

■ Influencia del Derecho internacional del medioambiente sobre el Derecho público español: más allá del art. 10.2 CE

BORJA SÁNCHEZ BARROSO¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. APARICIÓN DE NUEVAS NORMAS NACIONALES RESULTANTES DE NORMAS INTERNACIONALES PREVIAS.—III. DISTRIBUCIÓN Y REPERCUSIÓN DE RESPONSABILIDADES.—IV. OTRAS POSIBLES INFLUENCIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIOAMBIENTE SOBRE EL DERECHO INTERNO.—BIBLIOGRAFÍA

I. Introducción

La relación entre el Derecho Internacional Público y el Derecho interno resulta problemática desde el momento en que ambos sistemas normativos abordan materias coincidentes. Esto sucede especialmente en materia de derechos, sean éstos tenidos como universales (derechos humanos) o como particulares al sistema de cada Estado, según los consagre su propia Constitución (derechos fundamentales). Como es de sobra conocido, la relación entre ambos sistemas viene regulada en España en el artículo 10.2 de la Constitución Española 1978 (CE), según el cual:

¹ Profesor colaborador, UP Comillas (bsanchezb@comillas.edu), Borja SÁNCHEZ BARROSO se incorporó como investigador a la Universidad Pontificia Comillas en el año 2017. Es doctor por la Universidad Pontificia Comillas con una tesis que aborda el «principio de precaución» y otras normas de gestión de riesgo en el Derecho Público español. Ha realizado estancias de investigación en el Instituto Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law de Heidelberg y en la Universidad de Columbia en Nueva York. Sus líneas de investigación se centran en el Derecho público del medioambiente, la gestión pública de riesgos y las garantías constitucionales aplicables en ambas materias.

«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Aunque otras normas disciplinan la forma en que España puede obligarse válidamente en el ámbito internacional (arts. 93 a 96 CE), y regulan por tanto también, en ese sentido, cierta relación entre el Derecho interno español y el Derecho internacional, el artículo 10.2 CE es sin duda la norma de referencia para analizar la influencia de un ordenamiento sobre otro.

La interpretación de esta disposición normativa, que ha llegado a ser calificada como una de las «*más emblemáticas*» de la Constitución española, no está exenta de problemas.² ¿Qué derechos se ven afectados por la norma? ¿Qué normas de Derecho internacional despliegan dicha eficacia interpretativa? ¿Qué implica que los derechos deban ser interpretados «*de conformidad*» con dichas normas? ¿Permite el artículo 10.2 CE la incorporación de nuevos derechos al catálogo constitucional o sólo la interpretación conforme de los que la Constitución expresamente reconoce?³ Más allá de estas dudas, resulta innegable que el artículo 10.2 CE impone una influencia especialmente intensa del Derecho internacional en materia de derechos.⁴

² Vid. SAIZ ARNAIZ, A., «Artículo 10.2 La interpretación de los derechos fundamentales y los Tratados internacionales sobre derechos humanos», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española, Tomo I*, Fundación Wolters Kluwer, *Boletín Oficial del Estado*, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Las Rozas, 2018, p. 230.

³ *Ibid.*, pp. 232 y ss.; CUENCA GÓMEZ, P., «La incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española», *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 12, 2012, pp. 3 y ss.; REY MARTÍNEZ, F., «El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (análisis del artículo 10.2 CE)», *Revista General de Derecho*, n.º 537, 1989, pp. 3611-3631.

⁴ En palabras de A. Sáiz, se trata de esa «radical alteración que se ha producido en el terreno de los derechos humanos en la relación entre el Derecho internacional y el Derecho nacional (constitucional, en este caso), habiendo pasado este último de influir a ser influido; de condicionar, en aras de la defensa de la soberanía estatal en un sector particularmente sensible para la misma como son las relaciones entre los ciudadanos y sus poderes públicos, a ser condicionado» (SAIZ ARNAIZ, A., *op. cit.*, p. 232).

Esta influencia se ha visto ampliamente reflejada en la jurisprudencia constitucional sobre derechos fundamentales como el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad domiciliaria,⁵ los derechos procesales en el ámbito penal,⁶ los derechos del niño y la protección de la familia (influencia reforzada en este caso por el art. 39.4 CE)⁷ y de las personas con discapacidad, entre muchos otros.⁸ Sin embargo, pese a lo que pudiera parecer por su extraordinaria relevancia, la influencia del Derecho internacional sobre el Derecho interno en las últimas décadas no se agota en esta «mera» guía interpretativa de derechos.

En este capítulo exploraremos brevemente alguna de las influencias alternativas que el Derecho internacional ha tenido, o tiene visos de tener en un futuro próximo, sobre el Derecho nacional, tanto en materia de derechos como en otras materias conexas. Nos centraremos en un ámbito especialmente propicio para este tipo de interacciones, como es el

⁵ Un conocido ejemplo de ello fue el reconocimiento de la protección contra el ruido como derecho fundamental en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 119/2001, de 24 de mayo (caso Moreno Gómez). El Tribunal Constitucional se mostró reticente después a estimar los recursos de amparo cuya admisibilidad sí había reconocido, exigiendo estándares de prueba mucho más exigentes que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 150/2011, de 29 de septiembre, caso Cuenca Zarzoso (*vid.* GARCÍA GESTOSO, N., «Contaminación acústica y derechos fundamentales. Protección y discrepancias en su tutela judicial», *FORO Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas, Nueva Época*, vol. 15, n.º 1, 2012, pp. 119 y 134). Ello motivó, a la postre, sendas condenas posteriores a España por parte del TEDH en estos mismos casos Moreno Gómez (STEDH de 16 de noviembre de 2004) y Cuenca Zarzoso (STEDH de 16 de enero de 2018).

⁶ Un ejemplo claro se ha producido en relación con los juicios penales en rebeldía, a raíz de la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Melloni y otras resoluciones coincidentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Vid.* por ejemplo la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 77/2014, de 22 de mayo (FJ. 2.º); *vid.* in extenso BESSELINK, L. F. M., «The parameters of constitutional conflict after Melloni», *European Law Review*, n.º 3, 2014, pp. 531-552; o TORRES PÉREZ, A., «Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue», *European Constitutional Law Review*, n.º 10, 2014, pp. 312 y ss.

⁷ *Vid.* ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., «La influencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos en la protección a la familia en los textos constitucionales de la Unión Europea», *Miscelánea Comillas*, vol. 67, n.º 130, pp. 119-137.

⁸ *Vid.* LEÓN ALONSO, M., «Los derechos de participación política de las personas con discapacidad: el derecho al voto», *Revista europea de los derechos fundamentales*, n.º 24, 2014, pp. 167-193.

Derecho público del medioambiente. No pretendemos un estudio exhaustivo sobre esta materia y las potencialidades que encierra, sino apuntar simplemente algunos reflejos de esta influencia del Derecho internacional sobre el Derecho interno, más poderosa en la práctica de lo que sugiere el artículo 10.2 CE.⁹

II. Aparición de nuevas normas nacionales resultantes de normas internacionales previas

Se ha dicho que el Derecho de la posmodernidad es un Derecho líquido, efímero, negociable o incluso renegociable hasta la saciedad, con valores disponibles y marcadamente intersticial. Un Derecho que ha puesto de manifiesto el fin del monopolio de la legalidad estatal, y de la interpretación jurídica unívoca por parte de sus poderes públicos.¹⁰ En ese contexto, la formación del Derecho ha pasado a ser más descentralizada y especular que jerárquica, en red más que lineal, por mimetismo y ósmosis más que por diseño racional. Las fuentes del Derecho ya no son elaboradas por una autoridad única, con plenos poderes para definir su alcance y contenido, sino que dependen de una multitud de actores, públicos y privados, que van perfilando sucesivamente su significado. Un ejemplo paradigmático de esta nueva realidad puede encontrarse en el llamado «principio de precaución» (y otras normas inspiradas en él), al que se ha llegado a calificar como prototipo de elaboración de normas en las sociedades contemporáneas.¹¹

Aunque el origen del principio de precaución se encuentra en los ordenamientos jurídicos alemán y sueco, ambos encontraron pronto su reflejo en el Derecho internacional. Primero, en instrumentos jurídicos de soft law, como la Declaración Ministerial de la Segunda Conferencia

⁹ No abordamos la integración de los Tratados en el ordenamiento interno español prevista en el art. 96.1 CE, que no debe confundirse con la orientación interpretativa prescrita por el art. 10.2, pese a que algunas veces se ha hecho (*vid.* MANGAS MARTÍN, A., «Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho español», *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 11, 1994, pp. 29-31).

¹⁰ *Vid.* DE SOUSA SANTOS, B., «La transición postmoderna: Derecho y Política», *Doxa*, n.º 6, 1989, pp. 247 y ss.

¹¹ *Vid.* ANDORNO, R., «Validez del principio de precaución como instrumento jurídico para la prevención y la gestión de riesgos», en ROMEO CASABONA, C. (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*, Comares, Granada, 2004, p. 20.

Internacional para la Protección del Mar del Norte; más adelante, en Tratados y otras normas de *hard law*.¹² Pueden encontrarse ejemplos de ello en el Acuerdo sobre poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios de 1995, el Protocolo de Londres sobre agua y salud de 1999, el Protocolo de Cartagena sobre bioseguridad de 2000, el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes de 2001 o el Protocolo de Kiev sobre registros de emisiones y transferencias de contaminantes de 2003, entre otros.¹³ Su enunciado difiere notablemente entre los distintos instrumentos jurídicos, pero la formulación más conocida del principio en dicho ámbito es el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, que muchos consideran como definición de referencia.¹⁴ De esta forma, el principio de precaución llegó a convertirse, de forma mayoritariamente aceptada por la doctrina, en una norma internacional consuetudinaria de obligada aplicación.¹⁵

¹² La relación entre los instrumentos de *soft law* y *hard law* en el Derecho medioambiental internacional y de la Unión Europea es más compleja de lo que pudiera parecer. Los primeros pueden servir, según los casos, como refuerzo de las obligaciones de *hard law* y como instrumento para facilitar su aceptación, o como avance, alternativa, complemento o pauta de interpretación de las normas de *hard law* (vid. BIRGER SKJÆRSETH, J. et al., «Soft Law, Hard Law, and Effective Implementation of International Environmental Norms», *Global Environmental Politics*, vol. 6, n.º 3, 2006, pp. 104-120; ALONSO GARCÍA, R., «El soft law comunitario», *Revista de Administración Pública*, n.º 154, 2001, pp. 74-80).

¹³ A mediados de los años 90, A. Kiss hacía notar que el principio de precaución se había incluido ya en prácticamente todos los acuerdos internacionales de alcance general (vid. KISS, A., «Trois années de droit international de l'environnement (1993-1995)», *Revue juridique de l'Environnement*, n.º 1-2, 1996, p. 96).

¹⁴ Vid. APPELEGATE, J. S., «The taming of the precautionary principle», *William and Mary Environmental Law and Policy Review*, vol. 27, n.º 1, 2002, p. 13; KAISER, M., «The Precautionary Principle and Its Implications for Science», *Foundations of Science*, n.º 2, 1997, p. 203.

¹⁵ Vid. MCINTYRE, O. y MOSEDALE, T., «The precautionary principle as a norm of customary international law», *Journal of Environmental Law*, vol. 9, n.º 2, 1997, p. 235; o CAMERON, J. y ABOUCHAR, J., «The status of the precautionary principle in international law», en FREESTONE, D. y HEY, E. (eds.), *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation*, Kluwer Law, La Haya, 1997, pp. 37-38; o CIERCO SEIRA, C., «El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español», *Revista de Administración Pública*, n.º 163, 2004, pp. 84-85.

Bibliografía

- ALONSO GARCÍA, R., «El soft law comunitario», *Revista de Administración Pública*, n.º 154, 2001, pp. 63-94.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., «La influencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos en la protección a la familia en los textos constitucionales de la Unión Europea», *Miscelánea Comillas*, vol. 67, n.º 130, pp. 119-137.
- ANDORNO, R., «Validez del principio de precaución como instrumento jurídico para la prevención y la gestión de riesgos», en ROMEO CASABONA, C. (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*, Comares, Granada, 2004, pp. 17-33.
- ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA, P.: «Comunidades autónomas y repercusión económica ad intra de las sanciones pecuniarias en el recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista catalana de dret public*, n.º 47, 2013, pp. 40-60.
- APPLEGATE, J. S., «The taming of the precautionary principle», *William and Mary Environmental Law and Policy Review*, vol. 27, n.º 1, 2002, pp. 13-78.
- BERTOLINO, C., «Il diritto di rivalsa dello Stato: un «debole» deterrente alle violazioni del diritto comunitario», *Le Regioni, Bimestrale di analisi giuridica e istituzionale*, n.º 2, 2013, pp. 283-317.
- BESSELINK, L. F. M., «The parameters of constitutional conflict after Melloni», *European Law Review*, n.º 3, 2014, pp. 531-552.
- BIRGER SKJÆRSETH, J. *et al.*, «Soft Law, Hard Law, and Effective Implementation of International Environmental Norms», *Global Environmental Politics*, vol. 6, n.º 3, 2006, pp. 104-120.
- CAMERON, J. y ABOUCHAR, J., «The status of the precautionary principle in international law», en FREESTONE, D. y HEY, E. (eds.), *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation*, Kluwer Law, La Haya, 1997, pp. 29-52.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., Permanencia y cambios en derecho internacional: discurso de recepción del académico de número Excmo. Sr. D. Juan Antonio Carrillo Salcedo, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2005.
- CAZALA, J., *Le principe de précaution en Droit international*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006.
- CIENFUEGOS MATEO, M., «La repercusión en España de las sanciones impuestas al Estado por infracciones del Derecho de la Unión Europea: desarrollos normativos y jurisprudenciales recientes», *Revista Vasca de Administración Pública Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, n.º 98, 20014, pp. 49-96.
- CIERCO SEIRA, C., «El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español», *Revista de Administración Pública*, n.º 163, 2004, pp. 73-126.

- CORTI VARELA, J., «El principio de precaución en la jurisprudencia internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, n.º 1, 2017, pp. 219-243.
- CRAIG, P., *EU Administrative Law* (3.ª ed.), Oxford University Press, Oxford, 2018.
- CUENCA GÓMEZ, P., «La incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española», *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 12, 2012, disponible en <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/829/727> (última consulta: 12/07/2020).
- DE SADELEER, N., «Le principe de précaution dans le droit de l'Union européenne», *Revue française de droit administratif*, vol. 33, n.º 6, 2017, pp. 1025-1038.
- DE SOUSA SANTOS, B., «La transición postmoderna: Derecho y Política», *Doxa*, n.º 6, 1989, pp. 223-263.
- DELGADO DEL SAZ, S., *Vorsorge als Verfassungsprinzip im europäischen Umweltverbund: Rechtsvergleichende Überlegungen am Beispiel der Risiken der Mobilfunkstrahlung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.
- FISHER, E., «Is the precautionary principle justiciable?», *Journal of Environmental Law*, vol. 13, n.º 3, 2001, pp. 315-334.
- GARCÍA GESTOSO, N., «Contaminación acústica y derechos fundamentales. Protección y discrepancias en su tutela judicial», *FORO Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas, Nueva Época*, vol. 15, n.º 1, 2012, pp. 109-134.
- HESS, B., «The fate of investment dispute resolution after the Achmea decisión of the European Court of Justice», *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 19, n.º 3, 2018, pp. 114-127.
- HINDELANG, S., «Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law: The CJEU's Judgment in Achmea Put in Perspective», *European Law Review*, n.º 3, 2019, pp. 383-400.
- KAISER, M., «The Precautionary Principle and Its Implications for Science», *Foundations of Science*, n.º 2, 1997, pp. 201-205.
- KIBUGI, R., «Common but differentiated responsibilities in a North-South context: assessment of the evolving practice under climate change treaties», en KRÄMER, L. y ORLANDO, E. (eds.), *Principles of Environmental Law* (vol. VI), Edward Elgar, Cheltenham, 2018, pp. 613-626.
- KISS, A., «Trois années de droit international de l'environnement (1993-1995)», *Revue juridique de l'Environnement*, n.º 1-2, 1996, pp. 83-120.
- L'AFFAIRE CLIMAT, «The lawsuit in which everyone wins», 2020, disponible en <https://affaire-climat.be/en> (última consulta: 01/07/2020).
- LEÓN ALONSO, M., «Los derechos de participación política de las personas con discapacidad: el derecho al voto», *Revista europea de los derechos fundamentales*, n.º 24, 2014, pp. 167-193.
- MANGAS MARTÍN, A., «Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho español», *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 11, 1994, pp. 9-37.

- MARTÍN DELGADO, I., «La repercusión de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea en el contexto del Estado Autónomo», *Revista de Administración Pública*, n.º 199, 2016, pp. 51-91.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Artículo 7.: Competencias de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., Díez-Hochleitner, J., MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dirs.), *Comentarios a la ley de tratados y otros acuerdos internacionales: (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 163-181.
- MCINTYRE, O. y MOSEDALE, T., «The precautionary principle as a norm of customary international law», *Journal of Environmental Law*, vol. 9, n.º 2, 1997, pp. 221-242.
- MORAGUES OREGI, J. L. y SÁNCHEZ-GUEVARA SÁNCHEZ, C., «Pobreza energética y vulnerabilidad frente a las olas de calor», en DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. y DE MIGUEL PERALES, C. (eds.), *Cambio climático y salud: adaptación a las olas de calor*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 85-110.
- O'RIORDAN, T. y READ, R., *Understanding, Safeguarding and Strengthening the Precautionary Principle, in the context of the Brexit negotiation*, All-Party Parliamentary Group (APPG), Londres, 2017.
- REY MARTÍNEZ, F., «El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (análisis del artículo 10.2 CE)», *Revista General de Derecho*, n.º 537, 1989, pp. 3611-3631.
- SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW, *Climate Change Litigation Databases*, Universidad de Columbia, Nueva York, 2020, disponible en <http://climatecasechart.com/non-us-case/notre-affaire-a-tous-and-others-v-france/>; y en <http://climatecasechart.com/non-us-case/commune-de-grande-synthe-v-france/> (últimas consultas: 01/07/2020).
- SAIZ ARNAIZ, A., «Artículo 10.2 La interpretación de los derechos fundamentales y los Tratados internacionales sobre derechos humanos», en RODRÍGUEZ-PIÑERO, Y.; BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, tomo I, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Las Rozas, 2018, pp. 230-254.
- SANDIN, P. *et al.*, «Five charges against the precautionary principle», *Journal of Risk Research*, vol. 5, n.º 4, 2002, pp. 287-299.
- TORRES PÉREZ, A., «Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue», *European Constitutional Law Review*, n.º 10, 2014, pp. 308-331.
- World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST), *The precautionary principle*, UNESCO, París, 2005.