

I. PLANTEAMIENTO. EL PRINCIPIO DE PRECAUCION COMO PRINCIPIO INSPIRADOR Y COMO PRINCIPIO SUSTANTIVO.

SU DIFERENTE OPERATIVIDAD

La más relevante referencia que ofrece el Derecho Positivo sobre el principio de Precaución en relación ambiental es la que se ha querido ver en el Tratado de la Comunidad Europea, modificado por el Tratado de Maastrichi, cuando en su art. 174,2, establece que " la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente... se basara en los principios de cautela y acción preventiva".

Este es un precepto que expresa bien a las claras las contradicciones y tópicos que se ciernen sobre el principio de precaución o, más precisamente, sobre su correcto entendimiento. Se trata, en efecto, de un artículo en el que unánimemente se advierte el reconocimiento expreso de una norma de muy alto rango del principio de precaución que tanta expectación ha levantado; pero lo cierto es que la redacción de éste precepto no encierra, en si misma consideraba, ninguna novedad, no se diseña ninguna fórmula jurídica, ni hay tan solo enunciado brillante alguno:

Ningún cambio, ninguna aportación novedosa hay en afirmar que la acción de los poderes públicos en materia de medio ambiente deberá inspirarse en el principio de cautela. De advertirse aquí alguna ello implicaría el reconocimiento, implícito pero inequívoco, de la actuación anterior de esos poderes públicos en ésta misma materia ambiental se había desarrollado al margen de la idea de precaución o cautela. No solo la legislación que, en lo sustancial se orienta toda ella a regular una prudente utilización de la tecnología y los recursos naturales para evitar o minimizar los riesgos para el medio ambiente; también la actividad y las decisiones administrativas, y los procedimientos

que las encausan, están impregnadas por ésta idea de cautela ¿Qué otra cosa sino precaución es lo que hay en la espina dorsal de un procedimiento administrativo para la autorización, de actividades con impacto ambiental? Y si nos adentramos en las interioridades del proceso judicial ¿no es el principio o la idea de cautela la que advertimos en unas fórmulas tan conocidas y afinadas por la jurisprudencia como son las "medidas cautelares"? ¿Qué se nos descubre ahora con el principio de precaución o de cautela?

Ese entendimiento genérico del principio de precaución que ha de impregnar, e impregna de hecho, la legislación y actividad de los poderes públicos no constituye, en rigor novedad significativa alguna y encontraríamos, por lo demás, su primer enunciado en la ética de Aristóteles y su encuadre en ella de la virtud de la prudencia. Lo que realmente constituye una novedad, lo que

Suscita interés con relación al principio de precaución, es la concepción sustantiva que se ofrece del mismo, su entendimiento como un principio autónomo capaz de operar por sí mismo y no disuelto en una normativa que puede, sí, estar inspirada en ese principio pero que entonces es esa normativa la que cobra interés en sí misma.

Podríamos, en efecto, advertir en muchas normas una decidida opción por la precaución. Así ocurre sin duda en toda la normativa, en clara expansión por lo demás, sobre seguridad: seguridad industrial¹, alimentaria, vial, etc.; ocurre también, por supuesto, con la normativa que aquí prioritariamente nos interesa, la relativa a la protección del medio ambiente: regulación de actividades contaminantes gestión y protección de recursos naturales, liberación de organismos mutados genéticamente, evaluación de impacto ambiental, toda esta normativa rezuma precaución; hasta en el Código Penal

¹ Vid. Con expresa atención a estas cuestiones M. TARRES VIVES, "El nuevo régimen de la seguridad industrial", Revista Autonomías, n. 15. 2003.

podríamos encontrar abundantes conceptos y hasta capítulos en los que percibir la idea de precaución.

Toda la regulación sobre riesgos, podríamos concluir, está inspirada de una manera u otra -como no podía ser menos, por lo demás- en la idea de precaución. Pero lo cierto es que lo jurídicamente relevante aquí es la legislación misma, las opciones que se adoptan a través de las concretas determinaciones que se contienen en sus preceptos, y no tanto las ideas o principios que pudieran inspirar estas regulaciones, máxime si lo que se advierte es un genérico y primario principio de precaución presente con toda lógica en legislaciones, como las aludidas, relativas al medio ambiente o a la seguridad en sus diversos frentes.

No es por tanto, se puede aventurar, el principio de precaución entendido como un principio inspirador de un sector de la legislación, el que resulta de interés, ni el que ha levantado tanta expectación en los últimos años, sino el principio de precaución sustantivado, no disuelto en legislación alguna y que opera por tanto autónomamente cuando se apela a él, y sólo a él, para adoptar decisiones. ¿Y dónde está el interés jurídico del principio de precaución así caracterizado? Pues en algo tan relevante como en que las medidas adoptadas en base a este principio, sustantivado y autónomo, enervan o excepcionan el régimen ordinario, de Derecho positivo, que sería de aplicación si no se invocara, y con acierto, el principio de precaución.

Podemos advertir, pues, un principio de precaución entendido como principio inspirador de cierta legislación - principio que, jurídicamente, tiene un interés muy secundario, adjetivo si se quiere, en relación a la propia normativa- y una segunda comprensión de éste principio, como principio sustantivado que suscita gran interés, y agudos problemas, desde el punto de vista jurídico puesto que su normal

operatividad le lleva a fundar medidas que suponen, precisa y paradójicamente, la excepción de la normativa vigente².

Esta segunda concepción estricta, del principio de precaución es la que tiene su razón de ser y la que suscita tanta expectación en la sociedad actual que se ha dado en llamar significativamente, la sociedad del riesgo son dos fundamentalmente, las referencias que dan al principio de precaución su sentido y significado: una referencia o elemento consustancial es el riesgo, y la otra, estrechamente conectada, es la incerteza. Se trata ciertamente de dos realidades muy unidas puesto que una característica consustancial del riesgo es la incerteza. Una característica que lo distingue netamente del daño, que supone la efectividad, la realización, la certidumbre, aunque en algunos casos el daño no sea conocido o tarde en conocerse pero ya no estamos entonces en el terreno de la probabilidad o la incertidumbre, sino en el desconocimiento.

En cualquier caso, sin necesidad de mayores adquisiciones semánticas o conceptuales, que puede dibujarse fácilmente en sus trazos fundamentales y característicos el cuadro, tan propio de las sociedades postindustriales, en el que se invoca y parece llamado a operar el principio de precaución es su concepción estricta y autónoma que aquí nos interesa.

II. EL RIESGO Y LA INCERTEZA COMO PRESUPUESTO DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN.

² La Comisión Europea, en su ya conocida «Comunicación sobre el recurso al principio de precaución», se decanta implícita pero inequívocamente por esta concepción estricta y dura del principio de precaución. Sólo así se explica que establezca como condiciones y límites de las medidas adoptadas en base a este principio la proporcionalidad o su carácter tendencialmente provisión a la luz de los nuevos datos científicos. Es cierto que, posiblemente con la idea de dilucidar esta imagen, la misma Comunicación afirma en otro momento que « la decisión de financiar un programa de investigación pueden ser actos inspirados por el principio de precaución»; pero se trata de acciones que, aunque puedan inspirarse en tal principio, no plantean los problemas jurídicos que suponen las medidas restrictivas y gravosas.

Las sociedades industrializadas y tecnificadas generan un volumen de riesgos que aumenta con el propio desarrollo tecnológico. Debemos diferenciar aquí, aunque sea de manera convencional, entre peligro –que tiene un origen natural, ajeno a intervención humana- y riesgo, que tiene su origen en una tecnología -alimentaria, energética, industrial, telecomunicación, farmacéutica, biológica etc, - y, por tanto, en la acción humana. A medida que una sociedad se desarrolla tecnológicamente va reduciendo los peligros naturales, evitándolos o neutralizándolos, pero va generando riesgos derivados precisamente de ésta tecnología: de la tecnología alimentaria, de la farmacéutica, de la energía, de la biotecnología alimentaria, de la farmacéutica, de la energía, de la biotecnología; pensemos, por poner un ejemplo de actualidad y futuro, en los riesgos asociados a los organismos modificados genéticamente³.

Ocurre que el riesgo –riesgo tecnológico en su más amplio sentido-, al ser una probabilidad, esta siempre envuelto en la incerteza. No se sabe con precisión y certeza el potencial dañoso de una determinada tecnología: de un producto, de un nuevo material, de un organismo modificado genéticamente. O puede ocurrir también que tecnologías consideradas seguras vean como los avances del conocimiento científico ponen en cuestión esa inocuidad, alertando sobre posibles riesgos que hasta entonces no se habían considerado.

Es justamente en estos casos en que se plantean riesgos, envueltos como tales en un entorno de incerteza, cuando puede entrar en juego el principio de precaución operando en el marco de las complejas relaciones entre la ciencia y el Derecho, cuando la ciencia alerta sobre la existencia de riesgos que no se contemplan en la regulación jurídica del sector de que se trate. En estos casos de incerteza en los que se cierne un riesgo sobre la salud de las personas o el medio ambiente, el principio de precaución habilita a los poderes públicos para adoptar medidas

³ Sobre estas cuestiones en torno a la creciente significación del riesgo en las sociedades post-industriales y en sus sistemas jurídicos, puede consultarse mi libro, *Técnica, riesgo y Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999.

de excepción que impliquen la suspensión del régimen jurídico que sería aplicable, se trata de medidas que por su carácter traumático, en la medida que suponen la excepción del régimen jurídico aplicable, han de tener un marco de carácter temporal, circunscrito a la situación de riesgo e incerteza que la suscitó.

Son desde luego este tipo de medidas de excepción las que constituyen objeto de controversia e interés jurídico que se extiende, lógicamente, al principio de precaución que les da cobertura. Se trata entonces de fijar con la mayor precisión posible las condiciones y presupuestos que deben ocurrir para adoptar esas medidas, de señalar sus límites e identificar los sujetos que pueden adoptarlas, de establecer sus responsabilidades, etc. Ningún interés específico, novedoso por así decirlo, encontramos en la adopción de medidas ordinarias como pudiera ser la aprobación de una ley o la resolución administrativa por la que se decide otorgar una subvención administrativa pero no de las singularidades propias del principio de precaución que se manifiesta en las medidas de excepción.

La legislación sobre organismos mutados genéticamente por poner un ejemplo significativo, puede estar inspirada en muy buena medida en el principio de precaución pero es obvio que no se trata de una medida excepcional, sino de una ley ordinaria con las condiciones y efectos característicos de todas las leyes. Pudiera muy bien ocurrir entonces que, tras los análisis de riesgos establecidos por esta legislación y siguiendo sus trámites, se autorice la liberación al medio ambiente de un organismo modificado genéticamente y que, algún tiempo después, se conozcan sus efectos no previstos y que la ciencia alerte sobre graves riesgos para el medio ambiente desconocidos hasta entonces; en esa situación de incerteza, y si concurrieran las necesarias condiciones, el principio de precaución podría dar cobertura a medidas que excepcionan el régimen vigente en la materia: podría así suspenderse o revocarse una autorización perfectamente otorgada con arreglo a lo dispuesto en la legislación sobre organismos mutados genéticamente. El principio de precaución no interesa, pues, como principio inspirador de una legislación, como pueda ser la de organismos modificados, sino como principio capaz de excepcionar precisamente esa

legislación mediante medidas en él fundadas. Es aquí donde se concentran los problemas y donde hay que construir un régimen de referencias que perfilen el alcance de éste principio.

Tras esta aproximación para fijar sentido y la operatividad propia del principio de precaución, podemos entrar de lleno en el sector del medio ambiente donde, como ya nos consta, se reconoce la aplicabilidad de éste principio en la norma de más alto rango que lo reconoce: el Tratado de la Comunidad Europea cuando en su art. 174.2 afirma que "la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambientese basará en los principios de cautela y de acción preventiva". Sobre ésta materia medioambiental –con perfiles por lo demás poco precisos– podemos precisar ya los presupuestos, elementos y límites del principio de precaución.

III. EL RIESGO Y LA INCERTEZA COMO ENTORNO COMÚN DEL DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

La incerteza es un estado frecuente del Derecho medioambiental; es una de sus más destacadas características al tiempo que uno de sus mayores problemas. El Derecho de la modernidad por así llamarlo ha venido construyéndose sobre la base de las certezas, sobre la idea de la seguridad jurídica; se ha ido articulando en torno a relaciones jurídicas con contenidos igualmente ciertos. El Derecho de la postmodernidad, el Derecho de las sociedades postindustriales, ha tenido por su parte que enfrentarse con los excesos de la industrialización y la protección del medio ambiente, una materia en la que con frecuencia se quiebran o diluyen las cadenas de certeza con las que el Derecho tradicionalmente ha venido operando. Es un Derecho muy dependiente de las valoraciones técnicas y científicas sobre los efectos para el medio ambiente de las actividades humanas; unas valoraciones que con mucha frecuencia no pueden manifestarse de manera concluyente por muy diversas razones - limitación de los conocimientos científicos, tecnologías novedosas, efectos combinados y diversos con factores naturales variables como la climatología, etc y que por ello tienden a

generar incerteza en cuanto a los posibles riesgos que para el medio ambiente puedan tener determinadas' actividades aunque se ajusten a la legalidad vigente.

Que la incerteza sea un estado frecuente en el Derecho medioambiental no quiere decir en modo alguno que el principio de precaución resulte de aplicación de manera generaliza en esta materia. Hemos de precisar más los tipos y características de la incerteza para que puedan adoptarse las medidas excepcionales que en el principio de precaución pueden encontrar fundamento.

1. Clases de incerteza: incerteza originaria e incerteza sobrevenida

La incertidumbre originaria se da en el caso de nuevas tecnologías o productos que, por falta de experiencia y utilización en un periodo dilatado de tiempo, no muestran la totalidad de sus efectos y sus posibles riesgos. Así la ciencia reclama periodos de tiempo relativamente amplios, veinte o treinta años en muchos casos, para conocer los efectos de muchas tecnologías en organismos vivos. Por ello mismo, esta incerteza originaria se reduce con el tiempo pues con su transcurso se muestran los efectos antes desconocidos, o a la falta de los mismos, de una tecnología.

Pero puede darse también una incertidumbre sobrevenida cuando los avances en el conocimiento científico advierten sobre posibles riesgos hasta entonces no percibidos en productos o procesos técnicos que se creían inocuos o con riesgos muy acotados y controlables.

Esta precisión sobre los posibles momentos de la incerteza nos resulta de utilidad para encuadrar críticamente algunas posturas más o menos difundidas y que en algunos casos han sido asumidas por la jurisprudencia. En más de un caso en efecto los Tribunales han apelado a la idea de precaución, o simplemente han utilizado el término, para refrendar medidas restrictivas de las Administraciones con relación a tecnologías novedosas sobre las que existe algún

grado de incertidumbre sobre posibles efectos perjudiciales para la salud o el medio ambiente. Así ha ocurrido con relación a resoluciones administrativas denegatorias de solicitud de autorización para instalar estaciones de base de telefonía móvil. En estos supuestos serían del todo admisibles las consideraciones sobre la precaución ante el margen que suponen unas tecnologías de reciente aparición.

Pero el caso es que esa apelación a la precaución para justificar medidas restrictivas o denegatorias de las Administraciones se extiende a otras tecnologías que no son en absoluto novedosas y sobre las que no se cierne margen de incerteza alguna en cuanto a sus posibles riesgos. Así ha ocurrido, por ejemplo, con relación a transformadores de electricidad. Aquí no resulta admisible apelar a la precaución y las razones de ello nos ayudan a perfilar el alcance de este principio: es evidente que un transformador de electricidad tiene un cierto margen de riesgo, pero se trata de un margen de riesgo conocido, hay un perfecto conocimiento de unas instalaciones que existen desde hace prácticamente un siglo, se dispone de una dilatada experiencia y abundantísimos datos estadísticos, se conocen los riesgos y se conocen también, perfectamente, las medidas para evitarlos. No puede advertirse en modo alguno una incerteza originaria en unas instalaciones que funcionan desde hace más de ochenta años.

Otra cosa sería que se conociesen ahora unos efectos hasta ahora desconocidos, o que la ciencia-alertara sobre ellos, de esas instalaciones. Sería un supuesto de incerteza sobrevenida que no concurre en el caso de los transformadores eléctricos.

Así, recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha extendido una doctrina jurisprudencial que acuñó con relación a las nuevas tecnologías de telefonía móvil a otras instalaciones en absoluto novedosas como son un distribuidor de electricidad. Entiende el Tribunal que es «aplicable plenamente, la doctrina antes expuesta -la relativa a las nuevas estaciones de base de telefonía móvil sobre las que la ciencia no ha emitido

aún, requiere un periodo de veinte años para conocer los efectos en el organismo humano, un pronunciamiento concluyente sobre su inocuidad-, debiendo en consecuencia rechazarse las argumentaciones de la apelante en orden a que el principio de precaución no es aplicable a los campos electromagnéticos, o a su carencia de incidencia ambiental, pues, sin perjuicio de señalar que deberá ser precisamente en el expediente ambiental donde se determine y concrete tal incidencia, como en la última sentencia citada se indicó, bien en referencia a una estación de base de telefonía móvil, pero en conclusiones aplicables también a esta actividad, las dudas que pueden existir sobre si una instalación de tal clase debe someterse a dicho régimen especial deben desecharse por dos razones: la primera, porque ante la duda en materia tan delicada y trascendente como la incidencia sobre la salud y el medio ambiente debe ahogarse, aunque sólo sea por precaución, por. El máximo de seguridad y garantías, la segunda, porque el nivel de estudios la materia pone de manifiesto no tanto una incertidumbre sino una convicción de tal incidencia» (Sentencia 856, 11.XI.2003).

Estas consideraciones nos llevan a una importante delimitación en el tema que nos ocupa. No toda la incerteza justifica, ni mucho menos, la apelación al principio de precaución: existen márgenes de incerteza permitidos porque el riesgo que envuelven está a su vez permitido. Los transformadores de electricidad suponen un riesgo y una incerteza en torno al mismo, de la misma manera que un vehículo a motor también genera riesgos y no se sabe, existe un margen de incerteza, si se producirá un daño y de qué características. Pero se trata, en estos casos de riesgos permitidos, plenamente aceptados por la sociedad y el ordenamiento jurídico, aceptados porque la sociedad quiere disponer de energía eléctrica y de transportes mediante vehículos a motor. No existe pues el riesgo cero. Convivimos con riesgos que aceptamos, con reflejo explícito de esa aceptación en el ordenamiento. No procede aquí, desde luego, detenerse en los criterios de delimitación del riesgo permitido pero sí que puede afirmarse con rotundidad que la incerteza asociada a estos

riesgos es, también, una incerteza permitida-que habrá de reducirse, como también habrá de reducirse el riesgo que envuelve- que no justifica en modo alguno el recurso al principio de precaución.

En esta misma sentencia se contiene una afirmación muy radical «por el máximo de seguridad y garantías» que, obviamente, llevada a sus últimas consecuencias supondría la interdicción de cualquier tecnología si genera algún riesgo. El máximo de seguridad respecto a las instalaciones eléctricas sería su desmantelamiento, pero es obvio que la sociedad requiere y desea energía eléctrica y asume los riesgos, bien conocidos por lo demás en estas instalaciones, que sin duda conlleva. De la misma manera que la conducción de automóviles conlleva un riesgo cierto -que a sociedad, admite por cierto en términos muy amplios- y que el máximo de seguridad en este ámbito serían una serie de medidas muy restrictiva que no se han adoptado en modo alguno. Hay un margen de inseguridad, un margen de riesgo, que admite en todos los sectores. Es más allá de ese margen de riesgo permitido donde el principio de precaución puede operar.

En resolución, la incerteza que justifica la apelación al principio de precaución es la que se cierne sobre los riesgos no permitidos que, en principio, son riesgos que amenazan gravemente bienes y valores a los que se reconoce una relevancia destacada, entre ellos y muy concretamente -por haber sido señalados así, sobre todo en

la normativa y jurisprudencia comunitaria-, la salud y el medio ambiente.

2. La necesidad de acreditar y contrastar la situación de incerteza

No es todavía suficiente, para adoptar medidas en base al principio de precaución, que se alegue sin más la existencia de incertidumbre y riesgo grave, no permitido, para la salud o el medio ambiente.

Es necesario acreditar y contrastar esa incertidumbre. No basta, por ejemplo, que un laboratorio informe sobre la existencia de riesgos graves para el medio ambiente derivados de un producto para el tratamiento de las plagas forestales; un producto que, por lo común, dispone de todas, las autorizaciones exigibles y ha sido objeto de diversos controles. El órgano competente para adoptar, medidas que, de fundarse en el principio de precaución, pueden ser medidas excepcionales como la retirada de un producto que se ajusta del todo a la legalidad vigente, debe contrastar la incertidumbre que justifica estas decisiones de excepción: no basta en absoluto la aparición del informe de un laboratorio, habrá de contrastarse esa información y acreditarse efectivamente, la posibilidad del riesgo. Este contraste y acreditación de la incerteza incumbe sobre todo al órgano que pudiera apelar al principio de precaución y adoptar en base a él medidas excepcionales. En la medida en que se trata de medidas de excepción justificadas por la incertidumbre en torno a un riesgo grave y no permitido es ineludible; la acreditación efectiva de una situación cíe incertidumbre. A efectos prácticos habría que concluir que la incertidumbre debe acreditarse en el expediente, donde deben constar los informes y averiguaciones que concluyen en el reconocimiento de una situación de incertidumbre sobre un riesgo grave; de no ser así podrían considerarse viciadas las medidas de excepción adoptadas en base a un principio de precaución en el que no concurre su presupuesto fundamental.

Es por lo demás en este trámite de acreditación, de contraste, de documentación si se quiere, donde los Tribunales europeos han concentrado sus facultades fiscalizadoras de las decisiones. Así ha ocurrido, por ejemplo, con la autorización para la instalación de una plataforma de explotación a una petrolera en el Mar del Norte. 'Diversas asociaciones ecologistas impugnaron esta decisión argumentando que la autorización debería haberse denegado en base al principio de precaución. La Administración holandesa en este caso puso de manifiesto que la incertidumbre sobre riesgos para el medio ambiente se dispó con la realización de un estudio técnico del que se desprendía

que no existía un riesgo relevante sí se adoptaban determinadas medidas técnicas de seguridad. Pues bien, el Tribunal de los Países Bajos, en su Sentencia de 28 de abril de 1997, no cuestionó en modo alguno ese estudio –en general los Tribunales mantienen la prudente y lógica postura de no revisar valoraciones técnicas y científicas-, pero entendió que para disipar las dudas y la incerteza era necesario el contraste y una mayor documentación científica para adoptar la decisión.⁴

IV. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

La referencia misma que acabamos de hacer a los Tribunales revisando una decisión a la luz del principio de precaución y de las 'asociaciones ecologistas alegando que la decisión administrativa sobre la autorización de una plataforma petrolera debería ser negativa en base a este nos introduce en la cuestión relativa al elemento subjetivo de este principio que no es otra que determinar el sujeto llamado a la aplicación de este principio. Una cuestión que en el sector medioambiental que nos ocupa plantea sus propios problemas.

1. ¿Pueden invocarlo los particulares cuando se trata de riesgos ambientales?

En primer término se ha de dilucidar si los particulares pueden invocar y aplicar el principio de precaución. La cuestión se plantea agudamente cuando se traslada a los particulares, y así es en Realidad en ciertos aspectos, las decisiones sobre riesgos: es evidente que son los particulares los que acaban por decidir sobre determinados riesgos que les afectan, desde fumar hasta conducir un vehículo. Pero es evidente que estas

⁴ Más allá de éste caso, puede encontrarse una excelente exposición de la recepción por la jurisprudencia europea del principio de precaución en F. JAVIER SANZ.LARRUGA, *El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria*, págs. 117 y ss.

decisiones corresponden a la legítima esfera de libertad de los individuos y, por supuesto, sólo a ellos afectan: en modo alguno pueden los particulares imponer las medidas de excepción, gravosas y vinculantes, que son características del principio de precaución.

Son los poderes públicos, incuestionablemente, los que están llamados a aplicar en su sentido propio y genuino, con la facultad de adoptar medidas excepcionales y restrictivas, el principio de precaución; es una facultad y una responsabilidad muy relevante que les incumbe, muy conectada en nuestro caso a sus responsabilidades en la protección del medio ambiente. Esta atribución exclusiva, que resulta lógica y hasta obvia a los poderes públicos merece ser reafirmada de manera explícita pues en la práctica se han dado planteamientos, notoriamente viciados, que la cuestionan y que se apoya en un entendimiento amplio e impreciso del principio de precaución. Veamos dos de ellos.

Uno se ha dado en el debate sobre los alimentos transgénicos. Desde ciertos sectores, claramente proclives al desarrollo de la biotecnología en la industria alimentaria, se ha pretendido que sean los consumidores quienes apliquen el principio de precaución al aceptar o rechazar en su caso determinados alimentos cuyos componentes básicos han sido objeto de modificación genética. Esta elemental y primaria capacidad de opción de los consumidores sólo puede adscribirse a un difuso principio de precaución, entendido en un sentido tan amplio como inoperante. Y, por supuesto, no elimina ni disminuye lo más mínimo las responsabilidades de los poderes públicos para adoptar medidas de control y evitación de los posibles riesgos de estos productos transgénicos.

El otro planteamiento se ha dado también con relación a los organismos mutados genéticamente cuyos principales riesgos parece, según los expertos, que no se localizan tanto en la salud humana como en el medio ambiente: en los negativos efectos que estos organismos, cuyas reacciones al contacto con otros

elementos naturales -que, a su vez, han podido ser objeto de modificación genética- no se conocen a ciencia cierta, pueden tener para él medio ambiente, la diversidad genética y los procesos ecológicos esenciales. Particularmente conflictivo ha sido el caso del maíz transgénico que ha dado lugar a movilizaciones por parte de asociaciones y colectivos ecologistas. Pues bien, en algún caso se han dado acciones violentas por parte de estos grupos que han segado y destruido plantaciones autorizadas de maíz transgénico; y lo han hecho invocando el principio de precaución.

Es cierto que lo característico de las medidas adoptadas en base al principio de precaución es su carácter de excepción, exceptuando por ejemplo la validez de la autorización de cultivo si se cierne un riesgo, envuelto como es común en una situación de incerteza, 'para el medio' ambiente. Pero, precisamente por ello, por la excepcionalidad y gravedad de tales medidas, la adopción de las mismas no puede quedar en manos y al albur de cualquier persona o grupo sino de los poderes públicos con competencias en la materia de que se trate. El punto crítico del principio de precaución es, justamente, que se erige en un principio de excepción y es esa vertiente la que se debe perfilar y acantonar en sus justos límites, puesto que, en base a este principio y a sus supuestas bondades como instrumento para evitar riesgos a la salud, y al medio ambiente, se pueden excepcionar o violentar las normas y situaciones jurídicas más firmes. Un elemento decisivo es por tanto el de la legitimación subjetiva – un órgano público con competencia atribuida por ley para adoptar medidas en esa materia- y procedimental- con observancia de los trámites esenciales y el especial de la acreditación del riesgo y la incerteza- que no puede concurrir en quien se autoproclama ecologista y con ello se enviste de potestades para adoptar medidas violentas, contrarias a la legalidad, y que son exponente inequívoco de una deriva que se ha dado en llamar, no sin acierto, ecofascismo.

Los particulares podrán, por supuesto, actuar con toda la precaución que quieran y, en muchos casos, les puede ser

exigible esa precaución, en el sentido de diligencia debida, sí tienen una mayor capacidad de impacto en sectores como la salud y el medio ambiente por razón de su actividad industrial o profesional. Pero estamos aquí más ante la idea de precaución y, si se quiere, la virtud de la prudencia que del principio estricto de precaución que habilita para la adopción de medidas singulares y que corresponde aplicar a los poderes públicos.

2. La aplicación por los poderes públicos. El protagonismo de la Administración y las vías de revisión judicial

Afirmada de manera incuestionable la aplicación de este principio exclusivamente por los poderes públicos, corresponde ahora precisar entre ellos el sujeto llamado más directamente a su aplicación.

El legislador no necesita en absoluto acudir a este principio para la aprobación de leyes, como son las relativas a la protección del medio ambiente que, ciertamente, pueden estar inspiradas en la idea de precaución pero que tienen su propia fuerza -la que deriva de su naturaleza de norma con rango de ley- y no necesitan ampararse en principio singular alguno.

Es sin duda alguna el ejecutivo el que afronta las situaciones de incerteza que se puedan plantear de manera perentoria y el que está llamado a tener el principal protagonismo con relación a este principio. Más concretamente, son las Administraciones Públicas en lo que son sus espacios competenciales las que pueden adoptar medidas en base al principio de precaución.

Este protagonismo de la Administración habría de extenderse de algún modo a los Tribunales, concretamente a la jurisdicción contencioso-administrativa como instancia revisora de la legalidad de la actuación administrativa. Así es en realidad, pero destacando que no son los Tribunales los que de oficio adoptan unas medidas sino los que revisan las adoptadas por la Administración y aquí nos podemos encontrar con dos hipótesis.

La primera, de la que ya existen experiencias, que la Administración no haya aplicado el principio de precaución con el rigor que exigían las circunstancias del caso. Se trata de resoluciones de contenido afirmativo que, en el parecer de los Tribunales, no han sido lo suficientemente precavidas. Así se manifestó tempranamente por el Consejo de Estado francés en su resolución de 19 de febrero de 1998 (Association Greenpeace France), en el caso del maíz transgénico que tanta polémica sigue causando en Francia. El Consejo de Estado no entró en el contenido y resultado de la valoración de riesgos realizada por el ministerio de Agricultura, pero advirtió no obstante que el expediente resultaba incompleto, con falta de estudios suficientes para adoptar una medida, fundada. "No se había actuado así con la precaución necesaria que el caso exigía. Hay en ésta primera hipótesis de fiscalización judicial un defecto o déficit de precaución en las medidas adoptadas por los órganos administrativos.

La segunda hipótesis de revisión judicial, todavía poco desarrollada, sería pro un exceso de precaución: por la adopción de medidas injustificadamente restrictivas y gravosas para evitar unos riesgos de escasa entidad o inexistentes. El criterio de valoración aquí determinante es el de la proporcionalidad, sopesando si existía el adecuado y proporcionado equilibrio entre los riesgos que se advertían y las medidas adoptadas para evitarlos o disiparlos. En otros casos podría también advertirse un exceso de precaución no ya por falta de proporcionalidad, sino por inexistencia de riesgo o incertidumbre que justifique la apelación al principio de precaución, o por falta de contraste o acreditación de ello.

Este segundo frente de control y revisión judicial del que -podríamos llamar exceso de precaución parafraseando el conocido vicio de exceso de poder- esta, como se ha apuntado, por desarrollar. Una primera oleada del principio de precaución, en la que todavía estamos inmersos, es la que impulsa a una aplicación del mismo reforzando las cautelas del ejecutivo en la

adopción de medidas en sectores sensibles como la salud y el medio ambiente. Todos los casos y decisiones que aquí se han referido, con su correspondiente reflejo y tratamiento jurisprudencial, se adscriben a esta línea. Pero está por llegar una segunda ola en la que habrán de plantearse y revisarse los casos en que se adoptaron medidas excesivas y desproporcionadas que pudieran haber supuesto una carga o detrimento injustificado en algunos sujetos. Hay ya algunos casos conocidos, que se han planteado ante los Tribunales y que están todavía por resolver. A título de ejemplo pueden mencionarse los hechos acaecidos hará un par de años en relación con el aceite de orujo; un producto que fue retirado del mercado por las autoridades sanitarias, invocando el principio de precaución ante los supuestos riesgos sobre los que había advertido algún laboratorio. Riesgos que no se confirmaron en absoluto como se desprende de la presencia en el mercado, poco tiempo después, de este producto. Sin embargo, el daño a la imagen comercial en un mercado tan sensible y agresivo como el de la alimentación ha podido tener unos importantes efectos económicos negativos. Este sería un ejemplo de exceso en la aplicación del principio de precaución como es muy posible que se planteen otros en el futuro.

V. MEDIDAS FUNDADAS EN EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN EL ÁMBITO MEDIOAMBIENTAL

Hemos de diferenciar aquí una vez más entre el principio de precaución como principio inspirador y el principio de precaución; en su operatividad autónoma, sustantiva, como criterio único o principal de la decisión.

Como principio inspirador se puede advertir su presencia en la práctica totalidad de la normativa en materia de medio ambiente. Es esa normativa la que tiene así entidad por sí misma, y la que puede ser objeto de estudio y valoración. En cambio el principio de precaución que supuestamente la podría inspirar al diluirse en ella pierde toda sustantividad.

Es como principio autónomo, sustantivado, como el principio de precaución adquiere su principal protagonismo al dar cobertura a medidas y decisiones que sólo en él pueden encontrar cobertura. En general, y de manera más específica en materia de medio ambiente, este principio puede fundar dos tipos de decisiones. Unas serían de contenido negativo, o si se quiere dilatorio, y otras de carácter activo que suelen tener un contenido rescisorio.

1. Medidas dilatorias

La legislación medioambiental concede una gran relevancia a la intervención administrativa previa, antes de que se levante una instalación o se inicie una actividad con posible incidencia sobre el medio ambiente. Esta intervención se ha canalizado tradicionalmente a través de la fórmula autorizatoria en sus diversas regulaciones, desde la tan conocida del viejo reglamento de actividades clasificadas –molestas, nocivas, insalubres y peligrosas –hasta el reciente régimen de intervención integral de la Administración Ambiental⁵. A ese característico régimen autorizatorio hay que añadir otra importante fórmula de intervención y valoración previa de la incidencia ambiental de determinadas actividades o instalaciones ya de gran envergadura: la evaluación, de impacto ambiental.

Pues bien, cualquiera que sea la regulación concreta y de detalle, lo cierto es que el principio de precaución refuerza considerablemente la posición de la Administración para emitir resoluciones negativas o dilatorias a la solicitud planteada por el promotor de una actividad o instalación con incidencia ambiental.

El principio de precaución permite aquí, como es propio de él por lo demás, reaccionar ante la incerteza: pudiera muy bien ser que el solicitante de una licencia cumpliera con todas las

⁵ Vid. J. PONCE SOLÉ, “Prevención, precaución y actividad autorizatoria en el ámbito del medio ambiente”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, n. 183, enero – febrero 2001, págs. 147 y ss.

exigencias establecidas en la normativa del sector de que se trate, pero, que se diera una situación de incerteza originaria o sobrevenida, sobre posibles y graves riesgos para el medio ambiente derivados de la instalación o actividad de la instalación que se trate. La apelación al principio de precaución permitiría a la Administración denegar una autorización o demorar su otorgamiento, hasta que no se hubiera superado la incertidumbre sobre los riesgos, incluso si el sujeto solicitante cumple con todas las exigencias fijadas por la normativa vigente en la materia. Piénsese en las dos hipótesis de incerteza que ya conocemos.

Una, la originaria. Se trata de nuevas actividades o instalaciones -o ya bien conocidas, pero que incorporan alguna tecnología novedosa- que, si cumplen con alguna normativa será una normativa que no las contempla en razón de su novedad. En esta hipótesis puede perfectamente plantearse una situación de incertidumbre sobre posibles y graves riesgos para el medio ambiente.

Otra; la incerteza sobrevenida. Existe una regulación sobre actividades e instalaciones que no son en modo alguno novedosas y que se creían inocuas, o con riesgos controlables, para el medio ambiente, pero nuevos avances en el conocimiento científico alertan sobre posibles riesgos que hasta entonces no se habían considerado. Aunque el solicitante se-ajuste a la normativa anterior, la incertidumbre sobre nuevos riesgos habilitaría a la Administración para denegar o demorar el otorgamiento de la concesión hasta se hubiera superado, al menos en sus componentes más graves, la situación de incerteza.

Sobre este régimen de medidas de carácter dilatorio, demorando la adopción de una decisión, lo que se puede entender, según se mire, como medidas negativas, conviene realizar algunas precisiones:

Primera.- Que es un régimen en expansión si se tiene en cuenta que la regulación en materia de autorizaciones tiende inexorablemente a vaciarse de referencias materiales por la creciente e inabarcable complejidad tecnológica. Esa tendencia se advierte bien a las claras en el régimen de intervención integral en materia medioambiental que se remite, como principal criterio material, a la mejor tecnología disponible, lo que es el reconocimiento del imperio de la técnica y su permanente evolución con las incertidumbres que su mismo progreso plantea⁶.

Segunda.- Las medidas que se adopten en base al principio de precaución no son sólo las de carácter negativo o medidas dilatorias, sino que también las típicas medidas correctoras. El principio de precaución habilitaría la imposición de determinadas medidas de orden técnico por las incertidumbres que hubieran podido plantearse sobre posibles riesgos.

Tercera.- Hay que insistir en el carácter dilatorio de estas medidas: en realidad demoran la que sería una decisión definitiva, positiva o negativa, hasta que se supere la situación de incertidumbre. Son por tanto medidas que, como todas las que se fundan en el principio de precaución y resultan gravosas y excepcionales, han de ser objeto de revisión para comprobar si se mantiene la incertidumbre que inicialmente las justificó.

2. Medidas rescisorias

En principio son medidas que se adoptan en supuestos de incerteza sobrevenida: actividades o instalaciones con posible incidencia ambiental que han sido reconocidas, valoradas y aceptadas por la Administración con una declaración formal de su parte, presentan unos riesgos que antes no se percibían pero que en un momento dado afloran, bien porque se producen

⁶ Vid. J. ESTEVE PARDO, «La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible», *Revista 'de Administración Pública*, n. 149, 1999, págs. 37 y ss.

daños o bien porque nuevos avances en los conocimientos científicos los hacen visibles. En tales casos, y con las condiciones que ya hemos expuesto, la Administración podría adoptar medidas rescisorias de sus declaraciones anteriores, como ordinariamente sería el otorgamiento de una autorización.

El límite temporal, sujeto a la revisión de unas medidas que son, en este caso, siempre gravosas, debe ser especialmente destacado, sin perjuicio de que podría darse una decisión final negativa e irrevocablemente rescisoria si se comprobara de manera inequívoca que esa actividad inicialmente autorizada origina daños reales y graves al medio ambiente.