el primer juicio constitucional sobre el principio de cautela expresamente invocado.

(9) Advierte la Sentencia que: *«poco se ha de añadir a lo ya dicho en apartados precedentes de este mismo escrito, que reitera prácticamente un único e insistente argumento basado en la inconveniencia de cualquier solución alternativa al trasvase, presentado como única y verdadera solución». Idéntica consideración merece la denuncia de que las necesidades hidráulicas de las zonas del Mediterráneo quedarán insatisfechas y respecto de la insuficiente valoración de las condiciones ambientales, se discrepa sobre la valía de los estudios ambientales que se realizaron sobre las obras del trasvase. Esa discrepancia, que se corresponde con la plasmada en el preámbulo del decreto-ley controvertido, apunta a la existencia de un amplio grado de incertidumbre sobre la idoneidad del trasvase, limitándose el Real Decreto-ley 2/2004 a reponer las cosas a su estado original. De modo que no se ha hecho sino aplicar el principio de cautela en la utilización de los recursos naturales a la vista de las dudas e incertidumbres que ocasionaba lo que se ha juzgado como un análisis insuficiente de las previsiones técnicas».*

Más recientemente, aunque relativamente tarde si tenemos en cuenta que en otros Estados de Europa el principio ya llevaba entonces un importante recorrido, y ahora sí en relación con la aplicación del principio por parte de los legisladores, comienza a acuñarse el recurso al principio de precaución en el plano normativo. Nos referimos a las recientes SsTC 106/2014, 134/2014 y 57/2015, de 18 de marzo, a partir de las cuales, como se verá, puede afirmarse que, además de debutar tarde, el principio de precaución en la jurisprudencia constitucional española, a nuestro modo de ver, lo hace también mal, pues desde el principio se comienza a confundir con el principio de prevención.

Así, en relación con el empleo de la técnica de la fracturación hidráulica, estas Sentencias advierten que en la evaluación ambiental de cada proyecto de fracturación hidráulica se hará efectivo el principio de precaución, de suerte que, como es obvio, se denegará la autorización del proyecto que suponga el empleo de la técnica del *fracking*, si el resultado de la evaluación de impacto ambiental del mismo es negativo (10). El Tribunal no cae en la cuenta de que, cuando la evaluación de impacto ambiental es negativa, que no suele serlo, en la medida en que en la mayor parte de los casos es positiva condicionada al cumplimiento de medidas correctoras, es porque se constatan los daños al medio ambiente y la salud, o lo que es lo mismo, cuando los riesgos son ciertos, por lo que, en ausencia de incertidumbre, no cabe apelar al principio de precaución, sino intentar prevenirlos o evitarlos a través de la elección de la mejor alternativa desde el punto de vista ambiental o, como señalábamos, con la imposición de medidas correctoras tendentes a minimizar los impactos ciertos. En efecto, el principio de precaución, tal y como está configurado, precisamente se aplica en casos de incerteza, luego el Tribunal Constitucional deja en evidencia el desconocimiento de su naturaleza y alcance. La alerta sobre este error del Tribunal Constitucional suena inmediatamente en el voto particular formulado a la STC 106/2014 por los magistrados ADELA ASUA BATARRITA, FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ y JUAN ANTONIO XIOL RÍOS, equivocación que, llamativamente no es corregida en las ulteriores Sentencias a que se ha hecho referencia. Advierten los magistrados, con razón a nuestro juicio, que *«El principio de precaución ... no opera cuando existen datos terminantes sobre los eventuales riesgos para la salud y el medio ambiente, como parece dar a entender la mayoría. Tal principio adquiere su auténtico significado en un escenario bien distinto: el de la existencia de incertidumbre acerca de los potenciales riesgos. Es entonces cuando dicho principio entra en juego y se activa en un momento anterior a la evaluación de impacto ambiental, a la que tanta relevancia argumentativa atribuye la Sentencia con vistas a razonar que,*

(10) En este sentido, también se muestra J. JORDANO FRAGA (2015:21) cuando afirma que «El TC también se equivoca cuando dice que la EIA responde al principio de cautela —STC 106/2014, de 24 de junio, f.j. núm. 8º—. Es obviamente el de prevención».

es en el marco de este procedimiento, en el que deberá quedar garantizada la máxima protección del medio ambiente y de los recursos naturales».

No obstante, en otras recientes Sentencias, y con un mejor entendimiento, el Tribunal Constitucional se refiere al principio de precaución como aquel en el que el legislador se basa para someter a EIA una actividad que no está prohibida. Así lo hacen la STC 69/2013, de 14 de marzo de 2013 y, en similar sentido, la STC 208/2014, al estimar conforme con el orden constitucional de competencias la prohibición que lleva a cabo una norma estatal de determinados métodos de captura, considerando que ello no vacía de contenido la competencia de la Comunidad Autónoma, cuya regulación puede incidir sobre los restantes métodos de captura, bien admitiéndolos en ejercicio de su competencia en materia de caza y pesca, bien estableciendo nuevas prohibiciones o limitaciones para reforzar la acción protectora de la norma básica estatal, que en este caso opera como norma de mínimos, resultando precisamente el principio de precaución el que legitima, en estos casos, la extensión del alcance de lo básico, esto es, de las bases sobre protección de medio ambiente e incluso el establecimiento de normas adicionales de protección por parte de las CC. AA., frente a la competencia autonómica exclusiva en materia de caza (11). Quizá sea esta la perspectiva que echamos en falta en las sentencias sobre fracking.

Por último, en relación con el electromagnetismo y con preferencia temporal, la temprana STC 8/2012, de 18 de enero, se refirió, también a diferencia de lo que sucede, como se verá, en todas aquellas que resuelven los recursos de inconstitucionalidad planteados contra las leyes autonómicas que han pretendido prohibir el fracking en su territorio, al necesario equilibrio que debe perseguirse para la ponderación de los distintos intereses en juego, como lo es en este caso el binomio telecomunicaciones y salud, otorgando un peso determinante a la circunstancia de que, precisamente, la normativa

(11) Así, estima la sentencia que *«Y, no siendo lo detallado o concreto el elemento primero y esencial para calificar esta regulación como básica, sino su finalidad tuitiva, ésta queda patente si se tiene en cuenta que la utilización de tales métodos masivos o no selectivos puede provocar la desaparición de la especie susceptible de aprehensión a nivel local, contrariando el principio de conservación recogido en el art. 62.2 de la Ley o, incluso, por su propia naturaleza no selectiva, puede afectar a las especies protegidas cuya caza está tajantemente prohibida [arts. 54.1 b) y 62.1 de la Ley], siendo por ello también manifestación del principio de precaución en las intervenciones que puedan afectar a las especies silvestres [art. 2 g)]. Cabe añadir que este encuadramiento se corresponde con la interpretación que de la prohibición de utilización de métodos de captura masivos o no selectivos han hecho tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asuntos 262/85, C-79/03, entre otros) como el Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de junio de 2005, cuyo fundamento jurídico 8 invoca el «principio de precaución en materia ambiental ... para preservar, como exige el artículo 45 de la Constitución, el medio ambiente».*

básica del Estado en materia de sanidad haya regulado los niveles de emisión ofreciendo una *«solución de equilibrio entre la preservación de la salud y el interés público al que responde la ordenación del sector de las telecomunicaciones»*. Sin perjuicio de que, como se tendrá ocasión de advertir, no nos parece correctamente aplicado por el legislador comunitario y español el principio de precaución en este concreto ámbito, nos encontramos en un supuesto de incerteza en el que el principio de precaución debe jugar su papel. Además, la STC 8/2012 sí aborda, y coloca como fundamento de la resolución, el necesario equilibrio entre los intereses en conflicto, enfoque que no debe faltar cuando resolvemos controversias en ámbitos de incerteza, aunque el TC finalmente llega a la conclusión de que es conforme a la Constitución otorgar prevalencia a los intereses económicos del sector de las telecomunicaciones sobre los intereses sanitarios (sic).

Si esta es, a grandes rasgos, la jurisprudencia constitucional con la que contamos hasta la fecha, daremos cuenta ahora de la aplicación del principio de precaución por los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, primero en sede regulatoria o normativa y después en sede aplicativa.

2. La vinculación del principio de precaución en sede regulatoria. Doctrina contencioso-administrativa

Desde hace una década el Tribunal Supremo ha tenido que decantarse por una postura más o menos acorde con el principio de precaución, construyendo una doctrina jurisprudencial en torno al mismo que no deja de sorprender.

Así, por una parte, encontramos sentencias que resuelven recursos Contencioso-administrativos dirigidos al control de la aplicación del principio de precaución por parte del Gobierno a la hora de regular, vía reglamentaria, procesos, productos o fenómenos. Fue el caso, en primer término, del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas. Entienden los recurrentes que el Reglamento, al establecer los límites para las emisiones radioeléctricas, no tienen en cuenta sus efectos biológicos no térmicos (12). Pues bien, la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 19 de abril de 2006, tras un detenido *excursus* sobre la positivación del principio de precaución en el art. 174.2 del Tratado de la CE, e invocando la jurisprudencia del TJUE al respecto, considera que, a la luz de la misma, debe

(12) Nos referimos a su posible relación con enfermedades como el cáncer o la hipersensibilidad electromagnética. En este sentido, puede verse el magnífico estudio de R. J. SANTAMARÍA ARINAS (2013:175 y ss.).

aplicarse un concepto estricto del principio, según el cual cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, se pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos, añadiendo que «el principio de precaución o cautela no resulta vulnerado por el Real Decreto 1066/2001, pues no se ha demostrado que exista una de aquellas situaciones «específicas» de crisis que aconsejen la suspensión del régimen general mediante el cual se han impuesto límites reglamentarios a la exposición de las personas a campos electromagnéticos. Si, en una hipótesis de futuro, se acreditara la presencia de efectos no previstos que implicaran graves riesgos para la salud no conocidos hasta entonces, cuya etiología no estuviera suficientemente clara, el principio de precaución entraría en juego para, ante la situación de falta de certeza científica, legitimar medidas que excepcionaran la aplicación del citado régimen general». Se refiere también la Sentencia al riesgo permitido, al señalar que es el legislador quien debe decidir, en cada caso concreto, el riesgo asumible por la sociedad, decisión que puede ser legítimamente adoptada sobre la cuádruple base de: a) un previo proceso de estudio y análisis rigurosos en el plano científico, b) el acogimiento de las tesis científicamente prevalentes, c) la existencia de razones serias de interés general que aconsejen no impedir la difusión del producto correspondiente y d) las previsiones revisoras y actualizadoras de los límites de seguridad mínimos que se estimen pertinentes cuando la labor de verificación absoluta de los riesgos no probados, o muy insuficientemente detectados, requiera ulteriores años de investigación y comprobación científica tanto en sus componentes clínicos y de laboratorio como en su dimensión epidemiológica». Concluye finalmente el Tribunal que no existe vulneración del principio de precaución, declarando la conformidad a derecho del Reglamento controvertido (13).

(13) A este respecto, como ya mencionamos en otro lugar, «resulta interesante traer a colación la SAP de Murcia, de 13 de febrero de 2001, que condena a Iberdrola a adoptar las medidas precisas a fin de que los campos electromagnéticos que genera un transformador que se encuentra en los bajos de un edificio no invada el domicilio propiedad de los actores 8, debiéndose determinar en ejecución de sentencia las medidas a adoptar. En el caso de que no sea posible lo anterior, Iberdrola debería indemnizar con el importe del valor de una vivienda de las mismas características, haciendo abstracción de la existencia de campos electromagnéticos. Además, la sentencia condena a Iberdrola deberá indemnizar a la parte actora por los perjuicios causados, incrementados con los intereses legales desde el día de interposición de la demanda. Las acciones ejercitadas fueron dos, la acción negatoria frente a la inmisión o intromisión que perturba la pacífica posesión, lo que implica petición de cesación de la misma (art. 590 Código Civil español) y la responsabilidad civil por daños y perjuicios (art. 1902 Código Civil español) ... La comprensión de los derechos de las generaciones futuras en el derecho positivo nos obliga, a los estudiosos del Derecho a plantearnos cómo articular la defensa de los derechos de las futuras generaciones y sobre todo a preguntarnos si añade algo en el panorama jurídico el reconocimiento de los derechos de las generaciones futuras

Los criterios que baraja la sentencia son, a mi modo de ver, inadecuados. En primer lugar, el estudio y análisis rigurosos en el plano científico, sería el presupuesto para detectar la existencia de riesgo cierto o de incertidumbre, lo cual nos podría llevar a aplicar el principio de prevención, o bien a encontrarnos ante la disyuntiva que genera un riesgo incierto. El segundo criterio, esto es, las tesis científicamente prevalentes, no ofrece mayores garantías, en la medida en que no existe una correlación entre la prevalencia de una tesis y el número de científicos e instituciones que la sostienen. No se indica en base a qué circunstancias debe entenderse, pues, que prevalece una tesis sobre otra. En tercer lugar, la existencia de razones serias de interés general que aconsejen no impedir la difusión del producto correspondiente, llevaría a alzaprimar la protección de la salud frente a riesgos inciertos, así que se trata de una base que difícilmente puede casar con el resto de pilares en que fundar una decisión legítima. Y, por último, las dificultades y, como consecuencia, la necesidad de estudios a largo plazo, no parece un criterio válido para discernir sobre la tolerancia de riesgos graves para la salud de las personas.

Otro de los asuntos resueltos por el Tribunal Supremo en relación con el principio de precaución es el conocido caso del *aceite de orujo*. La STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 27 de junio de 2007 trata de determinar la conformidad a Derecho de la decisión del Ministerio de Sanidad y Consumo, adoptada en base art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, por la que se puso en marcha la Red de Alerta Alimentaria en relación a este producto y por la que se aconsejaba su inmovilización cautelar y transitoria. En este caso, y en una línea similar a la antes vista, el TS entendió que se hizo una aplicación errónea del principio de precaución, al no existir un riesgo grave y extraordinario para la salud pública que justificara una medida tan drástica, «inadecuada y desproporcionada», confirmando la ilegalidad de la decisión ministerial. De nuevo el Tribunal Supremo eleva la categoría de los intereses económicos en presencia para poner en entredicho medidas basadas en el principio de precaución, y en este sentido cautelares y transitorias, basadas en la alerta sobre la presencia detectada de compuestos que generan un riesgo grave para la salud según parte del escalafón científico.

cuando los derechos reconocidos coinciden o concurren con los derechos de las generaciones actuales. Desde luego, a nuestro juicio, el reconocimiento de derechos de uso y disfrute a las nuevas generaciones respecto de bienes jurídicos protegidos en el momento actual debe servir como acicate para la aplicación rigurosa de las medidas de protección y salvaguarda de estos bienes en el momento presente. Ahora bien, el problema que puede presentarse en estos casos es la eventual responsabilidad derivada de la privación de derechos antes de la propia existencia, lo cual, por el momento, no se ha planteado en el ámbito del Derecho ambiental, y podría tenerse en cuenta sobre todo en la aplicación de los distintos sistemas de responsabilidad ambiental positivadas aplicables». Vid. B. SORO MATEO, B (2012:105-122 y 2014:49-76).

En tercer término, la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) 1176/2016, de 25 de mayo de 2016, resuelve el recurso planteado frente a una Orden autonómica que decide el no sometimiento a Evaluación ambiental de una modificación puntual de un plan urbanístico que consiste en hacer posible el desarrollo en la ciudad de Valladolid de las telecomunicaciones, como servicios esenciales y de interés general. Se indica, así, entre otros motivos, que en aras de salvaguardar el principio de cautela y la necesidad de protección del medio ambiente, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa que resulta de aplicación, se ha decidido determinar si la citada Modificación Puntual debe ser objeto de evaluación ambiental tal como establece el art. 4 de la Ley 9/2006, de 28 de abril, identificando y consultando a las Administraciones Públicas afectadas en el presente caso, advirtiéndose finalmente que el contenido de los informes recibidos permitiría concluir que no deben existir riesgos para la salud humana o el medio ambiente, siempre que las infraestructuras que se instalen cumplan los niveles de referencia previstos en el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre. Recuerda el TS en esta sentencia que el mismo Tribunal en la Sentencia de 19 de abril de 2006 desestimó el recurso interpuesto contra el Real Decreto 1066/2001, a cuyo cumplimiento se remite la Orden impugnada, y que en la Sentencia del Pleno del TS, de 11 de febrero de 2013, se ha puesto de manifiesto que *Ni el principio de autonomía municipal que garantiza el artículo 140 de la Constitución ni el principio de subsidiariedad de la acción de los entes locales que reconoce el artículo 28 LRRL entre otros campos en el de la sanidad, puede invocarse cuando el Estado en el ejercicio de sus competencias y velando por los intereses generales que a él le corresponden, ha establecido una regulación sobre la misma materia a la que sin duda alguna puede atribuirse una vocación de exclusividad, como sucede con el R.D. 1066/2001, de 28 de septiembre, en el que no solo se establecen más límites de exposición al público en general a los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas sino que se contienen específicas previsiones sobre la afectación de la población en esos espacios calificados como «sensibles», que agotan las medidas que en este campo puedan adoptarse basadas en el principio de precaución e impiden cualquier actuación municipal adoptada con base en el mismo título habilitante». La misma conclusión a la que llega el TC en relación a la posibilidad de que las CC.AA. prohíban el fracking es la que adopta el TS en estas resoluciones, que a nuestro juicio no respetan el orden constitucional de competencias ni la autonomía local e impiden a estas Administraciones Públicas recurrir al principio de precaución en sede normativa, cuando ostentan competencias (14). Ante una ausencia de armonización, y como veremos *infra*, frente a lo que*

(14) AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, J. M., «El agua, sin gas, por favor: la controversia jurídica en torno al “fracking” en España», *Extoikos*, núm. 15, 2014, pp. 35 y ss.

sucede en relación con los OMG, el TJUE advirtió que, en la medida en que subsista la incertidumbre, compete a los Estados miembros determinar el nivel de protección de la salud pública que desean fijar, teniendo en cuenta siempre las exigencias que se derivan del mercado común. De este modo, el Tribunal de Justicia, para determinar si las medidas ambientales más estrictas fijadas por los Estados miembros son proporcionadas, atenderá a la prevalencia de intereses y, siempre que se trate de garantizar la protección de la salud y del medio ambiente, aún en supuestos de incerteza científica, estas medidas deben prevalecer por encima de las consideraciones económicas, tales como la libre circulación de mercancías (15). Pero si este es el juicio de comunitariedad que ofrece el Tribunal de Justicia, la problemática surge cuando tratamos de determinar si dicho entendimiento es conforme con el orden constitucional de competencias. Y aunque pudiera parecer evidente que, en la medida en que el Estado ostenta sólo competencias para el establecimiento de las bases en materia de sanidad y de medio ambiente, lo cual haría perfectamente posible que las CC.AA. e incluso los entes locales pudieran establecer restricciones o límites más estrictos de emisión, lo cierto es que nuestro TC y, en el caso que nos ocupa, nuestro TS mantienen a día de hoy una interpretación forzada de la articulación competencial en esta materia, que se han ocupado de desentrañar SANTAMARÍA ARINAS, apreciando este último un giro copernicano en la doctrina del TS a partir de la STS de 22 de marzo de 2011, que alzaprima la unidad de mercado ex art. 149.1.21º CE, como finalmente también hará la STC 8/2012, de 18 de enero (16). Frente a la interpretación que TC y TS vienen haciendo estos últimos años del principio de precaución, consideramos que descartar los riesgos a la salud o al medio ambiente, siempre que se cumplan los estándares fijados por el Estado, como es el caso, por ejemplo, del Real Decreto 1066/2001, nos parece simplificar en exceso el tratamiento jurídico que debe darse a las tecnologías y a los riesgos que estas generan, porque parece eliminarse así la posibilidad de que, en sede aplicativa, pueda operar el principio de precaución, además de suponer la evidencia de la confianza ciega de las Administraciones consultadas acerca de la estabilidad de la ciencia en relación con los efectos de los campos electromagnéticos, como si desde 2001 y a partir de dicho momento, no hubiera nuevos estudios que aconsejan la aplicación del principio de precaución, tal y como lo viene entendiendo el Derecho comunitario.

(15) N. SADELEER, (1999:381). En contra de esta interpretación, C. VIDAL (2006: 553 y 554).

(16) R. J. SANTAMARÍA ARINAS (2013: 175 y ss.).

3. La aplicación administrativa del principio de precaución. Doctrina contencioso-administrativa

Por lo que se refiere ahora al recurso al principio de precaución en sede aplicativa, y frente a las conclusiones a las que llega el TS en relación con las ondas electromagnéticas, se observa una corriente encabezada por algunos TTSSJ contraria a la anterior que, en lugar de exigir la prueba de graves riesgos para la salud, considera necesario llevar a cabo una aplicación prudente hasta que se demuestre la completa inocuidad de las actividades. Así, debe darse cuenta de la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 380/2013 de 22 mayo, que se pronuncia precisamente sobre la aplicación por parte de la Administración Regional del principio de precaución en relación con la utilización de fitosanitarios sobre cuyos riesgos existe incertidumbre. A este respecto, entiende el Tribunal que *«En consecuencia, no puede pretenderse la aprobación del uso de un producto que está incluido en la Directiva europea citada, sobre el que existen dudas fundadas y razonables (que se explicitan en los informes administrativos citados) sobre su afectación a la salud o al medio ambiente, hasta tanto no se despejen esas dudas con los medios científicos disponibles. Por ello la interpretación efectuada por la Administración de las normas aplicables se considera razonable y es conforme a Derecho, puesto que viene a suponer una interpretación prudente de la Directiva, aplazando la aprobación de los productos discutidos hasta que, en el marco de la fase segunda, sean completados los estudios pertinentes que demuestren la completa inocuidad del producto para la salud y el medio ambiente»* (17).

Pero de todas, la que más interesa destacar es, sin duda, la reciente STSJ de Madrid 323/2016, de 1 de junio, que resuelve el recurso Contencioso-administrativo planteado contra la Resolución de 10 de febrero de 2015, del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Tajo, que deniega la solicitud de autorización para legalización de una piscina, un muro de separación de nivel y una caseta para depuradora, en base al principio de precaución. Se trata de una sentencia con escaso impacto, en el sentido de que resuelve un caso de relativa importancia, pero que, desde luego, supone un testigo, no sabemos si testimonial, en orden al desarrollo jurisprudencial del principio de precaución. A la vista del expediente, y en relación a los informes en los que la Administración fundamenta su denegación, se advierte que los mismos son *«informes técnicos realizados por especialistas en la materia, absolutamente*

(17) También la reciente STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 301/2016, de 2 de junio, se refiere al principio de precaución como inspirador del Derecho ambiental de la Unión Europea, especialmente poniéndolo en conexión con la recién conquistada impugnabilidad de la declaración de impacto ambiental.

imparciales, y cuyas conclusiones son especialmente relevantes en un tema tan delicado como el que se examina. Debe recordarse el principio de precaución como pilar que rige las políticas europeas, y sobre todo en caso de amenaza al medio ambiente o salud humana, exige que ante una acción o proyecto se tomen medidas para prevenir posibles daños. El agua es elemento vital en todos los ámbitos, pero también es preciso tener en cuenta los riesgos que puede ocasionar, en caso de inundaciones, tema que se aborda precisamente en el Real Decreto antes citado como hacía la Directiva 2007/60, sobre evaluación y gestión de los riesgos de inundación. Por tanto, los datos aportados por la Administración resultan determinantes y permiten a la Sala formar una convicción sobre el riesgo que puede presentar una obra como la realizada, en la zona concreta objeto de examen» (f. j. 8).

En un sentido similar ya se había pronunciado el mismo Tribunal, en STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 202/2016, de 13 de abril de 2016, que desestima el recurso interpuesto frente a la Resolución de la Dirección General del Agua, de 9 de diciembre de 2013, sobre régimen de explotación para el año 2014 del acuífero del Campo de Montiel y contra Resolución del Secretario General Técnico del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, de 16 de febrero de 2015, que desestima recurso de alzada contra Resolución de 27 de mayo de 2014 de la Dirección General de Agua, que modifica el régimen de explotación para el año 2014 del acuífero del Campo de Montiel, fundado en la arbitrariedad de las medidas aplicadas. El Tribunal rechaza los argumentos centrales de la demanda referidos a la arbitrariedad de la decisión al traspaso de los límites de la discrecionalidad, precisando que «la discrecionalidad técnica expresada exige partir de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la actuación. De modo que dicha presunción *iusuris tantum* sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulan una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y que no estén sustentadas con un posible error manifiesto. En este caso, la decisión se adopta dentro del marco de las competencias de los órganos intervinientes y sobre la base de informes

técnicos concretos, sin que se aprecie vulneración de las facultades ejercidas al respecto (18).

III. LA POSIBILIDAD DE LIMITAR Y/O PROHIBIR TÉCNICAS, ACTIVIDADES O PRODUCTOS A NIVEL ESTATAL Y AUTONÓMICO: JUICIOS DE COMUNITARIEDAD Y CONSTITUCIONALIDAD

Debemos partir de la vertiginosa multiplicación de lo que podemos denominar «colectivos cero» en tiempos recientes y frente a cualquier tecnología emergente, con o sin sustento científico, con o sin confirmación de evidencias, con o sin confirmación de su «intuición». Se trata, como conocemos, de grupos más o menos estructurados que, independientemente de su prohibición o no por parte de los gobiernos, se basan en estudios, por esporádicos que sean, que sostienen que el uso de tal o cual producto, el empleo de tal o cual tecnología, incrementa el riesgo de padecer tales o cuales enfermedades. Por otra parte, no hay que perder de vista a aquellos colectivos de científicos que sistemáticamente y en todo caso tildan a los movimientos «cero» como combatientes antiquímica, antisistema, como grupos que se mueven entre la ciencia y la pseudociencia.

Es cierto que, en ciertos ámbitos, lo natural puede esconder intereses económicos y ello ha sido puesto de manifiesto al cuestionarse actualmente la homeopatía como ciencia. La rumorología químico-tóxica genera una alarma generalizada, una alarma social a veces infundada que daña enormemente a las empresas del sector. Lo grave es que, detrás de estos movimientos, se encuentre otro sector que quiere abrirse paso en el mercado. Se trata de un «juego de tronos». Pero otras veces, y lamentablemente son muchas, a largo plazo se constata que estos colectivos tenían razón, quizás por mera intuición y al principio con un testimonial respaldo de la ciencia (19).

(18) Vid. F. j. 4.

(19) Por ejemplo, en relación con los *ftalatos*, a nivel comunitario, como en EE.UU., Canadá y algunos otros países como Argentina, se han prohibido algunos de ellos, aunque es cierto que se detecta su presencia por la poca frecuencia de controles, normalmente a causa de su elevado coste. España a través del Real Decreto 114/2006 prohíbe éstos en productos destinados a niños. Se admiten, en cambio, en el resto de productos en cantidades que se consideran «seguras» una vez ponderado el equilibrio entre los beneficios y los riesgos potenciales que pueda suponer la exposición humana a los mismos. Aunque siempre existen países más pro salud, ante la duda, como Suecia, que ha establecido en este terreno medidas más estrictas. Europa prohibió algunos sólo cuando se demostraron daños en las personas. En relación con el resto, aunque ya se han demostrado daños en animales, se esperan resultados de investigaciones en humanos para dar el paso adelante. Del mismo modo, podría hablarse de bisfenol A, cuyo uso en biberones está prohibido desde 2011 a nivel comunitario.

Para profundizar en la posición adoptada por España en relación con el empleo de tecnologías o el uso de productos y estar en condiciones de reflexionar acerca de la posibilidad de que las Comunidades Autónomas legítimamente se encuentren habilitadas de conformidad con el bloque de la constitucionalidad para efectuar una eventual prohibición de los mismos, independientemente de que se encuentren autorizados conforme al Derecho comunitario, resulta interesante llevar a cabo, de modo previo, un breve análisis de la eventual posibilidad de prohibir el fracking por parte de las CC. AA., así como del discutido principio de subsidiariedad que rige en el ámbito de los OMG desde fechas recientes.

Partiremos del derecho de la Unión Europea a establecer el nivel de protección que considere adecuado, en particular en lo que se refiere al medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal. La aplicación del principio de precaución constituye un principio esencial de su política, y las decisiones que adopte a este objeto seguirán afectando a las posiciones que defiende internacionalmente sobre cómo debe ser la aplicación de este principio. Mas, ¿cuál ha sido es su posición respecto a las tecnologías referidas?

En el caso de la fracturación hidráulica, la Recomendación 2014/70/UE la admite, lo cual no es óbice para que algunos Estados miembros la prohíban en todo caso y mientras que se mantiene la incertidumbre sobre sus perniciosos efectos sobre el medio ambiente y la salud humana y animal. En el caso de los OMG, partiendo de un nivel estricto de intervención, según el cual sólo es posible utilizar los OMG autorizados conforme a Derecho comunitario, se ha evolucionado hasta admitir la posibilidad de que los Estados miembros prohíban el cultivo de OMG en sus territorios. Una vez desarrollado el análisis de las posibilidades que brinda el ordenamiento español en relación con la limitación o prohibición del fracking y del cultivo de OMG, a la luz de la Constitución española y en el marco del derecho autonómico, procederemos a indagar, entonces, cual es la posición de Europa sobre los fitosanitarios, determinando entonces si es conforme a Derecho la prohibición absoluta o parcial del uso de pesticidas en España o en parte de su territorio.

1. Sobre la posibilidad autonómica de limitar o prohibir el «fracking» en sus territorios. La posición del Tribunal Constitucional

La fractura hidráulica o fracking consiste en una técnica para la obtención de gas no convencional, también llamado gas de esquisto. Esta técnica se desarrolla a través de la perforación vertical de un pozo con una longitud de unos aproximadamente 2000 metros de profundidad, en el cual se inyecta agua, arena y diversas sustancias químicas, con la finalidad de conseguir fracturaciones horizontales en el subsuelo, a través de las cuales se libere el

gas que se encuentra atrapado en los poros o fisuras de las rocas y que no sería posible obtener si no fuese a través de esta técnica artificial. No obstante, y tomando como referencia a EE. UU., país pionero en la implementación del fracking, junto a los buenos resultados económicos y reducción de la dependencia energética que su implantación supone, encontramos numerosos estudios que avalan el perjuicio que sobre la salud y el medioambiente puede provocar el empleo de esta técnica.

Así, en junio de 2011, el Parlamento Europeo publicó, a instancias de la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad, el informe «Repercusiones de la extracción de gas y petróleo de esquisto en el medio ambiente y la salud humana». Este informe debe completarse con el titulado «Contribución a la identificación de posibles riesgos ambientales y para la salud humana derivados de las operaciones de extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica en Europa» de la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea, publicado el 10 de agosto de 2012. Del texto de los mismos, puede concluirse que nos encontramos ante una técnica cuya utilización genera un elevado riesgo para las personas y para el medio ambiente, especialmente para los acuíferos subterráneos. En ambos se contempla el principio de precaución y se pone en relación con los objetivos de la Directiva 2000/60 CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva Marco del Agua), encargada de velar por el buen estado de las aguas superficiales y subterráneas, de evitar su deterioro y de promover su recuperación. Por su parte, el Dictamen del Comité de las Regiones «Perspectiva de los entes locales y regionales respecto del gas y el petróleo de esquisto/estáticos (hidrocarburos no convencionales)», de 9 de octubre de 2013, también alerta de los riesgos que genera esta técnica, afirmando que se trata de una técnica no sostenible «ni desde el punto de vista del cambio climático, ni desde la perspectiva del abastecimiento energético a largo plazo, y entraña grandes riesgos» (20).

A pesar de estos informes, como es sabido, a nivel europeo la Recomendación 2014/70/UE, de 22 de enero de 2014, relativa a unos principios mínimos para la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) admite la fracturación hidráulica, quedando en manos de los Estados miembros su eventual prohibición (21). Las razones que han llevado a Europa a utilizar la Recomendación como instrumento en el que cristalizar los principios

(20) No obstante, la Estrategia Europea de la Seguridad Energética (mayo de 2014), que se asienta sobre la necesidad de aumentar la producción de energía en la UE, reconoce que «la producción de petróleo y gas de fuentes no convencionales en Europa, especialmente el gas de esquisto, podría compensar parcialmente la progresiva reducción de la producción de gas convencional». Vid. J. D. SÁNCHEZ ARANA (2014).

(21) Debe tenerse en cuenta que al tratarse de una Recomendación no es vinculante, de conformidad con el art. 288 TFUE.

mínimos en este ámbito y a no prohibir la técnica son, en parte, de tipo competencial, al tratarse de una materia en la que la UE y los Estados miembros ostentan competencias compartidas (art. 4 TFUE). Además, aunque el apartado 1 del art. 194 TFUE subordina la política energética a la protección del medio ambiente, en su apartado 2 establece que las medidas que pueden adoptar el Parlamento Europeo y el Consejo sobre esta materia compartida no afectarán al derecho de un Estado miembro a determinar las condiciones de explotación de sus recursos energéticos, sus posibilidades de elegir entre distintas fuentes de energía y la estructura general de su abastecimiento energético, sin perjuicio de la letra c) del apartado 2 del art. 192 de TFUE (22).

Hecho este brevísimos repaso de la posición de las instituciones comunitarias frente a la fracturación hidráulica, es en dicho marco en el que los Estados deben decidir sobre la posibilidad de admitir dicha tecnología en sus territorios, de conformidad con su régimen interno de distribución de competencias. En España, prácticamente no ha existido debate previo a su admisión. La Ley 17/2013, de 29 de octubre, para la garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, dictada con el objetivo de clarificar aspectos jurídicos relacionados con técnicas de exploración y producción de hidrocarburos y de garantizar la unidad de criterio en todo el territorio español, una vez planteados los recursos de inconstitucionalidad frente a ciertas Leyes autonómicas que ya habían prohibido el fracking, introdujo, con invocado fundamento constitucional en los arts. 149.1.13 y 149.1.25 CE, una disposición adicional segunda que incluía en el ámbito objetivo de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, determinadas técnicas «habituales» en la industria extractiva como la fracturación hidráulica. Esta modificación normativa, que dejó clara la posición permisiva de España en torno al fracking, fue completada por la disposición final tercera, que sometía los proyectos de exploración, investigación y explotación que utilicen la técnica de fracturación hidráulica a evaluación de impacto ambiental (23). Así, estos proyectos, además de las autorizaciones preceptivas contempladas en la Ley

(22) Este precepto contempla la necesidad de unanimidad para que el Consejo pueda adoptar medidas que afecten de manera significativa a la elección por un Estado miembro de distintas fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético

(23) Por la Disposición Final Tercera de la misma Ley 17/2013, se añadió un nuevo apartado e) al Anexo I, Grupo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental, Texto Refundido que fue posteriormente derogado por la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental (LEA), que a día de hoy contempla en su Anexo I (proyectos sometidos a evaluación ambiental ordinaria) los proyectos que requieran de técnicas de fracturación hidráulica, excluyéndose las perforaciones de sondeos de investigación que tengan por objeto la toma de testigo previo a proyectos de perforación que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica (Grupo 2 d).

34/1998 (24), deberán ser objeto de declaración de impacto ambiental de acuerdo con lo establecido en la LEA. Esta posición de España ha sido, si cabe, más reforzada, a través de la recientemente aprobada Ley 8/2015, de 21 de mayo, que muestra la intención de incentivar el desarrollo del fracking mediante el fomento de ventajas fiscales en este ámbito (25).

Éste ha sido el resultado de la aplicación del principio de precaución por parte del legislador estatal, en un ámbito en el que no existe armonización comunitaria, sino sólo un instrumento de *soft law* que simplemente recomienda su aplicación. La clave, como se verá, se encuentra en determinar si la aplicación del principio de precaución por parte del legislador estatal en defecto de armonización puede anular de plano la posibilidad autonómica de aplicar dicho principio en sede normativa y/o aplicativa, y por lo que ahora interesa, en ejercicio de las competencias autonómicas para el establecimiento de normas adicionales de protección *ex art. 149.1.23 in fine CE*, o si, por el contrario, debe mantenerse expedita dicha posibilidad, siempre que las medidas autonómicas resulten proporcionadas, razonables y respetuosas del principio de solidaridad. SANTAMARÍA ARINAS nos recuerda, en relación con ello, esa lejana jurisprudencia del TC sobre las tensiones entre el desarrollo minero y la protección del medio ambiente (SsTC 64/1982 y 170/1989) (26).

A) Sobre la prohibición absoluta del *fracking* en derecho autonómico

A la vista de la, a nuestro juicio, errónea aplicación del principio de precaución por parte del legislador estatal español, que considera que mediante la aplicación de un instrumento eminentemente preventivo se puede dar un trata-

(24) Téngase en cuenta, además, el Real Decreto 2362/1976, de 30 de julio que aprueba el Reglamento sobre investigación y explotación de hidrocarburos.

(25) Mientras, en países vecinos como Francia, se prohibió esta técnica de exploración y explotación. *Vid.* Ley 2011-835, de 13 de julio de 2011, «Loi Jacob». Se trata de la primera norma nacional en Europa que prohíbe la práctica de la fracturación hidráulica. No obstante, esta interdicción no ha estado exenta de controversia, pues la Ley 2011-835 fue objeto de una cuestión de constitucionalidad planteada por la compañía *Schuepbach Energy LLC*, que había sufrido la revocación de dos permisos de investigación en octubre de 2011. El Consejo Constitucional francés dictó Sentencia el 11 de octubre de 2013, declarando que los arts. 1 y 3 de la Ley son conformes con la Constitución. En relación con ello, resulta interesante la reciente sentencia del TA *Cergy Pontoise*, de 11 de marzo de 2016, que rechaza la reclamación de indemnización como consecuencia de la revocación de un permiso de exploración en aplicación de la Ley de 13 de julio de 2011. El Tribunal considera que no existe responsabilidad de la Administración porque la prohibición se fundamenta exclusivamente en la protección del interés general.

(26) El autor pone en evidencia la idoneidad de la EIA para conseguir el fin pretendido de protección del medio ambiente. *Vid.* R. J. SANTAMARÍA ARINAS (2014: 21-30).

miento adecuado a situaciones de incerteza, algunas Comunidades Autónomas han adoptado una posición común prohibiendo de modo absoluto el fracking en sus territorios mediante Ley autonómica, invocando en sus preámbulos los riesgos que rodean a la práctica y afirmando la consiguiente operatividad del principio de precaución. Estas normas han pretendido encontrar basamento constitucional en las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda; establecimiento de normas adicionales de protección del medio ambiente y de los ecosistemas; sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud; industria, y régimen minero y energético.

Así ha operado, en primer lugar, Cantabria, mediante la Ley 1/2013, de 15 de abril, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria de la técnica de fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional. La norma autonómica está integrada por tres artículos, el primero de los cuales establece una prohibición total de la técnica de fracking en suelo cántabro. A renglón seguido, se contempla la obligación de las autoridades y funcionarios de hacer cumplir lo previsto en la Ley, pudiendo valerse para ello de los medios previstos legalmente y dedicando el último de sus preceptos a calificar la infracción de la prohibición como infracción urbanística (27). Por último, cabe destacar que la norma será de aplicación tanto a las autorizaciones o títulos que habiliten a la práctica del *fracking* en Cantabria que ya hubiesen sido concedidos, como a los procedimientos autorizatorios pendientes y a los que, en su caso, pretendan iniciarse desde su entrada en vigor, del mismo modo, pues, al que ha operado la Ley francesa 2011-835, de 13 de julio de 2011, la cual responde a un ámbito de aplicación idéntico. Por su parte, la Ley 7/2013, de 21 de junio, por la que se regula la prohibición de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional en la Rioja y la Ley Foral 30/2013, de 15 de octubre, por la que se prohíbe en el territorio de Navarra el uso de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional barajan básicamente los mismos argumentos que la Ley cántabra para establecer una prohibición total del *fracking*.

Estas tres leyes fueron recurridas por el Gobierno ante el TC y, como resultado, pronto nos encontramos con la STC 106/2014, de 24 de junio, que declara inconstitucional la Ley cántabra, la STC 134/2014, de 22 de julio, que hace lo propio respecto de la Ley riojana y la STC 208/2014, de 15 de diciembre, que declara inconstitucional la Ley navarra, sentencias, todas ellas, que han visto la luz en tiempo récord, como se ha ocupado de

(27) Con arreglo a lo dispuesto en la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria.

denunciar SANTAMARÍA ARINAS (28). El TC basa fundamentalmente su postura en la prevalencia del título competencial relativo a las bases en materia energética (art. 149.1.25 CE) y en la competencia exclusiva del Estado sobre las bases de la planificación económica (art. 149.1.13 CE). Así, teniendo en cuenta que el *fracking* brinda una oportunidad económica para el autoabastecimiento de países con una gran dependencia energética como España, la garantía de suministro reúne las exigencias de una competencia de carácter básico. Tras reconocer que, efectivamente, las CC.AA., en virtud del art. 149.1.23 CE, pueden desarrollar la normativa básica estatal y establecer niveles más altos de protección ambiental que los establecidos por el Estado, la prohibición del *fracking*, en cambio, no puede considerarse como una protección adicional en materia de medio ambiente, puesto que la Ley 17/2013, que modifica la LEA, se configura como normativa estatal básica y exige una previa declaración de impacto ambiental favorable para autorizar aquellos proyectos que empleen la técnica de *fracking*, por lo que prohibir la técnica del *fracking* contradice las bases (sic). Esta posición del TC rompe con su doctrina previa mantenida al resolver conflictos de competencia que de ordinario se han planteado desde los inicios del Estado constitucional, donde se esforzaba, no sin dificultad y a veces manejando criterios muy diversos, en buscar y alcanzar la integración y el equilibrio entre los diferentes títulos competenciales en conflicto, ponderándolos con el fin de que una competencia no vaciase de contenido el resto de competencias, como ocurre en el caso que nos ocupa.

Los votos particulares de los Magistrados Adela ASUA BATARRITA, Fernando VALDÉS DAL-RÉ y Juan Antonio XIOL RÍOS a la STC 134/2014, que disienten de la fundamentación jurídica de la misma, aunque llegan a la misma conclusión de inconstitucionalidad del intento autonómico, resultan muy interesantes, al plantear la debilidad argumental de estas apresuradas resoluciones constitucionales. Las bases sobre las que pivota la discordancia de la fundamentación jurídica de la STC 106/2014 son, a juicio de estos magistrados, la falta de objetividad de la sentencia, el error en la concepción del principio de precaución en la misma y la falta de ponderación de las competencias en juego, lo que supone romper con la doctrina del TC anterior en este sentido. Destacan

(28) Como es sabido, el art. 161.2 de la CE habilita al Gobierno para *impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses*. SANTAMARÍA ARINAS expone que «El TC suele tardar años en dictar sentencia [...] lo urgente era saber que iba a pasar con el levantamiento o no de la suspensión, efecto del art. 161.2 de la CE. [...]. No obstante, el TC ha eludido un primer pronunciamiento expreso sobre la cuestión incidental [...] dictando sentencia de 24 de junio de 2014 que, entrando en el fondo del asunto, anula de un plumazo la Ley de Cantabria 1/2013 por razones exclusivamente competenciales. Vid. R. J. SANTAMARÍA ARINAS (2014: 19 y 20).

la escasa relevancia que se le otorga a la competencia sobre la salud que corresponde a las CC. AA., base sobre la que se adopta la Ley recurrida. Así, en relación al principio de precaución, se considera que la resolución adolece de una falta de objetividad al no reflejar las ventajas e inconvenientes que la técnica del *fracking* conlleva y al no mencionar la fuente de las opiniones que se reseñan. Se estima, además, que el principio de precaución es concebido de una forma errónea y que el mismo no se ha puesto en relación con la Recomendación 2014/70/UE a la que tantas veces se hace referencia en la Sentencia. Se recuerda que el principio de precaución opera en situaciones de incertidumbre, que el mismo entra en juego en un momento anterior a la evaluación de impacto ambiental y que de ponerlo en relación con la citada Recomendación se traduciría en la necesidad de realizar una evaluación ambiental estratégica y establecer normas claras sobre los diferentes aspectos que rodean al *fracking*, extremos que no son tenidos en cuenta. De otro lado, también se invoca la falta de ponderación y equilibrio entre las competencias que sobre esta materia entran en juego. El hecho de que en la Sentencia se refiera únicamente la competencia en materia energética y minera como prevalente respecto de las competencias en medio ambiente y sanidad e higiene se viene a considerar algo inusitado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (29). En la materia que tratamos, y según los magistrados disidentes, concurren diferentes competencias compartidas cuya titularidad corresponde al Estado y las Comunidades Autónomas, por lo que se debería haber buscado un equilibrio entre las mismas, teniendo en cuenta los distintos intereses en presencia, con el fin de no vaciar de contenido las competencias que puedan corresponder a otra instancia territorial (30).

(29) Afirmando en el voto particular que «la Sentencia de la que disintimos adopta un enfoque por completo inusual, cuya generalización produciría muy importantes consecuencias, la más relevante de las cuales consistiría en preterir la competencia autonómica, en éste y prácticamente en cualquier supuesto, al prescindir y dar de lado el juicio de ponderación de títulos competenciales al que en tantas ocasiones este Tribunal se ha sometido».

(30) En el Voto Particular se afirma que «el método de análisis debería haber sido el tradicional en la doctrina constitucional. Conforme viene reconociendo sistemáticamente este Tribunal [...] el estrecho entrecruzamiento competencial que se produce en este tipo de conflictos hace que la delimitación competencial sea particularmente complicada, pues los títulos competenciales en presencia se limitan y contrapesan recíprocamente, no siendo razonable el propiciar un vacío recíproco de su contenido; o, expresada la idea en otras palabras, los títulos que se invocan han de ejercerse con pleno respeto a las competencias que sobre otras materias pueden corresponder a otra instancia territorial». Efectivamente, la búsqueda del precitado equilibrio entre los títulos competenciales en conflicto puede encontrarse en numerosos pronunciamientos del TC, entre los que podemos destacar la STC 5/2013, de 17 de enero, que trae causa de la interposición por parte del Presidente del Gobierno de un recurso de inconstitucionalidad, entre otros, contra el art. 38.2 de la Ley 16/2002 de protección contra la contaminación acústica de Cataluña, por invadir esta Ley competencias estatales, considerándose vulnerados los arts. 149.1.20, 21 y 23 de la CE, considerando el

Otro de los reparos en el que se basa el referido voto particular radica en que se ha preterido la competencia autonómica en materia de salud, ya que aunque la misma está muy relacionada con la competencia de medio ambiente, una no puede subsumirse en la otra, y no se ha tenido en consideración la finalidad de la Ley recurrida, que prohibía el *fracking* para proteger la salud humana, considerándose que la sentencia no pondera debidamente la incidencia de los riesgos del *fracking* en un interés de la máxima relevancia constitucional como es la protección de la salud.

A la vista de la reciente batería de SsTC sobre *fracking* se ha pronunciado a día de hoy numerosa doctrina, de la que pasamos a dar cuenta. Así, LÓPEZ RAMÓN se plantea que *«resulta sorprendente que tal planteamiento lleve a los magistrados discrepantes a sostener que la Ley cántabra impugnada, al prohibir en todo caso la fractura hidráulica, no respeta el equilibrio entre valores propugnado en la jurisprudencia constitucional. ¿Esto significa que el*

TC que *«el precepto impugnado implica la prevalencia del criterio autonómico de un modo que ha de reputarse contrario al orden constitucional de distribución de competencias [...], al no asegurar la debida ponderación de los intereses eventualmente afectados por la concurrencia competencial sobre el mismo espacio físico e imponer la subordinación de unos a otros»*; o la STC 8/2012, de 18 de enero, que resuelve recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley de Castilla-La Mancha, de 28 de Junio, para la ordenación de las instalaciones de por considerarse que la CA se ha extralimitado invadiendo competencias estatales exclusivas reguladas en el art. 149.1.20º y 21º, frente a las competencias de ordenación del territorio, urbanismo, sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud pública y protección del medio ambiente en las que la CA fundamenta constitucionalmente la norma. *«La concurrencia competencial que ahora nos ocupa: telecomunicaciones, ordenación del territorio, urbanismo, protección del medio ambiente y protección de la salud son títulos que se limitan y contrapesan recíprocamente, que no pueden vaciarse mutuamente de contenidos y que han de ejercerse con pleno respeto a las competencias sobre otras materias que pueden corresponder a otra instancia territorial»*, y se considera por parte del Tribunal que en un asunto, en el que las partes en el proceso constitucional ofrezcan diversas calificaciones sustantivas de las disposiciones o los actos en conflicto que pudieran llevar a identificaciones competenciales distintas, ha de apreciarse para llegar a una calificación competencial correcta, tanto el sentido o finalidad de los variados títulos competenciales y estatutarios, como el carácter, sentido y finalidad de las disposiciones traídas al conflicto, es decir, el contenido del precepto controvertido delimitando así la regla competencial aplicable al caso. En estos supuestos debe llegarse a una integración o ponderación de las competencias que confluyen sobre una misma materia siendo necesario según la sentencia *«acudir a las fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía [...] fórmulas [...] especialmente necesarias en estos supuestos de concurrencia de títulos competenciales en los que deben buscarse aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de ambas competencias [...]»*. No obstante, si esos cauces resultan insuficientes, el Tribunal ha afirmado que la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente sin que el Estado pueda verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma. *Vid.*, también las SsTC 103/1989, de 8 de junio; 149/1991, de 4 de julio y 40/1998, de 19 de febrero, entre otras.

mismo contenido de la Ley cántabra no hubiera podido ser adoptado por el legislador estatal»? (31). La cuestión no ofrece una respuesta sencilla, pero a la luz de lo expuesto con anterioridad puede afirmarse que, de acuerdo con la anterior doctrina del TC, no podría haberse establecido una prohibición total del *fracking*, al no tenerse en cuenta un equilibrio entre las competencias en juego. No obstante, debe señalarse que es perfectamente posible que el derecho comunitario o el derecho estatal, que es la cuestión que nos ocupa, en aplicación del principio de precaución, establezca una prohibición de plano fundada precisamente en la incertidumbre que genera dicha técnica en relación con la envergadura de los daños que de su empleo pueden derivarse, sin que ello suponga una dejación de las competencias en materia de energía. En este caso, probablemente el TC habría entendido legítimamente ejercitada la competencia básica sobre protección ambiental, si fuera una Comunidad Autónoma la que impugnara la Ley que contemplara dicha prohibición. No compartimos, por ello, la opinión de VALENCIA MARTÍN, que en esta hipótesis entiende que la competencia ejercitada sería la relativa al establecimiento de las bases de la política energética y minera, y no la ambiental como nosotros sostenemos, en base precisamente al principio de precaución (32). Además, teniendo en cuenta que el ejercicio de la competencia estatal que admite la técnica del *fracking* en todo caso, salvo que de la EIA se derive su no admisión, fue posterior al legítimo ejercicio por parte de las CC. AA. de su competencia para establecer normas adicionales de protección ambiental. Ese habría sido el entendimiento competencial si, como ha ocurrido en muchas ocasiones, el Estado hubiera respaldado, mediante su normativa básica, la disciplina ambiental anticipada, que luego deviene como una reproducción de las bases (33).

(31) F. LOPEZ RAMÓN (2014a: 16).

(32) Considera el autor que «Pese a su motivación ambiental, la decisión estatal de prohibir la práctica del *fracking* seguiría siendo una decisión básica de política minera y energética, amparada por lo tanto competencialmente en el art. 149.1.25 CE, frente a la que no cabría oponer ningún título competencial autonómico. Si esto es así, y seguramente nadie lo pondría en duda, la respuesta debe ser la misma en el caso inverso (en el que ahora nos hallamos), por elementales razones de coherencia». VALENCIA MARTÍN, G., «"Bienvenido Mr. Fracking": un pequeño análisis jurisprudencial», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 33, 2016, p. 436.

(33) VALENCIA MARTÍN (2016: 427) se refiere precisamente a la posterioridad de esta normativa estatal, respecto de la normativa autonómica impugnada, que luego sirve de base al Tribunal Constitucional para declarar inconstitucionales aquellas, al afirmar que «*Ni que decir tiene que dicha indagación resulta extraordinariamente sencilla a la vista de las Disposiciones finales (segunda y tercera) incorporadas a la Ley 17/2013, de 29 de octubre, para la garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, y que antes hemos reseñado, y que, pese a ser posteriores a las normativas autonómicas impugnadas, representan a la fecha de dictar Sentencia el parámetro determinante de su constitucionalidad, según doctrina reiterada del Tribunal*» (f. j. 6).

El error, a mi juicio, radica en una incorrecta aplicación del principio de precaución por parte del legislador español, que deja entonces un espacio material para que las CC.AA. efectúen su particular aplicación del principio en sede aplicativa, mediante la EIA, vedando la posibilidad de que lo apliquen en sede normativa. Es JORDANO FRAGA quien creo pone el acento en la clave de la cuestión, pues advierte que las normas impugnadas incurren en un defecto no desdeñable de técnica jurídica no detectado por el TC. Considera el autor que «*El preámbulo de la Ley 1/2013, de 15 de abril, por la que se regula la prohibición del fracking en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria, invoca el principio de precaución y los interrogantes sobre la salud y la protección del medio ambiente. Sin embargo, este principio de cautela o precaución significa afirmar el principio in dubio pro natura en caso de incertidumbre científica. El despliegue del principio puede llevar a la prohibición temporal de una actividad o a la adopción de medidas efectivas y proporcionadas destinadas a prevenir un riesgo de daño al ambiente. Por eso no creemos que para una prohibición absoluta sine die pueda invocarse el principio de precaución o cautela*». En efecto, despejada la duda científica, la legítima prohibición basada en los daños constatados se enmarcará, de suyo, en la competencia de protección ambiental y de la salud (34). Y, si no fueran el derecho comunitario o la normativa básica, los que efectuaran tal prohibición, una norma autonómica que operara tal prohibición una vez despejada la incertidumbre científica debería ser tenida como una norma adicional de protección ambiental y de protección de la salud que, sin lugar a dudas, prevalecería entonces sobre cualquier otra competencia estatal, precisamente por la prevalencia de los derechos tutelados (35).

(34) Téngase en cuenta que los problemas ambientales que genera el *fracking* se encuentran indisolublemente ligados a la salud, en la medida en que, además del excesivo consumo de agua, o la posibilidad de afectar a espacios o especies protegidos, aspectos que pueden ser objeto de medidas correctoras en la DIA, las fundamentales preocupaciones de los científicos en contra de esta técnica son la contaminación de las aguas, de la atmósfera y del suelo.

(35) Por ello, nos parece muy acertada la observación efectuada a este respecto por LÓPEZ RAMÓN (2014b:14 y ss.), al preguntarse qué hubiera sucedido de no haberse incluido en la Ley 17/2013 las Disposiciones finales que ya conocemos, sugiriendo que entonces, ante la novedad del fenómeno y a falta de una legislación «básica» favorable a la técnica controvertida, la balanza tendría que haberse inclinado del lado de las leyes autonómicas prohibicionistas (al amparo de las competencias autonómicas, no sólo en materia ambiental, sino también de desarrollo legislativo en el propio sector minero y energético). En relación con ello, VALENCIA MARTÍN (2016:431) entiende que con un enfoque diverso de la Sentencia, en el sentido propuesto en el voto particular concurrente, esto es, tratando el asunto como un conflicto entre competencias concurrentes del Estado (régimen minero y energético) y autonómico (salud, medio ambiente y ordenación del territorio), no se hubiera dado primacía incondicionada a los títulos competenciales del Estado, sino sólo, y de acuerdo con la doctrina constitucional

Con todo, una parte importante de la doctrina comparte la fundamentación jurídica de las Sentencias de las que damos cuenta. Así, a juicio de ALEGRE ÁVILA, el análisis que el TC realizó según el voto particular de forma lineal y por separado de los distintos títulos competenciales en presencia [...], «no es un modo de proceder extravagante, antes bien, se inscribe plenamente en la lógica del modo de abordar la impugnación llevada al conocimiento del Tribunal Constitucional. Si aquella lo es por razón de la contravención por la ley autonómica de la competencia estatal ex artículos 149.1.25ª y 149.1.13ª de la Constitución, parece de todo punto obligado abordar la delimitación del ámbito a que se extienden los títulos competenciales esgrimidos, para [...] analizar la incidencia del título competencial aducido de contrario, el “medio ambiente”, sobre [...] la incompatibilidad de la prohibición de la técnica de la fractura hidráulica a que se refiere la ley autonómica con la legislación estatal básica. Una incidencia que la opinión mayoritaria desglosa en dos planos, a saber, uno, «la delimitación del alcance funcional de la competencia estatal ex art. 149.1.23 CE» [...]; dos, el papel que, en este vector ambiental, cumple la competencia autonómica, una competencia ceñida, en lo que aquí interesa, al establecimiento de «normas adicionales de protección», aderezada con el objetivo o finalidad de protección de “la salud” e incluso de la “calidad de vida” a que se refieren los artículos 43 y 45 del texto constitucional (36)». La interacción de los dos planos lleva a considerar al citado autor que la protección ambiental ha sido incorporada en el presente asunto mediante la previsión de la evaluación ambiental de los proyectos de fractura hidráulica, considerándose, así, que el vector ambiental no ha sido omitido en el caso y que no se ha dado esa falta de ponderación de competencias. Y respecto a la preterición de la competencia de salud por parte del TC, considera, haciendo referencia a la sentencia del TC 8/2012, dictada sobre binomio competencial telecomunicaciones-salud, que en este asunto la cobertura competencial de sanidad se halla de alguna manera implícita dentro del título competencial de telecomunicaciones, siendo la misma «un presupuesto del ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones», lo cual hace esta sumisión extensible al supuesto tratado en la STC 106/2014, considerándose que la competencia de medio ambiente incluye la protección de la salud, por lo que no puede afirmarse que «la ponderación del bien jurídico salud esté ausente, siquiera de manera implícita aunque concluyente, en la argumentación de la opinión mayoritaria que construye la STC 106/2014».

También de parte de la doctrina conforme con el TC, FERNÁNDEZ DE GATTA ha sostenido que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes autonómi-

en este tipo de asuntos, en caso de falta de posibilidades de acuerdo y tras la determinación de su condición de títulos prevalentes.

(36) J. M. ALEGRE ÁVILA (2015: 50-52)

cas controvertidas era algo obvio en cuanto éstas «vacían de competencias al Estado en materia de hidrocarburos» y porque el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de medio ambiente o de urbanismo y ordenación del territorio no puede constitucionalmente impedir al Estado el ejercicio de las suyas. Considera, además, que en el mismo vicio de inconstitucionalidad incurre la Ley Catalana, a la que aludimos a continuación, ya que igualmente impide al Estado el ejercicio de sus propias competencias (37)».

B) Sobre la controvertida inconstitucionalidad de la prohibición parcial del *fracking* en derecho catalán

Si hasta ahora nos hemos referido a las opiniones vertidas en torno a la conformidad constitucional de la prohibición total del *fracking*, ahora damos cuenta de la solución que ha merecido el intento autonómico de prohibición parcial de esta técnica por parte de las Comunidades Autónomas de Cataluña y País Vasco que, adelantamos, no ha sido muy distinto.

Cataluña estableció una prohibición parcial del *fracking* a través de la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, la cual modifica varias normas y, entre ellas, el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto. De acuerdo con el art. 167 de la Ley 2/2014, se añade un nuevo apartado 10 al art. 47 del TRLU, según el cual «en la explotación de recursos naturales en suelo no urbanizable, en el caso de aprovechamiento de hidrocarburos, no está permitida la utilización de la tecnología de la fracturación hidráulica cuando pueda tener efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona, o en relación con otros ámbitos competenciales de la Generalidad». Pues bien, el referido art. 167 de la Ley catalana 2/2014 fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, pero con la diferencia de que el TC, mediante auto, procedió a levantar la suspensión provisional de dicho precepto.

Como ya sabemos, el TC concluyó que la prohibición absoluta de la fractura hidráulica en todo el territorio autonómico prevista en las leyes cántabra, riojana y foral de Navarra, amparadas en las competencias estatutarias sobre ordenación del territorio y medio ambiente «contradice de manera radical e insalvable lo dispuesto en el apartado 5 del art. 9 de la Ley del sector de hidrocarburos» (LSH) y, con ello, invade las competencias estatales ex art. 149.1.13 y 25 CE (SSTC 106/2014, FJ 8, 134/2014, FJ 2, y 208/2014, FJ 2). Pues bien, en la STC 73/2016, de 14 de abril de 2016, sostiene el Alto Tribunal que, aunque cabe una interpretación constitucional del precepto recurrido, que

(37) D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ (2015: 48).

sería aquella que pasa por reproducir lo que establece el legislador estatal al someter a EIA el *fracking*, no puede perderse de vista que la legislación autonómica puede incurrir en inconstitucionalidad mediata, no sólo cuando contradice la normativa básica estatal, también cuando penetra el espacio normativo que ha ocupado el legislador básico, aunque se limite a parafrasear o reproducir literalmente lo establecido en las bases. Tal es la doctrina constitucional relativa a las *leges repetitae*. Conforme a ésta, la legislación autonómica puede introducirse en el terreno de lo básico, pero sólo por excepción, cuando se limite a repetir las bases y únicamente si de ese modo contribuye a hacer inteligible el régimen autonómico de desarrollo. Asimismo, considera el TC que, aunque la norma responde a una finalidad tuitiva del medio ambiente, el precepto examinado no consiste en la determinación precisa de requisitos razonables y proporcionados al fin medioambiental perseguido. Frente a este entendimiento, la Generalitat sostiene que no concurre inconstitucionalidad mediata, ya que el precepto no contiene en sí mismo «condiciones de denegación» sino que habrá que estar «a las regulaciones sectoriales aplicables en función de la naturaleza y características de los terrenos afectados, y sólo podría no autorizarse el *fracking*, si la actividad pudiera producir efectos negativos, entendidos éstos como «absolutamente insubsanables mediante medidas apropiadas o condicionamientos que atemperen esa incidencia negativa». El Tribunal reconoce que esta interpretación «salvaría toda contradicción» existente», pero la rechaza por forzada, declarando finalmente inconstitucional el precepto como era de esperar. Esta Sentencia, sin embargo, fue objeto de dos votos particulares, en este caso discrepantes, que se apartan de la opinión mayoritaria, de los que pasamos a dar cuenta (38). El primero, formulado por la Magistrada doña Adela ASUA BATARRITA y el Magistrado don Fernando VALDÉS DAL-RÉ, que reprocha al texto de la Sentencia que se base en la argumentación contenida en la STC 106/2014 cuando, además, la ley autonómica no impone una prohibición de carácter general e incondicionada para todo el territorio autonómico; como ya apreció el ATC 63/2015, de 17 de marzo, en la medida en que el precepto recurrido no prohíbe la utilización del *fracking*, sino que condiciona su utilización en suelo no urbanizable a la inexistencia de una serie de efectos adversos (FJ 3) y no pondera los intereses eventualmente afectados por la concurrencia competencial sobre el mismo espacio físico, sin imponer la subordinación de unos a otros.

Por su parte, el voto particular que formula el Magistrado don JUAN ANTONIO XIOL RÍOS resulta más contundente, por cuanto achaca a la opinión de la mayoría la desconsideración de la jurisprudencia inveterada sobre concurrencia de competencias en el mismo espacio físico y la desconsideración de la prevalencia

(38) M. SERRANO (2016).

del derecho a la salud. Finalmente, considera procedente la desestimación del recurso, pues una adecuada ponderación de las competencias concurrentes debía haber llevado a concluir la constitucionalidad de esta normativa por varias razones. En primer término, porque la normativa impugnada no provoca un vacío de la competencia estatal básica en la materia que permite el uso de esa técnica, sino que la condiciona a que no se verifique que pueda tener efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona, o en relación con otros ámbitos competenciales de la Generalidad (39), condicionantes que no contradicen la normativa básica estatal; y, en segundo término, porque, frente a la apreciación de la mayoría, que imputa a esta regulación abrir un ámbito de discrecionalidad por la falta de precisión de los condicionantes, considera que acontece todo lo contrario, al establecerse determinadas precisiones que, más allá del uso final de una cláusula abierta, permiten delimitar aquellos ámbitos en que debe valorarse el eventual efecto negativo del uso de esta técnica como son las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas.

C) ¿Cuál será la suerte de la Ley vasca *antifracking*?

Siguiendo la senda de la Comunidad Autónoma de Cataluña, País Vasco, fruto de una iniciativa legislativa popular respaldada por más de 100.000 firmas, ha prohibido el *fracking* mediante la aprobación de la Ley 6/2015, de 30 de junio, de medidas adicionales de protección medioambiental para la extracción de hidrocarburos no convencionales y la fractura hidráulica o «*fracking*». Del título de la misma podemos ya deducir cuál ha sido la estrategia del legislador, a la hora de anclar competencialmente la misma. Así, su Exposición de Motivos, tras hacer sucinta referencia a los peligros que el *fracking* entraña y al respaldo que el principio de acción preventiva y de cautela, recogidos en el TFUE, ofrecen a la nombrada Ley, declara abiertamente que la finalidad de la Ley vasca no es otra que establecer medidas adicionales de protección medioambiental para el desarrollo de la fractura hidráulica. La Ley 6/2015 modifica el art. 28 de la Ley 2/2006, de suelo y urbanismo vasca, al que añade un nuevo apartado 7, según el cual «*En terrenos clasificados como suelo no urbanizable, en el caso de aprovechamiento de hidrocarburos,*

(39) Considera el magistrado que «Ciertamente, el enunciado de la norma es negativo, pues establece un principio general de prohibición de la técnica con excepciones, y no un principio general de permisión de la técnica con limitaciones. Pero lo relevante no es la técnica legislativa utilizada, toda vez que, como ha sido reiterado en numerosas resoluciones, no es función de este Tribunal el control de la calidad técnica de las normas (por ejemplo, STC 14/2015, de 5 de febrero, FJ 4). La norma, materialmente, no formula una prohibición absoluta de esa técnica, sino que establece una regulación de los supuestos en que puede ser desarrollada en el ámbito territorial catalán.

no está permitida la tecnología de la fractura hidráulica cuando pueda tener efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona, o en relación con otros ámbitos competenciales de la Comunidad Autónoma vasca, en función de lo que establezcan los instrumentos de ordenación territorial, urbanística y/o ambiental». No se nos ocurre reproche de constitucionalidad que quepa aparejar a esta disposición, que es concebida como una directriz de ordenación territorial con finalidad ambiental. Se trata de una disposición que, tratando con recelo los a veces sorprendentes resultados de la evaluación de impacto ambiental, y con razón, apodera al órgano sustantivo para denegar una autorización a pesar de la eventual emisión de una declaración de impacto ambiental repleta de medidas correctoras por los efectos negativos que pueda producir el proyecto en cuestión. No obstante, como límite a la discrecionalidad del órgano sustantivo, dicha resolución deberá ser motivada resultando obligado justificar los eventuales efectos negativos que implique la ejecución y desarrollo del proyecto. Dicho juicio deberá, además, ir acompañado de la justificación de la proporcionalidad de la medida. Debe añadirse, además, que este diseño permitiría ir incorporando a la motivación de estos actos los resultados de los estudios científicos que en el futuro fueran viendo la luz.

Por otra parte, también digno de aplauso, y en consonancia con la Recomendación Europea de 2014 y, más importante, con la propia normativa europea sobre evaluación ambiental estratégica, como se ha ocupado de denunciar ROSA MORENO (40), la norma vasca somete a evaluación ambiental estratégica (art. 4) cualquier plan, programa o estrategia sectorial que contemple la fractura hidráulica para la explotación de hidrocarburos, en especial la estrategia energética vasca.

Por último, y no menos importante, se añade un nuevo párrafo al artículo 29.1 de la Ley vasca 1/2006, de Aguas, del siguiente tenor: «*En este sentido, queda prohibido el uso de la técnica de la fractura hidráulica para la explotación de hidrocarburos en aquellos espacios clasificados como de riesgo de vulnerabilidad media, alta o muy alta en el mapa de vulnerabilidad a la contaminación de los acuíferos de la CAV*». Se trata de una limitación legítima e incluso podríamos decir que necesaria y que colma una laguna de la que adolece la normativa estatal básica que, en caso de incorporar en el futuro, y como sería deseable, una previsión en el mismo sentido, supondría —como en otras ocasiones ha sucedido, afectando también a competencias estatales—, una predeterminación del contenido de lo básico por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco ¿Por qué dejar al resultado de la EIA la eventual autorización del *fracking* en un espacio vulnerable desde el punto de vista hidro-

(40) J. ROSA MORENO (2016: 406).

lógico? Se trata, a mi juicio, de una norma adicional de protección a la que no puede oponerse reproche de constitucionalidad, pues opera en los mismos términos que la prohibición del *fracking* en los espacios naturales protegidos que se deriva de la Ley 42/2007, de patrimonio natural y biodiversidad (41).

En fin, sólo nos queda esperar a que la STC que resuelva la impugnación de la Ley vasca vea la luz para poder seguir haciendo juicios de valor. Mientras, el ATC de 6 de octubre de 2016 ha levantado la suspensión de la ley vasca impugnada.

2. Nueva directiva OMG. Existencia de armonización e invocación de otros intereses. ¿Encubrimiento de la insuficiencia de la armonización?

Hasta ahora nos hemos referido a una materia, el *fracking*, sobre la que el Derecho comunitario no ha efectuado una armonización en aplicación del principio de precaución, o al menos no lo ha hecho con carácter vinculante, a la luz de la Recomendación de 2014. A continuación, pasamos a dar cuenta del estado de la cuestión en relación con otro ámbito inundado de incertezas como la utilización de OMG que, como pronto se verá, ha recibido un tratamiento jurídico diverso.

En efecto, los organismos modificados genéticamente (OMG) fueron objeto de regulación por el Derecho comunitario mediante las Directivas 90/219/CEE del Consejo de 23 de abril, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente y 90/220/CEE. Estas normas comunitarias, que apelaron al principio de actuación preventiva, se justifican en la necesidad de prestar la atención debida al control de los riesgos derivados de la liberación intencional en el medio ambiente de OMG, como exigencias de la protección de la salud humana y del medio ambiente. Se considera que los organismos vivos liberados en el medio ambiente en cantidades grandes o pequeñas, con fines experimentales o como productos comerciales, pueden reproducirse en el medio ambiente y atravesar fronteras nacionales, afectando por tanto a otros Estados miembros y que los efectos de dichas liberaciones en el medio ambiente pueden ser irreversibles. De este modo, y ante la disparidad entre las normas que estaban en vigor o en preparación en los Estados miembros acerca de la liberación intencional en el medio ambiente de OMG, las cuales podían crear condiciones desiguales de competencia y constituir obstáculos al comercio de productos que contengan tales organismos, afectando de este modo al funcionamiento del mercado común, se decide, a través de estas normas comunitarias,

(41) *Vid.*, en relación con ello, la Ley vasca 16/1994 (art. 17.4).

aproximar las legislaciones de los Estados miembros al respecto (42). Estas Directivas fueron adaptadas al progreso técnico mediante las Directivas 94/51/CE y 94/15/CE, ambas de 7 de noviembre de 1994. Pronto el avance de los conocimientos científicos y la experiencia alcanzada sobre biotecnología provocó la modificación de la Directiva 90/219/CEE por la Directiva 98/81/CE del Consejo, de 26 de octubre de 1998, y, posteriormente, la derogación de la Directiva 90/220/CEE por la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente, nuevo marco regulador que, si bien no modifican sustancialmente el régimen vigente, obligó a los legisladores nacionales a adaptar sus normas internas sobre la materia (43), y, por lo que al presente estudio interesa, incorporó el principio de cautela de forma expresa, como principio tenido en cuenta a la hora de redactar la Directiva y que debía tenerse en cuenta al aplicar la misma (44).

Hecho este brevísimo repaso de los hitos normativos más relevantes en este ámbito, debemos completar este marco normativo con la referencia a la reciente y discutida Directiva (UE) 2015/412, que incide precisamente en la cuestión que nos ocupa, esto es, en la posibilidad de que los Estados miembros limiten o prohíban OMG autorizados conforme al Derecho comunitario. En efecto, aunque la Directiva 2001/18/CE permite a los Estados miembros limitar o prohibir la liberación de OMG que constituyan un riesgo para la salud humana o el medio ambiente, la Directiva (UE) 2015/412 la modifica y permite ahora limitar o prohibir los OMG por una variedad de motivos más amplia,

(42) Recuérdese que estas Directivas fueron incorporadas a Derecho español a través de la Ley 15/1994, de 3 de junio, de régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente. Debe tenerse en cuenta, asimismo el al Decreto 951/1997, de 20 de junio. Con la publicación de las citadas normas estatales no sólo se dio cumplimiento a obligaciones derivadas del derecho comunitario, sino que se llenó un vacío normativo existente en España, al introducir los instrumentos jurídicos necesarios para poder evaluar los potenciales efectos negativos sobre la salud humana y el medio ambiente que pudieran derivarse de las manipulaciones genéticas.

(43) En España vio la luz entonces la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente.

(44) Recomendación 2003/556/CE, de 23 de julio de 2003, sobre las Directrices para la elaboración de estrategias y mejores prácticas nacionales con el fin de garantizar la coexistencia de los cultivos modificados genéticamente con la agricultura convencional y ecológica. Sin embargo, esta Recomendación fue posteriormente sustituida por la Recomendación 2010/C 200/01 de la Comisión, de 13 de julio de 2010, sobre directrices para el desarrollo de medidas nacionales de coexistencia destinadas a evitar la presencia accidental de OMG en cultivos convencionales y ecológicos. En Francia la Ley de 25 de julio de 2008 instauró un régimen de responsabilidad específico que presenta la ventaja de que no es necesario demostrar la falta (*Vid.*, art. L 663-4 de Código rural). Sobre las dificultades de aplicación de este precepto, más técnicas que jurídicas, *vid.* M. A. NGO et CH. CHARLIER (2013: 621).

esto es, por la ordenación urbana y rural, el uso del suelo, las repercusiones socioeconómicas, la coexistencia de cultivos o el orden público.

A la luz de la Directiva 2001/18/CE, cuando se comercialice un producto que contenga OMG, y siempre que haya sido debidamente autorizado de conformidad con la misma (45), un Estado miembro no podrá prohibir, restringir o impedir la comercialización de OMG si cumplen las disposiciones de la Directiva. No obstante, la Directiva también contempló un procedimiento de salvaguardia aplicable a los casos de riesgo para la salud humana o el medio ambiente, según la cual, aun existiendo armonización, cuando, por disponer de información nueva o adicional con posterioridad a la fecha de la autorización que afecte a la evaluación del riesgo para el medio ambiente o de una nueva valoración de la información existente a tenor de los conocimientos científicos nuevos o adicionales, un Estado miembro tenga razones suficientes para considerar que un OMG que sea un producto o un componente de un producto y que haya sido debidamente notificado y autorizado por escrito de conformidad con la presente Directiva, constituye un riesgo para la salud humana o el medio ambiente, podrá restringir o prohibir provisionalmente en su territorio el uso o la venta de dicho OMG que sea un producto o un componente de un producto. Además, se obliga a los Estados miembros a aplicar medidas de emergencia, tales como la suspensión o el cese de la comercialización, incluida la información al público en casos de riesgo grave. De este modo, se permite a los Estados la realización de una nueva valoración de la evaluación del riesgo para el medio ambiente o la salud, indicando si deben modificarse, y en qué forma, las condiciones de la autorización o si debe ponerse fin a esta última y, cuando proceda, la información nueva o adicional en que se base su decisión. Tras la intervención de comités científicos y del propio Consejo, la Comisión adoptará una decisión al respecto (46).

(45) En virtud de dicho marco legal, los OMG para cultivo deben ser sometidos a una evaluación individual de los riesgos antes de autorizar su comercialización en el mercado de la Unión de conformidad con el anexo II de la Directiva 2001/18/CE, teniendo en cuenta cualquier efecto directo, indirecto, inmediato, diferido o acumulado a largo plazo en la salud humana y el medio ambiente. Esa evaluación del riesgo sirve de asesoramiento científico proporcionando información para el proceso de toma de decisiones y se sigue de una decisión de gestión del riesgo. La finalidad de dicho procedimiento de autorización es garantizar un elevado nivel de protección de la vida y la salud humanas, de la salud y el bienestar de los animales, del medio ambiente y de los intereses del consumidor y, al mismo tiempo, velar por el funcionamiento efectivo del mercado interior. Debe alcanzarse un nivel uniforme elevado de protección de la salud, del medio ambiente y de los consumidores y mantener dicho nivel en todo el territorio de la Unión.

(46) Así, en virtud del art. 23 de la Directiva 2001/18/CE, *1. Cuando, por disponer de información nueva o adicional con posterioridad a la fecha de la autorización que afecte a la evaluación del riesgo para el medio ambiente o de una nueva valoración de la información existente a tenor de los conocimientos científicos nuevos o adicionales, un Estado*

Algunos Estados miembros han recurrido a la cláusula de salvaguardia y a las medidas de emergencia, de conformidad con el art. 23 de la Directiva 2001/18/CE y 34 del Reglamento (CE) n° 1829/2003, de 22 de septiembre de 2003 sobre alimentos y piensos modificados genéticamente (47), por disponer, según los casos, de información nueva o adicional con posterioridad a la fecha de autorización que afecta a la evaluación del riesgo para el medio ambiente, o de una nueva valoración de la información existente. Otros Estados miembros han recurrido al procedimiento de notificación previsto en el artículo 114, apartados 5 y 6, del TFUE, que exige que se aporten nuevas pruebas científicas relativas a la protección del medio ambiente (48).

En los últimos años, como consecuencia de la inquietud mostrada por varios países asociadas a la seguridad de los OMG para la salud o para el medio ambiente, el legislador comunitario, de conformidad con el principio de subsidiariedad, y tras un profundo debate en el seno de la Unión Europea no exento de polémica, entendió que parecía indicado conceder a los Estados miembros más flexibilidad en orden a decidir si desean o no cultivar OMG en su territorio, sin afectar ello a la evaluación de los riesgos prevista en el sistema de autorización de OMG de la Unión previsto en la Directiva 2001/18/CE.

miembro tenga razones suficientes para considerar que un OMG que sea un producto o un componente de un producto y que haya sido debidamente notificado y autorizado por escrito de conformidad con la presente Directiva, constituye un riesgo para la salud humana o el medio ambiente, podrá restringir o prohibir provisionalmente en su territorio el uso o la venta de dicho OMG que sea un producto o un componente de un producto. Los Estados miembros garantizarán que, en caso de riesgo grave, se aplicarán medidas de emergencia, tales como la suspensión o el cese de la comercialización, incluida la información al público. El Estado miembro informará inmediatamente a la Comisión y a los demás Estados miembros sobre las acciones adoptadas con arreglo al presente artículo, exponiendo los motivos de su decisión y facilitando la nueva valoración de la evaluación del riesgo para el medio ambiente, indicando si deben modificarse, y en qué forma, las condiciones de la autorización o si debe ponerse fin a esta última y, cuando proceda, la información nueva o adicional en que se base su decisión. 2. Se adoptará una decisión al respecto en un plazo de 60 días, de acuerdo con el procedimiento establecido en el apartado 2 del artículo 30. Para calcular dicho plazo no se tendrán en cuenta los períodos de tiempo en que la Comisión haya estado esperando la información adicional que hubiera solicitado al notificador o el dictamen de los comités científicos que hubiera consultado. El plazo para recibir el dictamen de los comités científicos consultados no deberá exceder de 60 días. Del mismo modo, tampoco se tendrá en cuenta el tiempo que tarde el Consejo en pronunciarse con arreglo al procedimiento establecido en el apartado 2 del artículo 30.

(47) Según el art. 34, cuando sea evidente que productos autorizados por el presente Reglamento o de acuerdo con lo dispuesto en él pueden constituir un riesgo grave para la salud humana, la sanidad animal o el medio ambiente, o cuando, a la luz de un dictamen de la Autoridad formulado de conformidad con los artículos 10 y 22, resulte necesario suspender o modificar urgentemente una autorización, se tomarán medidas con arreglo a los procedimientos previstos en los artículos 53 y 54 del Reglamento (CE) n° 178/2002.

(48) Vid., A. GARCÍA VIDAL (2015: 1-4).

Esta posibilidad podría contribuir a que mejorara el proceso de autorización de OMG, al tiempo de garantizar la libertad de elección de los consumidores, agricultores y operadores, proporcionándose mayor transparencia para las partes interesadas. Así la Directiva (UE) 2015/412, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2015, modifica la Directiva 2001/18/CE en lo que respecta a la posibilidad de que los Estados miembros restrinjan o prohíban el cultivo de OMG en su territorio (49). Se admite la posibilidad de que cada Estado decida sobre la comercialización de OMG, de conformidad con el artículo 2.2 del TFUE. Además, los Estados, pueden a partir de ahora adoptar actos jurídicamente vinculantes por los que se restrinja o prohíba el cultivo de OMG en su territorio, una vez que se haya autorizado la comercialización de dichos OMG en el mercado de la Unión. Según el nuevo art. 26 *ter* de la Directiva 2001/18/CE, durante el procedimiento de autorización de un determinado OMG, o durante la renovación de la autorización escrita o de la decisión de autorización, los Estados miembros podrán pedir que se adapte el ámbito geográfico de aplicación de la autorización escrita o de la decisión de autorización a efectos de que el territorio o del Estado miembro de que se trate quede excluido en su totalidad o en parte del cultivo. Además, se añade un nuevo apartado al artículo 26 *bis* sobre convivencia de cultivos, según el cual, «a partir del 3 de abril de 2017 los Estados miembros en los que se cultiven OMG adoptarán medidas adecuadas en las zonas fronterizas de su territorio con el fin de evitar una posible contaminación transfronteriza a los Estados miembros vecinos en los que esté prohibido el cultivo de esos OMG, a menos que dichas medidas sean innecesarias debido a unas condiciones geográficas específicas. Dichas medidas se comunicarán a la Comisión». Así, en el caso de que no se haya presentado ninguna petición de conformidad con el apartado 1 del art. 26, o de que el notificador o solicitante haya confirmado el ámbito geográfico de aplicación de su notificación o solicitud inicial, los Estados miembros podrán adoptar medidas para restringir o prohibir el cultivo en la totalidad o en parte de su territorio de un OMG o de un grupo de OMG definidos por variedad de cultivo o características, una vez autorizado de con-

(49) La Directiva, no obstante, destaca en sus considerandos otras finalidades relevantes. Así, de conformidad con las conclusiones del Consejo de 4 de diciembre de 2008 sobre los organismos modificados genéticamente «es necesario procurar mejorar la aplicación del marco legal para la autorización de OMG. En este contexto, las normas sobre evaluación del riesgo deben actualizarse, cuando sea necesario, con regularidad con objeto de tener en cuenta la constante evolución de los conocimientos científicos, y los procedimientos de análisis, en particular en lo relativo a los efectos ambientales a largo plazo de los cultivos modificados genéticamente, así como sus efectos potenciales en organismos no objetivo, las características de los entornos receptores y las zonas geográficas en las que se puedan emplearse cultivos modificados genéticamente, y los criterios y requisitos para evaluar los OMG que producen plaguicidas y los OMG resistentes a herbicidas. Por consiguiente, procede modificar los anexos de la Directiva 2001/18/CE en consecuencia».

formidad con la Directiva 2001/18/CE o el Reglamento (CE) n° 1829/2003, siempre que dichas medidas sean conformes al Derecho de la Unión, razonadas, proporcionadas y no discriminatorias y, además, se basen en *motivos imperiosos como los relacionados con objetivos de política medioambiental, ordenación del territorio, uso del suelo, repercusiones socioeconómicas, evitar la presencia de OMG en otros productos, política agrícola y orden público*. Estos motivos podrán invocarse de forma individual o combinada, a excepción del orden público, que no podrá ser utilizado individualmente, dependiendo de las circunstancias particulares del Estado miembro, la región o la zona en la que vayan a aplicarse dichas medidas, pero que en ningún caso entrará en conflicto con la evaluación de riesgo medioambiental realizada en virtud de la Directiva 2001/18/CE o del Reglamento (CE) n° 1829/2003.

Vista la reforma operada, conviene preguntarse por las distintas razones en las que se basa la Directiva para flexibilizar el sistema. Así, en primer término, una de las razones se encuentra en la fuerte dimensión nacional, regional y local que exige el cultivo, debido a su vinculación con el uso del suelo, las estructuras agrícolas locales y la protección o el mantenimiento de hábitats, ecosistemas y paisajes (50). Asimismo, se advierte el frecuente recurso a las cláusulas de salvaguardia y a las medidas de emergencia por disponer, según los casos, de información nueva o adicional con posterioridad a la fecha de autorización que afecta a la evaluación del riesgo para el medio ambiente o de una nueva valoración de la información existente, o con motivo de la aparición de nuevas pruebas científicas, además de la inquietud mostrada por varios países, que no solo guarda relación con cuestiones asociadas a la seguridad de los OMG para la salud o el medio ambiente (sic) (51).

(50) Según el considerando 6 de la Directiva (UE) 2015/412, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2015, «*La experiencia pone de manifiesto que el cultivo de OMG es un asunto que se trata más a fondo a nivel de los Estados miembros. Las cuestiones relacionadas con la comercialización y la importación de OMG deben seguir estando reguladas a nivel de la Unión para preservar el mercado interior. No obstante, el cultivo puede exigir más flexibilidad en ciertos casos, ya que tiene una fuerte dimensión nacional, regional y local debido a su vinculación con el uso del suelo, las estructuras agrícolas locales y la protección o el mantenimiento de hábitats, ecosistemas y paisajes. De conformidad con el artículo 2, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), los Estados miembros tienen la posibilidad de adoptar actos jurídicamente vinculantes por los que se restrinja o prohíba el cultivo de OMG en su territorio una vez que se haya autorizado la comercialización de esos OMG en el mercado de la Unión. No obstante, el procedimiento común de autorización, y en particular el proceso de evaluación efectuado principalmente por la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria («la Autoridad»), no deben verse perjudicados por este tipo de flexibilidad».*

(51) Considerando 7 de la Directiva (UE) 2015/412, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2015.

Pero la clave se encuentra en la razón invocada por el considerando 14 de la Directiva (UE) 2015/412, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2015, según el cual, *El nivel de protección de la salud humana y animal y del medio ambiente elegido en la Unión permite que se realice una evaluación científica uniforme en toda la Unión y la presente Directiva no debe alterar esa situación. Por ello, para evitar cualquier interferencia con las competencias que se atribuyen a los evaluadores y gestores del riesgo en virtud de la Directiva 2001/18/CE y el Reglamento (CE) n°1829/2003, los Estados miembros solo han de poder aducir motivos que guarden relación con los objetivos de la política medioambiental relativos a los impactos que sean distintos y complementarios de la evaluación de los riesgos para la salud y el medio ambiente que se hayan evaluado en el contexto de los procedimientos de autorización previstos en la Directiva 2001/18/CE y en el Reglamento (CE) n° 1829/2003, como el mantenimiento y el desarrollo de prácticas agrícolas que ofrecen u mejor potencial para conciliar la producción y la sostenibilidad de los ecosistemas, con el mantenimiento de la biodiversidad local, incluidos determinados hábitats y ecosistemas, o determinados tipos de elementos naturales y paisajísticos, y funciones y servicios del ecosistema* (52). Así, la Directiva parece dejar sentado que el principio de precaución no habilita a los Estados a establecer normas más estrictas derivadas de una eventual evaluación de riesgos para la salud o el medio ambiente, sino que dicho principio puede ser observado para prohibir el cultivo con fines de conservación de la *biodiversidad local, incluidos determinados hábitats y ecosistemas, o determinados tipos de elementos naturales y paisajísticos, y funciones y servicios del ecosistema*, materias que quedan fuera del ámbito competencial de la EFSA. En consecuencia, puede decirse que se sigue reconociendo la incertidumbre, y su virtualidad para justificar la aplicación por parte de los Estados miembros del principio de precaución (53), siendo la Autoridad europea quien debe recopilar

(52) Además, *Las restricciones o prohibiciones adoptadas con arreglo a la presente Directiva deben referirse al cultivo y no a la libre circulación e importación de semillas y material vegetal de reproducción modificados genéticamente, como productos en sí o dentro de otros productos, y de los productos de su cultivo. También deben ser conformes con los Tratados, especialmente en lo que respecta al principio de no discriminación entre los productos nacionales y los productos no nacionales, al principio de proporcionalidad y a los artículos 34, 36 y 216, apartado 2, del TFUE.*

(53) En este sentido, el considerando 2, sobre el principio de precaución y su necesaria compatibilización con el mercado interior, establece que *los OMG para cultivo deben ser sometidos a una evaluación individual de los riesgos antes de autorizar su comercialización en el mercado de la Unión de conformidad con el anexo II de la Directiva 2001/18/CE, teniendo en cuenta cualquier efecto directo, indirecto, inmediato, diferido o acumulado a largo plazo en la salud humana y el medio ambiente. Esa evaluación del riesgo sirve de asesoramiento científico proporcionando información para el proceso de toma de decisiones y se sigue de una decisión de gestión del riesgo. La finalidad de dicho procedimiento de autorización es*

y analizar los resultados de la investigación sobre el riesgo o peligro para la salud humana o el medio ambiente de los OMG e informar a los gestores del riesgo de cualquier riesgo emergente (54).

No obstante, llama la atención entonces que el considerando 2 *in fine* de la Directiva establezca que el principio de precaución debe tenerse siempre en cuenta en el marco de la Directiva 2001/18/CE y su ulterior aplicación, pues su observancia se encuentra vedada a los Estados miembros cuando éstos consideren que, por motivos distintos a los enunciados *supra*, no debe permitirse el cultivo en su territorio, viéndose obligados, entonces, a seguir los procedimientos de salvaguardia y emergencia (55).

Resta ahora referirnos, dado el marco normativo descrito, a la eventual posibilidad de que las CC. AA. hagan uso de la opción que el art. 26 de la Directiva brinda a los Estados miembros, para prohibir el cultivo de OMG en su territorio. En este sentido, como ha quedado visto, presente la armonización por motivos ambientales o de salud, las razones por las que es posible limitar o prohibir el cultivo se ciñen al *mantenimiento y el desarrollo de prácticas agrícolas que ofrecen un mejor potencial para conciliar la producción y la sostenibilidad de los ecosistemas, el mantenimiento de la biodiversidad local, incluidos determinados hábitats y ecosistemas, o determinados tipos de elementos naturales y paisajísticos, y funciones y servicios del ecosistema, materias,*

garantizar un elevado nivel de protección de la vida y la salud humanas, de la salud y el bienestar de los animales, del medio ambiente y de los intereses del consumidor y, al mismo tiempo, velar por el funcionamiento efectivo del mercado interior.

(54) Resulta curioso comprobar cómo en poco más de un año de vigencia de la Directiva ha habido una avalancha de países europeos que han prohibido el cultivo del maíz MON— 810.

(55) Un paso atrás lo encontramos en relación a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1829/2003 en lo que respecta a la posibilidad de que los Estados miembros restrinjan o prohíban el uso de alimentos y piensos modificados genéticamente en su territorio Bruselas, 22.4.2015 COM (2015) 177 final 2015/0093 (COD). Esta norma comunitaria habilita a los Estados miembros a adoptar medidas para restringir o prohibir el uso de OMG y de alimentos y piensos modificados genéticamente que hayan sido autorizados, sólo si pueden demostrar que el producto en cuestión puede presentar riesgos para la salud y el medio ambiente. Finalmente, tras una discusión entablada entre los Estados miembros, se acordó modificar la Directiva (UE) 2015/4123 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el cultivo de OMG a los alimentos y piensos modificados genéticamente, a través de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 28 de octubre de 2015, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1829/2003 en lo que respecta a la posibilidad de que los Estados miembros restrinjan o prohíban el uso de alimentos y piensos modificados genéticamente en su territorio (COM(2015) 0177 — C8-0107/2015 — 2015/0093(COD)). *Vid.* Propuesta de Resolución del de 2 de febrero de 2016, presentada de conformidad con el artículo 133 del Reglamento sobre el procedimiento de prohibición de importación de productos que contengan OMG.

ámbitos materiales, todo ellos, que pueden ser reconducidas a la competencia exclusiva de las CC. AA. sobre ordenación del territorio, protección ambiental, espacios naturales y paisaje (56); incluso puede sostenerse que en virtud de la competencia municipal en materia de urbanismo, sería conforme a Derecho español la prohibición del cultivo de OMG por el planeamiento municipal e incluso por las ordenanzas municipales. No nos queda más que esperar a que alguna CC. AA. o municipio de el paso de prohibir el cultivo de OMG para comprobar si estas iniciativas son recurridas de inconstitucionalidad o ilegalidad, según los casos, y cuál es ahora la opinión de nuestro Tribunal Constitucional y de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales ordinarios. A nuestro juicio, adelantamos, va a resultar más difícil sostener la misma postura que en respuesta a las prohibiciones del *fracking*.

3. ¿CABE LA PROHIBICIÓN NACIONAL Y/O AUTONÓMICA DE PESTICIDAS? SOBRE LA CONFORMIDAD A DERECHO DE LAS EVENTUALES PROHIBICIONES

Una vez vista la respuesta jurídica que merecen, a la luz del derecho aplicable y en opinión de la doctrina y de la jurisprudencia europea, constitucional y ordinaria, las prohibiciones y limitaciones nacionales y, en su caso, autonómicas de las emisiones electromagnéticas, del *fracking* y del cultivo de los OMG, veamos ahora cuál podría ser la respuesta que merecerían los eventuales supuestos en los que los Estado miembros o concretas regiones de los Estado miembros —como es el caso de nuestras CC. AA.—, intentaran prohibir el uso de pesticidas en su territorio y/o la entrada de alimentos tratados con pesticidas, o bien establecieran niveles más estrictos que los que se derivan de la normativa comunitaria en relación a la presencia de productos químicos en productos agrícolas destinados a consumo humano o animal. Ya contamos con un ejemplo en Italia, con un intento de prohibición de la utilización de pesticidas en la Provenza, iniciativa encabezada, como viene siendo habitual, por la ONG *Legambiente* (57).

Dicho lo anterior, veamos primero si es posible, conforme al Derecho comunitario, que los Estados miembros establezcan medidas más restrictivas en

(56) La ONG Greenpeace ha elaborado un mapa en el que ofrece datos sobre la superficie de suelo español dedicado al cultivo de OMG y sobre los municipios libres de transgénicos. Puede consultarse en <http://www.greenpeace.org/espana/es/Trabajamos-en/Transgenicos/mapa-de-espana/>

(57) En principio se entiende que, de conformidad con el sistema de distribución de competencias italiano, sería posible, de modo que habría que analizar si es o no conforme a Derecho comunitario. Por otra parte, encontramos sobre la mesa una propuesta de ley en la materia, efectuada por el diputado *Zaccagnini*, de abril de este mismo año 2016. El texto

relación con la utilización de fitosanitarios, lo que implicaría la posibilidad de la aplicación nacional del principio de precaución, más allá de lo que establezca el ordenamiento comunitario armonizador, llegando a prohibir, en su caso, los pesticidas. Ello supondría admitir que los Estados miembros pueden establecer excepciones a la libre circulación, cuando ello se encuentre justificado en razón de la protección ambiental o de la salud, en base a la autonomía regulatoria de los Estados, esto es, siempre que ello se encuentre justificado en razones de interés general que deberán ser apreciadas por el TJUE (58).

Recordemos que el art. 2.3 de la Directiva 2009/128/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se establece el marco de la actuación comunitaria para conseguir un uso sostenible de los plaguicidas, establece que *Las disposiciones de la presente Directiva no impedirán a los Estados miembros aplicar el principio de cautela limitando o prohibiendo el uso de plaguicidas en zonas o circunstancias específicas*. De este modo, bien a través de instrumento normativo, bien como resultado de una decisión administrativa, es posible restringir, limitar e incluso prohibir el uso de plaguicidas cuando concurren circunstancias específicas o en determinadas zonas.

La transposición de este extremo de la Directiva tuvo lugar en España mediante el Real Decreto 1311/2012, de 14 de septiembre, por el que se establece el marco de actuación para conseguir un uso sostenible de los productos fitosanitarios, según el cual *«Las disposiciones del presente Real*

de la iniciativa puede consultarse en la siguiente web: http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0042530.pdf. En líneas generales, en el proyecto de Ley, que tiene por objeto la protección de la salud humana, la salud alimentaria, el entorno natural, el medio ambiente, el agua y el agua potable, la biodiversidad, los ecosistemas, la agricultura y los consumidores, así como la reducción del riesgo hidrogeológica y promover el uso de técnicas alternativas el uso de productos químicos, productos tóxicos y soluciones salinas de en cualquier tipo de operaciones de gestión de la vegetación, se establecen una serie de prohibiciones interesantes. En las zonas agrícolas, adyacentes a las zonas frecuentado por las personas o grupos vulnerables, tales como viviendas particulares, jardines, parques y jardines públicos, campos privados deportes, zonas de recreo, parques infantiles y zonas verdes dentro de los edificios escolares, parques infantiles y en las superficies en el entorno de los establecimientos de salud, se prohíbe el uso de pesticidas en distancias inferiores a 30 metros de las fronteras de propiedades, incluso dentro de invernaderos. Cuando el uso de pesticidas y herbicidas afecte a carreteras que proporcionen acceso a hogares o tierras privadas, es obligatorio que los operadores de estos productos comuniquen al menos con una antelación de 24 horas el inicio del tratamiento, estableciendo barreras de mitigación apropiadas. En viviendas particulares sin embargo que no es posible utilizar pesticidas y herbicidas. En todo caso habrá de indicarse en la etiqueta un tiempo de recuperación en el campo. Si la aplicación de pesticidas se lleva a cabo en invernaderos agrícola, éstos deben permanecer herméticamente sellados para evitar la contaminación. Los invernaderos deben estar situado al menos a 5 metros de las calles.

(58) Sobre el recurso al art. 30 y sus límites, Vid. C. VIAL (2006: 173-188).

*Decreto se entenderán sin perjuicio de que la Administración competente, en cada caso, pueda aplicar el principio de cautela limitando o prohibiendo el uso de productos fitosanitarios en zonas o circunstancias específicas». Así, el legislador español ha renunciado a establecer normativamente supuestos en los que en todo caso se limitará o prohibirá el uso de pesticidas, correspondiendo a la Administración competente, en cada caso, la decisión al respecto que, a su vez, podrá materializarse en una norma autonómica con carácter general, que habría de ser tenida como norma adicional de protección ambiental o de salud, o bien a través de decisiones administrativas estatales o autonómicas caso por caso (59). Pues bien, precisamente en el voto particular de la STC 106/2014 traída a colación para ilustrar la opinión del TC respecto a la posibilidad autonómica de prohibir el *fracking*, podemos encontrar una clave para sostener la posibilidad de que las CC.AA. lleven a cabo las medidas normativas a que nos referimos en relación a los pesticidas. Recordemos que se advierte que el sentido mayoritario de los magistrados que suscriben la Sentencia deja abierto un interrogante de muy notable trascendencia: ¿cuál es en este caso la solución de equilibrio, si no existe (o no se invoca) la normativa sanitaria estatal y tampoco se admite que, en ausencia de aquélla, la Comunidad Autónoma pueda ejercer su competencia de desarrollo legislativo en materia de protección de la salud? No cabe ignorar que el derecho a la protección de la salud, que como principio rector reconoce el art. 43.1 CE, «obliga a los poderes públicos no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales» (60).*

(59) Ello puede dar lugar a las frecuentes distorsiones que provoca la articulación constitucional de competencias en el Estado autonómico, y que permite que existan territorios españoles en los que el Derecho autonómico garantiza una superior protección del medio ambiente y de la salud de las personas.

Vid. Decreto andaluz 96/2016, de 3 de mayo, por el que se regula la prevención y lucha contra plagas, el uso sostenible de productos fitosanitarios, la inspección de equipos para su aplicación y se crea el censo de equipos de aplicación de productos fitosanitarios.

(60) STC 113/1989, de 22 de junio, f. j. 3. Continúa el Voto particular, señalando que «En este sentido, es necesario resaltar que el art. 43.2 CE llama a los poderes públicos a organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, debiendo ser la ley la que establezca los derechos y deberes de todos al respecto». Aunque estén estrechamente asociados en cuanto a la fuente u origen del riesgo, la relevancia constitucional de los intereses vinculados a la protección de la salud humana, por un lado, y del medio ambiente, por otro, es sustancialmente diferente. La jurisprudencia constitucional ha resaltado que los intereses generales y públicos vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud están asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles, conectados en determinados supuestos con el derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE» (STC 137/2013, de 6 de junio, f. j. 5 b). Vid. SsTC 35/1996, de 11 de marzo, f. j. 3, 207/1996, de 16 de diciembre, f. j. 2, 119/2001, de 24 de mayo,

En relación con lo anterior, conviene recordar que el Tribunal de Justicia advirtió que, en defecto de armonización y en la medida en que subsista la incertidumbre, compete a los Estados miembros determinar el nivel de protección de la salud pública que desean fijar, teniendo en cuenta siempre las exigencias que se derivan del mercado común. De este modo, el Tribunal de Justicia, para determinar si las medidas ambientales más estrictas fijadas por los Estados miembros son proporcionales, atenderá a la prevalencia de intereses, y, siempre que se trate de garantizar la protección de la salud y del medio ambiente, aún en supuestos de incerteza científica, estas medidas deben prevalecer por encima de las consideraciones económicas, tales como la libre circulación de mercancías (61). De este modo, el artículo 30 TCE (hoy 36 TFUE) se aplicará, como criterio de valoración de la compatibilidad, en los casos en que no exista una armonización del producto afectado a nivel comunitario (62). En particular, y es lo que ahora interesa, no se impedirá que los Estados miembros apliquen el principio de cautela cuando exista incertidumbre científica acerca de los riesgos para la salud humana o animal o para el medio ambiente que planteen los productos fitosanitarios que se vayan a autorizar en su territorio. Se tienen en cuenta, además, los grupos vulnerables, esto es, las personas a las que se ha de prestar una atención especial a la hora de evaluar los efectos agudos y crónicos de los productos fitosanitarios en la salud (63). Como consecuencia de lo anterior, y en aplicación del principio de cautela, será el sector de los fitosanitarios el que tenga que demostrar que las sustancias o productos producidos o comercializados no tienen efectos nocivos en la salud humana o animal, ni efectos inaceptables en el medio ambiente.

f. j. 6, 16/2004, de 23 de febrero, f. j. 4, 62/2007, de 27 de marzo, f. j. 3, 160/2007, de 2 de julio, f. j. 2, y 150/2011, de 29 de septiembre, f. j. 6.

(61) N. SADELEER (1994: 381). En contra de esta interpretación, VIDAL C. (2006: 553 y 554).

(62) Así, por ejemplo, el Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios y por el que se derogan las Directivas 79/117/CEE y 91/414/CEE del Consejo, apela precisamente a dichos principios y a la reciente evolución científica y técnica para justificar la necesidad de modificar la normativa precedente y que deroga. Como advierte el propio Reglamento, sus disposiciones se basan en el principio de cautela con objeto de garantizar que las sustancias activas o los productos comercializados no tengan efectos adversos para la salud humana o animal o para el medio ambiente (art. 1.4) El Reglamento reconoce expresamente que su objetivo es garantizar un alto grado de protección de la salud humana y animal y del medio ambiente, a la vez que salvaguardar la competitividad de la agricultura comunitaria, prestando especial atención a la protección de grupos vulnerables de población como, por ejemplo, las mujeres embarazadas, los lactantes y los niños (Considerando 8).

(63) Entre ellas se encuentran las mujeres embarazadas y lactantes, los *nascituri*, y los niños, las personas de edad avanzada y los trabajadores y residentes expuestos a un alto grado de plaguicidas durante un largo período de tiempo (art. 3.14 del Reglamento)

Ahora bien, cuando el producto en cuestión haya sido objeto de una Directiva (o eventualmente Reglamento) de armonización, la base jurídica apropiada para valorar la compatibilidad de la norma nacional con el derecho comunitario será la del art. 100 A TCE (posteriormente art. 95 TFUE). Así, a partir del momento en el que existe una armonización de la tolerancia en relación a la presencia de residuos de plaguicidas en los alimentos, la invocación de los referidos preceptos nacionales más proteccionistas, según el Tribunal de Justicia, en principio, carece de justificación (64). Desde la armonización normativa, pues, se constató un cambio de rumbo de la jurisprudencia comunitaria en relación a las posibilidades normativas de los Estados miembros enderezadas a establecer legislaciones más estrictas, en el sentido de entender que ya no es posible justificar en el art. 30 del TCE (hoy art. 36 TFUE) las medidas nacionales que permiten impedir la comercialización de productos agrícolas que provienen de otros Estados miembros que no cumplen los estándares de los ordenamientos de los Estados importadores.

Para un mejor entendimiento de esta cuestión, M TORRE SCHUAB (2006: 317-338) se ha ocupado de diferenciar distintos tipos de integración. Así, la *armonización total* obliga a los Estados miembros a sustituir las disposiciones nacionales por las disposiciones europeas, con el fin de garantizar la protección del medio ambiente y de impedir restricciones al comercio contrarias a derecho comunitario. De este tipo son, por ejemplo, las medidas adoptadas en virtud de las Directivas 91/414 y 91/441. Por otra parte, la que denomina *armonización mínima*, según la cual la Unión Europea impone unos niveles bajos de protección, permitiendo a los Estados establecer niveles más estrictos de protección. La desventaja que presenta este tipo de armonización a la baja es que como consecuencia de ella resultan distintos niveles de protección en los distintos Estados miembros de la Unión, así como distorsiones de la competencia, porque se crean desventajas en el mercado frente a las ventajas de productos verdes y algunas empresas desarrollan estándares de calidad que responden a lo que denominamos normalización voluntaria, que luego predetermina las normas que se adopten en el futuro. Ello puede suponer una entrega del derecho a las empresas a iniciativa de las instituciones. Además, las empresas que no cuentan con medios para seguir estas normas son finalmente excluidas del mercado. En tercer lugar, en ocasiones, el Derecho comunitario establece una *armonización opcional*, lo que supone bien armonizar, bien mantener disposiciones nacionales más protectoras. Se plantea entonces el dilema sobre cómo resolver entonces el conflicto. En este caso, se observa cómo, a pesar de que la Comisión se muestra a favor de la prevalencia del mercado, el TJUE resuelve a favor del medio ambiente. En último lugar, puede

(64) M. LÓPEZ ESCUDERO (2013: 133).

darse un *reconocimiento mutuo de normas*. Se trata del nivel más bajo de armonización, según el cual los Estados miembros no tienen que adherirse a las normas, pero deben reconocer métodos de control y cumplimiento establecidos por otros Estados miembros (65).

De este modo, y para concluir, podemos señalar que, a pesar de la armonización comunitaria en el ámbito de los fitosanitarios, y dada la posibilidad brindada por el art. 2.3 de la Directiva 2009/128/CE —según el cual la misma *no impedirán a los Estados miembros aplicar el principio de cautela limitando o prohibiendo el uso de plaguicidas en zonas o circunstancias espe-*

(65) En sede de OMG se encuentra pendiente el pronunciamiento del TJUE respecto de una petición de decisión prejudicial planteada por el *Tribunale di Udine* (Italia) el 24 de febrero de 2016 (Proceso penal contra *Giorgio Fidenato y otros*, Asunto C-111/16), sobre las siguientes cuestiones. En primer término, se plantea si la Comisión está obligada, con arreglo al artículo 54, apartado 1, del Reglamento 178/2002, a adoptar medidas de emergencia de las contempladas en el art. 53 del Reglamento n° 178/2002, si así lo solicita un Estado miembro, aunque ella considere que no existen, con respecto a determinados alimentos o piensos, razones para temer un riesgo grave y manifiesto para la salud humana o animal y para el medio ambiente. En segundo término, se consulta si cuando la Comisión comunica al Estado miembro solicitante su apreciación contraria a lo solicitado por éste, con lo que desaparece teóricamente la necesidad de adoptar medidas de emergencia, el Estado miembro solicitante a puede adoptar medidas de emergencia provisionales con arreglo al art. 53 del Reglamento 178/2002, al amparo del artículo 34 del Reglamento n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente, invocando consideraciones relacionadas con el principio de precaución y ajenas a los criterios de riesgo grave y manifiesto para la salud humana o animal o para el medio ambiente derivado del uso de un alimento o pienso. El artículo art. 34 dispone que, cuando sea evidente que productos autorizados pueden constituir un riesgo grave para la salud humana, la sanidad animal o el medio ambiente, o cuando, a la luz de un dictamen de la autoridad formulado de conformidad con los artículos 10 y 22, resulte necesario suspender o modificar urgentemente una autorización, se tomarán medidas con arreglo a los procedimientos previstos en los artículos 53 y 54 del Reglamento. Pues bien, aunque todavía no disponemos de la decisión del TJUE, podemos afirmar que, de conformidad con la nueva Directiva de OMG, aún en casos en los que existe armonización (OMG), se admite que los Estados, puedan, en base a diversos motivos, prohibir el cultivo. Mientras, en Francia, como viene siendo habitual, el Consejo de Estado, en su Resolución de 16 de abril de 2016 ha anulado la *Arret* del Ministro de agricultura de 14 de mayo de 2014. Dirigido a la prohibición de comercialización y utilización del maíz MON-810, en base a las clásicas razones que prohíben las medidas conservadoras, salvo que se trate de casos de urgencia. Por lo demás, en relación al control de la aplicación del principio de precaución por los Tribunales nacionales, la STJUE *Staat der Nederlanden y Denkvit Nederland BV y otros* de 22 de junio de 2011 (C346/09) recuerda que un Estado miembro puede adoptar medidas nacionales de prohibición como las establecidas en la Reglamentación provisional nacional cuando la situación en dicho Estado miembro presente un carácter urgente que justifique la adopción inmediata de dichas medidas por motivos graves de protección de la salud pública o de la salud animal. E incumbe a los Tribunales nacionales, al valorar los hechos del litigio de que conoce, comprobar si la situación en el país, en el momento en que se adoptó la Reglamentación provisional nacional, presentaba ese carácter urgente y si se respetó el principio de proporcionalidad.

cíficas— el Real Decreto 1311/2012, de 14 de septiembre, a diferencia de lo que sucede en otros sectores, ha dejado abierta la posibilidad de que las CC. AA. prohíban el empleo de fitosanitarios en su territorio, posibilidad de la que, a nuestro juicio, también podrán hacer uso los municipios a través de ordenanzas o contemplando dichas medidas en los planes urbanísticos (66).

IV. UNA VIRTUALIDAD OLVIDADA DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN: EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO AMBIENTAL

1. Sobre la aplicación directa de del principio de precaución como principio general del Derecho ambiental: su formulación

Como es conocido, es posible invocar y aplicar directamente los principios generales del derecho comunitario, y por lo que ahora nos ocupa, aquellos que integran el Derecho ambiental como el principio de precaución. Fue la importante STJUE *Mangold*, de 22 de noviembre de 2005 (Asunto C-144/04), la que consolidó la posibilidad de la aplicación directa de un principio general de Derecho comunitario (67). Sostuvo el Tribunal que un principio contenido

(66) Por otra parte, también podrían plantearse otras modalidades jurídicas para aplicar alternativas voluntarias u obligatorias o una condicionalidad adicional a la que se deriva del Derecho comunitario e incluso el recurso a instrumentos de derecho privado como los contractuales. Resulta interesante a este respecto la posibilidad de incluir en el condicionado de un acuerdo de custodia del territorio estas medidas más estrictas. En relación con la exclusión de pesticidas vía contractual, *Vid.* Conclusiones del abogado general Sr. NILS WAHL, de 26 de febrero de 2015, Asunto C 684/13 sobre petición de decisión prejudicial *Johanes Demmer* contra *Fodevare Ministeriets Klagecenter*.

(67) No obstante, podemos citar como precedente la SJUE *Defrenne*, de 8 de abril de 1976 (Asunto 43/75) advierte el Tribunal que «Considerando que, por consiguiente, procede responder a la primera cuestión que el principio de la igualdad de retribución del artículo 119 puede ser invocado ante los órganos jurisdiccionales nacionales y que éstos tienen el deber de garantizar la protección de los derechos que tal precepto confiere a los justiciables, en particular en el caso de discriminaciones cuya causa directa sean disposiciones legislativas o convenios colectivos de trabajo, así como en el supuesto de retribución desigual de trabajadores femeninos y masculinos para un mismo trabajo, cuando este último se realice en un mismo establecimiento o servicio, privado o público». No obstante, ya antes, y como se ha ocupado de advertir CIERCO SEIRA (2004:94), «Esta firme consolidación del principio de cautela en la jurisprudencia comunitaria ha recibido recientemente, sobre ello, un fuerte impulso de la mano del Tribunal de Primera Instancia, que ha otorgado a este principio, en el asunto *Artegoda* (2002), nada menos que la condición de *principio general del Derecho comunitario*. El reconocimiento del principio de cautela como principio general del Derecho comunitario ha sido ya reiterado en una nueva Sentencia del Tribunal de Primera Instancia: STPI de 28 de enero de 2003, *Les Laboratoires Ser-vier/ Comisión*, asunto T-147/00, apartado 52. En la actualidad, esta doctrina a la que aludimos es mantenida, entre otras, por la reciente STJUE de 19 de abril de 2016 (C441/14), *Dansk Industri*, sobre aplicación directa por juez nacional de los principios generales del derecho comunitario.

en el Tratado puede ser invocado ante los órganos jurisdiccionales y que éstos tienen el deber de garantizar los derechos que de él se derivan a los justiciables, reconociéndose de este modo, sin ambages, la aplicación directa de un principio general del derecho y superándose esa función de parámetros interpretativos predicable de los principios. Según esta doctrina, los principios generales del derecho comunitario no sólo constituyen el fundamento sobre el que se edifica el derecho derivado, sino que tienen existencia propia e independiente.

En consecuencia, contemplado el principio de precaución en el art. 191.2 del TFUE, y habida cuenta de que su desarrollo se encuentra albergado en una norma comunitaria de *soft law*, cuando una normativa nacional está comprendida en su ámbito de aplicación, el Tribunal que conoce de un asunto debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por parte del órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con tal principio (68). En el caso de que una norma nacional resulte contraria a su teleología, el principio de precaución como principio general de derecho comunitario será directamente eficaz y tendrá el efecto de desplazar a la norma nacional no conforme. Además, en estas circunstancias corresponde a los jueces nacionales que conocen del asunto en el que se discute la aplicación de principio garantizar, en el marco de su competencia, *la protección jurídica que confiere el Derecho comunitario a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la Ley nacional eventualmente contrarias»* (69).

De este modo, y a pesar de algunas interpretaciones, a nuestro juicio erróneas, de las que hace eco la jurisprudencia española, como es de sobra conocido, el principio de precaución debe jugar su papel en situaciones de riesgo en las que estadísticamente se desconoce si se va a producir el daño y en situaciones de incerteza, en las que se desconoce si se va a producir el daño y, en su caso, el alcance del mismo. Encuentra su virtualidad, entonces,

(68) Considera el Alto Tribunal en la STJUE, *Rodríguez Caballero*, de 12 de diciembre de 2002 (Asunto C-442/00), que «*Por lo que se refiere a la existencia de tales exigencias, procede recordar, por una parte, que, según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, y, por otra, que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria. Por consiguiente, éstos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no se menoscaben tales exigencias (véanse las sentencias de 24 de marzo de 1994, Bostock, C-2/92, Rec. p. I-955, apartado 16, y de 13 de abril de 2000, Karlsson y otros, C-292/97, Rec. p. I-2737, apartado 37)*».

(69) Vid. apartado 77 de la STJUE *Mangold*, de 22 de noviembre de 2005 (Asunto C144/04) y otras como la STJUE *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978, Asunto C-106/77 (apartado 21) y STJUE *Solred*, de 5 de marzo de 1998, Asunto C-347/96, (apartado 30).

en situaciones en las que no existe consenso científico acerca de los efectos negativos para la salud humana o animal o para el medio ambiente que se pueden derivar del desarrollo de una actividad o del empleo de un producto (70).

Así, puede afirmarse que, en Derecho europeo, donde la recepción del principio de precaución en el ámbito ambiental, sanitario y de la seguridad alimentaria es innegable, los riesgos justifican la intervención, admitiéndose medidas restrictivas provenientes de las diversas instancias, según los casos, como hemos visto al analizar los distintos niveles de armonización en los diversos sectores en los que está presente la incertidumbre científica. Puede añadirse, además, que en dicha lógica la carga de la prueba parece que debe corresponder al sector económico, que es el que se lucra de los beneficios económicos derivados de la actividad o de la utilización o consumo del producto controvertido.

2. Sobre su bifronte naturaleza: principio o regla

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica del principio de precaución, es cierto que en su formulación internacional se erigió exclusivamente como principio político y dirigió obligaciones exclusivamente a los Estados (71). Lo mismo ocurrió en el ámbito comunitario, al instaurarse por el art. 174 TUE —hoy art. 191 del TFUE—, aunque más tarde cristalizó, ahora sí con mayor alcance, en el Derecho derivado, concretamente en la Directiva 2001/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001. Su art. 4 estableció que «*Los Estados miembros garantizarán, de conformidad con el principio de cautela, la adopción de todas las medidas adecuadas para evitar los efectos negativos en la salud humana y en el medio ambiente que pudieren resultar de la liberación intencional o de la comercialización de OMG*» (72). En este caso, como en muchos otros, el principio se convierte en

(70) Frente a este entendimiento en Europa, en Estados Unidos, un mero riesgo potencial no justifica la intervención y sólo caben medidas restrictivas en caso de certeza científica. En dicha lógica, la carga de la prueba la tiene el consumidor, el perjudicado o el ciudadano. Téngase en cuenta que la eventual firma del TIIP, tendría como consecuencia el acercamiento a esta manera de interpretar jurídicamente las situaciones en las que la ciencia no ha resuelto definitivamente sobre la inocuidad o no de ciertas actividades o productos. Supondrá, de llegar a aprobarse, sin lugar a dudas, una rebaja en las garantías ambientales y de salud de las personas.

(71) *Vid.*, Declaración de Río (1992), Declaración de Bergen (1995), Convención de Helsinki (1992) y Convenio Oskar (1992).

(72) El considerando 8 de la Directiva advierte que el principio de precaución se ha tenido en cuenta en la elaboración de la Directiva y debe tenerse en cuenta al aplicarla. Ello evidencia la doble naturaleza que a partir de este momento comienza a reconocerse del principio, como principio y como regla.

regla, en obligación dirigida a los Estados. En consecuencia, a partir de este momento, su alcance —como principio político en todo caso o también como regla jurídica— dependerá del valor normativo que le otorgue, en su caso, la norma de derecho derivado que lo contempla. Además, debe tenerse en cuenta que estas normas pueden modular su alcance y limitar su aplicación sólo a supuestos de riesgos graves o irreversibles, llegando incluso a limitarse su aplicación cuando ello suponga un exceso respecto a lo que se considera un coste razonable. Por ello puede afirmarse que se hace patente una tendencia hacia una concepción economicista del principio de precaución (73).

Estos límites a los que se supedita su aplicación dificultan la consideración del principio de precaución en todo caso como una regla, aunque es cierto que, paulatinamente, como consecuencia de las demandas sociales, estas barreras van desapareciendo, convirtiéndose prácticamente en un principio de comportamiento. En relación con ello, existen diversos criterios que pueden guiar el manejo de la incertidumbre, y que pueden servir para valorar su correcta aplicación (74). El primero, que prima el resultado del análisis coste beneficio y que supone aplicar las medidas disponibles y más beneficiosas que costosas, viables económicamente (75) o razonablemente viables (76); o bien, el que incluye, además, todas aquellas medidas disponibles de acuerdo con la tecnología más avanzada y con independencia de su coste (77).

La elección de uno u otro criterio, ya sí, va a ser una decisión política y podrá tener lugar en sede normativa y en sede aplicativa, según el nivel de armonización, si es que existe esta. En efecto, puede ser el legislador el que haga cristalizar el principio de precaución estableciendo medidas restrictivas en la propia norma, para lo cual el principio es tenido en cuenta por el legislador, o bien puede jugar como principio a tener en cuenta en sede aplicativa por la Administración competente (78). Bien el legislador, bien la Administración, deberán practicar un balance de riesgos, como sucede

(73) Recordemos cómo la Ley francesa de 2 de febrero de 1995 define el principio de precaución como aquél en virtud del cual la ausencia de certidumbre según el estado de la ciencia y de la técnica del momento no debe justificar la tardanza en la adopción de medidas efectivas y proporcionadas dirigidas a prevenir un riesgo de daño grave e irreversible al medio ambiente a un coste económicamente aceptable. A. GOSSEMENT (2003: 424)

(74) P. SALVADOR CODERCH y A. RUBÍ PUIG (2008:30 y 31).

(75) CAB: Cost & Benefit Analysis.

(76) ALARA: As Low As Reasonably Achievable.

(77) BAT: Best Available Technology.

(78) Pensemos cómo se controlan las declaraciones de utilidad pública o interés social que excepcionan un régimen jurídico, bien dirigidas a proteger el medio ambiente o la salud o bien dirigidas a la protección de otros intereses. Estas decisiones deben haber sido precedidas del estudio de los riesgos derivados de la excepción, incluido el riesgo de daños graves e irreversibles en situaciones de incerteza.

en ámbito médico cuando se decide aplicar un tratamiento u otro. Por este motivo, quizá la balanza se incline más a favor de la consideración del principio de precaución como un principio y no como una regla, y como tal encuentra su virtualidad como parámetro de control de dicha decisión normativa o administrativa. De este modo, en una fase posterior al balance de riesgos y la toma de decisión el principio de precaución como principio político mantiene su operatividad, ahora como parámetro de control, que servirá para controlar el ejercicio de la discrecionalidad a la hora de moderar intereses meramente económicos con intereses o consideraciones de salud y medio ambiente en la toma de decisiones. En este caso, vinculará sólo a los poderes públicos, mientras que, en el primer caso, esto es, como principio jurídico, podría vincular y ser invocado frente a sujetos privados. Su alcance, en suma, dependerá del diseño que del mismo se lleve a cabo por las normas que lo contemplen (79).

3. El principio de precaución como parámetro de responsabilidad por omisión

Independientemente de su cristalización en normas de derecho derivado, que como hemos señalado, disciplinen su alcance, el principio de precaución como principio general del Derecho ambiental puede servir de parámetro para imputar responsabilidad por omisión en caso de inaplicación en ámbitos de incerteza.

En relación con ello debemos traer a colación casos escandalosos que todavía se encuentran sin resolver adecuadamente, como los derivados del consumo de *Talidomida* o los contagios de SIDA como consecuencia de la

(79) Por otra parte, debe señalarse que la intensidad de las medidas que, en su caso, se acuerden o se decidan en aplicación del principio pueden resultar de diversa intensidad. Esto es, entre la autorización y la prohibición de una actividad o de un producto existen toda una gama de medidas que pueden suponer aplicar el principio de precaución, teniendo en cuenta, por ejemplo, colectivos más vulnerables, límites la exposición, controles, obligaciones, barreras o medidas correctoras. Además, para garantizar la efectividad del principio, resulta conveniente que exista cierta flexibilidad a la hora de elegir toda esta gama de medidas, pues ello permitirá que la autoridad que decide pueda, a la hora de realizar la previa evaluación de riesgos, tenga en cuenta los avances científicos sin necesidad de esperar a que éstos sean internalizados por el legislador, habida cuenta de las dificultades que este encuentra a la hora de agravar la normativa como consecuencia de la acción de los grupos de presión. Sobre la incidencia del principio de precaución sobre la responsabilidad civil de los sujetos privados, *vid.*, A. GOSSEMENT ARNAULD (2003: 29-41). En contra de la ampliación del ámbito de aplicación del principio de precaución se muestra F. EWALD (2011). Sobre loobies y negociación de normas, *vid.*, J. PONCE SOLÉ (2015); M. I. ÁLVAREZ VÉLEZ y F. MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2014:353-376); E. GUICHOT REINA (2011: 8 y 9) y J. F. GARCÍA (2008: 107-134).

práctica de transfusiones (80), entre otros. Los sistemas de responsabilidad, y buena muestra de ello es la STS (Sala de lo civil) de 20 de octubre de 2015, que confirma la SAP de Madrid sobre los daños ocasionados por el consumo del medicamento *Grünenthal* (conocido comúnmente por *Talidomida*), no han estado preparados para responder en estos casos, en los que la ciencia ha tardado tiempo en demostrar la relación de causalidad entre el consumo de medicamentos y los daños, en la medida en que la aplicación del breve plazo de un año de prescripción de la acción de responsabilidad fijado en las normas ha resultado manifiestamente insuficiente (81), por lo que el riesgo aceptado no coincidía con el riesgo aceptable si en su configuración se hubiera incorporado la dimensión temporal de los daños de la mano del principio de precaución (82). Detrás del desconocimiento del principio de precaución se producen dramas a diario como el contagio del virus del SIDA a personas hemofílicas y transfundidas, los referidos de la *Talidomida* o como consecuencia del consumo de mercurio presente en el pescado, entre otros daños ¿Se actuó conforme a las recomendaciones del Consejo de Europa en todos estos casos, esto es, respondiendo precautoriamente ante alertas tempranas? Es cierto

(80) Recuérdese que las primeras manifestaciones del principio se producen en los diversos ordenamientos como consecuencia de desastres de este tipo, como la controvertida Ley francesa 98-389, de 19 de mayo, la Ley alemana del medicamento, de 24 de agosto de 1976 (*Arzneimittelgesetz —BGBI. I 2445— AMG*) y la Ley alemana de responsabilidad civil por productos defectuosos, de 15 de diciembre de 1989 (*Produkthaftungsgesetz —BGBI. I 2198— ProdHaftG*) o la ya derogada Ley española 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos y el hoy Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias e incluso el art. 141 de la Ley 30/1992, después de la reforma operada por la Ley 4/1999, que mantiene su redacción intacta en la Ley 39/2016. Interesa destacar cuál fue entonces la respuesta del TJCE, en sentencia de 25 de abril de 2002 (Asunto C-52/00, Comisión c. República Francesa), pues se consideró que el Derecho comunitario no autoriza expresamente a los Estados miembros a adoptar o a mantener, en las materias que regula, disposiciones más estrictas para garantizar a los consumidores un grado de protección más elevado, *por lo que respectaba a la exención relativa al estado de los conocimientos técnicos y científicos en el momento en que el producto se puso en circulación*, sentencia que motivó la reforma introducida por la Ley 2004-1343, de 9 de diciembre, suprimiendo el requisito adicional de que el productor, para la exclusión de su responsabilidad, debía probar que había adoptado las medidas adecuadas para prevenir las consecuencias de un producto defectuoso.

(81) En sede ambiental, como es sabido, como consecuencia de la armonización operada por la Directiva de responsabilidad ambiental, el ordenamiento español ha establecido un plazo de prescripción más acorde.

(82) Repárese en que se trata de los daños sufridos por las generaciones futuras que no han participado en la aceptación del riesgo y que, por resultar titulares de derechos, deben tener garantizada su defensa. Sobre esta cuestión, relativa a los derechos de las generaciones venideras, *vid.* B. SORO MATEO (2012).

que el riesgo cero es imposible (83), pero parece estar generalizándose en algunos ordenamientos la presunción de inocuidad de las nuevas tecnologías como regla general.

Pues bien, puede entenderse que desde la formulación del principio de precaución, la nueva técnica no debe legítimamente beneficiarse de una presunción de inocuidad (84), de modo que la recepción del principio de precaución supone que la aprobación de sustancias como mal menor, antes de descartarse su inocuidad, y atendiendo exclusivamente el interés económico de las empresas, no es conforme con el principio. Se trata, por lo demás, de situaciones similares a las que pueden darse en el futuro como consecuencia de la aplicación de tecnologías y del uso o consumo de productos sobre los que existe incerteza respecto de los riesgos que implican tanto para la salud como para el medio ambiente (85).

No obstante, puede constatarse que, aunque el principio de precaución viene siendo invocado por alguna normativa (86) y a pesar de sus trascendentes efectos cuando se aplica, tiene una eficacia práctica aún limitada, pues se encuentran dificultades a la hora de invocarlo directamente frente a la pasividad de los poderes públicos como parámetro para imputar responsabilidad (87).

(83) Como advierte M. A. GUIRADO ESPINOSA (2015:21) en relación con la energía nuclear, «Pero, y seamos claros en esto, es cierto que no podemos permitirnos un riesgo cero en ninguna tecnología, ya que nos haría volver a situaciones de vulnerabilidad casi «prehistóricas». Sin embargo, la cuestión es si debemos aceptar incluso ese nivel ínfimo tal y como nos indican los expertos de riesgo ante algo tan incontrolable, destructor e irreversible como los accidentes nucleares de Chernóbyl y Fukushima».

(84) M. RÉMOND-GOUILLOD (1999: 12-16).

(85) En este sentido, y como señala RECUERDA GIRELA (2014: 189), «Como se puede deducir, la idea nuclear del principio de precaución es que la existencia de incertidumbre científica sobre un riesgo verosímil (no meramente hipotético) no debe servir de justificación de la inacción de los poderes públicos, ni debe ser excusa para postergar sine die la adopción de medidas de protección de la salud o del medio ambiente, ya que si se espera a tener certeza sobre el riesgo, entonces puede ser demasiado tarde para evitar los daños, y quizás estemos ante daños irreversibles, irreparables, catastróficos y globales».

(86) Caso, por ejemplo, de la de la Directiva 2009/128 sobre OMG.

(87) En relación con ello, resulta interesantísima una Sentencia francesa de la que da cuenta TORRE SCHAUB (2006: 317-338), del Tribunal de distrito de Bourgoin Jallieu, de 4 de junio de 2006. En el caso objeto de examen el agua suministrada cumplía con los niveles de pesticidas permitidos. No obstante, no se informó de que no debía ser bebida por niños y embarazadas. El juez entiende que su consumo puede causar trastornos hormonales y cáncer, por lo que condena a indemnizar por el mero consumo, sin esperar a la materialización del daño a la salud, pues es la eventualidad lo que se compensa, a pesar de que el riesgo real se discuta científicamente. Se trata de compensar la incertidumbre, de reparar riesgos derivados de la exposición a la contaminación (nanopolución) sobre los que la ciencia está dividida. Esta sentencia evidencia una nueva etapa en el pensamiento doctrinal francés en torno a la responsabilidad ambiental. La ley francesa de responsabilidad ambiental, de 1 de

En efecto, el principio de precaución aconseja a los poderes públicos la previa información, como herramienta para evadir posteriores reclamaciones de responsabilidad, independientemente de quién sea el responsable del daño ambiental, que es otra cuestión.

Por otra parte, pero muy en relación con lo anterior, resulta relevante constatar cuál es la versión del principio de precaución por parte de las aseguradoras de responsabilidad civil, siempre preocupadas por adelantarse a los eventuales daños y riesgos que pueden derivarse de las actividades y productos asegurados. Pues bien, en el caso de la contaminación electromagnética, recordemos que la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2009, sobre las consideraciones sanitarias relacionadas con los campos electromagnéticos, dirige una serie de apelaciones a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias para que apliquen el principio de precaución en este ámbito, recordando que las aseguradoras excluyen los daños generados por los CEM de sus pólizas de responsabilidad civil. Ello no es sino una evidencia de la aplicación de una propia versión del principio de precaución, más acorde con los criterios más garantistas de evaluación de riesgos que, en caso de duda y mientras ésta se mantenga, aconsejan resolver el conflicto a favor de la solución más acorde con la protección de la salud o el medio ambiente.

agosto de 2008, define daño ambiental como daño causado directamente a una persona o al medio ambiente o a sus bienes, a diferencia de la Ley española, que excluye los daños personales, lo cual supone un avance en relación con el plazo de prescripción de la acción civil en derecho español, demasiado corto y que impide reclamar en ocasiones a la empresa causante del daño a la salud. Además, es posible obtener una indemnización por daños personales derivados de daños ambientales invocando la aplicación del derecho común ex arts. 1382-1386 del Código Civil francés. Tampoco, por otra parte, faltan pronunciamientos jurisprudenciales que reconocen la reparación del daño ecológico en el ámbito de la responsabilidad civil común (Sentencia del Tribunal de Casación, de 25 de septiembre de 2012), aunque por lo general los Tribunales encuentran falta de base jurídica para condenar a los autores de los daños ambientales. Por lo demás, se discute ahora la introducción de un nuevo art. 226-1 en el Código Civil que establezca un plazo de prescripción de 10 años, desde la fecha de conocimiento o de haber debido conocer los daños al medio ambiente en todo caso, dada la limitada aplicación del plazo de 30 años derivado de la Directiva de responsabilidad ambiental. Asimismo, el grupo de expertos que estudia la reforma del régimen de responsabilidad ambiental ha recomendado la especialización judicial en materia ambiental, reservando la competencia sobre estos asuntos a Tribunales superiores. Los puntos clave son, pues, competencia y especialización, imparcialidad de expertos y facilitar la financiación. También se estudia la posibilidad de modificar el Código civil para incluir las modalidades de reparación primaria, complementaria y compensatoria. Además, si la reparación es sobre un bien común, esto es, de dominio público, la reparación tiene que ser objeto de un control más estricto (administrativo, del fondo de reparación y judicial). Se plantean algunas excepciones a la reparación in natura, en casos de imposibilidad legal, cuando el daño deriva de actividades autorizadas, o de imposibilidad material, cuando se trata de la pérdida de una especial, dejando también cierto margen para excluir la reparación in natura cuando las medidas reparadoras tengan un coste desproporcionado. Cfr. L. MAZEAU et M. TORRE SCHAUG (2014).

Finalmente, resta por referirnos a la operatividad del principio de precaución en relación con los sistemas de responsabilidad sin falta. Como es sabido, el concepto de riesgo está muy desarrollado en los sistemas jurídicos que contemplan una responsabilidad objetiva o sin falta. No obstante, deben distinguirse distintos tipos de riesgos, para comprender cuáles son las aportaciones del principio de precaución a la institución de la responsabilidad pública. Así, por una parte, se encontrarían los riesgos conocidos, que se contrapondrían a aquellos totalmente imprevisibles. Podría utilizarse, por ejemplo, un criterio estadístico o los resultados de un estudio toxicológico, aunque no se haya establecido en este último caso una relación de causalidad entre la actividad o el producto y el daño concreto.

4. La necesaria distinción entre ignorancia e incerteza y la relevancia de la alerta temprana

En relación a aquellos riesgos totalmente imprevisibles, sobre los que no se dispone de una literatura científica en la cual fundar una política de prevención, nos planteamos si debe la prudencia perjudicar el desarrollo, con el fin de evitar, a toda costa, el daño y, en su caso, el surgimiento de responsabilidad. Este debate se produjo en Francia a finales de los años ochenta y durante los noventa, en relación con los riesgos derivados de los métodos terapéuticos nuevos, en sede de responsabilidad sanitaria (88). La Ley de 20 de diciembre de 1988 («Loi Huriet»), incorporada al Código de la Salud Pública, distinguió al respecto dos supuestos distintos. Por una parte, la investigación biomédica que no se dirigía a la consecución de un beneficio directo para la persona que participaba en el ensayo clínico. Por otro, aquellos supuestos en los que los participantes en el ensayo terapéutico sí resultaban beneficiarios directos de la investigación. Pues bien la referida ley aparejaba sistemas de responsabilidad distintos en ambos casos y así, en el primero, se asume de manera objetiva la indemnización de las consecuencias perjudiciales derivadas de su investigación sufridas por las personas que participan en el ensayo, mientras que en el segundo caso, la indemnización le corresponde al promotor, salvo que demuestre que el daño no es consecuencia de la investigación, de suerte que la víctima no tiene que demostrar la falta por defecto de precaución para tener reconocido el derecho a indemnización. Así, en sistemas de responsabilidad objetiva, bien se presume la falta, bien se aprecia el riesgo como desencadenante de la responsabilidad. Según SCHAEGIS CHYSTELE (1998: 221), las presunciones son una respuesta perfectamente adaptada a la incertidumbre y el riesgo generados por el progreso científico. De este modo, el

(88) CH. DEBOUIS (1997: 335).

mecanismo de la presunción exonera a la víctima de la carga de la prueba. En cambio, en un sistema de responsabilidad por falta o subjetivo, no estarán previstos todos los riesgos provocados por el progreso científico y técnico y que pueden tener una incidencia sobre la salud o el medio ambiente. En este segundo caso, los riesgos presentes son asumidos por la colectividad y, en caso de materializarse, merecerán una respuesta solidaria a través de las medidas providencialistas que arbitre el Estado. Otras veces, como sucede en materia sanitaria, el consentimiento informado sobre los riesgos derivados de los tratamientos e intervenciones sirve para apreciar la inexistencia de responsabilidad por falta (89).

De este modo, comprobamos cómo, según este entendimiento, hipótesis no confirmadas o simples suposiciones exigen un comportamiento debido de la Administración. En el momento en que ve la luz la primera alarma habrá que observar cuál ha sido el comportamiento de la Administración, no mereciendo el mismo tratamiento una situación de ignorancia y una situación de incertidumbre en relación a un riesgo. La incertidumbre es una fase intermedia entre la ignorancia y la certidumbre sobre un riesgo. Esta cuestión es fácil de entender si la ilustramos con el ejemplo de la incertidumbre que rodeó a la determinación de las transfusiones como vías de contagios del SIDA. Si el informe científico en el que se determinó dicha virtualidad fue de 22 de noviembre de 1984, el período anterior a esta fecha fue un período de incertidumbre científica y no de ignorancia. Los períodos de ignorancia son aquellos en los que no se dispone de ningún indicador sobre la existencia de un riesgo. En consecuencia, la Administración debía haber adoptado medidas de precaución precisamente en la etapa anterior a 1984, resultando relevante definir con precisión la fecha en que se abre y cierra cada una de estas etapas de conocimiento en relación con los riesgos.

Por último, señalar que cuando se aborda la temática de los riesgos, de la incertidumbre científica y del principio de precaución no se está reparando en

(89) No obstante, la jurisprudencia francesa sobre responsabilidad jamás se refiere directamente al principio de precaución como fundamento para apreciar aquella, por dos razones. En primer término, porque supedita la virtualidad del principio a que el coste de las medidas omitidas sea económicamente aceptable, en el bien entendido de que el coste al que se refiere la norma apela al principio de proporcionalidad. GOSSEMENT (2003) puso de relieve cómo aunque a nivel político y mediático se invoca el principio, en cambio, son pocas las resoluciones judiciales que lo aplican directamente, aunque es cierto que aplican algunos de sus elementos sin citarlo en relación a riesgos sanitarios desconocidos y como fundamento de los regímenes de responsabilidad objetiva. Recordemos cómo la Ley de 2 de febrero de 1995 define el principio de precaución como aquél en virtud del cual la ausencia de certidumbre según el estado de la ciencia y de la técnica del momento no debe justificar la tardanza en la adopción de medidas efectivas y proporcionadas dirigidas a prevenir un riesgo de daño grave e irreversible al medio ambiente a un coste económicamente aceptable.

un aspecto que a mi juicio resulta fundamental, que es la posibilidad constatada de lo que podríamos denominar «certidumbre errónea». Productos, fenómenos o procesos sobre los que existe certidumbre, más o menos consensuada, sobre su inocuidad para la salud y el medio ambiente, en un momento dado, se descubre que no lo son. En estos casos no ha podido entrar en juego la aplicación del principio de precaución. Por ello, la excusa de esperar a que la voz de alerta se confirme con resultados irreversibles no siempre resulta aceptable, en tanto que modo de proceder por parte de los poderes públicos.

IV. INCERTIDUMBRE Y RIESGO: DE QUIÉN ES LA RESPONSABILIDAD. NUEVOS ENFOQUES DESDE EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Son muchos los interrogantes que se dan cita en este contexto. Si partimos de un bajo nivel de protección, de una interesada interpretación de la certidumbre —aunque existan voces disonantes— de una poco transparente gestión del riesgo ¿cuál es la posición de la víctima a largo plazo? Nos preguntamos entonces si es la responsabilidad la mejor institución para resolver estas situaciones y, en caso afirmativo también sobre quién debe soportar la responsabilidad de los daños derivados del desarrollo en situaciones de incertidumbre o de certidumbre cuando acontecen daños imprevisibles según el estado de la ciencia. Pueden ofrecerse dos conocidas respuestas. Una posible opción es responsabilizar a la sociedad en su conjunto, conforme a la teoría de la socialización de riesgos. Por otra parte, también resulta legítimo, en aplicación del principio quien contamina paga, imputar la responsabilidad al sector económico titular del producto o de la actividad económica que genera el daño.

Para decantarnos por una u otra postura, debemos volver a la diferente incidencia del principio de precaución sobre la elaboración del derecho y sobre la legalidad de las decisiones públicas, que será apreciada por los Tribunales, comunitarios, constitucionales y administrativos, y que nos obligaría a los ciudadanos a judicializar el ataque frente a normas, omisiones del legislador o actuaciones administrativas que desconocen el principio cuando sea aplicable, camino complejo, como se ha tenido ocasión de comprobar, habida cuenta de la problemática competencial y del celo de las instituciones y Administraciones a la hora de adoptar decisiones impopulares para los lobbys (90).

Además, son varios los principios que se dan cita en este contexto y que pueden servirnos para reflexionar sobre esta cuestión. Así, para JORDI JARIA I MANZANO, es el principio de seguridad jurídica el que parece que, a su juicio, debe trazar la frontera de la responsabilidad. Así, observa el autor que «El

(90) A. GOSSEMENT (2003).

Estado de Derecho se manifiesta, en este contexto, a través del principio de responsabilidad, según el cual los riesgos que se materializan a través del cumplimiento del Derecho son asumidos por la comunidad, mientras que los que se concretan como consecuencia de la violación del Derecho son asumidos por el infractor, haciéndose efectiva la seguridad jurídica, que, probablemente, sea el elemento fundamental del Estado de Derecho» (91). Llevado hasta sus últimas consecuencias, este entendimiento implica que la seguridad jurídica, como principio general del derecho, justifica la imposibilidad de imputar responsabilidad cuando el daño se ocasiona como consecuencia del ejercicio de una actividad autorizada o se deriva del consumo o utilización de un producto autorizado. En relación con ello, puede ser traído a colación el antiguo art. 141 de la Ley 30/1992, hoy art. 34 de la Ley 40/2015 (92), según el cual, al disciplinar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se establece que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar, de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

A nuestro juicio, y a la luz de todo lo analizado, la incertidumbre nos obliga a repensar la diferencia entre responsabilidad por daño y responsabilidad por riesgo. Así, debe distinguirse entre la incertidumbre científica que implica la realización de un daño y la incertidumbre científica que implica la determinación de un comportamiento que dio lugar a la producción de un daño. En el primer caso, el principio de precaución enriquece el principio de responsabilidad, mientras que en el segundo caso el principio de precaución empobrece el régimen de la responsabilidad por riesgo para volver al principio de responsabilidad por negligencia (93). Hasta ahora hemos visto que, en ámbitos de incertidumbre, el Derecho comunitario suele conceder a los Estados miembros libertad para adoptar medidas tendentes a garantizar la salud y la indemnidad del medio ambiente, para alcanzar el nivel de calidad de ambos derechos previamente fijado. Estas decisiones, inspiradas en el

(91) J. JARIA I MANZANO (2009:121).

(92) «Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

(93) G. MARTÍN (2000: 6-12).

principio de precaución, deben basarse en una previa evaluación del riesgo, la cual es realizada por el sector científico, del que se predica una necesaria independencia, competencia y experiencia e incluso la posibilidad de responsabilizarlo (94). Y ello en aras de una impermeable adopción de decisiones

(94) Porque, de quién es la responsabilidad de las organizaciones científicas internacionales en las que se basan las soluciones arbitradas por el Derecho comunitario o de las agencias nacionales, en las que también se basan decisiones normativas y administrativas en ámbitos de incertidumbre en defecto de armonización o en situaciones excepcionales en las que cabe tomar la iniciativa a los Estados miembros. COTI VARELA (2011:34 y 49) ofrece una respuesta negativa a este interrogante, en la medida en que éstas organizaciones que integran el sector científico no adoptan decisiones definitivas, sino que sólo ofrecen recomendaciones. No obstante, es cierto que, por ejemplo, la OMS está controlada por los Estados miembros, y, sobre este extremo el autor denuncia que no se difunde la identidad de los comités de expertos, que existe una opacidad del procedimiento de conflicto de intereses y que los lobbies encuentran demasiada facilidad para introducir sus argumentos en los discursos de la OMS. De todos los conflictos de intereses presentes en la OMS, el autor se refiere a los que se producen entre intereses públicos y privados, destacando que estos últimos se introducen en la OMS a través de canales encubiertos como la financiación y las reuniones informales de expertos que trabajan para laboratorios. Denuncia, asimismo, que no se publican las declaraciones de inexistencia de conflictos de intereses ni de la composición de los Comités de urgencia, lo cual es una evidencia de la finalmente contaminada decisión de la OMS, consecuencia lógica de la privatización progresiva de la ciencia y de la pérdida de control del Estado sobre las organizaciones internacionales científicas. En este sentido apunta que, siendo EE. UU. el Estado que más contribuye a la financiación de la OMS, es normal que este estado y su industria tenga tanta influencia. El autor propone, para reducir los conflictos de intereses en el seno de la OMS, esto es, para incrementar su independencia, que los Estados miembros incrementen su financiación (consiguiendo de este modo que se reduzca la financiación privada reduciendo así la influencia del sector) e incrementar la transparencia de la OMS sobre financiación y requisitos exigidos a los donantes, mejorando asimismo los procedimientos de evaluación de conflictos de intereses de los científicos y publicando íntegramente las opiniones de los expertos, en lugar de resúmenes generales. Sobre la fiabilidad de los expertos y la fragilidad de las ciencias de la vida abunda M-F. DELHOSTE (2000: 70-71). Para que la EFSA, y las agencias que evalúan riesgos, sean independientes es preciso que los intereses que puedan tener sus asesores científicos no influyan en el sentido de las evaluaciones. Esto se trata de garantizar, en el caso de la EFSA, por medio de declaraciones de intereses que se publican periódicamente para que puedan ser conocidas por todos. RECUERDA GIRELA, por su parte (2014: 174), advierte que *«El art. 5.2 LSAN establece que «en la gestión del riesgo, que se llevará a cabo de manera coordinada entre las autoridades competentes, deberán tenerse en cuenta, el principio de cautela, los resultados de la evaluación del riesgo, en especial, los informes y dictámenes emanados de la AESA, de la AESAN y de los organismos equivalentes de las comunidades autónomas. Recuérdese en sede de transparencia que el art. 38 del Reglamento (CE) 178/2002 obliga a hacer públicos los órdenes del día y las actas del Comité Científico y de las comisiones técnicas científicas de la EFSA, haciendo constar siempre las opiniones minoritarias, la información en la que se basen sus dictámenes, las declaraciones anuales de intereses hechos por sus miembros, los resultados de sus estudios científicos, el informe anual sobre sus actividades, y las peticiones de dictamen científico formuladas por el Parlamento Europeo, la Comisión o un Estado miembro que se hayan desestimado o modificado, y los motivos de la denegación o modificación».*

de conformidad con el estado real de los conocimientos científicos resultado de la producción científica independiente procedente de todos los canales de información disponibles. En este sentido, la diligencia que se le debe exigir a los poderes públicos, cuando están en juego derechos humanos es la máxima posible a la hora de hacerse con el estado del conocimiento científico (95).

No obstante, sabemos que los poderes públicos también van a tener en cuenta otras variables como la opinión pública y el análisis coste-beneficio de las medidas arbitradas. De este modo, puede apreciarse una parte política en la decisión, esto es, una parte no científica que complicará el control de la discrecionalidad y por tanto la posible imputación de responsabilidad por omisión, cuestión a la que ya nos hemos referido *supra*, pero sobre la que merece la pena detenerse en este orden de cosas.

Sobre el carácter político de las decisiones públicas en ámbitos de incerteza ya incidió la *Comunicación sobre el recurso al principio de precaución* de febrero de 2000, que se dirigió a ofrecer las pautas a seguir en la aplicación del principio, para orientar a las Instituciones de la Unión, así como a los Estados, insistiendo precisamente en que el nivel de riesgo que se estima «tolerable» o «aceptable» por una cierta sociedad debe ser fijado previamente por la autoridad pública (96). A esta cuestión se refiere la Comisión, señalando que «*Los responsables de la decisión deben ser conscientes del grado de incertidumbre inherente al resultado de la evaluación de la información científica disponible. Juzgar cuál es el nivel de riesgo «aceptable» para la sociedad es una responsabilidad eminentemente política. Frente a un riesgo inaceptable, una situación de incertidumbre científica o la inquietud de la población, los políticos están obligados a encontrar respuestas, por lo que deben tener en cuenta todos estos factores. En algunos casos, la respuesta correcta podrá ser la decisión de no actuar, o al menos de no adoptar una medida jurídica obligatoria. En caso de optar por la acción, existe una amplia gama de iniciativas posible, que van desde una medida jurídicamente vinculante hasta un proyecto de investigación o una recomendación. El procedimiento de toma de decisión debe ser transparente, y en él deberán participar todas las partes interesadas lo antes posible y en la medida en que sea razonablemente viable.*»

En caso de que se considere necesaria la acción, las medidas basadas en el principio de precaución deberán cumplir una serie de requisitos que ya

(95) Como ha entendido RECUERDA GIRELA (2014: 172) «*Los científicos deben ser asesores en los aspectos técnico-científicos de la regulación alimentaria. Ni toda la regulación alimentaria se construye al conocimiento técnico-científico, ni la ciencia es el único criterio que han de seguir las normas alimentarias. Sin duda, la investigación científica, con sus luces y sus sombras, tiene un peso muy importante en la decisión política.*» Sobre el condicionamiento del poder político de parte de la investigación científica, *vid.* J. ESTEVE PARDO (2009: 60).

(96) C. CIERCO SEIRA (2004:110).

conocemos (97), combinando lo científico y lo político y evitando una deriva «cientifista» a la que se refiere ESTEVE PARDO, huyendo de ese «romance inconsistente» entre la incertidumbre y el derecho» (98). Mas no se debe caer en el mito del método como advirtió SEILHA JASANOFF en «*El Derecho y la ciencia en acción*». En relación con ello, resulta interesante recurrir a las reflexiones que suscita el caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (Corte Suprema, EE.UU., 1993), en el sentido de que los poderes públicos, a la hora de fijar estos niveles de tolerancia, se van a ver indefectiblemente influidos por los valores sociales y políticos que prevalecen en una sociedad, la cual, en puridad, debería participar en la decisión sobre cuál es el nivel de protección ambiental y de salud quiere. No obstante, incluso en los sistemas democráticos resulta complicado garantizar esta participación. Las autoridades deben seguir, por ello, procedimientos transparentes y propiciar la participación de todas las partes interesadas en la fase más temprana posible. Ello ayudará a los responsables políticos a adoptar medidas legítimas que puedan lograr el nivel elegido por la sociedad para la protección de la salud o del medio ambiente (99).

En conclusión, aunque puede apreciarse una parte política en las decisiones en ámbitos de incerteza, esto es, una parte no científica que complicará

(97) Proporcional al nivel de protección elegido, no discriminatorias en su aplicación, coherentes con medidas similares ya adoptadas, basadas en el examen de los posibles beneficios y los costes de la acción o de la falta de acción (y pueden incluir un análisis económico coste/beneficio cuando sea conveniente y viable), sujetas a revisión, a la luz de los nuevos datos científicos, y capaces de designar a quién incumbe aportar las pruebas científicas necesarias para una evaluación del riesgo más completa. La proporcionalidad, que significa la adaptación de las medidas al nivel de protección elegido, la reducción del riesgo hasta el nivel cero raramente es posible, pero una evaluación incompleta del riesgo puede reducir el abanico de opciones posibles para los gestores del riesgo. La prohibición total puede no ser una respuesta proporcionada a un posible riesgo en todos los casos, pero en algunos es la única respuesta posible ante un riesgo dado.

(98) J. ESTEVE PARDO (2009 Y 2012: 108). Advierte el autor, con tono crítico que «el derecho y sus juristas, mostrando una vez más su propensión al autismo, parecen no haber percibido el cambio de posición de la ciencia y todavía mantienen por ella una fascinación que ya no se da en sus propios cultivadores» (p. 108).

(99) Sobre la importancia de la opinión pública en este tipo de decisiones en ámbitos de incerteza, *vid.*, J. CORTI VARELA (2015: 108). Apunta que «*el hecho que la evaluación de riesgos ambientales la haya realizado una agencia con poca o ninguna experiencia en el ámbito medioambiental no ayuda a convencer al público en general sobre la pertinencia y seriedad del proceso. Además, el proceso de consulta pública ha demostrado que en la sociedad americana hay un rechazo mucho más fuerte que el inicialmente imaginado contra los animales genéticamente modificados destinados a la alimentación humana. Es más, varias cadenas de supermercados como Trader Joe's, Aldi y Whole Foods han dicho que iniciarán un boicot contra el salmón AquAdvantage para garantizar que éste no se venda en sus tiendas.* En el ámbito de los fitosanitarios, puede verse G. THEVENOT (2014).

el control de la discrecionalidad y por tanto la posible imputación de responsabilidad por omisión, la decisión pública sobre el riesgo permitido no debe basarse exclusivamente en el conocimiento científico existente, sino que debe venir acompañada de una reflexión ética, en la medida en que el principio de precaución tiene la virtualidad de transformar el contenido de la responsabilidad jurídica, que exige actuación y respuesta en casos de incertidumbre tan pronto como sea posible (100).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel (2015): «La fractura hidráulica [“Fracking”] ante el Tribunal Constitucional», en *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 299, pp. 131-188.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel y MONTALVO JÄSKELÄINEN, FRANCISCO (2014): «Los lobbies en el marco de la Unión Europea: una reflexión a propósito de su regulación en España», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014, pp. 353-376.
- AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, Juan Manuel (2014): «El agua, sin gas, por favor: la controversia jurídica en torno al “fracking” en España», en *Extoikos*, núm. 15, pp. 35-44.
- BAGHESTANI-PERREY, Laurence (2005): «Le principe de precaution en droit positif», en LARCENEUX, André y BOUTELET, Marguerite, *Le principe de precaution. Débats et enjeux*, Societes Editions Universitaires Dijon, pp. 181-183.
- (2000): «La valeur juridique du principe de precaution», *Revue Juridique de l’Environnement*, Volume 25, num. 1, pp. 19-27.
- CIERCO SEIRA, César (2004): «El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 163, pp.73-126.
- CORTI VARELA, Justo (2015): «Implicaciones de la reciente autorización de comercialización para el consumo humano del salmón modificado genéticamente», en *IUS ET SCIENTIA*, Vol. 1, núm. 1, pp. 93-109.
- (2011): «Quelles responsabilités pour les décisions des organisations scientifiques internationales», en AA. VV., *Droit, Sciences, et techniques, quelles responsabilités? (Actes du colloque international organisé les 25 et 26 mars 2011 par le Réseau Droit, Science et techniques au Palaix du Luxembourg à Paris)*, Lexis Nexis, 2011.

(100) STJUE *Pficer-Conseil*, de 11 de septiembre de 2002 (C-13/1999).

- DEBOUIS Christian (1997): «Le droit français de la responsabilité administrative: métamorphose ou permanence», en *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*.
- DELHOSTE Marie-France (2000): «Le langage scientifique dans la norme juridique», en AA. VV., *Incertitude juridique incertitude scientifique*, en *Les cahiers du crideau*, num. 3, Pulim.
- EMBIID TELLO, Antonio Eduardo (2009): «El principio de precaución», en SANTA-MARÍA PASTOR, Juan Alfonso (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, LA LEY, Madrid.
- ESTEVE PARDO, José (2012): El Derecho y los Poderes Públicos ante las crecientes incertidumbres de la ciencia», *Revista de Derecho Administrativo*, Perú.
- (2009): *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid.
- EWALD, Francois (2011): «La précaution, une responsabilité de l'Etat», *Le Monde*, 11 de mars 2011.
- FERNANDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio (2015): «Aspectos ambientales de la explotación de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 31, pp. 31-76.
- GARCÍA, José Francisco (2008) «Modelos de regulación del lobby en Derecho comparado», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 1, pp. 107-134.
- GARCÍA VIDAL, Ángel (2015): «Directiva (UE) 2015/412 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2015, por la que se modifica la Directiva 2001/18/ce en lo que respecta a la posibilidad de que los estados miembros restrinjan o prohíban el cultivo de organismos modificados genéticamente (OMG) en su territorio», *Centro de Estudios de Consumo*, pp. 1-4.
- GOSSEMENT, Arnaud (2003): *Le principe de précaution: essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*, L'Harmattan.
- GUICHOT REINA, Emilio (2011): «Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas», *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, núm. 170, pp. 1-68.
- GUIRADO ESPINOSA, Miguel Ángel (2015): «La aplicación del principio de precaución en el sector energético nuclear. La dialéctica entre garantía de suministro y riesgo», en *Revista catalana de Dret Ambiental*, Vol. VI, núm. 1, pp. 1-43.
- JARIA I MANZANO, Jordi (2008): «El fundamento constitucional de los derechos de participación en materia de medio ambiente y su desarrollo en la Ley 27/2006», en PIGRAU I SOLÉ, Antoni (coord.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del convenio de Aarhus*, Atelier, pp. 119-148.

- JORDANO FRAGA, Jesús (2015): «El *fracking* en el estrado: recogiendo el guante verde arrojado por el Tribunal Constitucional a las Comunidades Autónomas», en esta REVISTA, núm. 45-46, pp. 9-34.
- LE MESTRE, Renan (1998): «L'extension de la responsabilité hospitalière sans faute [À propos de l'arrêt du Conseil d'Etat (Section du contentieux) du 3 Novembre 1997, Hôpital Joseph Imbert d'Arles], *Revue juridique de l'Ouest*, Volume 11, num. 1, p. 35-47.
- LÓPEZ ESCUDERO, M., (2013), «La libre circulación de mercancías», en AA. VV., *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea*, Tomo VI, Aranzadi, Pamplona, pp. 133.
- LOPEZ RAMÓN, Fernando (2014a): «Introducción general en la polémica del *fracking*», en LOPEZ RAMÓN, Fernando (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales*, Aranzadi, págs. 49-60.
- (2014b): «En la polémica del “*fracking*”», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 29, 2014, pp. 9-18.
- MARTÍN, Guilles (2000), «Apparition et definition du principe de précaution», en *Les Petites Affiches (LPA)*, 30 noviembre 2000, núm. 239, pp. 6-12.
- MAZEAU Laurène et TORRE SCHAUG, Marta (2014), «Responsabilité», en *Cahiers Droit, Sciences et technologies*, num. 4, pp. 267-275.
- NAIM GESBERT, Eric (2013): «Le monde de la précaution», en *Revue juridique de l'environnement*, núm. 3, pp. 590-591.
- (1999) *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, Bruxelles, VudPress et Bruylant,.
- NGO Mai-Anh et CHARLIER, CHRISTOPHE (2013): «Le choix du non-OMG dans un contexte de coexistence», en *Revue juridique de l'environnement*, núm. 4, pp. 613-623.
- PIGRAU SOLÉ, Antoni (2009): *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona.
- PONCE SOLÉ, Juli (2015): *Negociación de normas y lobbies*, Aranzadi.
- RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (2014) «Los principios generales del derecho alimentario», en *Revista de derecho de la Unión Europea*, núm. n° 26, enero-junio 2014, pp. 167-190.
- RÉMOND-GOUILLOD, Martine(1999): «On parle de risque Zéro», en *Acte du colloque risque zéro*, Naville Léroche, in 25-26 juin 1999, pp. 12-16.
- ROSA MORENO, Juan (2016): «Relevancia ambiental del *fracking*. Reacción normativa europea y estatal», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 33, pp. 377-408.

- SADLEER, Nicolas (1999): «Le principe de proportionnalité: cheval de troi du marché intérieur», *Revue des affaires europeennes*, num. 3-4, 1999. pp. 379-388.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y RUBÍ PUIG, Antoni. (2008): «Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales», *Revista InDret*, 1/2008, Barcelona, pp.1-69.
- SÁNCHEZ ARANA, Juan Diego (2014): *La fracturación hidráulica en la unión europea: estado de la cuestión*, Documento Marco 118/2014, IEEE.
- SANTAMARÍA ARINAS, René Javier: (2014): «Las claves jurídicas del debate sobre el fracking», en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, núm. 1, pp. 1-38.
- (2013): «Los límites sanitarios frente a emisiones electromagnéticas», en ALENZA GARCÍA, JOSÉ, *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario*, Aranzadi, Pamplona, pp. 175-194.
- SCHAEGIS, Chystelle (1998): *Progrés scientifique et responsabilité administrative*, CNR éditions.
- SERRANO, Marina (2016): «La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley Catalana "antifracking"», en *Diario La Ley*, N° 8803, Sección Tribuna, Editorial LA LEY.
- SORO MATEO, Blanca (2012): «Nuevos retos del derecho ambiental desde la perspectiva del bioderecho. Especial referencia a los derechos de los animales y de las futuras generaciones», *Revista Via Iuris*, num. 13,105-122.
- (2014a): «Reflexiones en torno a los derechos de las futuras generaciones» en CHIEFFI, Lorenzo y SALCEDO HERNÁNDEZ, José Ramón (coords.), *Questioni di inizio vita: Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, CEBES-CIRB, pp. 109-118.
- (2014b) «Aportaciones del Bioderecho al derecho ambiental», *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, núm. 29, pp. 49-76.
- THEVENOT, Gaël (2014): *De la prévention des risques au changement des pratiques agricoles : les limites du droit de la protection phytosanitaire*, Université Nice Sophia Antipolis.
- TORRE SCHUAB, Marta (2006): «Marché unique et environnement: quelle intégration?», en *Revue internationale de droit économique*, núm. 3, T. XX, pp. 317-338.
- VALENCIA MARTÍN, Germán (2016): «"Bienvenido Mr. Fracking": un pequeño análisis jurisprudencial», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 33, pp. 409-452.
- VIDAL, Cédric (2006): *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, Bruillant, Bruxelles.