

EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN: REFLEXIONES SOBRE SU CONTENIDO Y ALCANCE EN LOS DERECHOS COMUNITARIO Y ESPAÑOL

Por

CÉSAR CIERCO SEIRA
Departamento de Derecho Público
Universidad de Lleida

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: RAZONES QUE ACONSEJAN EL ESTUDIO DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN.—II. LA APARICIÓN Y CONSOLIDACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN: 1. *La irrupción del principio de precaución en el contexto internacional de la protección del medio ambiente y su posterior difusión hacia el ámbito de la salud pública.* 2. *La recepción del principio de precaución en el seno de la Unión Europea.* 3. *La recepción del principio de precaución en el ordenamiento jurídico español.*—III. EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN: 1. *Consideraciones preliminares: el particular interés de la Unión Europea por alcanzar una definición precisa de las condiciones de aplicación del principio de precaución.* 2. *Los presupuestos del principio de precaución:* A) La identificación de un factor de riesgo. B) La incertidumbre científica en la caracterización del riesgo. 3. *La decisión en torno a la aplicación o no del principio de precaución.* 4. *El aplazamiento de las medidas precautorias y su posible incidencia en el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración.* 5. *La adopción de medidas precautorias: requisitos y características que deben reunir las mismas.*—IV. FINAL.

I. INTRODUCCIÓN: RAZONES QUE ACONSEJAN EL ESTUDIO DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Las continuas e incesantes transformaciones a que está sujeto un sistema cambiante como es el ordenamiento jurídico hacen que, en ocasiones, el jurista tenga la oportunidad de asistir a la emersión de nuevos principios que pretenden dar respuesta a ciertas necesidades sentidas como tales por la colectividad. Uno de esos principios que en nuestros días se está abriendo paso con gran ímpetu y vigor es, sin duda, el principio de precaución, también llamado, entre nosotros, principio de cautela (1). La irrupción de este principio, de pre-

(1) Vaya por delante una simple advertencia de carácter terminológico. Y es que si el lector se asoma al estudio de este principio observará que aunque los términos francés (*principe de précaution*), italiano (*principio di precauzione*) e inglés (*precautionary principle*) parecen corresponderse más bien con el de «principio de precaución» en español, entre nosotros se alude, indistintamente, al principio de precaución o *cautela*. No parece que existan, por lo demás, diferencias semánticas relevantes entre ambos términos según se constata en el *Diccionario de la Lengua Española*, así como en el *Diccionario de uso del español* María Moliner, donde los vocablos «precaución» y «cautela» aparecen como sinónimos.

caución o cautela, trae causa de un nuevo sentir colectivo ligado a la voluntad de anticipar la acción de los poderes públicos a la concreción de nuevos riesgos o amenazas que ponen en jaque la salud o el medio ambiente; encierra, por ello, un nuevo valor que con el tiempo va ganando firmeza: me refiero, claro es, a la seguridad frente a los graves riesgos que trae consigo el progreso industrial y tecnológico. Riesgos que, entre otros rasgos, se caracterizan por la complejidad que entraña su adecuada definición científica y, por ende, por la incertidumbre que muchas veces rodea su explicación.

El interés por el estudio de este principio responde, de entrada, a la circunstancia de que, pese a su relativa juventud, son ya muchas las decisiones públicas, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, que se han adoptado tomando como base o soporte jurídico la invocación del principio de precaución. Así ha sucedido —y sucede, por cierto, cada vez con más frecuencia— a la hora de afrontar problemas tan graves como la cercana crisis de las «vacas locas» (2) o la más reciente epidemia de la «neumonía atípica o asiática» que ha azotado, principalmente, al sudeste asiático (3). Sucede que, en efec-

(2) Aunque sobre esta crisis tendremos ocasión de volver más adelante, baste notar ahora que en los primeros compases de la misma se adoptaron en España una serie de Órdenes por las que se imponían prohibiciones a la importación de animales y productos cárnicos vacunos procedentes de países considerados de riesgo. A tenor del Preámbulo de estos actos —e incluso de su propio título— se desprende que son razones de cautela y precaución las que llevan a adoptar los mismos. Véanse, a simple título ilustrativo, la Orden de 10 de septiembre de 1996, *por la que se adoptan medidas de protección contra la Encefalopatía Espongiforme Bovina*, o la Orden de 30 de abril de 1997, *por la que se adoptan medidas cautelares en las importaciones de animales vivos y productos bovinos procedentes de Suiza*.

(3) El Síndrome Respiratorio Agudo Severo (SRAS), más conocido comúnmente como «neumonía atípica o asiática», constituye una enfermedad contagiosa de origen vírico detectada por primera vez en noviembre de 2002 en la provincia de Guangdong (China). La alarma sobre esta enfermedad se originó en marzo de 2003, cuando la Organización Mundial de la Salud notificó una Alerta Sanitaria Mundial motivada por la extensión de la enfermedad hacia países vecinos y, más tarde, a otros continentes. Por el momento —y utilizo datos de abril de 2003—, se han diagnosticado más de 6.500 afectados y la enfermedad se ha cobrado ya 450 muertos. La tasa promedio de mortalidad global de esta enfermedad es cercana al once por ciento. Para ampliar la información al respecto acúdase, de manera preferente, a la dirección electrónica de la Organización Mundial de la Salud: <http://www.who.int/csr/sars/en>.

En respuesta a esta alarma, se ha aprobado en nuestro país, entre otras medidas, la Resolución de la Dirección General de Salud Pública de 4 de abril de 2003, *por la que se adoptan medidas especiales de protección sanitaria en relación con la importación de ciertas mercancías procedentes de países terceros afectados por el Síndrome Respiratorio Agudo Severo* (en «BOE» de 5 de abril de 2003), en cuyo Preámbulo se apunta, *expressis verbis*, al principio de precaución como sostén o respaldo de la misma:

«La evolución de esta enfermedad y las incertidumbres científicas en cuanto a los mecanismos de transmisión son el motivo para tomar medidas especiales de protección sanitaria en la importación de ciertas mercancías procedentes de las zonas afectadas y cuyo control recae en los Servicios de Sanidad Exterior ubicados en las fronteras, *atendiendo al principio de cautela sanitaria*» (la cursiva es mía).

to, cuando se analizan las medidas adoptadas por los distintos poderes públicos para hacer frente a los mentados episodios —y a otros muchos que tal vez hayan tenido menor resonancia en los medios de comunicación (4)— no tarda en advertirse, siquiera sea de manera velada, la clara influencia de los postulados que en sí mismo encierra el principio de precaución. Así, en los ejemplos propuestos, las autoridades competentes no dudaron en activar y poner en marcha una serie de medidas enderezadas a la protección de la salud pública aun cuando, en términos científicos, la explicación del riesgo creado, de sus causas y efectos, permanecía rodeada de no pocas dudas. Baste tener en cuenta que todavía hoy se suceden trabajos y congresos científicos tendentes a esclarecer de una manera más precisa cuáles son las causas que originan la encefalopatía espongiiforme bovina y su posible relación con la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob en las personas. Y otro tanto de lo mismo cabe decir con respecto a la neumonía asiática, cuyos concretos agentes y medios de transmisión todavía no han sido fijados con plena certeza (5).

Sentado lo anterior, hay que tener en cuenta además que el principio de precaución posee una gran versatilidad y, por ende, una notable facilidad para extender su influjo en los distintos sectores que engloba el Derecho; gestado, como se verá, en el terreno del Derecho ambiental, su incidencia no ha tardado en extenderse y en la actualidad se alarga ya a otros sectores como el Derecho sanitario o el Derecho alimentario, con la finalidad de proteger no sólo el medio ambiente, sino también la salud pública desde sus diferentes frentes. Aún más, la misma idea de cautela o precaución se hace sentir extramuros del Derecho, en ámbitos como la Medicina, la Psicología, la

Asimismo, en el marco de la gestión de este riesgo, se ha creado la *Comisión Interministerial para el seguimiento del síndrome respiratorio agudo severo* (Real Decreto 350/2003, de 21 de marzo), asistida por el *Comité Científico del síndrome respiratorio agudo severo* (Orden SCO/1134/2003, de 6 de mayo, en «BOE» de 10 de mayo de 2003).

(4) A los referidos supuestos de las «vacas locas» y de la «neumonía asiática», seleccionados por su magnitud y difusión, podrían añadirse en realidad una larga lista de supuestos en los que las autoridades han decidido adoptar una serie de medidas de protección ante la aparición de sospechas científicas sobre la nocividad de ciertas prácticas, productos o sustancias. Pienso ahora, por poner algunos ejemplos, en las dudas que se ciernen sobre la utilización abusiva de aditivos en los alimentos (o sea, sobre los productos alimentarios enriquecidos); en las restricciones impuestas a la comercialización de productos (especialmente juguetes) que contengan determinados plastificantes (miembros de la familia de los ftalatos); o en el debate que desde algunos años se está gestando en torno a los riesgos inciertos de la exposición a las radiaciones electromagnéticas, fruto del cual ya se han aprobado, como veremos, ciertas medidas precautorias.

(5) De los estudios científicos más recientes se desprende que el agente infeccioso del SRAS parece ser causado por algún tipo de coronavirus desconocido hasta el momento. En cuanto a la forma de transmisión, se cree que la propagación se efectúa por vía de inhalación, aunque todavía existen muchas dudas al respecto. Para profundizar en estos extremos, en constante evolución, de nuevo remitimos al lector a los trabajos desarrollados bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Salud (<http://www.who.int/csr/sars/en>).

Sociología, la Bioética, la Economía, la Filosofía o la Ciencia Política (6). De hecho, a poco que el lector se asome a alguno de estos terrenos, no tardará en evidenciar el formidable impacto que el principio de precaución ha tenido en aquellas disciplinas del conocimiento que, aun desde ángulos particulares, tienen que afrontar el problema de los riesgos ocasionados por los nuevos avances de la Ciencia en general (7).

Pero, sin duda, la que es a mi modo de ver la razón fundamental que reclama el estudio de este principio viene dada por su potencia y vigor. El principio de precaución atesora, en efecto, unas aptitudes positivas extraordinarias: de entrada, porque esas aptitudes están puestas a disposición de bienes jurídicos fundamentales como son la vida humana, la salud y el medio ambiente a cuya protección aquél se esmera. Pero además, el principio de precaución permite adoptar medidas contundentes, en ocasiones drásticas (piénsese así en el cierre de establecimientos, el sacrificio de animales, sin descartar la compulsión sobre las personas a través de la puesta en cuarentena, el internamiento forzoso, etc.); y no sólo eso, permite hacerlo de manera anticipada, antes de que los eventuales efectos dañinos lleguen a concretarse, con todas las ventajas que porta de suyo la intervención *ex ante*.

Sin embargo, ocurre de otra parte que, al lado de estas ventajas extraordinarias, el principio de precaución entraña, al propio tiempo, riesgos de no menos intensidad. Y ello es así porque, ante todo, se trata de un principio que opera sobre un marco de incertidumbre, o sea, que no se sustenta en una base de certeza, o al menos de una certeza absoluta, sino que, por el contrario, está llamado a operar ante amenazas cuya completa definición es incierta. Y, segundo, por la posibilidad de que so pretexto de la protección del medio ambiente o la salud pública se persigan en realidad fines paralelos tales como la restricción a la libertad de circulación de mercancías entre Estados o la, sin duda más preocupante, limitación de las libertades y derechos de los ciudadanos. No son pocos por ello los que, con voz crítica, han llamado la atención sobre los peligros del principio de

(6) En general, puede decirse que el principio de precaución ha generado una gran expectación en la comunidad científica. Son muchas así las instituciones científicas, dentro y fuera de nuestras fronteras, que vienen prestando una gran atención al principio de precaución y a su evolución.

(7) Por cierto que ese mismo repaso deja traslucir la importancia que para todas estas ramas de la Ciencia posee el hecho de que el principio de precaución haya sido acogido normativamente en el mundo del Derecho. Como si esta recepción jurídica hiciese de él un referente ya consolidado y dotado de una particular firmeza. Es habitual así que en los estudios realizados por médicos, químicos o biólogos se hagan constar, y de manera extensa además, referencias a los instrumentos jurídicos en los que se recoge el principio de precaución.

precaución y sobre la posibilidad de que gracias al mismo se patrocinen posiciones estatales proteccionistas (en un contexto internacional dominado, como se sabe, por el patrón del libre comercio) y, lo que es peor, se reaviven injerencias estatales sobre los derechos de los particulares, desmontando conquistas que se consideraban plenamente asumidas por el moderno constitucionalismo.

De esta suerte, puede afirmarse con propiedad que el principio de precaución es, en efecto, una auténtica arma de doble filo; con una gran efectividad a la hora de atajar ciertas amenazas antes de que se produzca la concreción de sus fatales efectos; pero también con la contrapartida de la eventual causación de graves daños al comercio, al desarrollo o progreso tecnológico, y a la esfera jurídica de los ciudadanos afectados por las medidas adoptadas al amparo de este principio (8). Para ilustrar mejor esta afirmación tengo para mí que el repaso a lo acontecido en un episodio de sobras conocido y todavía fresco en la memoria colectiva pueda servir de ayuda. Me refiero a la crisis de las «vacas locas», que tuvo un gran impacto en Europa entre los años 1996 y 2001 fundamentalmente. Permítaseme, pues, en este punto un pequeño inciso.

La comúnmente conocida como crisis de las «vacas locas» tiene su origen o punto de partida en marzo de 1996, cuando las autoridades británicas alertaron de que *la explicación o causa más probable* de la aparición de una nueva variante de la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob (nv-ECJ, en argot técnico) (9) en diversos pacientes podía

(8) Por eso, mientras las organizaciones ambientales —como *Greenpeace*— ensalzan sin reparos la importancia del principio de precaución, otras organizaciones, de sesgo comercial principalmente —como es el caso señalado de la *Organización Mundial del Comercio*—, alertan de las graves consecuencias que un uso indiscriminado e irresponsable de este principio puede ocasionar. Grandes defensores, pues, junto a grandes detractores en una dialéctica encontrada que, en cada paso, sólo hace que aumentar la espiral que les separa.

(9) La enfermedad de Creutzfeldt-Jacob (ECJ) es una enfermedad neurológica mortal y actualmente incurable que pertenece a la familia de las encefalopatías espongiiformes humanas. Fue descrita por primera vez en 1920-1921 y presenta dos modalidades: la ECJ clásica y la recién descubierta nv-ECJ. Esta nueva variante (nv-ECJ) se caracteriza, frente a la ECJ clásica, por los siguientes extremos: *a)* de entrada, por una evolución relativamente larga, con un término medio de 13 meses, en lugar de los 4 a 6 meses que presenta la modalidad clásica; *b)* se da también la circunstancia de que afecta a adultos jóvenes de edad comprendida entre los 19 y 41 años, a diferencia de la ECJ clásica, que afecta casi siempre a personas mayores de más de 60 años; y *c)* en fin, se ha destacado también que la nv-ECJ presenta signos clínicos y lesiones del sistema nervioso central distintos.

Amplia información —expuesta, además, de manera muy entendedora— sobre esta enfermedad y, en general, sobre la crisis de las «vacas locas» puede encontrarse en la dirección *web* de la Comisión Europea: http://europa.eu.int/comm/food/fs/bse/index_fr.html. Véase en especial el *Vademecum sobre la Encefalopatía Espongiiforme Bovina*, 3.^a edición, 1998. Con el ánimo de contribuir a la correcta difusión de información fidedigna sobre este particular, el Gobierno español creó una página *web* dedicada *ex professo* a esta cuestión y en la que también puede encontrarse una gran cantidad de datos de interés: <http://www.eeb.es>.

estar ligada a la fuerte propagación de la encefalopatía espongiiforme bovina (EEB), que, por aquel entonces, constituía en el Reino Unido una epidemia de grandes dimensiones (10). Este descubrimiento ocasionó una situación de alarma social sin precedentes habida cuenta de que tal hipótesis implicaba nada menos que la afirmación de una fractura en la «barrera de las especies» —postulado en cuya virtud las enfermedades no se transmiten entre las diferentes especies— desde el momento en que se aceptaba la posibilidad de que la afección neurológica degenerativa padecida por el ganado vacuno pudiese ser transmitida a los seres humanos. Aunque los desarrollos científicos todavía presentaban zonas ciegas (en especial a la hora de aislar el agente patógeno y el medio de transmisión), la extensión y frecuencia en el consumo de productos cárnicos vacunos en la Europa continental y el carácter mortal e irreversible de la nueva variante de Creutzfeldt-Jacob dieron paso a una situación que no puede por menos de ser definida como de «pánico social».

La propia magnitud de la situación y los efectos potenciales que tal riesgo suponía produjeron un cierto desconcierto en los distintos poderes públicos y, de manera particular, en las Instituciones de la Comunidad Europea, que no acertaban a ofrecer una respuesta firme y cabal a la amenaza, al menos en un primer momento. Es por ello que algunos Estados miembros decidieron actuar de manera unilateral amparándose en el orden público sanitario y, de esta suerte, adoptaron diversas medidas de salvaguardia proteccionistas, principiando por la imposición de prohibiciones y restricciones a la importación de ganado y productos bovinos procedentes de las regiones contaminadas por la enfermedad epizootica (11). Tras este

(10) La encefalopatía espongiiforme bovina (EEB) pertenece a la familia de las encefalopatías espongiiformes transmisibles, de las que históricamente se conocían ya algunas variantes como la «tembladera» que afecta a los ovinos y a los caprinos —y de la que ya se tiene constancia desde muy antiguo (fue descrita en 1732)—, así como algunas afecciones que padecen el visón, el gato y algunos animales salvajes en cautividad.

En el caso de los vacunos no se había detectado, sin embargo, ningún caso de encefalopatía espongiiforme hasta que, en abril de 1985, apareció un primer caso en el Reino Unido; caso que será descrito y reconocido en noviembre de 1986. A partir de ese momento, la enfermedad se fue extendiendo en aquel país hasta alcanzar dimensiones epizooticas. Se calcula así que entre noviembre de 1986 y mayo de 1996 más de 160.000 casos de esta enfermedad fueron confirmados en el Reino Unido.

(11) Vale la pena recordar que si bien el TCE prohíbe con carácter general las restricciones a la importación y exportación entre los Estados miembros (arts. 28 y 29), dicha prohibición tiene reconocida una importante matización:

«Las disposiciones de los artículos 28 y 29 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obs-

inicial desconcierto, la Unión Europea se puso al frente de la crisis a fin de garantizar una actuación unitaria con la que limar las discrepancias surgidas entre ciertos Estados y ofrecer, frente al resto de la comunidad internacional, un tratamiento o gestión común del riesgo generado.

El problema venía dado, sin embargo, por el hecho de que, como ya se dijo, los análisis científicos enderezados a aislar el agente patógeno causante de la encefalopatía espongiforme bovina y, lo que resultaba más complejo, su posterior transmisión a los seres humanos eran en muchos de sus aspectos inciertos (12). La Comisión Europea se veía por ello abocada a manejarse en un terreno de incertidumbre. Por esta razón, tomando como norte la protección de la salud pública, se apoyó en el principio de precaución para adoptar a su amparo una serie de medidas, algunas de ellas con carácter tajante: de una parte, se declaró la prohibición de exportación de reses bovinas y cualquiera de sus derivados cárnicos desde las zonas declaradas de riesgo hasta que quedase debidamente demostrado el control de la encefalopatía espongiforme bovina en la cabaña ganadera; de igual forma, se imponía el inmediato sacrificio y destrucción de los animales afectados por la enfermedad o que, en su caso, pudiesen estarlo. De otro lado, y con carácter más duradero, se aprobaron asimismo un paquete de medidas estructurales como la obligación de retirar de la cadena alimentaria los denominados «materiales de

tante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros» (art. 30 del TCE).

Aparte de esta cláusula de salvaguarda, el ordenamiento comunitario está salpicado con numerosas previsiones de esta naturaleza, enderezadas a permitir que, siempre por razones de orden público, los Estados miembros puedan aprobar medidas singulares y particulares destinadas ora a exceptuar la aplicación de las normas comunitarias en un supuesto concreto, ora a incrementar los estándares de protección fijados por las Instituciones europeas. Uno de los problemas que actualmente reclama la atención de la doctrina se sitúa, como veremos, en la renovada significación que estas cláusulas adquieren a la luz del principio de precaución.

(12) La explicación más aceptada en nuestros días pasa por aplicar a la EEB los desarrollos de la teoría del *prion*, término éste con el que el Nobel Stanley PRUSINER bautizó a determinadas proteínas anormales que podían servir para transmitir degeneraciones cerebrales; los priones son así el fruto de una transformación patógena de la estructura de ciertas proteínas naturales presentes en los sistemas neurológicos de los mamíferos; son estos priones los que provocan la degeneración irreversible del sistema neuronal. Aplicando esta teoría, se viene considerando que la aparición de la encefalopatía espongiforme en el ganado vacuno se ha producido por la ingestión de harinas de carne en las que estaban presentes priones procedentes de animales ovinos. La misma vía podría explicar entonces su transmisión a las personas a partir del consumo de productos vacunos que contuviesen tales priones. Para abundar en estas breves explicaciones acúdase al ya referido *Vademecum* de la Comisión Europea, 3.^a edición, 1998, págs. 6 a 12, así como a la amplia información facilitada al respecto por la Organización Mundial de la Salud (http://www.who.int/health_topics/creutzfeldtjakob_syndrome/en).

riesgo específico» —que son aquellas partes del animal en las que cabe la posibilidad de que queden albergados los priones (cráneo, amígdalas y médula espinal principalmente)—; la imposición de graves limitaciones en la fabricación y destino de los piensos de origen animal (harinas de carne y huesos); y, en fin, el establecimiento de un sistema seguro de identificación del ganado en aras de favorecer así el rastreo, seguimiento y localización de cada animal en las distintas fases de producción y comercialización, facilitando así su control y su pronta retirada del mercado —lo que más tarde ha venido en llamarse «trazabilidad» de los productos alimentarios— (13).

El resultado de todo lo anterior ha sido, primero, la contención de la propagación de la encefalopatía espongiforme bovina y, hoy, su práctica erradicación. De esta forma, el riesgo sanitario en el desarrollo de la nueva variante Creutzfeldt-Jacob también se ha visto reducido a los niveles de seguridad esperados. Ello a su vez ha generado una recuperación de la confianza del consumidor y, por ende, un restablecimiento de los mercados ganaderos.

Sin embargo, como contrapartida, la aplicación de las mentadas medidas precautorias ha traído consigo el sacrificio de *millones* de animales, en su mayor parte desconociendo si eran portadores o no del agente patógeno. Téngase en cuenta así que uno de los mayores inconvenientes de la encefalopatía espongiforme bovina se contrae a la circunstancia de que los científicos no disponían de un test *ante mortem* que permitiese determinar con fiabilidad la infección en vida del animal, por lo que ésta sólo podía constatarse cuando el animal ya había muerto. Se da además el inconveniente de que tampoco existía seguridad sobre la forma de transmisión de la enfermedad, ni en sentido

(13) Aunque han sido muchas las decisiones y normas comunitarias encuadradas en la lucha contra la encefalopatía espongiforme bovina y su repercusión en la salud humana, el núcleo esencial de las medidas adoptadas se encontraba en la Decisión de la Comisión de 30 de julio de 1997, núm. 534, *relativa a la prohibición de uso de los materiales de riesgo en relación con las encefalopatías espongiformes transmisibles*, y en el Reglamento del Consejo de 21 de abril de 1997, núm. 820, *por el que se establece un sistema de identificación y registro de los animales de la especie bovina y relativo al etiquetado de la carne de vacuno y de los productos a base de carne de vacuno*. Un primer estudio, con marcado tono crítico, sobre las decisiones comunitarias en el marco de esta crisis puede verse en Claude BLUMANN y Valérie ADAM, *La politique agricole commune dans la tourmente: la crise de la «vache folle»*, en «Revue Trimestrielle de Droit Européen», núm. 33, 1997, págs. 239 a 293.

Siguiendo estas orientaciones y en cumplimiento de sus obligaciones comunitarias, España ha incorporado estas medidas a nuestro ordenamiento —en algunos casos, por cierto, con requisitos más estrictos— a través, fundamentalmente, del Real Decreto 1911/ 2000, de 24 de noviembre, *por el que se regula la destrucción de los materiales especificados de riesgo en relación con las encefalopatías espongiformes transmisibles*, y del Real Decreto 3454/2000, de 22 de diciembre, *por el que se establece y regula el Programa Integral coordinado de vigilancia y control de las encefalopatías espongiformes transmisibles de los animales*. Estas medidas están acompañadas además por un duro régimen sancionador previsto en la Ley 26/2001, de 27 de diciembre, *por la que se establece el sistema de infracciones y sanciones en materia de encefalopatías espongiformes transmisibles*.

horizontal ni en sentido vertical. Por precaución, no obstante, se decidió en la mayor parte de los casos sacrificar a todos aquellos animales que pudieran haber estado en contacto con una res infectada. Por otro lado, la aplicación de las medidas precautorias destinadas a combatir este riesgo generó la desconfianza de algunos países miembros que, siempre apoyados en la incertidumbre científica y en el deseo de proteger la salud pública de sus respectivas poblaciones, endurecieron las restricciones impuestas por la Comisión (14). Naturalmente, ello produjo un claro deterioro en las relaciones comerciales en el seno interno de la Unión —perjudicando con ello el funcionamiento armónico del mercado interior—. Y no sólo eso, también el comercio con terceros países se vio seriamente resentido toda vez que muchos de ellos no aceptaban de buen grado las limitaciones y controles que imponía la Unión Europea como condición previa a la importación de productos cárnicos. Por último, conviene señalar que la puesta en vigor de ciertas medidas de precaución (como la retirada de la cadena alimentaria de los materiales de riesgo específico) ha supuesto un coste económico muy elevado, lo que ha repercutido negativamente en la rentabilidad de las explotaciones ganaderas.

La descripción, siquiera sumaria, de esta grave crisis, que hace pocos años ocupó las primeras páginas de nuestros rotativos, resulta gráfica, a mi entender, para entender la amplia virtualidad que tiene el principio de precaución y esa doble faz, positiva y negativa, que hace del mismo un arma de doble filo. La elección de este episodio no es, por lo demás, casual. Como se verá más adelante, la crisis de las «vacas locas» representa un auténtico punto de inflexión en el discurrir del principio de precaución en razón de que permitió dar un espaldarazo firme a la consolidación de este principio a nivel de la Unión Europea y, al propio tiempo, abrió el camino para que, además del medio ambiente, el principio de cautela estuviese también al servicio de la salud pública.

* * *

(14) La postura más severa seguida por algunos Estados miembros con respecto a las medidas introducidas por la Comisión Europea propició algunos enfrentamientos entre las autoridades nacionales y las Instituciones comunitarias. Es el caso destacado de la decisión del Gobierno francés de prolongar la prohibición de importación de ganado y productos cárnicos vacunos procedentes del Reino Unido con posterioridad al levantamiento del embargo aprobado por la Comisión. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas calificó de incumplimiento la actitud del Gobierno galo en su sentencia de 13 de diciembre de 2001, *Comisión/Francia*, asunto C-1/00. Un comentario sobre la misma ha sido realizado por Marta PARDÓ LEAL, *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas rechaza la aplicación del principio de precaución para justificar la negativa de Francia a importar carne de bovino británica*, en «Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia», núm. 219, 2002, págs. 74 a 87.

Son estas razones (la juventud del principio, su rápida extensión y, por encima de todo, su enérgica potencia) las que me han empujado a tratar de analizar la significación del principio de precaución y aportar alguna luz acerca de las vicisitudes y problemas que su aplicación puede generar. A tal propósito, bueno será antes de nada pasar revista a las primeras manifestaciones de este principio en los instrumentos internacionales ligados a la protección del medio ambiente y a su posterior proceso de extensión; extensión tanto en lo referido a su penetración en los ordenamientos comunitario y español como en lo que hace a su proyección hacia otros sectores normativos vinculados no sólo al medio ambiente, sino también a la salud humana (epígrafe II). Tras lo cual, una vez constatada la larga presencia de este principio en numerosos ámbitos o parcelas del ordenamiento comunitario y, también, de nuestro ordenamiento interno, será momento de analizar cuál es su concreto contenido con vistas, claro es, a despejar algunas de las claves que deben guiar su aplicación *in concreto* (epígrafe III).

II. LA APARICIÓN Y CONSOLIDACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

1. *La irrupción del principio de precaución en el contexto internacional de la protección del medio ambiente y su posterior difusión hacia el ámbito de la salud pública*

Para indagar en las raíces del principio de precaución es preciso dirigirse al marco de la protección del medio ambiente. En efecto, las primeras referencias a este principio pueden encontrarse en la *Carta Mundial de la Naturaleza* (1982) (15) y, algunos años más tarde y de una manera más clara, en la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* (1992) (16). La gestación de estos documentos se produce, como se sabe, en un contexto de creciente sensibilidad

(15) El Principio 11.b) de la Resolución de las Naciones Unidas de 28 de octubre de 1982, por la que aprobó la *Carta Mundial de la Naturaleza*, señala que «las actividades que puedan entrañar grandes peligros para la naturaleza serán precedidas de un examen a fondo, y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales».

(16) Adoptada en el seno de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992. Véase el Principio núm. 15 de esta Declaración, al que haremos referencia a continuación.

Con anterioridad a este documento, es lo cierto que pueden encontrarse otras referencias al principio de cautela o precaución en otros instrumentos internacionales, bien que, a decir verdad, en un estado más embrionario y sin una proyección general. Estoy pensando, por ejemplo, en la Primera, Segunda y Tercera *Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte* (1984, 1987 y 1990, respectivamente).

ante problemas tan graves como el calentamiento global del planeta y el correlativo cambio climático, el deterioro de la capa de ozono, la lluvia ácida, el avance de la desertización o la gestión de los residuos radioactivos, por citar ejemplos bien conocidos. La lucha contra estos riesgos ambientales exigía —y exige, claro es— el compromiso decidido de la entera comunidad internacional, de suerte tal que los Estados debían promover un cambio de actitud en sus respectivas políticas. Y es precisamente en ese cambio de actitud donde el principio de precaución estaba llamado a irrumpir; y a hacerlo además con una función decisiva a modo de acicate capaz de poner coto a ciertas resistencias. Porque ocurría que algunos Estados demoraban de manera reiterada (con sucesivas moratorias) la puesta en práctica de medidas de protección ambiental amparándose en la falta de certeza científica sobre las concretas causas generadoras de los riesgos ambientales antedichos (17). En otras palabras, algunas Administraciones nacionales se resistían a introducir limitaciones en la actividad productiva so pretexto de la incertidumbre científica que existía —y que todavía existe— en lo que toca a la explicación de cuál es el origen concreto de los aludidos riesgos ambientales (18). Para superar esta situación, resultaba necesario imponer a los Estados una conducta ambiental resuelta, aun en ausencia de una plena certidumbre científica. Tal es, en esencia, la vocación del principio de precaución: «Cuando haya peligro de daño grave o irreversible —dice el principio núm. 15 de la Declaración de Río—, 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» (19).

(17) Baste tener presente que, por más que la comunidad científica se esfuerce en esclarecer cuáles son las causas que provocan la reducción de la capa de ozono o el calentamiento del planeta, es lo cierto que, a día de hoy, no existe acuerdo unánime sobre la explicación de estos fenómenos tan complejos.

(18) Elocuentes ejemplos de esta resistencia a adoptar medidas de prevención ambiental por parte de los Estados pueden encontrarse en un documento elaborado por la «Agencia Europea de Medio Ambiente» que, con el título bien gráfico de *Lecciones tardías de alertas tempranas: el principio de cautela 1896-2000*, trae al recuerdo una serie de catorce episodios en los que la falta de certeza científica amparó la pasividad de las autoridades públicas a la hora de atajar riesgos que si en un principio eran inciertos, desgraciadamente, con el tiempo se fueron confirmando —es el caso de las radiaciones ultravioleta que penetran la capa protectora de ozono a través del agujero creado por los clorofluorocarbonos (CFC) o de la exposición al polvo de amianto—. El texto de este documento puede obtenerse en la siguiente dirección electrónica: http://reports.eea.eu.int/environmental_issue_report_2001_22/es/ES_summary_points.pdf.

(19) Un estudio exhaustivo de los principios de prevención y precaución en el ámbito de la protección del medio ambiente puede verse en el libro de Nicolas DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruylant, Bruselas, 1999, en especial págs. 106 a 226. Por cierto que es este autor uno de los mayores estudiosos del principio de precaución. Suyos son, además, los siguientes trabajos: *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire: du slogan à la règle*, en «Cahiers de Droit

A partir de estos primeros pasos, el principio de precaución ha venido haciéndose un hueco importante en el marco del Derecho ambiental y, en la actualidad, son ya muchos los instrumentos internacionales que, de forma más o menos explícita, hacen referencia al mismo. Así, el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* (1992) (20), el *Convenio Marco sobre Cambio Climático* (1992) (21), el *Código de conducta para la pesca responsable* (1995) (22) o el más reciente *Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes* (2001) (23) constituyen, entre tantos, claros exponentes de esta recepción. Pero, en particular, es de notar que el propio *Tratado de la Comunidad Europea*, tras la modificación operada por el Tratado de Maastricht en 1992, señala que la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente «se basará en los principios de cautela y de acción preventiva» (24).

A la vista de lo anterior, es claro que el principio de precaución goza ya de una amplia aceptación y de un estado que bien podría ca-

Europeén», núm. 1/2001, págs. 79 a 120; y *Environmental Principles: from Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

(20) A tenor de cuanto señala el Preámbulo del Convenio de 5 de junio de 1992, *sobre la Diversidad Biológica*: «cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza».

(21) Según dispone el artículo 3.3 del Convenio Marco de las Naciones Unidas de 9 de mayo de 1992, *sobre Cambio Climático*: «las Partes deberían tomar medidas de precaución para prevenir, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas [...]».

(22) Este Código, elaborado en el seno de la «Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación» (FAO), es bien ilustrativo de la importancia adquirida por el principio de precaución en el marco de la utilización sostenible de los recursos pesqueros. Así, según prevé el artículo 6.5 del mismo: «Los Estados y las organizaciones subregionales y regionales de ordenación pesquera deberían aplicar ampliamente el criterio de precaución en la conservación, la ordenación y la explotación de los recursos acuáticos vivos con el fin de protegerlos y de preservar el medio ambiente acuático, tomando en consideración los datos científicos más fidedignos disponibles. La falta de información científica adecuada no debería utilizarse como razón para aplazar o dejar de tomar medidas para conservar las especies que son objeto de la pesca, las especies asociadas o dependientes y aquellas que no son objeto de la pesca, así como su medio ambiente».

(23) Este Convenio —suscrito en Estocolmo (Suecia) en mayo de 2001— es un ejemplo más que ilustrativo de la plasmación del principio de precaución en el ámbito del Derecho medioambiental internacional en razón de que no sólo se hace una alusión a dicho principio, sino que éste pasa por ser el eje vertebrador de todo su articulado. Así, en el Preámbulo del Convenio ya se reconoce que «la idea de precaución es el fundamento de las preocupaciones de todas las Partes y se halla incorporada de manera sustancial en el presente Convenio»; y, de esta suerte, el artículo 1 del Convenio fija como objetivo fundamental del mismo proteger la salud humana y el medio ambiente frente a los contaminantes orgánicos persistentes, «teniendo presente el principio de precaución».

(24) El artículo 174 del TCE señala, en su párrafo segundo, que «la política de la Comunidad 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 Comunidad. 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».

lificarse de consolidado en el contexto internacional de la protección del medio ambiente. Pero sucede que si algo caracteriza a este principio es, como ya se anticipó, su capacidad de extensión. De manera que, lejos de aquietarse en el terreno que le dio carta de naturaleza, el principio de precaución se ha ido expandiendo paulatinamente en una doble dirección:

A) De un lado, *se ha extendido hacia la protección de otros bienes jurídicos* que, al igual que en el caso del medio ambiente, se ven amenazados por riesgos cuya definición no está rodeada de una certeza científica plena, de guisa que, también aquí, la sombra de la incertidumbre podría frenar la respuesta de los poderes públicos. Es el caso destacado de la *salud humana* y de las repercusiones que la salvaguarda de este bien introduce en distintos ámbitos como la alimentación, la lucha contra las enfermedades contagiosas, la exposición a sustancias químicas ambientales y así una larga lista.

B) De otra parte, el principio de precaución ha expandido también su influencia desde el Derecho internacional público *hacia los Derechos internos de los diferentes Estados*. No es, por tanto, un principio de origen nacional que luego se va asimilando en el ámbito del Derecho internacional, sino que, justamente al contrario, la idea de precaución nace en el ámbito internacional y penetra después en los distintos ordenamientos internos (25). Claro 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—. Sea como fuere, el caso es que no resulta difícil seguir el rastro del principio de precaución en los distintos ordenamientos nacionales, al menos en los que corresponden a los países integrantes de la Unión Europea. Y, entre ellos, el ordenamiento español es, como se verá, un buen ejemplo de esa recepción.

Para verificar este doble proceso de expansión al que acabamos de referirnos, nada mejor que analizar el estado que presenta la re-

(25) Esta afirmación debe ser matizada en el sentido de que, por lo común, tiende a considerarse que el antecedente más inmediato del principio de precaución se halla en el *Vorsorgeprinzip*, presente en la Ley alemana de protección de la calidad del aire de 1974 y, en general, en la política ambiental desarrollada en la República Federal Alemana en los años setenta. Dejando a un lado esta matización, lo que pretende destacarse en el texto es que, sin lugar a dudas, la consolidación del principio de precaución, con la morfología que actualmente presenta, se ha gestado en el seno del Derecho ambiental internacional y que, desde este campo, ha penetrado en los ordenamientos internos de muchos Estados.

cepción del principio de cautela, primero, en el ámbito de la Unión Europea y, después, en nuestro ordenamiento interno. Pero antes de efectuar este análisis es conveniente reparar, siquiera sea en apretada síntesis, en las razones que explican esta progresiva expansión o alargamiento del principio de precaución. Porque, a mi modo de ver, este proceso no puede comprenderse sin atender a una serie de factores que han dado y continúan dando forma a un contexto idóneo, tanto en términos jurídicos como en términos sociales, para la feliz implantación de los postulados inherentes a la idea de cautela o precaución.

De una parte, hay que referirse a una serie de movimientos que han alterado ciertos planteamientos tradicionales y comunes a los distintos sistemas jurídicos occidentales. Es bien sabido así el lento pero firme proceso que ha llevado a la superación del carácter marcadamente individualista con que de manera tradicional se venían interpretando buena parte de las instituciones jurídicas propias del Estado liberal clásico (como es el caso de la propiedad privada y, en general, de las libertades constitucionales, así como de los medios de reacción procesal, por poner algunos ejemplos bien conocidos), para dar paso a una renovada visión colectivista o social de las mismas. De donde deriva la creciente pujanza de los bienes jurídicos de carácter colectivo (medio ambiente y recursos naturales, salud pública o protección de los consumidores, entre otros) que están, como ya nos consta, en el punto de mira del principio de precaución.

Característica medular de estos bienes colectivos es, por lo demás, la dificultad de restaurar los daños producidos a los mismos, aspecto éste que fuerza, en consecuencia, la conveniencia de anticipar las medidas de protección estatuidas por el ordenamiento jurídico so pena de introducir remedios vacíos de significación real. Esta sentida preocupación por la adopción temprana de medidas cautelares como principal respuesta pública para la eficaz protección de los intereses colectivos y difusos entronca derechamente con el principio de precaución, una de cuyas principales virtudes viene dada justamente por la posibilidad de activar de manera urgente mecanismos de reacción tendentes a anticipar la producción de un daño derivado de un peligro incierto. Tanto la pujanza de los bienes jurídicos colectivos como la preocupación por la respuesta *ex ante* de los órganos públicos son, en todo caso, fenómenos de sobras conocidos en los que no parece necesario insistir nuevamente a estas alturas.

Sí conviene reparar con más detenimiento, en cambio, en el contexto *social* y en las profundas transformaciones que el mismo ha experimentado en las últimas décadas. Ni que decir tiene que una ex-

posición, siquiera resumida, de este apartado habría de llevarnos muy lejos. Cumple, por el contrario, destacar aquí simplemente que desde el campo de la Sociología, donde vienen desarrollándose, como es natural, numerosos esfuerzos a fin de definir las coordenadas que delimitan el paradigma de la sociedad actual, una de esas coordenadas se ha situado, justamente, en la idea de riesgo. Se habla así de la «Sociedad del riesgo» (26), expresión feliz que ya ha calado profundamente entre los sociólogos y con la que quiere destacarse que el elemento central que ayuda a definir la sociedad postindustrial de nuestros días ha de buscarse en la aparición de un gran número de riesgos (químicos, alimenticios, nucleares, informáticos, etc.) y en el comportamiento que los individuos y las instituciones adoptan para hacer frente a los mismos. Aunque en ciertos aspectos escapan a los límites estrictamente jurídicos, me parece de gran interés detenerse en algunos de los rasgos principales que, siguiendo a los estudios sociológicos, caracterizan a los riesgos a que debe enfrentarse esta nueva sociedad (27).

a) Para comenzar, se trata de riesgos que, en su mayor parte, *tienen su origen en la propia actividad humana ligada al progreso*. Son, por tanto, riesgos antrópicos, generados por el hombre y distintos por ello de aquellos otros riesgos, más antiguos, que traen causa de la Naturaleza.

b) En no pocos casos, estos riesgos poseen un carácter *global o transnacional*. Que los efectos inherentes a la contaminación en materia ambiental (piénsese en la lluvia ácida, en el cambio climático, en la destrucción de la capa de ozono, en las filtraciones del agua subterránea y así una larga lista) nada tienen que ver con el trazado de las fronteras estatales es un aspecto de sobras conocido y admitido por todos. Este carácter transfronterizo de muchos riesgos ha obligado, por lo demás, a replantear las estrategias seguidas por los Estados de cara a su tratamiento, sobre todo en la línea de promover una mayor colaboración desde las instancias internacionales. De

(26) Término que es tributario de Ulrich BECH, cuyos trabajos al respecto representan el referente principal en la materia. Véanse en especial *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998, y *La sociedad del riesgo global, Siglo XXI*, Madrid, 2002.

(27) Aunque la obra del sociólogo alemán BECK constituye el referente principal en el estudio de la «Sociedad del riesgo», conviene acudir también, por su interés, a los trabajos de Mary DOUGLAS, *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*, Paidós, Barcelona, 1996, así como de Jeffrey C. ALEXANDER, *Sociología cultural: formas de clasificación en las sociedades complejas*, Anthropos, Barcelona, 2000, págs. 1 a 29. Entre nosotros, me parece oportuno destacar la contribución de dos filósofos cuyas reflexiones al respecto se me antojan muy sugerentes: José Antonio LÓPEZ CEREZO y José Luis LUJÁN LÓPEZ, *Ciencia y Política del riesgo*, Alianza, Madrid, 2000.

igual forma, la globalización de los riesgos tiene un potente *efecto igualador* habida cuenta de que, con independencia de la clase social de procedencia y del país de residencia, todos los seres humanos tienen ante sí riesgos semejantes que les atañen (ahí está, sin ir más lejos, el riesgo de la contaminación del aire) (28).

c) Se ha señalado con gran acierto que estos riesgos son, además, «invisibles» en el entendido de que el ciudadano expuesto a los mismos difícilmente puede percibir de hecho su presencia. Piénsese, por ejemplo, en los riesgos que produce la química en su aplicación a la agricultura y en general a la alimentación, los cuales resultan imperceptibles en el consumo diario de los alimentos. Esta alusión a la invisibilidad me parece sumamente afortunada a la hora de explicar múltiples aspectos de la «Sociedad del riesgo», pero sobre todo tiene el mérito de poner de manifiesto la que es, a mi entender, una de las piedras angulares de todo el entramado. Me refiero a la *dependencia que la definición de estos riesgos guarda con respecto al saber científico*.

d) Trazo distintivo de estos riesgos globales es, en efecto, la *necesidad de acudir al criterio de los expertos* a fin de determinar, primero, su existencia y, más tarde, definir sus posibles efectos a partir de los conocimientos técnicos especializados que aquéllos poseen. Significa ello, pues, que el ciudadano, a diferencia de cuanto acontecía en épocas pasadas con relación a los riesgos naturales, no puede con su sola experiencia captar la presencia de la amenaza en toda su dimensión; se produce así lo que ha venido en denominarse, de manera muy gráfica, como pérdida de la soberanía cognitiva del individuo en la caracterización de los riesgos. Obviamente, consecuencia de esa pérdida es la correlativa dependencia del saber científico, con todas las implicaciones que ello supone de cara a la gestión de tales riesgos (29).

e) Sucede, no obstante, que si bien el conocimiento científico es imprescindible a la hora de definir los riesgos, raramente es capaz de ofrecer una explicación acabada y exacta de los mismos. Ello

(28) Este efecto igualador no es, empero, absoluto pues obligado es reconocer que, ante determinados riesgos, las clases más ricas tienen a su alcance medios capaces de contener y mitigar los efectos nocivos del riesgo y de los que, sin embargo, no pueden hacer uso las clases menos favorecidas.

(29) Muy sugerentes y atinadas son al respecto las reflexiones de José ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel, Barcelona, 1999, págs. 27 a 58. Por cierto que en este libro puede encontrarse un estudio detenido de la interrelación entre la aparición de los nuevos riesgos de la modernidad y sus repercusiones en la organización y actuación de la Administración, con especial énfasis en el peligro que puede entrañar la «capitulación» de la Administración ante la complejidad del desarrollo tecnológico y el correlativo traslado de las funciones de regulación y control hacia los agentes privados.

se debe, sin duda, a la *complejidad* que está detrás de ciertas amenazas y riesgos, especialmente en lo que hace a la determinación de los concretos agentes causantes de su aparición. De esta suerte, fenómenos como el cambio climático, el uso de aditivos en los alimentos, la aparición de enfermedades epidémicas como la reciente neumonía asiática no encuentran en los expertos una relación de causalidad perfectamente establecida, por lo que se suceden hipótesis e interpretaciones que a veces tienden a complementarse, pero que en otras, por el contrario, no hacen sino introducir contradicciones.

Bien pudieran citarse tal vez otras características de estos riesgos, pero, a mi entender, las notas expuestas permiten hacerse una idea aproximada de ese nuevo contexto social al que ha venido en denominarse de manera expresiva como «Sociedad del riesgo» y del que ha surgido una nueva exigencia colectiva; una nueva necesidad de la comunidad ligada a la idea de *seguridad*: pero no tanto a la seguridad entendida en su genuina y clásica manifestación de protección de la libertad personal, sino a una remozada versión de la misma que pretende garantizar un adecuado nivel de protección frente a los nuevos riesgos ligados al progreso y a la actividad humana, muchos de ellos de explicación incierta, y a los que se ve expuesto el ciudadano en su vida cotidiana (30). Situados desde esta óptica, no resulta difícil comprender la rápida transformación del principio de precaución en un principio jurídico cardinal en la respuesta que el Derecho ofrece para satisfacer esa nueva exigencia colectiva de seguridad. De ello da buena prueba, como vamos a ver, la recepción que este principio ha tenido en los ordenamientos comunitario y español.

2. *La recepción del principio de precaución en el seno de la Unión Europea*

En el marco del *acquis comunitaire*, la primera y fundamental referencia al principio de precaución se sitúa, como no podía ser de

(30) Puestos a buscar algún amarre constitucional a esta nueva exigencia de seguridad, más que el artículo 17.1 de la CE —en el que se plasma el derecho a la libertad personal en su significación originaria—, tal vez habría que dirigir las miradas hacia otros preceptos. En concreto, tomando como pórtico general el libre desarrollo de la personalidad que luce en el artículo 10.1 de la CE, sería hacedero tejer un discurso a partir del artículo 15 de la CE (derecho a la vida) puesto en conexión con los artículos 43 (derecho a la protección de la salud), 45 (derecho a un medio ambiente adecuado) y 51.1 (defensa de los consumidores y usuarios) para tratar de extraer al cabo una exigencia general a cuya virtud los poderes públicos deben garantizar un nivel de seguridad elevado en lo que hace a las que podríamos calificar como «condiciones básicas de vida».

otro modo, en el ámbito del medio ambiente. En coherencia con la creciente sensibilidad hacia la problemática ambiental imperante en el panorama internacional a finales de los ochenta e inicios de los noventa del pasado siglo, el Tratado de Maastricht de 1992 incorporó un nuevo precepto en el Tratado de la Comunidad Europea dedicado, *ex professo*, a la política ambiental de la Unión Europea; una política que, como ya quedó dicho, habría de basarse en lo sucesivo «en los principios de cautela y de acción preventiva» *ex* artículo 174.2.

Esta referencia al principio de precaución ha resultado ser a la postre fundamental no sólo de cara a respaldar la aplicación de medidas de cautela en la lucha contra un buen número de riesgos ambientales, sino también en orden a hacer posible su extensión a otros campos distintos del medio ambiente. En efecto, gracias al artículo 174.2 del TCE, el Tribunal de Justicia encontró un amarre preciso para justificar la legitimidad o, mejor, la legalidad de algunas medidas de emergencia adoptadas por la Comisión a raíz de la crisis de las «vacas locas». En el célebre asunto *National Farmers' Union* (1998), el Alto Tribunal comunitario dejó sentado así que «[...] ha de admitirse que, cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las Instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos»; para añadir a continuación que «corroborra este punto de vista el apartado 1 del artículo 130 R del Tratado CE [actual art. 174], según el cual la protección de la salud de las personas forma parte de los objetivos de la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente. El apartado 2 de ese mismo artículo prevé que dicha política, que tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, se basará, entre otros, en los principios de cautela y acción preventiva [...]» (31).

De esta forma, el Tribunal de Justicia impulsó la expansión del principio de cautela, trasladándolo de la que sin duda era su sede originaria (el medio ambiente) para instalarlo en un terreno tan distinto, al menos en apariencia, como la lucha contra la propagación de la encefalopatía espongiforme bovina y su incidencia sobre la salud de los consumidores. En otras palabras, sucedía así que, además de los riesgos inciertos atinentes al medio ambiente, un nuevo bien jurídico, un nuevo fin, justificaba la necesidad de que las Instituciones de la Comunidad adoptasen medidas precautorias, sin que tal actuación se viese obstaculizada por la ausencia de evidencias científicas definitivas. Me refiero, claro es, a la *salud pública*.

(31) Fragmentos extraídos de la STJCE de 5 de mayo de 1998, *National Farmers' Union*, asunto C-157/96, apartados 63 y 64. Idéntico razonamiento puede leerse en la STJCE de 5 de mayo de 1998, *Reino Unido/Comisión*, asunto C-180/96, apartados 99 y 100.

Esta conexión del principio de precaución con la salvaguarda de la salud pública ha supuesto, habida cuenta de la incidencia que este bien jurídico posee en numerosos ámbitos de la vida social —no en vano se trata de una de las misiones más antiguas y a buen seguro más destacadas del Estado en tanto que organización política al servicio de la comunidad—, la creación de una apertura por la que el principio de precaución puede penetrar, como de hecho lo está haciendo —y con mucho ímpetu, por cierto—, en un gran número de sectores del ordenamiento jurídico comunitario.

En primer término, hay que referirse a la normativa *alimentaria*, tanto en lo que toca a los alimentos directamente insertados en la cadena alimentaria como a los destinados al consumo animal. A la vista de la grave crisis de las «vacas locas», no es de extrañar que el principio de precaución se haya convertido en Europa en uno de los pilares fundamentales en la búsqueda de la denominada «seguridad alimentaria», hasta el punto de que figura ya como una de las directrices —me atrevería a decir incluso que la más sobresaliente— que han de guiar la política comunitaria alimentaria, según se perfila en el *Libro Blanco sobre Seguridad Alimentaria*, aprobado en enero de 2000 (32). En vistas a preservar esa seguridad alimentaria se ha creado la «Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria» (33) y se han aprobado una serie de principios generales que en lo sucesivo habrán de informar la legislación alimentaria; ni que decir tiene que entre estos principios figura el principio de cautela (34).

Además de estos desarrollos en el ámbito de la seguridad alimentaria, el principio de cautela o precaución comienza a penetrar en un ámbito fundamental como es el de los *riesgos químicos*, que tanta incidencia tienen en orden a la protección de la salud humana y el medio ambiente. Es oportuno reseñar que, en la actualidad, se cuentan por centenares las sustancias químicas a las que, de manera coti-

(32) El *Libro Blanco sobre la seguridad alimentaria* fue adoptado por la Comisión el 12 de enero de 2000 —COM 1999 (719) final—.

(33) Amplia información sobre la actividad desarrollada por la «Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria» puede obtenerse en su página *web*: <http://www.efsa.eu.int>.

(34) Véase el artículo 7.1 (*Principio de cautela*) del Reglamento (CE) núm. 178/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, *por el que se establecen los principios y requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria*, con arreglo al cual:

«En circunstancias específicas, cuando, tras haber evaluado la información disponible, se observe la posibilidad de que haya efectos nocivos para la salud, pero siga existiendo incertidumbre científica, podrán adoptarse medidas provisionales de gestión del riesgo para asegurar el nivel elevado de protección de la salud por el que ha optado la Comunidad, en espera de disponer de información científica adicional que permita una determinación del riesgo más exhaustiva».

diana, se encuentra expuesto el ser humano; sustancias cuyas propiedades y efectos son ignorados en su mayor parte, como de manera abierta viene en reconocerse. Esta circunstancia ha motivado en el pasado graves errores en la gestión de los riesgos químicos, como así se demuestra en episodios tan trágicos como el vivido en Bhopal (India) en diciembre de 1984 (35).

Pues bien, prueba, como decimos, de esta preocupación por instalar el principio de precaución en este sector y de su inicial penetración en el ámbito europeo se encuentra en el *Libro Blanco sobre la Estrategia para la futura política en materia de sustancias y preparados químicos*, presentado en febrero de 2001 (36). En este documento, la Comisión de las Comunidades Europeas no sólo reconoce la virtud del principio de precaución, sino que lo erige en clave de bóveda del futuro tratamiento del desarrollo de la industria química europea, tratando de este modo de hallar un equilibrio entre la importancia que el desarrollo de esta industria posee para el crecimiento económico europeo y, de otra parte, el alto grado de incertidumbre que existe en torno a los efectos nocivos de muchas sustancias químicas comercializadas. Esta estrategia global ha tenido ya, por lo demás, algunos desarrollos singulares en sectores específicos de riesgo. Es el caso de la difícil gestión de los residuos procedentes de aparatos eléctricos y electrónicos con un alto índice de mercurio, cadmio y plomo (37) y, también, por poner otro ejemplo, de la limitación impuesta en el uso de compuestos de arsénico para conservar la madera como consecuencia de la aparición de ciertas dudas acerca de los efectos que la madera tratada con arsénico puede tener sobre la salud y el medio ambiente (38).

Pero la incidencia del principio de precaución o cautela no acaba ni mucho menos aquí. Desde distintos foros internacionales viene vindicándose con fuerza una mayor presencia de este principio en la protección de la *salud de los trabajadores*. Reivindicación que trae causa del hecho de que, en no pocas ocasiones, los trabajadores son expuestos a la acción de sustancias cuya falta de toxicidad —y muchos menos su inocuidad— no está por completo asegurada. Baste traer al recuerdo la amarga experiencia que supuso la exposición al

(35) Del que se da cuenta, bien que de manera literaria, en el libro de Dominique LAPIERRE y Javier MORO, *Era medianoche en Bhopal*, Planeta, Barcelona, 2001.

(36) Este Libro Blanco fue presentado por la Comisión el 27 de febrero de 2001 —COM (2001) 88 final—.

(37) Véanse la Directiva 2002/95/CE, de 27 de enero, del Parlamento Europeo y del Consejo, *por la que se establecen restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos*, y la Directiva 2002/96/CE, de 27 de enero, del Parlamento Europeo y del Consejo, *de Residuos de aparatos eléctricos y electrónicos*.

(38) Véase la Directiva 2003/3/CE, de 6 enero, de la Comisión, *por la que se limita la comercialización y el uso del arsénico*.

amianto, hasta hace poco permitida. Por esta razón, en el seno de la Unión Europea se están desarrollando algunas normas destinadas a proteger la «salud laboral» a partir de los postulados propios de la precaución, imponiendo en consecuencia el análisis de los riesgos que puedan estar latentes en el empleo de determinados agentes o sustancias sobre cuya nocividad se ciernan sospechas científicas (39).

Juntamente a los riesgos alimentarios, químicos y laborales, el principio de cautela comienza asimismo a irrumpir de manera un tanto embrionaria —pero no por ello menos vigorosa— en campos de eclosión más reciente como es la *manipulación genética*. Sector éste en el que, como es sabido, se experimentan avances y progresos espectaculares en muy corto espacio de tiempo, lo que, en algunos casos, lleva asimismo aparejado el riesgo a generar efectos desconocidos o escasamente intuidos (40). Como decimos, también aquí el principio de precaución está llamado a tener un peso importante. Así, la Directiva sobre *liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente* (2001) expresa ya en su Exposición de Motivos que «se ha tenido en cuenta el principio de cautela a la hora de redactar la presente Directiva y debe tenerse en cuenta cuando ésta se aplique» (41).

De cuanto acaba de verse se desprende con claridad que el principio de precaución, merced a su ligazón con el medio ambiente y, más aún, con la salud pública, tiene un radio de acción en verdad largo. Una circunstancia ésta que, desde luego, es bien perceptible en muchos documentos oficiales —piénsese así en los Libros Blancos precisados— y en no pocas normas de Derecho derivado. Pero además hay que tener muy presente que el proceso de paulatina recepción y extensión de este principio ha tenido también en la *jurisprudencia comunitaria* un aliado de excepción. En efecto, el fortalecimiento

(39) En este sentido, la Propuesta de Directiva de 20 de marzo de 2003, núm. 127, de la Comisión, sobre *protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo*, señala ya, de manera breve pero rotunda, que «debe aplicarse el principio de cautela en la protección de la salud de los trabajadores» (Considerando 14).

(40) En la línea de trabar un ponderado equilibrio entre las evidentes ventajas —no sólo económicas— que la biotecnología puede ofrecer y los riesgos que la misma puede generar, el *Consejo Europeo* celebrado en *Barcelona* los días 15 y 16 de marzo de 2002 apuntaba en sus conclusiones la necesidad de barajar también el principio de precaución en ese ejercicio de ponderación. Véanse, asimismo, las orientaciones contenidas en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social, *Ciencias de la vida y biotecnología. Una estrategia para Europa*, de 2 de marzo de 2002.

(41) Esta consideración aparece luego reflejada en el articulado de la misma. Véanse en este sentido los artículos 1 y 4.1 de la Directiva 2001/18/CE, de 12 de marzo, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre *liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente*. Téngase en cuenta, por otra parte, que esta Directiva está estrechamente conectada con la firma del *Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología* (2000), inspirado directamente en el principio de precaución (art. 1).

jurídico del principio de cautela en el ámbito comunitario difícilmente se explica sin atender a la favorable acogida que el mismo ha tenido en la labor pretoriana de los Tribunales comunitarios. En un primer momento, fue ya decisiva la intervención del Tribunal de Justicia en orden a permitir, en el asunto *National Farmers' Union* (1998) —en plena efervescencia de la crisis de las «vacas locas»—, la propagación del principio de cautela desde el ámbito del medio ambiente hacia el terreno de la salud pública. Desde entonces, este principio ha sido invocado en un buen número de sentencias hasta convertirse hoy en un actor imprescindible a la hora de enjuiciar la actividad desplegada por las Instituciones comunitarias en un escenario de riesgo incierto (42).

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 *Artegodan* (2002), nada menos que la condición de *principio general del Derecho comunitario*: «cabe definir el principio de cautela —afirma dicho Tribunal— como un principio general del Derecho comunitario que impone a las autoridades competentes la obligación de adoptar las medidas apropiadas con vistas a prevenir ciertos riesgos potenciales para la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, otorgando a las exigencias ligadas a la protección de estos intereses primacía sobre los intereses económicos» (43).

No es ésta, por lo demás, una afirmación colateral, a modo de simple *obiter dicta*, ni tampoco una apreciación con mero afán retórico. Se trata, muy al contrario, de una proclamación meditada y lanzada con una clara vocación de continuidad y permanencia (44).

(42) Es el caso, por citar aquí los episodios más destacados, del uso de ciertas sustancias sospechosas en los cosméticos (STPI de 16 de julio de 1998, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm/Comisión*, asunto T-199/96, y STJCE de 4 de julio de 2000, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm/Comisión*, asunto C-352/98 P), de la comercialización de ciertas variedades de maíz genéticamente modificadas (STJCE de 21 de marzo de 2000, *Association Greenpeace France y otros*, asunto C-6/99) o del riesgo de transferencia de la resistencia a los antibióticos desde el animal al hombre (STPI de 11 de septiembre de 2002, *Pfizer Animal Health/Consejo*, asunto T-13/99).

Oportuno me parece, asimismo, reseñar la existencia de algunos asuntos, todavía pendientes, en los que el principio de cautela está llamado a desempeñar un papel importante, como así lo demuestra el tenor de las Conclusiones de los respectivos Abogados Generales ya presentadas —las cuales, por cierto, resultan de gran interés—. Especial atención habrá que prestar así a los asuntos *Comisión/Dinamarca*, C-192/01 (Conclusiones del Abogado General Sr. Jean MISCHO de 12 de diciembre de 2002), y *Monsanto Agricultura*, C-236/01 (Conclusiones del Abogado General Sr. Siegbert ALBER de 13 de marzo de 2003).

(43) STPI de 26 de noviembre de 2002, *Artegodan y otros/Comisión*, asuntos acumulados T-74/00, T-76/00, T-83/00 a T-85/00, T-132/00, T-137/00 y T-141/00, apartado 184. Véanse al respecto, en general, los apartados 181 a 221.

(44) Por el momento, cabe apuntar que 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 Servier/Comisión*, asunto T-147/00, apartado 52.

Así lo prueba el hecho de que el Tribunal de Primera Instancia se haya encargado de asentar un fundamento sólido en el que justificar su doctrina. A tal propósito, aparte del ya mentado artículo 174.2 del TCE —que sigue siendo, sin lugar a dudas, el puntal principal del principio de precaución en el acervo comunitario—, el Tribunal comunitario acude a otros preceptos del Tratado de la Comunidad Europea en pos de nuevos sostenes que permitan verificar la existencia de ese valor material básico en que consiste todo principio general: invoca así de entrada el artículo 3.1.*p*), en el que se señala que la acción de la Comunidad implicará «una contribución al logro de un alto nivel de protección de la salud»; acude asimismo al artículo 6, el cual previene, esta vez en relación con el medio ambiente, que «las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad [...]»; postulados ambos que aparecen luego nuevamente en el artículo 152.1, según el cual «al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Comunidad se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana»; y en el artículo 153, a cuya virtud «para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores [...]» (45).

A partir de estos preceptos, no cabe duda de que tanto la salud como el medio ambiente constituyen objetivos que habrán de estar muy presentes en todas las actividades patrocinadas desde las instancias comunitarias. Pero no sólo eso. Los preceptos mentados ponen de manifiesto que, por su propia naturaleza y entidad, tales bienes constituyen fines superiores, intereses prioritarios que, en consecuencia, por fuerza habrán de superponerse a otros intereses, señaladamente a los intereses económicos, en situaciones de conflicto. Ya la jurisprudencia comunitaria había tenido ocasión de referirse al *principio de supremacía de la salud pública, de la seguridad y del medio ambiente frente a los intereses económicos* (46). Y aquí estriba precisamente la esencia misma del renovado principio de precaución

(45) Además de estos importantes respaldos normativos, habría que añadir hoy algunos preceptos de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* de 2000, bien que la fuerza normativa vinculante de este instrumento sea, por el momento, limitada. En concreto, podrían colacionarse el artículo 45: «[...] En el momento de definir y ejecutar todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana»; el artículo 37: «Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán de conformidad con el principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad»; y el artículo 38: «Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores».

(46) Representativa de esta jurisprudencia es la STJCE de 17 de julio de 1997, *Affish/Comisión*, asunto C-183/95, apartado 43.

que ahora se presenta en nuestros días: la protección del medio ambiente y la salud en situaciones de incertidumbre y aun por encima de otros intereses también dignos de protección.

La batería de preceptos y el discurso trabado por el Tribunal de Primera Instancia para justificar la cristalización del principio de cautela como principio general del Derecho comunitario y, en cierto modo, para evidenciar incluso su «constitucionalización» constituyen, a mi modo de ver, una firme apoyatura. Se abre paso así a una implantación todavía más intensa si cabe del principio de precaución desde la plataforma cualificada que, en tanto que principio general, va a permitir proyectar su virtualidad ya sea a la hora de interpretar las disposiciones del acervo comunitario o, llegado el caso, integrar las lagunas existentes (47). Sin embargo, esto supuesto, entiendo que el planteamiento adoptado por el Tribunal de Primera Instancia porta de suyo dos repercusiones añadidas que importa destacar.

De una parte, esta forma de representar el principio de precaución conjugándolo con los mandatos de protección de la salud y el medio ambiente acentúa su carácter *finalista* y le incorpora al propio tiempo una orientación axiológica. Porque no hay que olvidar que el principio de cautela es, por sí solo, un principio *neutro*, en el bien entendido de que desde una perspectiva abstracta este principio no constituye sino una forma de respuesta a las situaciones de incertidumbre: cuando el análisis de un riesgo arroje lagunas o dudas, la precaución impide que se adopte una posición de quietud a la espera de alcanzar una certeza absoluta, obligando, por el contrario, a adoptar una posición activa. Ahora bien, que esa posición activa sea a favor de un concreto bien de entre todos los posibles es algo que viene añadido *a posteriori*. Quiere decirse con ello, pues, que la adscripción del principio de cautela a la protección del medio ambiente y de la salud pública es un añadido accesorio: nada impide de hecho que lo que hoy es *in dubio pro natura* o *in dubio pro salute* se convierta en otro momento histórico en *in dubio pro progresu*.

De otro lado, y lo que no es menos importante, resulta que si el principio de cautela está al servicio de la protección ambiental y la

(47) Más concretamente, el principio de precaución, en tanto que principio general, podrá adquirir relevancia, sobre todo, en un triple orden de aspectos: primero, a la hora de servir de *fundamento* o soporte para la toma de decisiones por parte de las Instituciones comunitarias; segundo, a fin de articular un *parámetro de validez* de las resoluciones adoptadas en ámbitos donde estén presentes riesgos inciertos; y tercero, como *canon de interpretación* de la normativa comunitaria en los sectores ligados a la salud y el medio ambiente. Sobre los principios generales del Derecho comunitario, véase, para una primera aproximación, Mario P. CHITI, *Derecho Administrativo Europeo*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 126 a 130.

salvaguarda de la salud pública, no será nada difícil aislar en el tejido del Derecho comunitario cláusulas y preceptos a través de los cuales dar entrada a su aplicación. Ahí están, sin ir más lejos, todas aquellas cláusulas de salvaguarda de la salud pública y el medio ambiente que tanto abundan en el ordenamiento comunitario, parejo a cuanto sucede en los ordenamientos estatales. Dicho de otro modo, a la luz de este planteamiento, cualquier mandato tendente a la protección de la salud o medio ambiente lleva aparejado de manera consustancial e indisoluble una llamada a la idea de precaución. De esta guisa, el principio de cautela puede hacerse presente en sectores en los que, inicialmente, el legislador no tuvo en cuenta la incidencia de este principio —al menos con la significación que hoy atesora—, como es el caso, por citar el supuesto enjuiciado en el propio asunto *Artegodan*, de la «farmacovigilancia» o seguridad de los medicamentos (48).

A la vista de los datos que ofrece la documentación oficial, la normativa, así como la jurisprudencia europeas, la conclusión es clara en el sentido de que se ha producido una recepción muy amplia del principio de precaución en el seno de la Unión Europea (49). Tanto es así que de asentarse la doctrina que lo configura como principio general del Derecho comunitario, el principio de cautela no se limitará ya a sectores concretos y específicos, sino que pasará a atravesar horizontalmente todo el ordenamiento jurídico comunitario.

(48) Dicho de otro modo, tirando del hilo discursivo que está detrás de esta conceptualización del principio de precaución se deducen dos consecuencias prácticas importantes: primero, que no es necesario un llamamiento expreso y explícito por parte del legislador comunitario para que el principio de cautela pueda ser invocado; es suficiente, por el contrario, que la normativa en cuestión imponga la obligación de tener en cuenta las exigencias de protección a la salud o el medio ambiente; y segundo, que el principio de cautela puede ser también operativo con respecto a normas anteriores al *Tratado de Maastricht* de 1992 en la medida en que la esencia última de este principio puede considerarse siempre presente en la búsqueda de un nivel adecuado de protección de la salud y el ambiente —y ello aunque sólo recientemente tal esencia haya tomado cuerpo a través del principio de precaución—.

(49) Entre nosotros, algunos autores vienen realizando un especial seguimiento de las incidencias que presenta el proceso de recepción del principio de precaución en el Derecho comunitario. Destacan en este sentido los esfuerzos de Marta PARDO LEAL, Sebastián ROMERO MELCHOR y Luis GONZÁLEZ VAQUÉ. Al margen de algunos trabajos ya citados con anterioridad, véase en relación con las últimas manifestaciones de este proceso de recepción el estudio de Luis GONZÁLEZ VAQUÉ, *La definición del contenido y ámbito de aplicación del principio de precaución en el Derecho comunitario*, en «Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia», núm. 221, 2002, págs. 4 a 20.

3. *La recepción del principio de precaución en el ordenamiento jurídico español*

El proceso de recepción del principio de cautela también puede apreciarse con cierta nitidez cuando del ordenamiento comunitario se desciende a los ordenamientos internos de los distintos Estados miembros, entre ellos, como vamos a ver, el español (50). El rastreo de su pista no es, por lo demás, de compleja factura habida cuenta de que los sectores en los que tiene entrada el principio de cautela resultan, en su mayor parte, coincidentes con los que acaban de ser expuestos. En efecto, a poco que se repare, tempranamente se detecta cómo la penetración de este principio en el ordenamiento español —y lo mismo podría afirmarse de la mayor parte de los ordenamientos europeos— está animada y guiada por los desarrollos experimentados en el plano comunitario; coinciden así los ámbitos de riesgo en los que el postulado de cautela incide con más fuerza, de ordinario como consecuencia de la transposición de Directivas comunitarias que acogen este principio. En suma, cabe afirmar ya de entrada que la recepción del principio de cautela en el ordenamiento español sigue muy de cerca los pasos de cuanto acontece en el ordenamiento comunitario y, en buena medida, es tributaria de su impulso.

De esta suerte, el primer ámbito en el que hace acto de presencia el principio de cautela es, como no podía ser de otro modo, la protección del *medio ambiente*. Así, la Ley 16/2002, de 1 de julio, de *Prevención y Control integrados de la Contaminación*, previene que para definir las «mejores técnicas disponibles» a efectos de fijar los valores límites de emisión será preciso atender a los principios de precaución y prevención (51). Transitando en la misma senda, pero de manera más resuelta, la Ley gallega 8/2002, de 18 de diciembre, de *Protección del ambiente atmosférico de Galicia*, señala con decisión en su artículo 3 que uno de los principios que han de inspirar la acción pública a favor de la protección y mejora del ambiente ha de ser «el de precaución, adoptando medidas cuando existan indicios de riesgos graves para la salud humana o el medio ambiente, aun en caso de que no pueda justificarse claramente el nexo causal sobre la base de las pruebas científicas disponibles».

(50) Para tener una visión de la recepción del principio de precaución en nuestra vecina Francia —país en el que, dicho sea de paso, la doctrina científica se ha mostrado particularmente atenta a la evolución de este principio—, véanse Philippe KOURILSKY y Geneviève VINEY, *Le principe de précaution*, Éditions Odile Jacob, París, 2000; y Manuel Gros y David DEHARBE, *La controverse du principe de précaution*, en «Revue du Droit Public», núm. 3/2002, págs. 821 a 845.

(51) Véase el artículo 3.ª de la Ley, puesto en conexión con el Anejo 4 de la misma.

Pero no sólo en el contexto ambiental puede seguirse el rastro del principio de cautela. También en nuestro país la precaución ha dado el salto hacia la protección de otros bienes jurídicos, señaladamente de la *salud humana*, abriéndose las puertas así a múltiples ámbitos en los que de alguna forma está en juego la salvaguarda de este preciado bien, principiando por la alimentación, cuya seguridad representa un requisito imprescindible para una cabal garantía de la salud de los consumidores. La Ley 11/2001, de 5 de julio, de *creación de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria*, señala en este sentido que este nuevo organismo —cuya misión central es promover la seguridad alimentaria— adoptará sus decisiones «de acuerdo con la protección de la salud, el interés público y el principio de precaución» (52). Avanzando en la misma línea, la Ley catalana 20/2002, de 5 de julio, de *Seguridad Alimentaria*, acoge de manera más firme aún la vigencia de este principio como uno de los puntales básicos en la política de seguridad alimentaria (53).

En íntima conexión con la preocupación por la salud humana, el legislador español también se ha ocupado recientemente de introducir medidas de protección en lo que hace a la *salud animal y vegetal*, habida cuenta de los evidentes vínculos que ésta guarda con la salud de las personas —a través, fundamentalmente, aunque no sólo, de la alimentación—. Se trata de la Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de *Sanidad Vegetal*, y de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de *Sanidad Animal*. Aunque en ambas Leyes no se haga una mención explícita al principio de cautela, es evidente, por muchas razones, que su presencia no ha pasado desapercibida a la hora de confeccionar alguno de sus apartados. Así lo pone de manifiesto, de entrada, la posibilidad de adoptar un buen número de medidas precautorias «en caso de

(52) Así lo prevé el artículo 4.6.b) de la mentada Ley.

(53) El artículo 6 de esta Ley, bajo el rótulo de «principio de precaución», establece lo siguiente:

«1. Cuando, previa evaluación de la información disponible, se prevea la posibilidad de que se produzcan efectos nocivos para la salud, derivados de un proceso o de un producto que no permita determinar el riesgo con suficiente certeza, aunque haya incertidumbre científica, pueden adoptarse medidas provisionales de gestión del riesgo para asegurar la protección de la salud, a la espera de información científica adicional que permita una evaluación del riesgo más exhaustiva.

2. Las medidas adoptadas de acuerdo con el principio de precaución deben tomarse de forma transparente, deben ser proporcionadas y deben ser revisadas en un plazo razonable, en función de la naturaleza del riesgo observado y del tipo de información científica necesaria para aclarar la incertidumbre y llevar a cabo una evaluación del riesgo más exhaustiva.

3. Reglamentariamente deben establecerse las medidas cautelares de gestión del riesgo que pueden adoptarse, el procedimiento para adoptarlas y los plazos de vigencia respectivos».

sospecha» y, por tanto, antes de que exista una confirmación definitiva de la existencia de la plaga o enfermedad y del riesgo que la misma entraña (54).

En estrecha correspondencia con los avances experimentados a nivel comunitario, también en el campo de la *biotecnología* —sobre el que se ciernen, como ya se dijo, no pocas incertidumbres— ha irrumpido ya en nuestro país el principio de precaución. En efecto, la recién estrenada 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*, señala en su Exposición de Motivos que «los principios que inspiran la ley, idénticos a los existentes en el ámbito comunitario e internacional, son el de prevención y *cautela*, que implica adoptar las medidas adecuadas para evitar los potenciales efectos adversos para la salud humana y el medio ambiente derivados de estas actividades [...]».

Finalmente, es de notar que el principio de precaución despunta en la gestión de los *riesgos tecnológicos*. En particular, merece la pena traer a colación un caso que me parece muy ilustrativo a estos efectos. Como es bien sabido, en los últimos años se ha entablado un debate científico en torno a los riesgos que para la salud puede producir la exposición a campos electromagnéticos, especialmente a raíz de la proliferación de las estaciones base necesarias para el desarrollo de la telefonía móvil (55). Aunque científicamente este riesgo no está contrastado de manera firme, se han adoptado ya algunas medidas en este sentido (56). El Real Decreto 1066/2001, de 28 de

(54) Véanse el artículo 14 de la *Ley de Sanidad Vegetal* y el artículo 17 de la *Ley de Sanidad Animal*. Además de estas medidas precautorias en caso de sospecha, hay, como decimos, otros pasajes en estas Leyes en los que puede notarse la impronta del principio de precaución. Pienso ahora en particular en el fortalecimiento que se detecta en las funciones de inspección administrativa y, por añadidura, en el estatuto de los inspectores, lo que se plasma, por ejemplo, en la posibilidad de que éstos hagan uso de un extenso catálogo de medidas cautelares que podrán activarse antes incluso de que se haya incoado cualquier procedimiento administrativo —en lo que parece ser un desarrollo de esa genérica cláusula sobre las «medidas provisionales» que figura hoy en el artículo 72.2 de la LAP—. Un fortalecimiento lógico si se tiene en cuenta que la propia naturaleza del entorno de riesgo en que se mueve el principio de *cautela* aconseja que la Administración asuma una actitud de atenta vigilancia ante el despliegue de ciertas actividades potencialmente generadoras de riesgo y que, además, son los inspectores administrativos quienes a menudo entablan el primer contacto directo con dicho riesgo y, en consecuencia, quienes se erigen en depositarios naturales del poder de precaución.

(55) Una vez más, para una primera toma de contacto con el grueso de este debate científico, remitimos al lector a los trabajos desarrollados bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Salud: <http://www.who.int/peh-emf/es/index.html>. También resulta de interés la información facilitada por el Ministerio de Sanidad español: <http://www.msc.es/salud/ambiental/ondas/campos electromag.htm>.

(56) Sobre el particular, véase últimamente la aportación de Andrés MOLINA GIMÉNEZ, *Las Antenas de Telefonía Móvil. Régimen Jurídico. Análisis de los Impactos Visuales y Radioeléctricos en las Comunicaciones Móviles*, Aranzadi, Elcano, 2002, en especial págs. 185 a 237.

septiembre, por el que se aprueba el *Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas*, fijó así una serie de niveles de referencia y límites de exposición a las emisiones radioeléctricas (57). Sin embargo, algunas Comunidades Autónomas, entre ellas Cataluña y Navarra, han decidido recientemente reforzar esos niveles de protección y lo han hecho, y esto es lo importante, al amparo del principio de precaución. Véase si no la Exposición de Motivos de la Ley Foral 10/2002, de 6 de mayo, de *Ordenación de las estaciones base de telecomunicación por ondas electromagnéticas no guiadas en la Comunidad Foral de Navarra*, en la que se afirma que «en la actualidad, nos encontramos con una situación en la que existen numerosos estudios de investigación epidemiológica en curso, relativos a la exposición de los campos electromagnéticos de baja intensidad, a medio y largo plazo. Por ello, procede atenderse en esta Ley Foral al *principio de precaución*, esto es, fijar unos niveles de seguridad definidos como un compromiso entre lo científicamente demostrable y el margen de cautela exigible ante hipotéticos avances científicos que demostraran la nocividad de los campos electromagnéticos derivada de las instalaciones aquí reguladas» (58).

Todas estas manifestaciones normativas a las que acaba de referirse arrojan como balance, a mi entender de forma clara, que el principio de precaución no sólo es conocido en nuestro ordenamiento, sino que sobre ello es admitido en un buen número de normas que, de manera directa, abren paso a su efectiva aplicación. Ello no obstante, es lo cierto que todavía es pronto para hablar de una recepción plena del principio de precaución en el ordenamiento español y tampoco de una recepción equiparable con la experimentada en el seno de la Unión Europea. Ello responde, a mi juicio, a un doble orden de factores. En primer término, se trata, el español, de un proceso más lento y menos intenso: por más que sean ya numerosas las referencias normativas a este principio, el vigor que alcanza el prin-

(57) Siguiendo en este sentido las orientaciones contenidas en la Recomendación del Consejo de Ministros de Sanidad de la Unión Europea, de 12 de julio de 1999, *relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos* (en «DOCE» de 30 de julio de 1999, núm. L 199).

Por cierto que este Real Decreto 1066/2001 prevé la necesidad de valorar periódicamente los riesgos sanitarios potenciales derivados de la exposición del público a las emisiones radioeléctricas a la luz de los nuevos conocimientos científicos adquiridos y «teniendo en cuenta el *principio de precaución*» (art. 7).

(58) En la misma línea se sitúa el Decreto catalán 148/2001, de 29 de mayo, *de ordenación ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras instalaciones de radiocomunicación*, en cuyo Preámbulo puede leerse, de igual forma, que «para fijar los niveles de referencia y las distancias de protección a las personas se adopta el *principio de cautela* y se establece un factor de seguridad sobre la Recomendación de la Unión Europea».

cipio de precaución en el ámbito comunitario no se detecta en nuestro ordenamiento patrio, donde los llamamientos a la precaución normalmente responden a previos estímulos comunitarios, pero sin que se constate un debate sólido y asentado sobre la significación real del mismo. Y, en segundo lugar, es un proceso eminentemente —por no decir completamente— normativo, operado, esto es, a través de instrumentos normativos; se echa en falta desde luego la contribución de la jurisprudencia, que tan decisiva está resultando en el panorama comunitario a los efectos de consolidar y potenciar la aplicación del principio de cautela.

III. EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

1. *Consideraciones preliminares: el particular interés de la Unión Europea por alcanzar una definición precisa de las condiciones de aplicación del principio de precaución*

De cuanto aquí ha quedado expuesto se desprende con claridad la sentida presencia del principio de precaución en el contexto del Derecho internacional y, de un modo más concreto, en el acervo comunitario y en nuestro propio ordenamiento patrio. Sean cuales fueren las exactas razones que han justificado este proceso de expansión y sin perjuicio de la distinta intensidad con que la recepción de este principio se viene produciendo en cada ordenamiento —mucho más marcada en cuanto a su vocación de generalidad en el marco comunitario—, el caso es que son muchos los sectores en los que se impone la vigencia del principio de cautela. Hecho éste que aconseja por sí solo el desarrollo de su estudio de cara a permitir después una feliz aplicación del mismo. Pero es que, además, la conveniencia del análisis de este principio se torna si cabe más aguda si se tiene en cuenta un doble orden de consideraciones. Primero, que la introducción del principio de cautela en las diferentes normas raramente viene acompañada de una regulación sustantiva del mismo, ni siquiera en sus aspectos más esenciales; de hecho, en la mayor parte de los casos, el llamamiento al principio de precaución no incorpora ni tan sólo la definición del mismo, de modo que se corre el riesgo de que, por desconocer su significación, la presencia de este principio no pase de ser una mera declaración con carácter programático y vacía de valor aplicativo, de contenido real. Y segundo, que, como ya se dijo al comienzo de este trabajo, el principio de precaución representa un arma de doble filo capaz, allí donde no se maneje con aplicado equilibrio, de generar graves distorsiones no sólo en el entramado de

las relaciones comerciales, sino aun en el establecimiento de restricciones y limitaciones a los derechos y libertades constitucionales de los particulares. Quiere significarse con ello, en definitiva, que tanto la «no aplicación» como la «aplicación desorientada» del principio de precaución constituyen alternativas que deben evitarse a toda costa.

Lo anterior ayuda a comprender bien, como decimos, la importancia que adquiere el estudio de cuál debe ser el recto contenido y regular funcionamiento de este principio. Y, a tal propósito, la Unión Europea ofrece un testimonio muy cualificado habida cuenta de los esfuerzos que, desde distintas Instituciones, encabezadas por la Comisión, viene destinando a perfilar con nitidez los parámetros que habrán de guiar la aplicación práctica del principio de cautela. No es de extrañar, por otra parte, que los mayores esfuerzos hayan tomado cuerpo precisamente en el seno de la Unión, pues es aquí, sobre todo a raíz de la ya mentada crisis de las «vacas locas», donde las disfunciones del principio de precaución se han manifestado de manera más viva. Recuérdese que la crisis de las «vacas locas» evidenció, entre otros aspectos, la potencia que el principio de cautela podía asumir de cara a sortear las libertades comunitarias sobre las que descansa el mercado interior, dando pie con ello a conflictos con y entre los Estados miembros, así como con terceros países. El temor, sin duda fundado, a que este principio pudiese utilizarse por las Administraciones nacionales como soporte para crear cortapisas en el comercio de ciertos productos y amparar posturas proteccionistas o apartadas de las líneas comunes comunitarias llevó a las Instituciones europeas a prestar una atención prioritaria a la correcta delimitación del principio de precaución (59) (60).

(59) Esta preocupación se ha tornado, sin duda, más acusada en la actualidad habida cuenta de la extensión que está alcanzando el principio de precaución en el ordenamiento comunitario. En este sentido, uno de los riesgos que resulta en la actualidad más preocupante se contrae a la posibilidad de que el principio de cautela pueda dar un impulso «atípico» e indebido a las múltiples cláusulas de salvaguarda que están presentes en el ordenamiento comunitario, convirtiéndolas en instrumentos de uso ordinario y frecuente por parte de los Estados miembros y trastocando de esta forma el carácter *excepcional* con el que, por definición, las mismas fueron insertadas. Dicho en términos más directos: se teme que se produzca una cierta «trivialización» de estas cláusulas y, por añadidura, una cierta «trivialización» del concepto mismo de *orden público* cuya esencia evoca situaciones más bien excepcionales y, desde luego, graves. No quiere decirse con ello que el principio de precaución no pueda emerger por los canales que facilitan estas cláusulas de salvaguarda, sino que sólo debería hacerlo cuando la gravedad del caso así lo impusiese, haciendo uso para los restantes supuestos de fórmulas o mecanismos distintos.

(60) Preocupación compartida muy de cerca por la *Organización Mundial del Comercio*. Según el ideario que preside esta organización, resulta conveniente a efectos comerciales que se produzca una cierta aproximación entre las distintas legislaciones nacionales en lo que toca a las condiciones y limitaciones sanitarias impuestas a los productos. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos que vienen desplegándose en esta dirección, es claro que cualquier Estado podrá establecer siempre un nivel de exigencia superior al convenido.

Estos esfuerzos han cristalizado en una doble dirección. De una parte, hay que notar la importante labor que a tal efecto vienen desplegando el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia en la resolución de no pocos asuntos relacionados con la aprobación de medidas precautorias por parte de las Instituciones comunitarias o, en su caso, por parte de los Estados miembros.

Pero aparte de esta labor pretoriana, sin duda importante, destaca por igual el papel desempeñado por la Comisión y, en concreto, la *Comunicación sobre el recurso al principio de precaución*, que la misma aprobó en febrero de 2000 (61). Es éste un documento destinado a orientar a las distintas Instituciones de la Unión, así como a las autoridades nacionales, en el manejo del principio de precaución y su importancia es tal que bien podría considerarse en la actualidad el referente fundamental en lo que toca a la adecuada delimitación de este principio. Aserto éste que tal vez pueda parecer excesivo, pero que, a mi modo de ver, recibe confirmación expresa cuando se constata que incluso foros ajenos a la Unión Europea, como la Organización Mundial del Comercio y otras organizaciones, no dudan en remitir a esta Comunicación a la hora de analizar cuál debe ser el *modus operandi* que ha de guiar la concreción del principio de precaución. Es más, la principal limitación de esta Comunicación, derivada de la debilidad que la misma presenta desde el punto de vista normativo (62), puede considerarse en cierta medida corregida o in-

Una posibilidad ésta que la Organización Mundial del Comercio, naturalmente, no puede liquidar —pues no es sino una manifestación del derecho de los Estados a fijar el nivel de protección sanitaria que estimen oportuno—, aunque sí pretende de algún modo condicionarla exigiendo el compromiso de las partes contratantes de ofrecer para tales casos un fundamento científico sólido y transparente que justifique su posición más exigente. Este planteamiento queda bien patente en el *Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias* suscrito en 1994 (también conocido como Acuerdo MSF) y, más concretamente, en el reconocimiento implícito que dicho Acuerdo hace del principio de precaución en su artículo 5.7:

«Cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable».

(61) Comunicación de la Comisión Europea sobre *el recurso al principio de precaución*, de 1 de febrero de 2000 —COM (2000) 1—. Un primer comentario de este texto puede encontrarse en Sebastián ROMERO MELCHOR, *Principio de precaución: ¿principio de confusión?*, en «Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia», núm. 207, 2000, págs. 94 a 99, aunque, a mi juicio, con un excesivo tono crítico.

(62) La cuestión que gira en torno a la naturaleza de estas Comunicaciones se integra en el marco más amplio de los actos atípicos (aquellos no previstos en el artículo 249 del

tegrada por el hecho de que tanto el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo (63), el Comité Económico y Social (64) e incluso el propio Consejo Europeo (65) han dado, de manera formal, su beneplácito a esta Comunicación. A ello se suma el hecho de que también el Tribunal de Primera Instancia, en alguna de sus sentencias, ha echado mano de la Comunicación para obtener parámetros de enjuiciamiento de la actuación de las Instituciones comunitarias (66).

Esto sentado, trataremos a continuación de desgranar el contenido del principio de cautela, tomando para ello como referente primero el texto de esta Comunicación, pero sin perder de vista otros elementos y fuentes de referencia que habrán de ayudarnos al fin a obtener una representación, más o menos acabada, de las claves de funcionamiento de este principio (67).

TCE), a los que también acostumbra a referirse con el término *soft law* a fin de expresar su fuerza normativa devaluada o menor con respecto a los actos típicos (sobre el particular, véase Ricardo ALONSO GARCÍA, *El soft law comunitario*, en el núm. 154 de esta REVISTA, 2001, págs. 63 a 94).

En cuanto atañe específicamente a las Comunicaciones, baste señalar aquí que las mismas vienen considerándose como una manifestación del fenómeno de la «autolimitación», es decir, del fenómeno en cuya virtud una determinada autoridad o institución decide, *motu proprio*, autoimponerse reglas de conducta en un determinado sector de su actividad. Desde esta óptica, si bien las Comunicaciones carecen de valor normativo vinculante, sirven, no obstante, como parámetro de referencia a fin de controlar la legalidad de la actuación de la institución en cuestión desde el prisma de la interdicción de la arbitrariedad y sus distintas manifestaciones (especialmente en lo que hace a la exigencia de una decisión razonable).

(63) Véase la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de diciembre de 2000, sobre *el recurso al principio de cautela*.

(64) Véase el Dictamen del Comité Económico y Social sobre *el recurso al principio de precaución* (en «DOCE» de 19 de septiembre de 2000, núm. C 268, págs. 6 a 11).

(65) Véase la Resolución del Consejo Europeo de Niza de diciembre de 2000, sobre *el principio de cautela*.

(66) Estoy pensando en particular en la STPI de 11 de septiembre de 2002, *Pfizer Animal Health/Consejo*, asunto T-13/99, apartados 122-123, 149, 156, entre otros.

(67) Entre estos elementos de referencia, aparte de las fuentes jurídicas, no está de más tener en cuenta que desde otros campos científicos también vienen dedicándose energías a esta empresa de definir los parámetros que han de servir para llevar a la práctica el principio de precaución. Buen exponente de lo anterior se encuentra en los trabajos desarrollados por un grupo de investigadores de relieve que aparecen catalizados por las organizaciones estadounidenses *Science and Environmental Health Network* y *Lowell Center for Sustainable Production*. Los trabajos de sendas organizaciones han cristalizado ya en algunos congresos internacionales, como los celebrados en Wingspread (Wisconsin) en enero de 1998 y en Lowell (Massachusetts) en septiembre de 2001. Fruto de estos dos Congresos resultaron sendas Declaraciones (*Declaración de Wingspread sobre el principio de precaución* y *Declaración de Lowell sobre Ciencia y Principio de precaución*) de enorme interés. El texto de estas Declaraciones, juntamente con algunos trabajos de este grupo de investigadores, pueden encontrarse en el vol. col., coordinado por Jorge RIECHMANN y Joel TICKNER, *El principio de precaución en medio ambiente y salud pública: de las definiciones a la práctica*, Icaria, Barcelona, 2002.

Aunque en estos trabajos la vertiente jurídica ocupa un lugar más bien secundario —pero no inexistente—, aportan visiones que en muchos aspectos resultan enriquecedoras para comprender mejor la maquinaria del principio de precaución y la sensibilidad y expectativas que éste despierta en el campo de la investigación científica propia de las Ciencias Naturales.

2. *Los presupuestos del principio de precaución*

Para poner en marcha el principio de precaución es necesario, antes que nada, que en el caso en cuestión concurren dos presupuestos básicos: de un lado, la identificación de un factor capaz de generar un riesgo grave para el medio ambiente o la salud (A) y, de otro, la aparición de dudas o incógnitas en el proceso de definición y caracterización del riesgo en cuestión (B).

A) *La identificación de un factor de riesgo.*

Para comenzar, es preciso aislar un factor, ya se trate de una actividad, tecnología, producto o acaso un proceso productivo, que en sí mismo o en determinadas circunstancias ambientales sea susceptible de generar un riesgo cuya concreción habría de producir fatales consecuencias para la vida humana o el medio ambiente. El *prius* básico se contrae, pues, a la identificación de un *riesgo o amenaza grave para la salud pública o el ambiente*. Eso sí, a la hora de apreciar la *gravedad* de ese riesgo es preciso tener en cuenta dos factores: de un lado, hay que sopesar no sólo los posibles efectos inmediatos que pueda acarrear, sino también los daños que a medio o largo plazo puedan surgir (68); de otro, es muy importante huir de valoraciones aisladas que no tomen en consideración los efectos acumulativos o interactivos (sinérgicos) que un determinado factor de riesgo puede tener (69).

B) *La incertidumbre científica en la caracterización del riesgo.*

Identificado el riesgo grave, habrá que proceder a su caracterización científica desde los distintos ángulos posibles. Y será precisa-

(68) Sucede no pocas veces que entre la exposición a un agente de riesgo y la producción de los efectos nocivos media un largo período de latencia (de años e incluso décadas) que puede crear la convicción, en un primer análisis, de su menor gravedad.

(69) Por esta razón, desde los distintos foros científicos que vienen ocupándose del principio de precaución se insiste mucho en la importancia del enfoque pluridisciplinar o interdisciplinar en la evaluación del riesgo; en la complicitad, en definitiva, de las distintas disciplinas científicas que pueden tener algo que ver con la naturaleza o efectos del riesgo en cuestión. La *Declaración de Lowell sobre Ciencia y Principio de precaución de 2001*, antes citada, por poner un ejemplo, hace mucho hincapié en la necesidad de una «investigación científica interdisciplinaria», así como en la utilización de «métodos de investigación innovadores para poder analizar los efectos acumulativos e interactivos de los variados peligros a que se hallan expuestos tanto poblaciones como ecosistemas».

mente entonces, a lo largo de este proceso de análisis y estudio científico, cuando puedan surgir dudas o incertidumbres sobre la concreta evaluación del riesgo: puede suceder así que sea difícil identificar de manera precisa al concreto agente del riesgo; que no se pueda elucidar con claridad qué causas hacen del mismo un agente patógeno; cuál pueda ser el alcance exacto de sus efectos; la intensidad de su carácter nocivo, etc.

Esta *situación de incertidumbre* constituye así el segundo presupuesto necesario en orden a la aplicación del principio de precaución, cuya virtualidad está íntimamente unida, como ya se ha dicho, a la ausencia de certeza científica sobre la definición y caracterización de un determinado riesgo. Ello no obstante, *no toda incertidumbre es base suficiente para adoptar medidas precautorias*; muy al contrario, la entrada en juego del principio de precaución exige de manera ineludible una evaluación científica serena y meditada, bien que en ella aparezcan dudas y vacilaciones científicas. Por este motivo, la situación de incertidumbre a la que aludimos debe reunir una serie de requisitos que pueden agruparse en los siguientes puntos:

a) Ha de tratarse, en primer lugar, de una incertidumbre *objetiva*, con lo que quiere destacarse la importancia de que la evaluación científica se lleve a cabo desde instancias o instituciones neutras, desapegadas del poder público y también, no hay que olvidarlo, de los eventuales sectores interesados. Ello no significa, empero, que los poderes públicos deban desentenderse de la evaluación científica de los riesgos, dejándola así en manos del sector privado. Tal posicionamiento sería, por muchas razones, erróneo. Es aconsejable, por el contrario, y, si bien se mira, obligado incluso, que desde las distintas instancias públicas se patrocine de manera resuelta la investigación de eventuales riesgos.

En coherencia con esta línea de pensamiento, en los últimos años puede notarse un claro incremento de Comités, Agencias, Centros, Observatorios y Laboratorios científicos —la denominación es aquí muy variada— creados para alertar de la eventual aparición de nuevos riesgos y, en cierto modo también, aunque esto último raramente se haga explícito en las declaraciones de intenciones, con la finalidad de controlar la aplicación del principio de precaución. Este fenómeno —bien visible, sin ir más lejos, en nuestro propio país (70)— trae consigo un doble orden de problemas. De un lado, está la cuestión referente al estatuto jurídico atribuido a estos órganos públicos de

(70) Ahí están, por poner algún ejemplo concreto, los «Laboratorios nacionales de referencia» destinados a la detección de los riesgos epizooticos (vid. arts. 29 a 35 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de *Sanidad Animal*).

investigación, sobre todo en lo que hace a la necesidad de garantizar, como mínimo, su *independencia funcional* en tanto que condición indispensable de su objetividad (71). De otra parte, la propensión de los distintos niveles de gobierno a tener para sí fuentes de información científica propias porta consigo la posible aparición de *discrepancias entre los diversos Comités o Agencias* —como de hecho así sucede—. Un ejemplo evidente puede verse en el ámbito de la seguridad alimentaria, donde, juntamente con la «Agencia Española de Seguridad Alimentaria», de carácter estatal, conviven también Agencias infraestatales —creadas por las Comunidades Autónomas— y, por supuesto, Agencias supraestatales como la «Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria», sin olvidar el papel de la «Organización para la Agricultura y la Alimentación» y de la «Organización Mundial de la Salud» (72) (73). Por esta razón, entre otras medidas, cobran aquí mucho sentido los esfuerzos orientados a la fijación de un

(71) De donde la importancia que adquiere el modelo organizativo escogido a la hora de diseñar las estructuras públicas dedicadas a la investigación. No da lo mismo, por ejemplo, que esas plataformas públicas de investigación aparezcan personificadas o no; y, en caso de que así sea, es claro que tampoco dará lo mismo el concreto modelo de persona o ente seleccionado. En buenos principios, a la vista de las distintas opciones que acoge nuestra Organización administrativa, parece claro que el modelo idóneo para estas estructuras públicas de investigación viene dado por las *Administraciones independientes*. Precisamente desde esta óptica, bien podría cuestionarse el perfil atribuido inicialmente a la «Agencia Española de Seguridad Alimentaria», configurada como Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo. Sobre el particular, véase Marta FRANCH SAGUER, *La seguridad alimentaria: las Agencias de seguridad alimentaria*, en el núm. 159 de esta REVISTA, 2002, págs. 315 a 340.

De todas formas, tampoco cabe aquí adoptar un postulado rígido en el sentido de que la objetividad dependa única y exclusivamente de la atribución de una subjetividad propia y diferenciada. Este aspecto es, desde luego, un síntoma importante o, como mínimo, un soporte que facilita la posterior consecución de un adecuado grado de autonomía. Pero es evidente que, además de la concreta articulación subjetiva del centro de investigación en cuestión, habrá que estar a otros aspectos como el modo en que los miembros del centro sean nombrados, así como al estatuto y la estabilidad que les sean reconocidos.

Por otra parte, es importante notar que no hay que poner sólo el acento en la *objetividad* —por más que ésta sea una nota en verdad importante—, perdiendo de vista otras exigencias no menos relevantes como la *especialidad* y, más que nada, la *excelencia* de las personas llamadas a integrar tales entidades. Ambas exigencias son, también, no se olvide, razón de ser de estas organizaciones públicas de investigación.

(72) Ambas organizaciones, FAO y OMS, han coordinado desde antiguo sus esfuerzos en este ámbito de la seguridad alimentaria, principalmente a través de la creación del *Codex Alimentarius*, cuyos trabajos vienen marcando un referente fundamental en lo que hace a las normas alimentarias destinadas a la protección de la salud de los consumidores.

(73) Esta pluralidad de estructuras científicas hace muy conveniente —casi obligado— ampliar y vigorizar los cauces de comunicación entre las distintas Administraciones y centros públicos de decisión involucrados, tanto nacionales como internacionales, reclamando a tal efecto una cierta «lealtad institucional» en lo que toca a la fidelidad y oportunidad de las informaciones reportadas. De la importancia de esta transferencia de información entre las distintas Administraciones da buena cuenta el reciente episodio vivido a propósito del Síndrome Respiratorio Agudo Severo. Como es bien sabido, la comunidad internacional reprochó a las autoridades chinas la tardanza en comunicar el brote de esta enfermedad pues, si bien la misma fue detectada en noviembre de 2002, no fue comunicada a la Organización Mundial de la Salud hasta febrero de 2003.

órgano científico de referencia que, de ordinario, va a situarse en el plano internacional habida cuenta de su presumible mayor objetividad y, lo que resulta no menos importante, de la posibilidad del mismo de acaparar un mayor número de conocimientos científicos de la comunidad internacional en su conjunto (74).

b) Asimismo, también será preciso que la evaluación científica arroje una *duda razonable*, fundada en criterios y procedimientos de análisis lógicos. Se trata, en definitiva, de que la representación del riesgo potencial y de sus previsibles efectos constituya al cabo una hipótesis, por así decirlo, sensata. Por esta razón, será necesario siempre que el análisis científico desarrollado sea riguroso, actual —basado, esto es, en los últimos conocimientos disponibles— y, sobre ello, lo más completo posible. En este sentido, me parece acertada la matización según la cual, más que de situación de incertidumbre, tal vez sería mejor hablar de una *situación de certidumbre incompleta o parcial*. Porque, en efecto, la invocación del principio de precaución precisa en todo caso de la existencia de indicios sólidos en torno a la identificación del riesgo y su potencialidad lesiva. De lo contrario, la más mínima sospecha científica bastaría para activar los potentes mecanismos de reacción basados en el principio de precaución.

c) Finalmente, esa incertidumbre a la que aludimos debe gestarse en un contexto de *transparencia* que permita a la comunidad científica, a los sectores sociales más afectados y, en general, a la colectividad en su conjunto (75) tener conocimiento de la evaluación

(74) Aleccionador en este sentido resulta el sistema previsto en el contexto del *Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias de la Organización Mundial del Comercio*, y que pasa por el señalamiento de tres instituciones de referencia a fin de alcanzar una cierta normalización en la definición del riesgo. Se trata, en concreto, de la *Comisión del Codex Alimentarius FAO/OMS*, para el caso de los alimentos; la *Oficina Internacional de Epizootias*, para los riesgos referidos a la sanidad animal; y la *Secretaría de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria de la FAO*, en lo que atañe a la preservación de los vegetales o sanidad vegetal.

Por cierto que, como se ha puesto de manifiesto en los problemas de riesgo más recientes, se detecta un renovado protagonismo por parte de estas instancias internacionales de carácter científico, como lo demuestra el importante papel desempeñado por la *Oficina Internacional de Epizootias* en relación con la crisis de las «vacas locas» o la no menos destacada función de la *Organización Mundial de la Salud* en el marco de la enfermedad de la «neumonía asiática».

(75) La progresiva consolidación del principio de cautela lleva consigo aparejada una correlativa exigencia de potenciación de los *flujos de información* a todos los niveles. Dicho de otro modo, difícilmente puede instalarse el principio de cautela sin que se lleve a cabo un amplio despliegue del principio de transparencia en el sentido más riguroso y extenso del término. De esta guisa, la aplicación de medidas precautorias entraña el compromiso del poder público de participar el riesgo afrontado al público en general —en lo que se conoce como *comunicación del riesgo*—. Así, la Administración que gestione un riesgo debe otorgar a sus decisiones la mayor difusión posible y, al propio tiempo, debe poner al alcance de los ciudadanos los datos e informaciones de que la misma dispone para apoyar sus resoluciones. Muy acertada me parece en este sentido la previsión que hace poco introdujo la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de*

del riesgo efectuada, así como de los datos disponibles por la Administración Pública en cada momento (76). Es éste un postulado central de cara a la recta aplicación del principio de precaución, hasta el punto de que el recurso a la precaución será ilegítimo allí donde no pueda constatarse un proceso de evaluación científica transparente. Corolario natural de la transparencia es, por lo demás, la *participación*, esto es, la apertura de canales que permitan dar a conocer la opinión de los sujetos interesados, fortaleciendo así —cuando menos en lo que hace a la legitimidad— las posteriores decisiones públicas adoptadas.

La situación de incertidumbre científica que soportará la activación del principio de precaución debe ser, pues, en los términos indicados, una incertidumbre objetiva, razonable y transparente.

3. *La decisión en torno a la aplicación o no del principio de precaución*

Supuesta la concurrencia de los dos presupuestos a los que acaba de referirse, es momento de decidir si resulta procedente o no la aplicación del principio de precaución. La Comunicación de la Comisión Europea insiste en este punto en el *carácter político* de esa decisión, y ello por un doble orden de razones: primero, porque es una decisión que deben adoptarla los responsables políticos y, segundo, porque aquéllos deben hacerlo en atención a un criterio político como es el nivel de riesgo que se estima «tolerable» o «aceptable» por una cierta sociedad, teniendo en cuenta, eso sí, que el «riesgo cero» es, a día de hoy, una aspiración en la mayor parte de los casos inalcanzable (77).

derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en cuyo artículo 6 se consagra el *derecho a la información epidemiológica* en los siguientes términos: «los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley».

(76) La transparencia tiene reservada en este ámbito una posición de primera línea y así se hace evidente, como decimos, con las constantes referencias que la Comunicación hace a este principio. Entre otras razones que ayudan a explicar esta importancia —ahí está principalmente la voluntad de «democratizar» la gestión de los riesgos inciertos—, no es ocioso significar que gracias a la transparencia se pretende evitar un grave efecto distorsionador como es la «manipulación en la definición del riesgo»; se trata, en otras palabras, de prevenir la eventualidad de que los distintos agentes implicados, y de manera destacada los medios de comunicación, puedan introducir informaciones dispares sobre cuál es el concreto riesgo afrontado.

(77) Aunque el denominado «riesgo cero» se considera, en efecto, un estadio inalcanzable y, por tanto, carente de fuerza para justificar la aplicación del principio de precaución, es lo cierto que el Tribunal de Justicia ha admitido en algún caso la posibilidad de

De manera que, como decimos, la puesta en práctica de medidas precautorias pasa, pues, también, por un filtro político. Significa ello, ni más ni menos, que el principio de precaución no depende únicamente del análisis científico efectuado y de la opinión de los expertos técnicos. Aunque su aplicación requiera, ineludiblemente, la concurrencia de unos presupuestos de origen científico, la puntual activación de medidas de cautela habrá de basarse asimismo en una valoración de oportunidad acerca del nivel de protección al que se aspira en una concreta sociedad. Combinación, en suma, de lo científico y de lo político.

Sucede, no obstante, que esta afirmación de la naturaleza política de la decisión por la que se resuelve aplicar o no el principio de precaución, aun cuando tenga un sentido claro, plantea algunos problemas, principiando por la determinación del órgano o instancia pública a quien compete su adopción. Es ésta una cuestión cuya respuesta va a depender, como es llano, de la estructura institucional de cada país, aunque la urgencia con la que de ordinario hacen acto de presencia muchos de los riesgos actuales determinará que, en línea de principio, sea el Poder Ejecutivo, a través de su cúpula decisoria, el encargado de ofrecer una primera respuesta. Identificada la instancia competente, habrá que estar por igual a las disposiciones internas de cada Estado para determinar qué concreta veste formal arropará a la decisión por la que se decida adoptar medidas precautorias. Nada impide, por supuesto, que tales medidas queden contenidas en una norma de rango legal —de hecho, la experiencia española ofrece al respecto algunos ejemplos, como ya vimos (78)—, si bien el carácter transitorio que, por definición, poseen las medidas de precaución —siempre sujetas a la aparición de nuevas pistas y hallazgos científicos que despejen las dudas existentes— parece acomodarse mejor a la mayor flexibilidad que de suyo entrañan las disposiciones y actos administrativos —a diferencia de los instrumentos legislativos, de tramitación más compleja—.

Sea como fuere, se trata de sendos problemas cuya trascendencia

que los Estados miembros impongan un nivel de tolerancia muy estricto que, a efectos prácticos, mucho se aproxima a ese «riesgo cero». Tal declaración se ha producido a raíz del asunto relativo a la presencia de *Listeria monocytogenes* en algunos productos elaborados a base de pescado y no conservados por medios químicos. El Tribunal de Justicia respaldó en este concreto caso la legitimidad de la postura mantenida por el Gobierno austriaco en su opción por fijar un nivel de tolerancia cero en la presencia de esta bacteria patógena, amparándose para ello en la incertidumbre de los estudios sobre el comportamiento de esta bacteria y en la gravedad de los riesgos que representa; en definitiva, en razones de precaución (STJCE de 24 de octubre de 2002, C-121/00, *Walter Hahn*).

(78) Estoy pensando ahora en la antedicha Ley Foral 10/2002, de 6 de mayo, de *Ordenación de las estaciones base de telecomunicación por ondas electromagnéticas no guiadas en la Comunidad Foral de Navarra*.

es en realidad menor. Porque la principal cuestión que a mi juicio plantea la introducción de elementos políticos (de conveniencia o de oportunidad) en el proceso decisonal atinente a la aplicación del principio de precaución se contrae a determinar en qué medida esa caracterización política constituye un obstáculo de cara a la viabilidad de un posterior control de dicha decisión, especialmente en sede jurisdiccional. A este respecto, entiendo que con esa alusión al tinte político de la decisión lo pretendido es significar que la Administración —o poder público de que se trate— dispone de un margen de apreciación subjetiva a la hora de valorar la incertidumbre científica y el riesgo generado. En otras palabras, que se reconoce un espacio a la discrecionalidad; una discrecionalidad que, eso sí, por grande que quiera interpretarse, siempre quedará sujeta al control judicial tendente a evitar su deslizamiento hacia la arbitrariedad, que, como se sabe, queda proscrita en un Estado de Derecho. De esta suerte, más que de acto político, habría que hablar en rigor de acto discrecional para referirse a la naturaleza de la decisión de dar entrada o no a medidas precautorias. Es éste, por lo demás, un postulado que ha recibido una confirmación expresa en la jurisprudencia comunitaria. El Tribunal de Justicia, y lo mismo cabe decir del Tribunal de Primera Instancia, no han dudado en fiscalizar las decisiones adoptadas por las Instituciones comunitarias sobre la procedencia de aplicar medidas de precaución ante una concreta situación de riesgo. Estoy pensando, por poner algunos ejemplos recientes, en la decisión de la Comisión por la que se revocó la autorización de comercialización de ciertos medicamentos destinados al tratamiento de la obesidad (asunto *Artegodan*, 2002, al que ya se ha hecho referencia más atrás), o en el Reglamento del Consejo a través del cual también se revocó una autorización, esta vez para la utilización de un aditivo en la alimentación animal (asunto *Pfizer*, 2002) (79).

Esta misma jurisprudencia apunta, asimismo, los mecanismos que van a permitir fijar un cauce, señalar unos límites para el válido

(79) STPI de 11 de septiembre de 2002, *Pfizer Animal Health/Consejo*, asunto T-13/99. El supuesto ventilado en esta sentencia hace alusión en concreto a la posible vinculación existente entre la resistencia del ser humano a los antibióticos —un fenómeno que, según estudios recientes, se está acelerando en los últimos tiempos y que constituye ya hoy uno de los problemas más graves que debe afrontar la salud pública occidental (amplia información al respecto puede encontrarse en http://www.who.int/health_topics/drug_resistance/es)— y la administración de ciertos productos (para ser más exactos, la «virginiamicina») como factores de crecimiento en la alimentación animal. Un comentario de esta sentencia ofrece Luis GONZÁLEZ VAQUÉ, *El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria: la sentencia «virginiamicina» (asunto T-13/99)*, en «Revista de Derecho Comunitario Europeo», núm. 13, 2002, págs. 925 a 942, destacando la relevancia de la misma en orden a fijar con más precisión los contornos que deben guiar la aplicación del principio de precaución.

ejercicio de ese margen de discrecionalidad. Mecanismos que, por lo demás, son comunes al control de las potestades discrecionales, por lo que las construcciones y avances dogmáticos que con el paso del tiempo se han labrado en torno a esta cuestión crucial del Derecho administrativo —también, por supuesto, del Derecho administrativo comunitario (80)— resultan aquí perfectamente extrapolables (81). Con todo, y aun a riesgo de reparar en aspectos de sobra conocidos, no está de más ofrecer una panorámica general de tales instrumentos.

Está, en primer lugar, el examen de los *hechos determinantes*, que en nuestro caso va a traducirse en un análisis de la situación de incertidumbre científica y, por ende, de los indicios científicos aportados por la Administración en sostén de su decisión; pero téngase presente que no se trata tanto de discutir el contenido interno de los informes y dictámenes de los expertos cuanto de examinar su coherencia y congruencia externa, así como la regularidad del *iter* seguido en la formación de los mismos.

Además de los hechos determinantes, el órgano jurisdiccional podrá hacer uso también de los *principios generales del Derecho*, entre los cuales hay que subrayar la importancia que ha de ocupar el principio de *objetividad* y, más concretamente, una de sus derivaciones. Me refiero a la obligación que pesa sobre la Administración de tener un conocimiento certero y cabal de la realidad sobre la que habrá de proyectarse su decisión y, por añadidura, de tomar en consideración todos los elementos de juicio incorporados al expediente (82). Esta regla ha sido expresamente reclamada por el Tribunal de Primera Instancia a fin de mesurar el correcto ejercicio del principio de precaución. En efecto, sobre la base de la «obligación de la institución competente de examinar minuciosa e imparcialmente todos los elementos pertinentes del asunto de que se trate [...] se deduce que la realización de una evaluación científica de los riesgos tan exhaustiva como sea posible, basada en un asesoramiento científico fundado en los principios de excelencia, independencia y transparencia, consti-

(80) En cuanto al control de la discrecionalidad por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, véanse, con carácter general, la célebre STJCE de 25 de enero de 1979, *Racke*, asunto 98/78, apartado 5, y, de forma más específica en lo que concierne al ejercicio del principio de precaución, la STJCE de 5 de mayo de 1998, *National Farmers' Union*, asunto C-157/96, apartado 39.

(81) En lo atinente al control judicial de las potestades discrecionales, véase, para una primera aproximación de conjunto, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, 9.ª ed., 1999, págs. 457 a 478.

(82) Este postulado, que en nuestro país dimana directamente del artículo 103.1 de la CE, es también bien conocido en otros ordenamientos como el italiano (a través del principio de *adeguata istruttoria*) o el francés (en el que se habla del *examen particulier et complet des circonstances*).

tuye una garantía de procedimiento importante para asegurar la objetividad científica de las medidas y evitar la adopción de medidas arbitrarias» (83).

Y no hay que olvidar, por fin, el recurso a la *desviación de poder*, cuya virtualidad en este campo puede resultar de interés desde el momento en que uno de los peligros que, como se recordará, podía anudar el principio de precaución venía dado precisamente por la utilización de dicho principio con fines distintos a la protección del medio ambiente o la salud pública y cercanos más bien a la implantación de medidas proteccionistas enderezadas a influir en el comportamiento del mercado (para proteger los productos nacionales, presionar a países terceros, etc.).

En todo caso, no cabe duda de que, aun con la ayuda de los mecanismos apuntados, el control judicial sobre la efectiva puesta en práctica del principio de cautela constituye un control limitado y, sobre ello, de gran complejidad práctica y probatoria. Justamente por esta razón, la *motivación* de la decisión pública adquiere en estos casos una importancia capital, tanto más si se tiene en cuenta que, aparte de los márgenes de apreciación subjetiva derivados de su naturaleza discrecional, el principio de cautela se monta sobre una base de incertidumbre científica. En cualquier caso, lo importante es retener que por mucho que se insista en las consideraciones políticas que, necesariamente, están detrás de toda decisión relativa a la precaución, ello en modo alguno representa una razón para abdicar de su fiscalización por los órganos judiciales.

Sentada esta importante premisa, y avanzando ahora en nuestro discurso, hay que decir a continuación que, adoptada la decisión de aplicar el principio de precaución, tal decisión puede concretarse a su vez en dos posicionamientos que si bien resultan distintos son, y conviene señalarlo ya de entrada, igualmente plausibles. Así, cabe optar desde luego por la aprobación de medidas de cautela tendentes a frenar los efectos del peligro detectado —en qué puedan consistir tales medidas y cuáles hayan de ser sus límites lo veremos más adelante—; pero, de igual forma, es dado retrasar la introducción de las mismas a la espera de nuevos datos científicos, es decir, que la precaución puede transformarse entonces en una actitud de atenta expectativa ante la evolución de la definición científica del riesgo. Veámoslo más detenidamente.

(83) STPI de 11 de septiembre de 2002, *Pfizer Animal Health/Consejo*, asunto T-13/99, apartados 171 y ss.

4. *El aplazamiento de las medidas precautorias y su posible incidencia en el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración*

A la luz de los datos científicos disponibles, así como de la valoración política sobre el nivel de riesgo tolerable, la autoridad competente puede llegar a la consideración de que, por el momento, resulta más oportuno no introducir ninguna medida precautoria. Es ésta una opción perfectamente plausible, como así se encarga de señalarlo de manera expresa la Comunicación de la Comisión, en lo que parece ser un claro intento por evitar la tendencia a un uso «automático» o «indiscriminado» de las medidas precautorias; la espera es, pues, también, una opción prudente, compatible con la idea de precaución.

Esto supuesto, hay que notar que esta alternativa presenta un interés especial desde la óptica de la *responsabilidad patrimonial*. Porque, como es claro, cabe la posibilidad de que, adoptada una posición de prudente espera, el riesgo finalmente se concrete, causando lesiones a particulares y demostrando al cabo el desacierto en el criterio seguido por los poderes públicos. La pregunta que se suscita entonces pasa por elucidar si esos concretos particulares perjudicados pueden dirigirse a la Administración Pública en demanda de una indemnización por los detrimentos padecidos en sus bienes o derechos (84). Cuestión que, como decimos, presenta un notable interés toda vez que, al menos a primera vista, esta solicitud encontraría un serio obstáculo en lo dispuesto en el artículo 141.1 de la LAP, a cuya virtud «no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado 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». Apoyada en este precepto, la Administración bien podría hacer valer la incertidumbre científica sobre el riesgo en cuestión para escudarse ante cualquier reclamación de responsabilidad patrimo-

(84) En tales casos, la demanda de responsabilidad patrimonial de la Administración trae causa de su posición de garante con respecto a la gestión de ciertos riesgos que pueden afectar a la salud pública y al medio ambiente; se encuadra, por tanto, en un contexto de responsabilidad *in vigilando* y, dentro de este género, en la especie denominada responsabilidad *in ommittendo*. Acerca de la problemática particular que entraña esta especie de responsabilidad, véanse Antonio JIMÉNEZ-BLANCO, *Responsabilidad administrativa por culpa «in vigilando» o «in ommittendo»*, en «Poder Judicial», núm. 2, 1986, págs. 117 a 128, y Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 767 a 828.

nial. A fin de cuentas, el estado de la ciencia impedía caracterizar con precisión el alcance del riesgo o amenaza que luego se ha visto concretado.

Pues bien, a mi entender, justamente en este punto, el principio de precaución está llamado a jugar una función importante en aras de matizar debidamente la significación de este artículo 141.1 de la LAP —no exento de polémica, por otra parte (85)—. En concreto, la aplicación de este principio constituye un soporte para acotar la vigencia de esa cláusula de antijuridicidad, constriéndola a aquellos supuestos en que los conocimientos científicos hubiesen sido realmente insuficientes para identificar el riesgo que luego se ha visto concretado. Por el contrario, allí cuando, a pesar de las dudas o lagunas en el parecer de la comunidad científica, existiesen ya indicios bastantes sobre la eventualidad del riesgo y su potencialidad lesiva, es claro que, precisamente por influjo del principio de precaución, la conducta de la Administración no será ni mucho menos irrelevante a efectos de la responsabilidad patrimonial. Así, el particular perjudicado podrá exigir la reparación de la lesión sufrida por considerar que no fueron adoptadas las medidas de precaución pertinentes o que las mismas se activaron con demora. No se me oculta que tal pretensión porta de suyo una extraordinaria complejidad tanto para el particular afectado como para los órganos encargados de fiscalizar la actuación de la Administración. La propia complejidad que por lo común está ínsita en la definición de muchos riesgos determina la dificultad de concretar cuál era el estado de la ciencia: no será fácil para el interesado demostrar la presencia de evidencias científicas suficientes y, una vez sentado lo anterior, tampoco será fácil desde luego determinar cuáles debieron ser las medidas de precaución oportunas (86). Sin ánimo de ahondar en estos aspectos, que me limito aquí a apuntar, pretendo significar tan sólo que aun cuando el

(85) Como el lector recordará, este inciso fue introducido por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de *reforma de la LAP*, y su razón de ser guarda una estrecha conexión con los problemas originados por la transfusión de sangre contaminada con anticuerpos del SIDA. Muchos de los autores que se han asomado a su estudio no han dudado en calificar esta novedad como de serio retroceso en la afirmación del carácter objetivo de nuestro sistema de responsabilidad patrimonial (Jesús JORDANO FRAGA, *La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas*, en el núm. 149 de esta REVISTA, 1999, págs. 321 a 336, y Miriam CUETO PÉREZ, *Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la reforma de la Ley 30/92*, en el núm. 152 de esta REVISTA, 2000, págs. 273 a 281, entre otros), llegando a plantear, incluso, dudas sobre su constitucionalidad, habida cuenta de que, con arreglo a la fórmula contenida en el artículo 106.2 de la CE, sólo la fuerza mayor escapa al ámbito de la responsabilidad patrimonial.

(86) Habrá que pensar, pues, en la conveniencia —y, naturalmente, procedencia— de la aplicación de ciertas medidas de contrapeso como la dispensa de una prueba plena de la relación de causalidad e, incluso, llegado el caso, la inversión de la carga de la prueba a favor del interesado afectado.

artículo 141.1 de la LAP exonera a la Administración de la responsabilidad por los daños que se deriven de riesgos desconocidos, esa exoneración queda parcialmente mutilada por la presencia en nuestro ordenamiento jurídico del principio de precaución, en cuya virtud sí será responsabilidad de la Administración actuar con prudencia frente a los riesgos parcialmente conocidos. En pocas palabras: *no hay responsabilidad patrimonial frente a los «riesgos desconocidos»; pero sí la hay frente a los «riesgos sospechados» siempre que, eso sí, la sospecha se apoye en indicios razonables, bien que todavía inciertos en algunos de sus extremos* (87).

5. *La adopción de medidas precautorias: requisitos y características que deben reunir las mismas*

Como más atrás quedó apuntado, a la luz de las evidencias científicas y del nivel de riesgo tolerado, las autoridades públicas, y en particular la Administración, pueden decidir adoptar medidas concretas para hacer frente al riesgo detectado. A tal efecto, el principio de precaución, y la realidad así lo ha puesto de manifiesto en las crisis de riesgos alimentarios y sanitarios más recientes, permite amparar un gran número de medidas que, además, suponen intromisiones muy severas en la esfera vital de los particulares, llegando a coartar incluso derechos fundamentales, como es el caso de la libertad personal. Hasta tal punto ello es así que en ocasiones puede llegarse a pensar que al abrigo del principio de precaución todo o casi todo es posible.

Por esta razón, la primera matización que se impone subrayar se contrae a exigir la plena vigencia del principio de legalidad y de la vinculación positiva de la actuación de la Administración a la ley y al Derecho, tanto más cuando de adoptar medidas de contenido restrictivo se trata. Sucede, no obstante, que en nuestro ordenamiento jurídico —y lo mismo ocurre en el ordenamiento comunitario— no se

(87) Lo que pretende destacarse es que el principio de precaución puede ofrecer algunos argumentos para refrenar la tendencia evasiva que viene evidenciándose en los últimos años —y cuyo signo más evidente se contrae al artículo 141.1 de la LAP antedicho— con el objetivo de «proteger» a la Administración de los riesgos presentes en determinados sectores de su actividad sujetos a avances tecnológicos constantes. Aunque esta tendencia no es en modo alguno gratuita —y tampoco puede afirmarse que con ella pretenda en última instancia rebajarse el nivel de protección de los afectados en cuanto que su perjuicio de ordinario se encauza a través de las medidas de asistencia social—, es lo cierto que se trata de un fenómeno preocupante en lo que pueda suponer de pérdida de interés por parte de la Administración hacia la evolución de los conocimientos científicos; la incidencia del principio de precaución en este ámbito pretende en última instancia vencer este posible efecto indeseado; pretende así no ya crear una «Administración omnisciente» capaz de anticiparse a cualquier riesgo impredecible, sino una «Administración de vanguardia científica», siempre atenta al estado de la ciencia.

ha procedido a confeccionar un catálogo de posibles medidas precautorias. Ciertamente es que algunas normas sectoriales —a mi juicio, con buen criterio— transitan ya en la dirección de concretar en qué medidas puede traducirse la aplicación del principio de precaución. Pero fuera de estos casos particulares no hay, como decimos, un listado general de las mismas. Este vacío no ha supuesto, ni mucho menos, un obstáculo para hacer efectivo el principio de precaución; y no lo ha sido porque el mismo se ha nutrido de un doble orden de fuentes.

De una parte, supuesta la vinculación de este principio con bienes jurídicos como el medio ambiente y, sobre todo, con la salud humana, no ha resultado difícil aprovechar las tradicionales cláusulas de salvaguardia que todo ordenamiento jurídico —y también, cómo no, el nuestro— reserva para proteger la *salud pública*. En España, por ejemplo, hay que aludir a las previsiones contenidas en la *Ley General de Sanidad* de 1986 (88) y, también, a lo dispuesto en la *Ley Orgánica de Medidas Especiales en materia de Salud Pública* de 1986 (89). De esta guisa, la aplicación del principio de precaución en supuestos como el de la «neumonía asiática» se ha encauzado a través de las amplias posibilidades que estas normas ofrecen para tutelar la salud pública.

De otra parte, no hay que desconocer tampoco que el principio de precaución está llamado a operar ante riesgos graves que reclaman una actuación urgente. Ahí están, pues, las normas que permiten actuar en casos de *grave riesgo colectivo* a los efectos establecidos en la legislación de protección civil, fundamentalmente en la *Ley de Protección Civil* de 1985, en la que se contemplan medidas tales como la posibilidad de imponer prestaciones personales a todos los residentes en el territorio nacional, la requisa de todo tipo de bienes o la posibilidad de intervenir los medios de comunicación social (90).

Estos dos bloques normativos han resultado ser un apoyo más que suficiente para articular en la práctica el uso del principio de precaución, dotándolo de los instrumentos precisos para una eficaz aplicación del mismo: ante todo, por la posibilidad de adoptar medidas muy incisivas y, en ocasiones, incluso drásticas (91). Pero, ade-

(88) Véanse los artículos 26 y 28 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, *General de Sanidad*.

(89) Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de *Medidas Especiales en materia de Salud Pública*.

(90) Véase el artículo 4 de la Ley 2/1985, de 21 de enero, de *Protección Civil*.

(91) Juntamente con estas dos vías capaces de ofrecer, con carácter general, un soporte legal a la aplicación del principio de precaución en nuestro ordenamiento, entiendo que cabe también la posibilidad de encontrar otros preceptos a través de los cuales hacer emerger la vigencia de este principio en ámbitos sectoriales específicos en los que dicho principio no viene reclamado expresamente. Para comenzar, si se apura la vinculación del principio de cautela con la protección de la salud pública y el medio ambiente —siguiendo de

más, por la posibilidad de hacerlo sin la sujeción a formalidades muy estrictas, especialmente en lo que hace a la procedimentalización de la actuación —ya se sabe que «la necesidad no tiene ley» (*necitas non habet legem*) y que ante situaciones de emergencia ceden todo tipo de formalidades, así sean sustanciales (92)—. Sin olvidar, en fin, que las normas a las que acaba de hacerse referencia acostumbra a introducir enunciados muy amplios y generosos a la hora de describir qué concretas medidas podrán adoptarse (93). Se debe ello, sin duda, a la necesidad de preservar por encima de todo la adaptación a la situación particular de cada caso; es menester así que la Administración disponga de una larga capacidad de maniobra si se quiere en verdad que su actuación sea lo más eficaz posible.

Cabe concluir, en definitiva, que el respaldo normativo a las medidas adoptadas en presencia del principio de precaución es, al menos por lo que hace a nuestro ordenamiento jurídico, amplio y flexible, con lo que puede salirse al paso de los eventuales reproches que desde la óptica del principio de legalidad acaso pudieran formularse. No obstante, es claro que esa generosa flexibilidad que domina el panorama de las medidas precautorias ha de verse contrarrestada por la necesidad de que tales medidas cumplan, en todo caso, una serie de requisitos básicos e insuperables. Requisitos que no son sino manifestación de algunas directrices nucleares de la acción administrativa y cuya misión principal, acentuada en este ámbito de la precaución, radica precisamente en garantizar que se adopten al cabo medidas *razonables*: ¿y en qué consiste esa «razonabilidad» aplicada al principio de cautela?

esta forma la argumentación desplegada por el Tribunal de Primera Instancia para elevar a este principio a la categoría de principio general del Derecho comunitario—, resultará que su virtualidad podrá hacerse operativa por medio de las numerosas *cláusulas de salvaguarda* del orden público sanitario y ambiental que se recogen en nuestro ordenamiento. Asimismo, es hacedero plantear, por otra parte, que la adopción de medidas precautorias pueda integrarse aprovechando aquellas precisiones en que se recoge la posibilidad de que la Administración actúe en caso de *sospecha razonada* o *indicios suficientes*. Es el supuesto, por ejemplo, de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del *Medicamento*, cuyo artículo 106 señala que «en el caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y grave para la salud, las autoridades sanitarias podrán adoptar las siguientes medidas cautelares en el ámbito de esta Ley: [...]». Entre esas medidas se encuentran la puesta en cuarentena, la retirada del mercado del medicamento, la clausura de establecimientos, la suspensión de la fabricación, etc.

(92) Acúdase al respecto el excelente estudio de Vicente ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Civitas, Madrid, 1996, en especial págs. 331 a 441.

(93) A la hora, por ejemplo, de afrontar la sospecha de una posible plaga que pueda tener consecuencias medioambientales, el artículo 14.1 de la Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de *Sanidad Vegetal*, señala que la autoridad competente «adoptará inmediatamente las medidas fitosanitarias cautelares previas *que estime necesarias* para evitar la propagación de dicha plaga» y, en la misma línea, el artículo 18.h) alude a la posibilidad de «establecer *cualquier otra medida* que se justifique técnica o científicamente como necesaria en el control de la plaga» (la cursiva es mía).

a) Antes que nada, las medidas precautorias han de ser *pertinentes*, adecuadas a la naturaleza del riesgo que se pretende combatir. Pertinencia que, como se sabe, es condición necesaria para que la medida sea al fin realmente eficaz.

b) Además de pertinentes, las medidas de cautela han de ser, en segundo término, *no discriminatorias*. El principio de igualdad es, por lo demás, un principio básico que luce en el texto constitucional español y que es común en realidad a todos los Estados que integran la Unión Europea. No en vano la reciente *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* recoge, como no podía ser de otro modo, este principio en su artículo 21. Sin perjuicio de su significación general, la alusión al principio de igualdad supone en este ámbito la necesidad de impedir la aparición de tratamientos diversos para hacer frente a un mismo riesgo potencial —siempre, claro es, que no medie una razón objetiva que justifique tal diversidad—, lo que tiene especial importancia si se tiene en cuenta que a menudo intervienen en ese tratamiento diversos centros o niveles territoriales de decisión. Por esta razón, se hace necesario tratar de arribar a un consenso entre las distintas instancias públicas involucradas en el asunto, tanto a escala nacional —para evitar, por ejemplo, que cada Comunidad Autónoma afronte de manera diversa el mismo riesgo— como, también, a escala internacional, articulando a tal efecto los foros pertinentes (94).

c) En íntima conexión con la no discriminación a la que acaba de aludirse, también se ha señalado la necesidad de que las medidas precautorias sean *coherentes* con las ya adoptadas en situaciones anteriores en las que se hubiese hecho frente a un riesgo de parecidas características. De alguna forma, pretende significarse con ello la importancia del precedente también en este ámbito y evitar así eventuales «bandazos» injustificados en la gestión de una misma especie de riesgos.

d) Cabe exigir, en cuarto lugar, que la actuación llevada a término sea *eficiente*, con lo que ello supone desde diferentes ópticas. Primero, desde la perspectiva básica de la correcta destinación de los recursos públicos. Así, la Comunicación de la Comisión apunta la conveniencia de que, con carácter previo a la aplicación del principio de precaución, se lleve a cabo un análisis coste-beneficios de las me-

(94) Este consenso no sólo es conveniente en aras de la unidad de la acción administrativa, sino que, de alguna forma, viene impuesto por la propia naturaleza y carácter transfronterizo que muchos riesgos presentan en la actualidad. Abona esta necesidad, además, la complejidad que supone de ordinario la caracterización de sus causas y efectos. Por esta razón, a fin de evitar la duplicidad de esfuerzos, se impone una cooperación activa en el intercambio de información, en el reconocimiento de centros científicos de referencia y en la fijación de orientaciones comunes, aunque no sean vinculantes.

didadas que pretenden adoptarse (95). Pero no sólo eso. La eficiencia posee también otras vertientes, entre las que se sitúa la aceptación por parte de los destinatarios de la decisión; un aspecto éste de suma relevancia si de verdad se aspira a que las medidas tengan una virtualidad práctica lo más larga posible. Por esta razón precisamente, la consulta con los colectivos afectados se erige en un momento previo necesario a la adopción de medidas de precaución.

e) Sin perjuicio de la relevancia de las anteriores directrices, el canon central al que habrán de atenerse las medidas precautorias viene dado, a mi modo de ver, por el principio de *proporcionalidad*, es decir, por la necesidad de que medie una adecuada correspondencia entre el objetivo perseguido —encarnado en el nivel de protección del medio ambiente o de la salud pública al que se aspira— y las medidas a tal efecto adoptadas. El principio de proporcionalidad es, como se sabe, un principio plenamente instalado en los ordenamientos tanto comunitario (96) como español (97), por lo que su vigencia en este ámbito no puede quedar al margen. Antes al contrario, la proporcionalidad sube de grado cuando de aplicar el principio de cautela se trata, toda vez que la incertidumbre y la gravedad del riesgo pueden en ocasiones conducir, al amparo de presiones políticas o de los medios de comunicación social, a la aprobación de medidas en exceso contundentes.

f) En íntima conexión con esta exigencia de proporcionalidad, ocupa también una plaza en la delimitación de las medidas de pre-

(95) Obliga, por tanto, a hacer un ejercicio de ponderación acerca de si los costes de aplicación del principio de precaución son económicamente aceptables. De todas formas, no hay que olvidar que en ese balance siempre habrán de tener ventaja el respeto y la protección de la salud y el medio ambiente. No en vano, téngase presente que, como ya quedó dicho, la jurisprudencia comunitaria ha dejado sentado en más de una ocasión la necesidad de conceder supremacía a la salud pública y al medio ambiente frente a los intereses económicos (STJCE de 17 de julio de 1997, *Affish/Comisión*, asunto C-183/95, apartado 43, antes citada).

(96) El principio de proporcionalidad es parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario. Así vino en reconocerlo tempranamente el Tribunal de Justicia en su doctrina jurisprudencial; doctrina que ha recibido luego un respaldo positivo expreso en el actual artículo 5 del TCE (antiguo art. 3 B), con arreglo al cual «ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado». Para abundar en la fuerte envergadura y significación que el principio de proporcionalidad posee hoy en el ordenamiento comunitario, véase, entre una extensa literatura, el reciente trabajo de Jürgen SCHWARZE, *The principle of proportionality and the principle of impartiality in European administrative Law*, en «Rivista trimestrale di diritto pubblico», núm. 1/2003, págs. 53 a 75; así como Diana-Urania GALETTA, *El principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario*, en «Cuadernos de Derecho Público», núm. 5, 1998, págs. 75 a 118.

(97) En el ordenamiento español también la exigencia de proporcionalidad se ha elevado a la categoría de principio general del Derecho. Al respecto, véase José Ignacio LÓPEZ GONZÁLEZ, *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988, así como los diversos trabajos contenidos en la revista «Cuadernos de Derecho Público», núm. 5, 1998 (número monográfico dedicado al estudio de este principio).

caución el principio *in dubio pro libertatis*, que, en el caso de nuestro ordenamiento, está presente, por ejemplo, en el marco de la ejecución de los actos administrativos *ex* artículo 96.2 de la LAP (98). A virtud de este principio, la Administración, cuando tenga ante sí diferentes medidas, todas ellas idóneas para alcanzar el fin previsto, debe optar por aquella que suponga una restricción o injerencia menor en la esfera jurídica del ciudadano: ante medidas por igual eficaces, adóptese pues la menos restrictiva. Proyectando este postulado al caso que nos ocupa, resulta, por tanto, que en la selección de las medidas precautorias habrá de otorgarse preferencia a aquellas que sean menos restrictivas para las libertades comerciales y, por encima de ello, para las libertades individuales.

g) Es importante notar de igual forma que las medidas patrocinadas por el principio de cautela o precaución han de tener, por definición, una naturaleza *provisional*, transitoria, de modo que nunca pueden instalarse en el ordenamiento con una vocación de perpetuidad, por más que, en algunos casos, esa provisionalidad pueda ser más o menos duradera. La razón de ser de este carácter transitorio es por lo demás clara: si el principio de precaución parte de una situación de incertidumbre, es evidente que, a medida que las dudas científicas vayan despejándose, será preciso revisar las medidas adoptadas. Pero eso no es todo. La invocación de este principio por parte de la Administración trae consigo la asunción de una obligación correlativa. Y me refiero no ya a la necesidad de atender a los avances que en la definición del riesgo vayan produciéndose, sino aun a la carga de impulsar en lo posible la superación de las incógnitas científicas. La Administración o el poder público de que se trate, pues, al hacer uso de medidas precautorias debe comprometerse, al mismo tiempo, a despejar también la incertidumbre científica (99).

h) Para concluir, hay que hacer referencia a un componente accesorio que, en buenos principios, debería acompañar a todas aquellas medidas precautorias que supongan el sacrificio de bienes y derechos de los particulares. Me refiero, claro es, a la fijación de una *compensación justa* por las pérdidas sufridas, siempre y cuando, eso

(98) También en el ordenamiento comunitario rige este mismo postulado como correlato natural del principio de proporcionalidad. A simple título ilustrativo, véanse, entre tantas, la STJCE de 13 de noviembre de 1990, *Fedesa y otros*, asunto C-331/88, apartado 13, y STJCE de 5 de octubre de 1994, *Crispoltoni y otros*, asuntos C-133/93, C-300/93 y C-362/93, apartado 41.

(99) Un buen ejemplo de ello lo tenemos en la Ley Foral 10/2002, de 6 de mayo, de *Ordenación de las estaciones base de telecomunicación por ondas electromagnéticas no guiadas en la Comunidad Foral de Navarra*, antes mentada, toda vez que la Administración autonómica, adoptadas las medidas de precaución, se compromete a investigar en ese ámbito a fin de precisar con mayores evidencias científicas los límites de exposición a los campos electromagnéticos (art. 5).

sí, la conducta del particular afectado no haya contribuido a la creación o ampliación del riesgo en cuestión (100).

La vigencia de todos estos límites no plantea, supuesta su de-
recha conexión con los principios generales de la actuación admi-
nistrativa, mayores problemas. No lo hace desde luego en el orde-
namiento comunitario, gracias, fundamentalmente, al amplio
contenido con que viene interpretándose el principio de proporci-
onalidad por parte de la jurisprudencia. Y tampoco lo es, por descon-
tado, en el ordenamiento español. Es más, en este último caso, es
interesante comprobar cómo, sin necesidad de acudir a mandatos
generales de la acción de la Administración, en ocasiones, es el pro-
pio legislador quien reclama estos límites cuando prevé medidas de
precaución. Así, el artículo 28 de la *Ley General de Sanidad* señala
que las medidas preventivas deberán atenerse a una serie de princi-
pios; entre ellos, el principio de proporcionalidad (101). Otro tanto
de lo mismo podría decirse de las más recientes *Ley de Sanidad Vege-
tal* y *Ley de Sanidad Animal* (102). En resolución, hay, como se ve, un

(100) En esta línea se mueve, por ejemplo, el artículo 21 de la Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de *Sanidad Vegetal*, al señalar que «cuando las medidas establecidas para la lucha contra una plaga supongan la destrucción, deterioro o inutilización de bienes o propiedades particulares o públicas, la Administración competente que haya declarado la plaga compensará a los perjudicados mediante la debida indemnización, cuyo importe se valorará de acuerdo con los baremos que se establezcan. No se concederá indemnización cuando tales medidas se hayan hecho necesarias como consecuencia de transgresiones a la presente Ley o a las disposiciones promulgadas en desarrollo de la misma». En idéntica dirección se orienta el artículo 21 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de *Sanidad Animal*.

Abona esta exigencia de compensación no sólo el mandato previsto en el artículo 33.3 de la CE —puesto en conexión con la cláusula general del artículo 1 de la LEF—, sino también una justificación práctica de no poca relevancia como es impulsar la colaboración de los particulares afectados por la efectiva implantación de las medidas aprobadas. En la crisis de las «vacas locas», por ejemplo, esta compensación fue decisiva para que los ganaderos afectados llevasen a cabo el sacrificio de los posibles animales infectados.

(101) Más concretamente, el artículo 28 de la *Ley General de Sanidad* se expresa en los siguientes términos:

«Todas las medidas preventivas contenidas en el presente capítulo deben atender a los siguientes principios:

- a) Preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias.
- b) No se podrán ordenar medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida.
- c) Las limitaciones sanitarias deberán ser proporcionadas a los fines que en cada caso se persigan.
- d) Se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualesquiera otros derechos afectados».

(102) Así, el artículo 49.3 de la *Ley de Sanidad Vegetal* dispone que «las medidas cautelares se ajustarán en intensidad, proporcionalidad y requisitos técnicos a los objetivos que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto, y su duración no superará a la de la si-

amplio abanico de referentes a los que podrá aferrarse el interesado afectado en su patrimonio jurídico por una medida precautoria a fin de cuestionar no ya la aplicación del principio de precaución, pero sí la legalidad de la medida escogida para hacerlo efectivo. No obstante lo cual, una vez más hay que reconocer que dicha fiscalización en modo alguno presentará una fácil ejecución para los órganos jurisdiccionales.

IV. FINAL

A lo largo de las páginas precedentes ha tratado de ofrecerse un análisis en torno al ámbito de aplicación del principio de precaución en los Derechos comunitario y español, así como acerca de los presupuestos y pautas que, sin perjuicio de las importantes limitaciones ya apuntadas, permiten encauzar y dirigir su recto ejercicio. A partir de este análisis se desprende que el principio de cautela es, desde luego, un instrumento eficaz y como tal aparece reclamado para hacer frente a la incertidumbre de numerosas categorías de riesgos (vgr., ecológicos, alimentarios, químicos, genéticos, tecnológicos, etc.), tan abundantes, por otra parte, en esta «sociedad del riesgo» que nos envuelve. En este difícil contexto, el principio de precaución, según ha quedado expuesto, aparece concebido fundamentalmente como un tratamiento de choque (*shock*), enderezado así a ofrecer una respuesta inmediata ante una amenaza de riesgo que, aun de manera incierta o incompleta, cuenta ya con indicios científicos creíbles que alertan de sus graves consecuencias sobre la salud o el medio ambiente.

Ese formidable vigor y las bondades que atesora este principio no deben convertirse, sin embargo, en razón suficiente para justificar lisa y llanamente una extensión por doquier del mismo y para admitir sobre ello una aplicación indiscriminada. De la misma forma que tampoco la dificultad de contener y fiscalizar su aplicación en concreto por parte de los poderes públicos ha de llevar a abdicar de su control en términos jurídicos. Dificultades las hay, qué duda cabe. Pero, por encima de ellas, es preciso —y éste ha sido el principal propósito perseguido en este trabajo— realizar un esfuerzo para reconducir y encuadrar el principio de precaución —que no deja de ser, también, un principio jurídico— en nuestras categorías e instituciones jurídicas. Así, de este modo, aprovechando la savia de dichas ca-

tuación de riesgo o falta de autorización que las haya motivado». Otro tanto de lo mismo se expone en el artículo 77.4 de la *Ley de Sanidad Animal*.

tegorías e instituciones, será posible extraer elementos que permitan modular y ajustar su ejercicio a las exigencias del principio de legalidad. El reto que se presenta es, desde luego, complicado y, a la vez, apasionante. Pero, sobre todo, es un reto necesario en aras de que el principio de precaución se instale y desarrolle en un terreno abonado por la prudencia; una prudencia que en algo suministra la presencia como límite infranqueable de la sujeción al imperio de la Ley y el Derecho.